

## ¿MÁS Y MEJORES DERECHOS? ALGUNOS ASPECTOS POR CONSIDERAR<sup>1</sup>

**Alejandro Corvalán<sup>2</sup>**

acorvala@uchile.cl  
Universidad de Chile

**Francisco Soto<sup>3</sup>**

fsoto@derecho.uchile.cl  
Universidad de Chile

Los derechos económicos, sociales y culturales conforman la principal demanda ciudadana en el proceso constituyente chileno. Este trabajo discute algunos asuntos relevantes que deben ser considerados por la Convención Constitucional a la hora de conformar el catálogo de derechos que regule nuestra nueva constitución. Primero, analizaremos la evolución de derechos en el mundo. Segundo, evaluamos las consecuencias que tienen los catálogos de derechos. Tercero, situamos nuestro sistema de derechos en el contexto internacional.

**Palabras claves:** *derechos fundamentales, reemplazo constitucional y derecho comparado.*

## MORE AND BETTER RIGHTS? SOME CONSIDERATIONS

Economic, social, and cultural rights are the primary citizen demand in the Chilean constitutional process. This paper discusses some relevant issues that must be considered by the Constitutional Convention when creating the catalog of rights regulated by our new constitution. First, we analyze the evolution of rights in the world. Second, we evaluate the economic consequences of rights catalogs. Third, we place the Chilean rights system in the international context.

**Keywords:** *fundamental rights, constitutional replacement, and comparative law.*

<sup>1</sup> Este artículo se basa en el capítulo cuarto de nuestro libro: *Tendencias Constitucionales (2021). Experiencia comparada, lecciones para Chile*. LOM Ediciones.

<sup>2</sup> Alejandro Corvalán es Doctor en Economía, Universidad de Nueva York (NYU), Estados Unidos. Licenciado en Física, Magíster en Física y Magíster en Economía Aplicada, Universidad de Chile. Profesor asistente en la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile e investigador en Instituto Milenio Imperfecciones del mercado y políticas públicas (MIPP).

<sup>3</sup> Francisco Soto es Doctor en Derecho, por la Universidad de Barcelona, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Diego Portales. Profesor asociado y Director de Investigación por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

## Introducción

El debate constitucional chileno, debido al largo proceso de transición democrática, se ha mantenido al margen de la evolución del constitucionalismo occidental. Nuestra doctrina ha tendido a proyectar los conflictos propios de nuestro país, desatendiendo las lecciones que nos puede dar la experiencia de otros sistemas institucionales. Sin negar la importancia del contexto específico en que se originan y construyen las instituciones nacionales, consideramos que este enfoque es insuficiente de cara al proceso constituyente.

Un ejemplo de nuestra insularidad constitucional es el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales. Como veremos en este trabajo, la tendencia mundial es a regular más derechos, donde el Estado asume un importante protagonismo en la protección. Este no es el camino que nos impuso la constitución vigente en Chile, convirtiendo el “tema de los derechos” en la piedra angular de las movilizaciones y del debate constitucional.

### 1. Qué son los Derechos Fundamentales

Los Derechos Fundamentales son una suerte de catálogo de intereses de las personas (derechos subjetivos) reconocidos por las constituciones, generalmente garantizados en sede judicial y que suelen sustentar todos los demás derechos de un determinado Estado. En general, esta clase de derechos son reivindicados por personas privadas, cuando se atribuyen a los poderes públicos se habla de habilitaciones más que derechos (Escobar, 2018).

Claro está que, para llegar al concepto actual de derechos fundamentales, se ha debido transitar por un largo camino hasta alcanzar su reconocimiento en las constituciones. Vale decir, las sociedades han conformado un proceso paulatino de desarrollo que ha supuesto avanzar en el reconocimiento de un catálogo de figuras específicas que configuran derechos subjetivos en las cartas fundamentales (Bobbio, 2007).

La recurrencia de estos procesos en el contexto de la modernidad configura lo que se conoce como la “historicidad de los derechos”. Los derechos fundamentales no siempre han estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad, sino que tienen una edad, “son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de coordenadas espaciales y temporales determinadas” (Carbonell, 2010: 27).

La exigibilidad judicial no es necesariamente una característica de un derecho subjetivo (Alexis, 1997). No obstante, la posibilidad de que los derechos se garanticen por los Estados se ha convertido en un tema de deliberación social y principal debate político, al punto de transformarse en demandas globales como la defensa contra la esclavitud, los derechos humanitarios en la guerra, la protección de los niños,

minorías disminuidas, entre otras reivindicaciones. De ahí que desde la Segunda Guerra Mundial se avanzara en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los convenios más importantes de las Naciones Unidas sobre esta materia. Mientras, cada país ha buscado incorporar y garantizar los derechos humanos dentro de su orden constitucional y sus derechos garantizados. En el mismo sentido, también se ha estructurado todo un sistema internacional de justicia en materia de derechos humanos: buscar una integración entre éstos y los que reconocen los Estados.

Un criterio definitorio de los derechos fundamentales está dado por su posición privilegiada en el ordenamiento constitucional. Así su otorgamiento o no otorgamiento debe estar entregado a un quórum reforzado que no lo subordine a una simple mayoría parlamentaria (Alexis, 1997; Arango, 2012). Esto se vincula a su carácter universal, que los sitúa fuera de la contingencia política ordinaria, como una suerte de carta de triunfo de los individuos frente a la sociedad (Dworkin, 1993).

Otra característica particular de los derechos fundamentales, que los diferencia de otros derechos subjetivos, es que tienen una “tutela judicial directa”. Es decir, la obligación de su cumplimiento a todos los poderes públicos y en especial al legislador. Esto es particularmente polémico, ya que muchas veces la configuración abstracta de los derechos fundamentales hace dificultoso determinar la forma en que deban cumplirse. Por ejemplo, pensemos en el derecho a la vida, los sistemas comparados entienden su protección de distinta manera. De ahí que si la ley no concreta estos deberes genéricos la constitución sirva de poco y obliga que exista una necesaria complementariedad entre las cartas fundamentales y las leyes de desarrollo (Escobar, 2018: 55-57) <sup>4</sup>.

Por otra parte, en la evolución de los derechos fundamentales una de las últimas etapas es la “especificación”. Vale decir, la tendencia a la determinación de los sujetos titulares de derechos y los contenidos de los mismos derechos. Así el proceso de especificación ha tomado en cuenta diversos criterios de diferenciación la edad, el sexo, entre otros criterios. De ahí que desde el siglo veinte, el desarrollo de los derechos fundamentales sea un proceso continuo de especificación, con el surgimiento de los derechos de los trabajadores, de los niños, de las mujeres, indígenas, entre otros (Bobbio 2007).

## **2. Derechos de defensa (negativos) y de prestación (positivos)**

Existen variadas taxonomías de derechos; la mayoría de la doctrina jurídica privilegia la clasificación de acuerdo con la función que los derechos fundamentales cumplen con los ciudadanos. Así se distingue entre aquellos en que el Estado ocupa un rol negativo, de abstención. Mientras que también el Estado puede cumplir una función positiva, que supone una prestación del órgano público en favor del sujeto activo del derecho (Arango, 2012).

Los derechos negativos protegen al individuo, aseguran su libertad y niegan al Estado interferir en la esfera privada. Este tipo de derechos garantizan que el ciudadano pueda participar en los asuntos del Estado y sea considerado como un agente político, y al mismo tiempo le da las herramientas básicas para poder actuar y vivir con libertad. Establecen un nivel básico de protecciones frente a posibles abusos de poder de la autoridad.

Se trata de los derechos civiles y políticos. Entre ellos nos encontramos con el derecho al sufragio, el derecho de asociación, la libertad de conciencia, entre otros. Establecen condiciones necesarias para el ejercicio de la democracia representativa. Prácticamente todas las constituciones del mundo incluyen estos derechos.

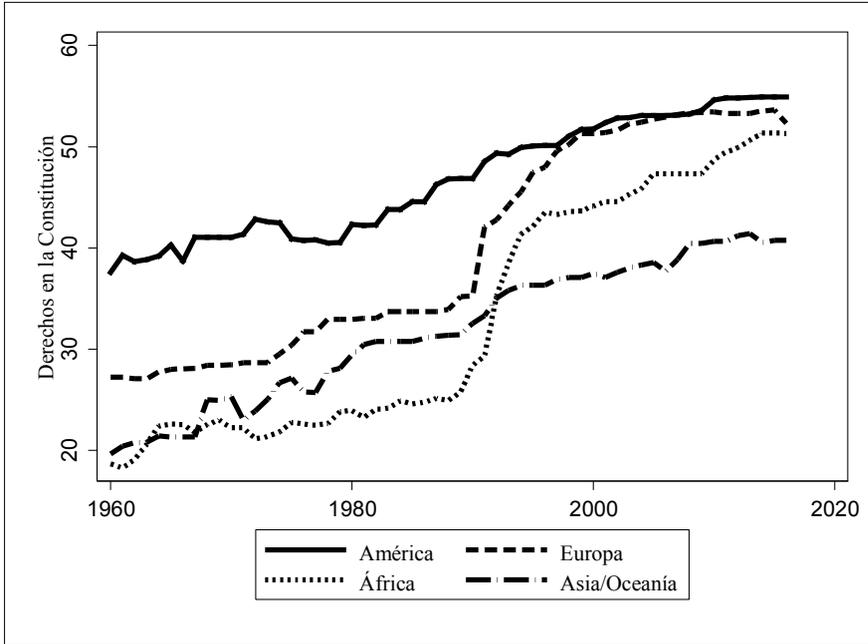
Los derechos de prestación o positivos, por el contrario, imponen obligaciones sobre el Estado. Ellos surgen de la necesidad de poder contar con los mínimos que toda persona requiere para poder llevar una buena vida. Se trata de los derechos económicos, sociales y culturales entre los que se puede contar el derecho a la educación, a la salud, a tener una vivienda digna, derecho al mínimo vital, entre otros. Esta agrupación de derechos requiere de la prestación de recursos por parte del Estado. A diferencia de los derechos negativos, no todas las constituciones contienen derechos positivos.

## **3. Cómo han evolucionado los derechos en el mundo**

Los derechos constitucionales han aumentado sistemáticamente en el mundo. El número promedio de derechos constitucionales se duplicó, de 22 a 47, en la segunda mitad del siglo 20. Esta proliferación fue mayor entre los derechos positivos, es decir, entre los derechos sociales, económicos y culturales (Goderis and Versteeg, 2004; Jung and Roseveart, 2012).

A nivel de regiones, Latinoamérica y Europa han sido históricamente regiones con un amplio catálogo de derechos. Esto es propio de su origen legal basado en el derecho civil francés. Los países cuya tradición ha sido el derecho consuetudinario inglés, como EUA y Australia, han sido más reacios a la hora de incorporar derechos a su sistema constitucional. El aumento de derechos, no obstante, ha abarcado todas las regiones del mundo.

Gráfico 1  
Evolución de Derechos Sociales



Fuente: Chilton y Versteeg (2017)

#### 4. Cómo funciona el sistema de derechos

La existencia de un catálogo de derechos fija una hoja de ruta sobre la política ordinaria. Pero su mera declaración no garantiza su cumplimiento.

El cumplimiento de los derechos puede ser por dos mecanismos. El primero es por vía jurisprudencial, por la acción de los tribunales a través de sus sentencias. En segundo lugar, la evolución ha venido por la vía legislativa o por cambios constitucionales.

En líneas generales, las dos grandes tradiciones jurídicas, Europa continental y anglosajona, muestran prácticas diferentes. La primera ha tendido a modificar su catálogo de derechos mediante los sucesivos cambios constitucionales y legales. Los países de tradición anglosajona, en cambio, muestran un mayor protagonismo de los jueces en la evolución de los derechos.

No obstante, si ahondamos en la historia reciente de los países de tradición continental, nos encontramos con algunos matices entre ellos. La mayoría de las constituciones de Europa han sido dictadas a mediados del siglo veinte y han mostrado cierta

estabilidad en sus catálogos de derechos. Así su evolución se evidencia en la acción de los tribunales o de los parlamentos por garantizar las condiciones propias de Estados Sociales y democráticos de Derechos (Escobar, 2018).

Distinta es la situación de los países de Europa del Este y América Latina, donde se evidencia una reciente ola de nuevas constituciones desde la década de los ochenta hasta la fecha, generando consecuencias importantes en su catálogo de derechos. La tendencia es por incorporar derechos prestacionales vinculados a la seguridad social, salud, vivienda y medioambiente (Escobar, 2018: 57-63).

La respuesta sobre si alguno de estos mecanismos asegura el cumplimiento de los derechos es, últimamente, una pregunta empírica.

## 5. ¿Tienen consecuencias los derechos económicos y sociales?

Las consecuencias de los derechos se pueden medir en dos niveles. El primero es sobre el gasto público en las partidas presupuestarias que se relacionan al contenido de ese derecho. Una constitución que consagra el derecho a la educación, ¿implica un mayor gasto de gobierno en educación? El segundo nivel es el efecto sobre las variables sociales propiamente tal. El derecho constitucional a la salud, ¿tiene algún efecto sobre la mortalidad infantil?

La literatura muestra resultados diversos, y a veces contradictorios, sobre estas consecuencias de los derechos. En general, los derechos no tienen efectos sobre las partidas presupuestarias de los gobiernos (Ben-Bassat y Dahan, 2008; Chilton y Versteeg, 2017). La tabla 1 ilustra estos resultados a partir de un sencillo ejercicio. Mostramos el gasto de consumo de gobierno, y de las partidas en educación y salud, como porcentaje del producto interno bruto (PIB), según el número total de derechos por país. Definimos los países con pocos (muchos) derechos como aquellos que están bajo (sobre) el promedio de derechos en el mundo. Notamos que dicho gasto es prácticamente el mismo entre países con y sin derechos sociales.

Tabla 1  
Derechos Sociales y Gasto de Gobierno

Países	Gasto de Gobierno	Gasto en Educación	Gasto en Salud
Pocos Derechos	16.85	4.52	3.42
Muchos Derechos	16.40	4.46	3.02

Fuente: derechos Chilton y Versteeg (2017); gasto de gobierno del Banco Mundial

No obstante, la literatura comparada sí muestra que los derechos tienen consecuencias respecto a una serie de índices económicos y sociales como pobreza o mortalidad infantil (Ben-Bassat y Dahan, 2008; Matsuura, 2015; Minkler y Prakash, 2017).

Más concretamente, consideremos dos estudios que usan índices de derechos agregados. En primer término, la suma de derechos en cinco dimensiones –seguridad social, educación, salud, vivienda y trabajo–, no se relaciona con el gasto total de gobierno (Ben-Bassat y Dahan, 2008). En segundo, un índice aún más agregado de derechos –que incluye alimentación, salud, vivienda, educación, seguridad social, trabajo, salario justo, y varios otros–, muestra una relación negativa con varios índices de pobreza (Minkler y Prakash, 2017).

Respecto a derechos desagregados o sectoriales, la evidencia sugiere que el derecho en educación no tiene consecuencias significativas. El enunciado de ese tipo de derecho no parece estar relacionado con el gasto que los gobiernos colocan en educación, ni sobre el presupuesto de ese sector, a través de países. Tampoco parece relacionarse con los resultados, como es la cobertura, tanto primaria como secundaria, y la calidad educacional, medida a través de pruebas estandarizadas (Ben-Bassat y Dahan, 2008; Edwards y Marín, 2013; Chilton y Versteeg, 2017).

Por el contrario, hay evidencia que los derechos de salud sí tienen efectos sobre los resultados de salud. La presencia de este derecho se correlaciona positivamente con varias medidas de salud, como esperanza de vida y mortalidad infantil; se observa también una relación positiva pero no significativa con gasto público en salud. Finalmente, el derecho de salud está significativamente correlacionado con mejores índices de salud pública, tanto a nivel de países como de estados en EUA (Ben-Bassat, 2008; Matsuura, 2015, 2019).

## **6. De qué depende que operen los derechos**

La literatura comparada que acabamos de revisar muestra que los efectos del catálogo de derechos son dispares; se observan resultados en algunas partidas y sectores, pero no en otros. ¿De qué depende esto?

Por una parte, las meras declaraciones de derechos tienen consecuencias bastante reducidas. Es decir, no basta que la constitución consagre el derecho a la educación para que aumente la cobertura escolar, ni que estipular el derecho a la salud asegure una menor mortalidad infantil. Tampoco los derechos meramente enunciados aumentan el gasto de gobierno, lo cual hace difícil financiar políticas que aseguren el cumplimiento de estos.

Por el contrario, si los derechos son redactados de alguna forma que garantice su cumplimiento, entonces sí exhiben efectos significativos. Los derechos exigibles tienen consecuencias positivas sobre indicadores de salud, reducción de la pobreza, o sobre las transferencias por seguridad social.

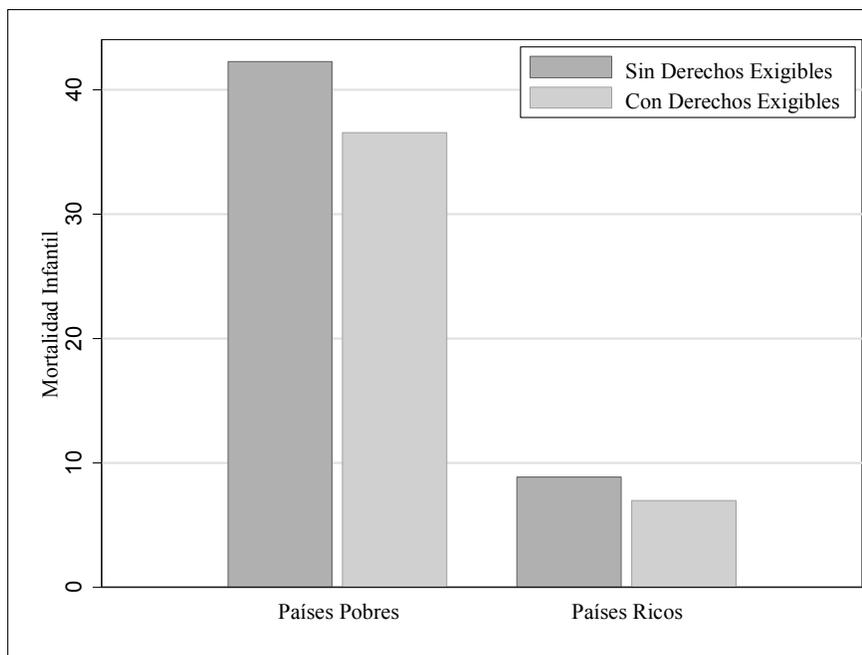
La exigibilidad no es la única condición para que operen los derechos. Se requieren una serie de otros requisitos, como un sistema democrático de rendición de cuentas o un tipo de gobierno que sea representativo. De hecho, importantes constitucionalistas

han sugerido que los catálogos de derechos no han funcionado en Latinoamérica por la alta concentración del poder político en sus sistemas de gobierno, y la falta de participación de sus democracias (Iglesias Vila, 2016; Gargarella, 2014).

## 7. Pero los derechos, ¿no requieren recursos para ser satisfechos?

A menudo se menciona que el catálogo de derechos son solo palabras vacías si los países no tienen los recursos para materializar estos derechos. Este argumento es, naturalmente, correcto. Un país necesita de recursos para educar a sus miembros, o para sacarlos de la pobreza. No obstante, esto no implica que los sistemas de derechos no operen. El sistema de derechos genera incentivos para que el gobierno priorice el bienestar de los ciudadanos *dadas* sus restricciones económicas. Así, los derechos muestran tener efectos para cada nivel de desarrollo.

Gráfico 3  
Tasa de Mortalidad Infantil<sup>5</sup>



Fuente: Mortalidad, GDP pc: Banco Mundial; Derechos judicializables: Chilton y Versteeg (2017)

## 8. El catálogo de derechos en Chile

A pesar de que la constitución vigente tiene un sesgo que busca limitar la intervención del Estado en la esfera privada, el número de derechos tradicionalmente reconocidos en Chile no se ha visto fundamentalmente alterando. Todo lo contrario, la actual carta reconoce nuevos derechos en nuestro catálogo constitucional. Así se integran el derecho a la vida, protección al medio ambiente, los derechos vinculados al orden público económico, entre otros.<sup>6</sup>

También se introduce una serie de acciones constitucionales para garantizar el resguardo de los derechos. Particularmente el recurso de protección ha cobrado relevancia a través de los años, ya que ha permitido a la justicia adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado que ha sido privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de los derechos garantizados por la constitución (Gómez, 2012).

No obstante, los derechos prestacionales se han visto afectados, alterando sus objetivos igualitarios y prestacionales, básicamente determinado por la forma en que se tipifican, pero también la interpretación sistemática que los tribunales han hecho vinculada a otros derechos derivados al resguardo del orden público económico y al principio de subsidiaridad. Así por dar ejemplos, el derecho a la educación, salud o seguridad social se presentan como libertades de acceso a las prestaciones donde asumen un rol preferente los privados por sobre el estado.

Por lo tanto, la constitución vigente se encarga de estipular quién puede proveer dichos derechos para hacerlo coherente con el modelo neoliberal que sustenta. En consecuencia, nuestra constitución entrega la provisión de bienes públicos a los privados y al mercado, y sólo en caso en que éstos no puedan, el deber recae en el estado.

Con esto el modelo chileno adquiere una dimensión muy particular, que para los sectores más entusiastas del modelo lo han llegado a caracterizar como una “forma de Estado”, alternativa al Estado Social y Democrático de Derecho y que se le asigna el nombre de “Estado subsidiario” (Fermendois, 2006).

Mientras en todo el mundo los sistemas de derechos sociales son positivos, en el sentido que colocan obligaciones al Estado, en nuestro país son negativos, dado que evitan la concurrencia del Estado. Por esto, se tratan más bien de libertades económicas disfrazadas de derechos sociales.

## 9. ¿Nuestro país tiene muchos o pocos derechos?

El artículo 19 establece 26 numerales, y en el contexto de sus proyecciones ante una nueva carta constitucional, nos parece que no sólo hay que atender los derechos prestacionales. Algunos han propuesto que la constitución debe ser “mínima”, es

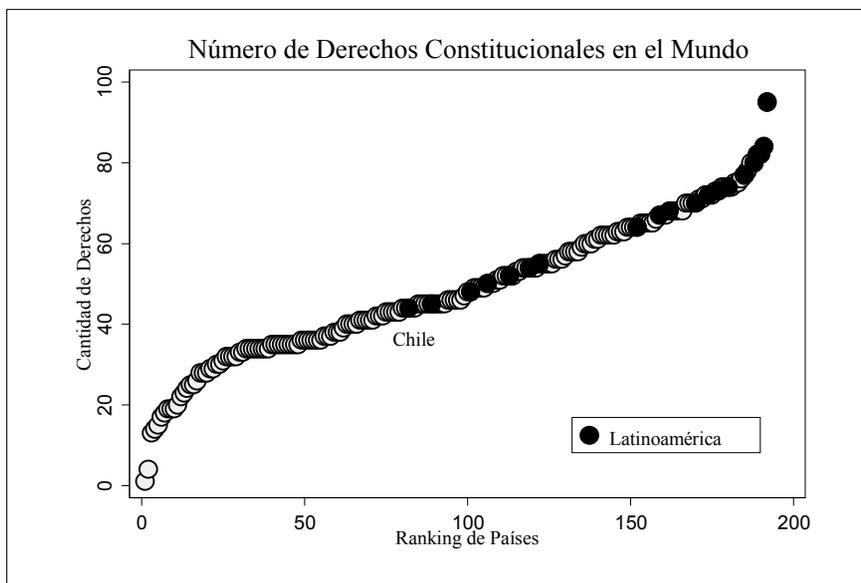
decir, garantizar plenamente los derechos negativos, pero de manera muy reducida los derechos positivos.

La constitución mínima proviene del antiguo constitucionalismo liberal, que va del siglo XVII al siglo XIX, cuyo objetivo era limitar la acción del gobierno en favor de los individuos. No obstante, a partir del siglo XX estos límites se complementaron con el deber de los gobiernos de proveer bienes públicos, como educación y salud, a los ciudadanos. La experiencia ha mostrado que ambas pulsiones, libertad individual y responsabilidades sociales de los gobiernos, no son contradictorias. En este sentido, una constitución mínima es un anacronismo.

La tendencia de los últimos cuarenta años en los países que han reemplazado sus constituciones, ha sido en reproducir el modelo europeo de Estado social y democrático de derecho, en el caso latinoamericano sumando a los derechos prestacionales, una protección más intensa en materia medioambiental, en mecanismos de participación y reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas (Escobar, 2018).

Chile ha tenido tradicionalmente un número bajo el promedio de derechos a nivel mundial, y aún más reducido para los estándares Latinoamericanos. El año 2010, nuestro país se ubicaba en el número 108 de la clasificación mundial de derechos, de un total de 186 países; ningún otro país el Latinoamérica tenía, ni tiene actualmente, una cantidad de derechos tan reducido.

Gráfico 4  
Número de Derechos Constitucionales en el mundo en 2010



Fuente: Chilton y Versteeg (2017)

## Conclusiones

Uno de los principales temas demandados por la ciudadanía para ser considerado en una nueva Constitución son más y mejores derechos. La Constitución chilena es muy particular a este respecto, dado que no sólo reconoce los derechos, sino que se encarga de estipular quién puede proveerlos. La provisión de bienes públicos se entrega a los privados y al mercado y, sólo en caso en que éstos no puedan, el deber recae en el Estado.

Con todo, queda aún pendiente despejar la pregunta sobre el sistema de derechos a implementar. El constitucionalismo moderno complementa la protección de los ciudadanos con el deber de los gobiernos de proveer bienes públicos. La experiencia ha mostrado que ambas pulsiones, libertad individual y responsabilidades sociales de los gobiernos, no son contradictorias.

El número de derechos ha aumentado de manera sistemática en el mundo, en todas las regiones y bajo cualquier tipo de Gobierno. Si bien el total de derechos reconocidos constitucionalmente se ha duplicado en el último medio siglo, Chile posee un número de derechos por debajo del promedio mundial; ningún otro país en Latinoamérica tiene actualmente una cantidad de derechos tan reducido. En este contexto, parece razonable revisar cómo expandir y modernizar nuestra carta de derechos.

## Referencias

- Alexis, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia: Legis.
- Ben-Bassat, A. y Dahan, M. (2008). "Social Rights in the Constitution and in Practice". *Journal of Comparative Economics*, vol. 36, n°1, pp. 103-119.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la política*, Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2010). *Para comprender los derechos, breve historia de sus momentos clave*, Palestra.
- Chilton, A. y Versteeg, M. (2017). Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending. *The Journal of Law and Economics*, vol. 60, n°4, pp. 713-748.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini.
- Edwards, S. y Marin, A. G. (2015). Constitutional rights and education: An international comparative study. *Journal of Comparative Economics*, vol. 43, n°4, pp. 938-955.

- Escobar, G. (2018) *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, *Debates constitucionales*, Madrid: Marcial Pons.
- Fernandois, A. (2006). *Derecho constitucional económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Gargarella, R. (2020). Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile. *Nueva Sociedad*, n°285, pp. 12-22.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz editores.
- Goderis, B. y Versteeg, M. (2014). The diffusion of constitutional rights. *International Review of Law and Economics*, vol. 39, pp. 1-19.
- Gómez, G. (2012). *Derechos Fundamentales y recurso de protección*, Santiago: Ediciones UDP.
- Jung, C. y Rosevear, E. (2012). Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions. *Nordic J. Hum. Rts.*, 30, 372.
- Matsuura, H. (2015). "State constitutional commitment to health and health care and population health outcomes: Evidence from historical US data". *American journal of public health*, 105(S3), 48-54.
- Matsuura, H. (2019). "Exploring the association between the constitutional right to health and reproductive health outcomes in 157 countries". *Sexual and reproductive health matters*, vol. 27, n°1, pp. 168-180.
- Minkler, L. y Prakash, N. (2017). "The role of constitutions on poverty: A cross-national investigation". *Journal of Comparative Economics*, vol. 45, n°3, pp. 563-581.
- Vila, M. I. (2016). "¿Cómo piensa los derechos La Sala de Máquinas de la Constitución?" *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. 5, n°3, pp. 1-24.



