

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

**Contexto y diferencias de la experiencia
sudafricana de derechos sociales para el proceso
constitucional chileno**

*Context and differences from the South African experience of social rights for the
chilean constitutional process*

LUIS ANTONIO LEÓN ARZICH¹

New York University, Estados Unidos de Norteamérica

ANDRÉS IGNACIO TORREJÓN CORREA²

PricewaterhouseCoopers Chile, Chile

ANTONELLA GEMA LEÓN ARZICH³

Fundación ARCA, Chile

RESUMEN Este artículo busca presentar a una audiencia local cómo funciona la adjudicación de derechos sociales y económicos en la Constitución sudafricana y qué lecciones podrían aplicarse al redactar la nueva Constitución chilena. Identificamos y reseñamos los dos principales factores subyacentes de todo su sistema: la deferencia notable a las autoridades públicas en la implementación de políticas

1. Juris Doctor de la New York University School of Law, y Visiting Research Scholar del NYU's Center for Labor and Employment Law. Licenciado en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. E-mail: lla255@nyu.edu  <https://orcid.org/0000-0001-9884-1809>

2. Abogado. Licenciado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidato a LLM mención Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica de Chile. E-mail: aitorrejon@uc.cl.

 <https://orcid.org/0000-0002-0694-4438>

3. Egresada de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Coordinadora Observatorio Legislativo en Fundación ARCA. E-mail: agleon@uc.cl  <https://orcid.org/0000-0001-5621-5228>

que operacionalicen estos derechos y la llamada prueba de razonabilidad. Dadas las diferencias en la cultura legal, el sistema político y las expectativas que la gente tiene de la nueva constitución, sería difícil copiar estas instituciones y trasplantarlas a Chile.

PALABRAS CLAVE Constitución; derechos sociales y económicos; deferencia; razonabilidad; Sudáfrica.

ABSTRACT This article is intended to present to a local audience how the adjudication of social and economic rights works in the South African Constitution, and what lessons could be applied in writing the new Chilean Constitution. We identify and give an overview of the two main factors that underlie the entire system: noticeable deference to the political authorities in implementing policies that operationalize these rights, and the so-called reasonableness test. Given the differences in legal cultures and political systems of the two countries, and the expectations that people in Chile have of the new constitution, it would be hard to copy these institutions and transplant them to Chile.

KEYWORDS Constitution; social and economic rights; deference; reasonableness; South Africa.

Introducción

El resultado del plebiscito de octubre del 2020 evidencia que Chile tendrá una nueva Constitución y considerando la alta votación que obtuvo la opción “Apruebo”, no resulta aventurado indicar que el plebiscito de salida será una mera formalidad⁴. Dada la dispersión de fuerzas al interior de la Convención Constitucional⁵ resulta aún apresurado pronosticar el contenido específico que tendrá el nuevo texto. Sin embargo, podemos adelantar que se plasmarán en la Carta Fundamental varios tipos de derechos sociales legalmente exigibles, en una cantidad superior a la actual; ejemplo de

4. Servicio Electoral de Chile.

5. Servicio Electoral de Chile. Según los resultados oficiales, los convencionales constituyentes electos correspondieron a: Vamos por Chile (37), Elige la Lista del Pueblo (1), La Lista del Pueblo Distrito 9 (2), Independientes Distrito 6 + Lista del Pueblo (2), Lista del Pueblo - Movimiento Territorial Constituyente (2), Fuerza Social de Ñuble, La Lista del Pueblo (1), La Lista del Pueblo Distrito 12 (1), La Lista del Pueblo 100% Independientes (1), La Lista del Pueblo Maule Sur (2), La Lista del Pueblo (11), Lista del Apruebo (25), Apruebo Dignidad (28), Independientes de Tarapacá (1), Insulares e Independientes (1), Independientes Del Biobío Por Una Nueva Constitución (1), Movimientos Sociales Autónomos (1), Voces Constituyentes (1), Independientes por Región de Coquimbo (1), Asamblea Constituyente Atacama (1), Asamblea Popular por la Dignidad (1), Independientes Nueva Constitución (1), Regionalismo Ciudadano Independiente (1), Independientes de Ñuble por

esto es un estudio de Melero y asociados en *El Mercurio* el 20 de mayo de 2021, donde 80 (de 155) constituyentes se manifiestan a favor de un “Estado Social de Derecho con reconocimiento de derechos sociales e inclusión de acciones de defensa”⁶. Si bien esto sería una innovación jurídica para nuestro país, no es el caso en la región –los profesores Jung, Hirschl y Rosevear ya habían manifestado que “[l]as Constituciones Latinoamericanas son las que más incluyen derechos económicos y sociales, y éstos a su vez son más justiciables que en cualquier otra región del mundo”⁷– o en el derecho comparado: aproximadamente $\frac{1}{3}$ de las constituciones vigentes codifican derechos económicos y sociales como justiciables, a tal punto que “de las 158 constituciones que contienen más de un derecho económico y social, aproximadamente $\frac{2}{3}$ les confieren la misma fuerza –ya sea justiciable (67) o aspiracional (30)– a todos los derechos económicos y sociales que reconocen”⁸. Por lo tanto, no sería sorprendente que los constituyentes observen modelos externos en el proceso de incorporar estos derechos a la nueva Carta Magna.

Dentro de las experiencias a examinar, constituciones diseñadas específicamente para el reconocimiento de derechos sociales –como la sudafricana, llamada “[l]a constitución más admirable en la historia”⁹– podrían atraer la atención del constituyente. Si bien la tradición jurídica de Sudáfrica es muy distinta a la de Chile –lo que plantea serias dudas sobre qué tan bien encajan instituciones trasplantadas desde dicho contexto– sería posible argumentar que al adoptar un modelo externo lo que se intenta es precisamente cambiar nuestra tradición jurídica, pues como dice David Nelken, “la mayoría de las transferencias legales se adoptan porque, la sociedad busca usar la ley para propósitos de cambio. El objetivo no es ajustar la ley a lo que existe, sino remodelar lo que existe”¹⁰.

la Nueva Constitución (1), Movimientos Sociales Independientes (1), Corrientes Independientes (1), Independientes por Una Nueva Constitución (3), Independientes por la Nueva Constitución (5) Asamblea Popular Constituyente (1), Coordinadora Social de Magallanes (1), Movimiento Independientes del Norte (1), Independientes (1). Respecto de los cupos reservados para Pueblos Indígenas, estos corresponden a 17 convencionales.

6. Estudio de Melero y asociados en *El Mercurio* el 20 de mayo de 2021, PALACIOS (2021) p. B3.

7. JUNG *et al.* (2014) p. 1051. Nótese que, con el objetivo de transparentar la investigación y con el fin de que la mayor cantidad de lectores entiendan plenamente los contenidos de este artículo, las citas de fuentes en inglés serán traducidas por los autores.

8. JUNG *et al.* (2014) p. 1050.

9. SUNSTEIN (2001a) p. 261.

10. NELKEN (2003) p. 457.

El propósito de este artículo es insertar una nota de cautela, advertir al lector que trasplantar instituciones desde sistemas como el sudafricano será más complejo de lo que parece, puesto que la diferencia no es sólo en instituciones legales –en preceptos constitucionales y en cómo funcionan las cortes– sino también en condiciones políticas que permitan a dichas entidades cumplir sus propósitos. Como señala Michele Graziadei, “los trasplantes legales no sólo se refieren a las reglas promulgadas por el soberano, sino también a los ideales y modelos de pensamiento que pueden influir de sobremanera sin ser consagrados formalmente”¹¹, y es en consideraciones de este estilo que encontramos la base de funcionamiento del modelo sudafricano de derechos sociales.

El caso sudafricano

Consideraciones Preliminares

La adjudicación de derechos económicos y sociales de Sudáfrica no está en su Carta Magna, sino que se origina en la práctica, siguiendo la tradición de los sistemas de derecho común, tal cual como ocurre en los Estados Unidos donde la potestad de la Corte Suprema para ejercer la revisión judicial en materias constitucionales data del famoso caso *Marbury v. Madison* de 1803¹². Que una institución jurídica se origine en la práctica no implica que sea imposible de codificar, un ejemplo es la creación de la Corte Suprema del Reino Unido, modelada a partir de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹³. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica (CCS) sí tiene una base textual en su Constitución; así, cualquier violación a una garantía reconocida en su Declaración de Derechos (o “Bill of Rights”) es considerada un asunto constitucional: el Artículo 167(3)(1) otorga a dicho tribunal la facultad de fallar sobre “asuntos constitucionales”¹⁴, definidos en el Artículo 167(7) como “cualquier asunto relacionado con la interpretación, protección o aplicación de la Constitución”¹⁵.

11. GRAZIADEI (2006) p. 463.

12. “Es enfáticamente la esfera y deber del departamento judicial decir qué es la ley. Aquellos que aplican la norma a casos particulares, deben por necesidad exponer e interpretar dicha norma. Si dos leyes conflictúan entre sí, los tribunales deben decidir sobre la operación de cada una” *Marbury v. Madison* (1803) p. 141. Sin embargo, esta potestad no fue ejercida por segunda vez hasta casi 50 años más tarde, en el infame caso de *Dred Scott v. Sandford*, en donde la Corte Suprema falló que los descendientes de esclavos nacidos en el territorio de los Estados Unidos no serían considerados como ciudadanos en el sentido que el Artículo III de la Constitución de los EEUU le da al término. Véase en general *Dred Scott v. Sandford* (1856).

13. Véase Reforma Constitucional de 2005 del Reino Unido, Capítulo 4, sección 23.

14. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

15. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

Las diferencias con el modelo americano crecen al considerar que, al contrario de los casos que tratan sobre derechos subjetivos en la Constitución de los Estados Unidos y que pueden agruparse bajo el concepto de “debido proceso sustantivo”¹⁶—con escasa conexión textual con la letra de su Carta Magna—, todos los casos que la Corte Constitucional de Sudáfrica ha fallado tienen base literal y explícita en su Constitución. Así, podemos apreciar dos ejemplos representativos: (i) el derecho a vivienda adecuada —analizado en el famoso caso *Grootboom*, que trataremos con posterioridad— codificado en el Artículo 26 de la Constitución y (ii) el derecho al acceso a la salud —analizado en los casos *Soobramoney* y *Treatment Action Campaign*— en el Artículo 27 del mismo texto.

El modelo sudafricano surge del principio de *stare decisis*, propio de sistemas de derecho común¹⁷. Lo anterior no impide que, desde una perspectiva teórica, este modelo pueda adaptarse a Chile. Primero, porque si la nueva Constitución será una hoja en blanco, nada impide acoger dicho principio —aún cuando sea acotado— solamente a decisiones constitucionales. Segundo, porque es posible diseñar una institucionalidad —mediante sanciones e incentivos— que asegure que los jueces, en la práctica, se regirán por el precedente existente¹⁸.

Deferencia y enfoque procesal

El enfoque de protección a los derechos sociales adoptado por la CCSA no establece que los ciudadanos sean, en su calidad individual, sujetos de derechos subjetivos¹⁹. Al contrario, lo que hace es solicitar al Estado “un requisito de juicio razonado, incluyendo el establecimiento razonable de prioridades”²⁰, un símil a como opera una agencia del Estado. De este modo, “lo que básicamente ha hecho la Corte Constitucional de Sudáfrica es adoptar un modelo de derecho administrativo de los derechos

16. Siguiendo al Profesor Erwin Chemerinsky, “el derecho procesal sustantivo (...) se pregunta si el gobierno tiene una razón adecuada para privar a una persona de su vida, libertad, o propiedad”, a partir de su protección en la Quinta y Catorceava enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos. CHEMERINSKY (2015) p. 570.

17. Se ha definido “*Stare decisis* [como] el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones. (...) La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes (...) es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante [y que] un solo precedente constituye derecho y genera obligación”. LEGARRE y RIVERA (2006) pp. 109-110.

18. Para una reflexión en un país de derecho civil, véase RAMSEYER y RASMUSEN (2001).

19. Véase *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* (2000) párr. 38 y 74; *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (2002) párr. 24, 34 y 39; *Khosa v Minister of Social Development* (2004) párr. 22 y; *Mazibuko v City of Johannesburg* (2009) párr. 56. En adelante, nos referiremos a dichos casos respectivamente como “*Grootboom*”, “*Treatment Action Campaign*”, “*Khosa*”, y “*Mazibuko*”.

20. SUNSTEIN (2001b) p. 12.

socioeconómicos”²¹. En otras palabras, tal como dicen Geo Quinot y Sandra Liebenberg, siguiendo al Profesor Cass Sunstein, el enfoque sudafricano es principalmente procesal, no substantivo²².

En efecto, la Corte en el famoso caso *Grootboom* –que será tratado más adelante– señaló que el Artículo 26(2) requiere ciertas disposiciones para lograr la realización progresiva del derecho a una adecuada vivienda²³, las cuales deben incluir “medidas razonables”²⁴, e indicó que las providencias tomadas por el gobierno regional no lograron cumplir con este estándar²⁵. Igualmente importante resulta resaltar lo que la Corte omitió: establecer una fecha límite al gobierno regional para implementar políticas adecuadas y ordenar al gobierno priorizar entre distintos sectores de la sociedad, lo cual resulta notable, ya que una arista importante de este caso era la distinción entre quiénes necesitaban acceso a viviendas de inmediato y quiénes no²⁶. La Corte solamente ordenó al gobierno cumplir con las medidas del Artículo 26(2)²⁷, lo que explicita la resolución en términos generales. De remedios concretos, poco y nada. Pese a esto, “la decisión en *Grootboom* resultó en la adopción de una política nacional de acceso urgente a viviendas”²⁸.

21. SUNSTEIN (2001b) p. 13.

22. QUINOT y LIEBENBERG (2011) p. 639. Esta opinión no es controversial. Véase, por ejemplo, BOYLE (2018) p. 38, quién señala que: “la jurisprudencia de derechos económicos, sociales y culturales de Sudáfrica ha empleado una forma ampliada de revisión de razonabilidad. En el contexto de estas garantías se ha entendido como un derecho tener una política razonable (p) para acceder a un derecho (x). En otras palabras, el tribunal evalúa el proceso que conduce a un derecho [p (x)] en vez del resultado del proceso [(x)]”. Igualmente, según Evan Rosevear, “las cortes se han limitado a ellas mismas a un papel en gran parte procedimental, asegurando que en los procesos utilizados para llegar a las decisiones se deben tomar en cuenta todos los factores relevantes, y que tanto las decisiones tomadas como las acciones basadas en dichas decisiones son razonables y tomadas de forma oportuna”. ROSEVEAR (2018) p. 162.

23. *Grootboom* párr. 99(a).

24. *Grootboom* párr. 99(b).

25. *Grootboom* párr. 99(c).

26. ROUX (2002) p. 49.

27. *Grootboom* párr. 96.

28. MOYO (2016) pp. 41-42. El autor hace referencia al volumen 2, título segundo del Código Nacional de Viviendas de Sudáfrica, del año 2009. Es importante destacar que hay diversas opiniones sobre el efecto de *Grootboom*. Por un lado, ciertos autores señalan que esta decisión fue positiva al dirigir la atención del Estado “hacia el verdadero suministro de vivienda, en vez de intentar desplazar, estigmatizar o ignorar a los pobres y alojados informales –al menos en las zonas urbanas”. SOCIO ECONOMIC RIGHTS INSTITUTE OF SOUTH AFRICA (2016) p. 11. Por otro lado, autores como Bilchitz son más críticos; así él señala que si bien se ha avanzado en términos de políticas, “el enfoque de la Corte Constitucional para interpretar el derecho ha limitado el impacto más amplio que pudo haber tenido [al no] brindar una mayor especificación de lo que se puede reclamar”. BILCHITZ (2018) pp. 66-67.

Grootboom perfectamente pudo ser una anomalía –nada impedía a la Corte Constitucional de Sudáfrica tomar otro enfoque que decidiera directamente sobre hechos en concreto–, pero en otros casos donde la CCSA ordenó al gobierno adoptar una serie de medidas, éstas también fueron limitadas, como se constata en tres de los casos sobre derechos económicos y sociales más famosos a modo de ejemplo.

En Port Elizabeth Municipality, la Corte ordenó detener la evicción de 68 personas que ocupaban un terreno privado²⁹, sin embargo, no solicitó establecer políticas para que dichos individuos tuvieran acceso a viviendas: solamente señaló que, antes de expulsarlos, el gobierno debía consultar a los ocupantes sobre su situación³⁰ y examinar posibilidades de viviendas alternativas³¹; pero, para cumplir estos pasos no es necesario establecer políticas de carácter general, sino que es posible encontrar soluciones en cada caso concreto.

Por otro lado, en Olivia Road –un caso sobre evicción de personas que, de ser desalojadas, podrían quedar en situación de calle– la Corte señaló que las autoridades deben, en procedimientos de desalojo como estos, realizar “esfuerzos razonables” para transigir con los pobladores³², pero en qué forma exactamente realizarlos queda al arbitrio de las autoridades, con la única limitante de que el proceso debe ser conducido de buena fe y de manera abierta³³. Asimismo, la Corte señaló que “Si existieran estructuras [para dialogar], que fueran manejadas por funcionarios del consejo tanto competentes, como sensibles y capacitados para el diálogo, el proceso podría haber comenzado en cuanto se adoptó la estrategia”³⁴, con lo que se puede inferir que debería existir una estructura con funcionarios capacitados, concepto que sigue siendo bastante vago.

Un ejemplo adicional e iluminador –aunque de un tópico distinto a la vivienda – lo podemos encontrar en el caso Mazibuko, donde el gobierno de la ciudad de Johannesburgo estableció una política que otorgaba 6 kilolitros mensuales de agua gratis por familia, debiendo éstas pagar por adelantado en caso de que quisieran consumir más³⁵, pese a que el Artículo 27(b) de la Constitución garantiza expresamente el acceso suficiente al agua, rezando dicha norma que “todos tienen el derecho a tener acceso a (...) suficiente agua y comida”³⁶ y que, según los antecedentes que manejaba la Corte,

29. *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* (2004) párr. 1. Desde ahora, “*Port Elizabeth*”.

30. *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* (2004) párr. 57.

31. *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* (2004) párr. 58.

32. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg* (2008) párr. 13 y 21. Desde ahora, “*Olivia Road*”.

33. *Olivia Road* párr. 20 y 21.

34. *Olivia Road* párr. 19.

35. *Mazibuko* párr. 6 y 80.

36. Artículo 27(b) de la Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

dicha cifra era a todas luces insuficiente; evidencia de esto es que “el consumo actual en Soweto [el municipio de los demandantes] por cada vivienda era mucho más alto que 20 kilolitros, llegando a los 67 kilolitros al mes”³⁷. Incluso en una situación donde hubiera sido propicio adoptar el estándar internacional del “núcleo mínimo”³⁸ –lo cual fue pedido a la Corte por los peticionarios³⁹– ésta se negó a considerar el asunto. En cambio, señaló que “la Constitución prevé que las medidas legislativas y de otro tipo serán los principales instrumentos para la realización de los derechos sociales y económicos (...)”⁴⁰, de modo que el Tribunal se negó a considerar el asunto desde una perspectiva distinta a la razonabilidad, dado que la determinación del contenido exacto del derecho “es un asunto (...) para la Legislatura y el Ejecutivo, las instituciones del gobierno en mejor posición para investigar las condiciones sociales a la luz del presupuesto disponible y determinar qué metas son conseguibles en relación a los derechos económicos y sociales”⁴¹; además de que la determinación de la cantidad mínima de agua “varía dependiendo del tiempo y del contexto. Establecer un contenido determinado podría, en una forma rígida y contraproducente, impedir un análisis del contexto”⁴². Nótese que la CCSA realizó esta determinación con posterioridad a que las dos instancias anteriores, el Alto Tribunal de South Gauteng en Johannesburgo y la Suprema Corte de Apelaciones, decidieran determinar que el contenido mínimo de agua gratis por familia que cumpliría los estándares de la Constitución serían 50 kilolitros y 42 kilolitros respectivamente⁴³.

Por el contrario, la CCSA simplemente se negó a discutir evidencia a favor o en contra sobre la cantidad de agua que le correspondía a cada hogar, señalando que ese no era el rol de una Corte⁴⁴. El fallo también –siguiendo a la Profesora Lucy Williams– deja entrever que la Corte no analizó la cantidad de agua designada para ver si la cifra era mínimamente razonable⁴⁵: simplemente asumió que lo era⁴⁶. Pero otros autores señalan que la deferencia a favor del gobierno no es un error por parte de la Corte o una falla en su juicio, sino que está plenamente justificada⁴⁷. De esta manera “[l]a decisión en Mazibuko de mantener la política a la luz de la evidencia (...) no es

37. *Mazibuko* párr. 11.

38. Explicado posteriormente al analizar el caso *Grootboom*.

39. *Mazibuko* párr. 56.

40. *Mazibuko* párr. 66.

41. *Mazibuko* párr. 61.

42. *Mazibuko* párr. 60.

43. *Mazibuko* párr. 26 y 28.

44. WILLIAMS (2010) p. 191.

45. WILLIAMS (2010) p. 191.

46. WILLIAMS (2010) p. 193.

47. FOWKES (2016) p. 291. Véase igualmente FOWKES (2016) p. 294.

(...) un hallazgo de que la política había evolucionado hasta el punto donde era constitucional, sino un hallazgo de que los esfuerzos de la ciudad [de Johannesburgo] para adaptar la política a la realidad eran suficientes para alcanzar el umbral que requiere la constitución”⁴⁸.

De esta manera, se concluye que la ciudad de Johannesburgo ya estaba haciendo esfuerzos por adaptar la política a las cambiantes necesidades y al año 2016 –a siete años de la decisión de la CCSA– la política de ésta había logrado los mismos objetivos que pretendían lograr por vía judicial los reclamantes en Mazibuko, es decir “[l]a mayoría de los hogares en las áreas en cuestión en Mazibuko ahora reciben 50 litros por persona por día, lo mismo buscado en el litigio”⁴⁹. Sin embargo, se verá más adelante en este artículo cómo existen dudas por parte de la literatura acerca de la negativa de la CCSA a considerar el “núcleo mínimo” al momento de adjudicar los derechos sociales.

Considerando lo reflexionado *supra*, volvemos al tema de la deferencia: en un nivel formal, es perfectamente válido el aseverar que “las medidas adoptadas por las autoridades en las ‘cuatro esquinas’ de su discreción están sujetas a escrutinio por parte de la Corte, instancia que retiene la autoridad final sobre cuál es el rango de medidas ‘razonables’ que pueden ser adoptadas”⁵⁰. Pero como dice el refrán popular: del dicho al hecho, hay mucho trecho. Hemos sido testigos de un alto nivel de deferencia de la CCSA para con las autoridades políticas⁵¹. Los críticos argumentan que el estándar de razonabilidad usado por la Corte aún se caracteriza por una deferencia excesiva hacia el Estado y no define adecuadamente cuál es el alcance o contenido de los derechos individuales⁵², situación que se repite de manera tan frecuente como para considerarse un elemento sistémico que además tiene una segunda arista: ya que al ordenar la CCSA al gobierno la adopción de alguna medida o serie de medidas, dichas órdenes son de un ámbito más bien limitado⁵³. Y si bien es cierto, como señala Katie Boyle, que “[a] veces las soluciones puede no tener un impacto material inmediato que resulte en un cambio transformativo para un recurrente en particular, pero el simbolismo a largo plazo de la intervención de la corte creará un espacio para un cambio social

48. FOWKES (2016) p. 291.

49. FOWKES (2016) p. 298.

50. GRIFFEY (2011) p. 312.

51. En esa misma línea, véase BILCHITZ (2018) p. 87 y BOYLE (2016) p. 6.

52. GRIFFEY (2011) p. 313.

53. Katie Boyle establece una clasificación tripartita en el tipo de remedio que se le da a la violación de derechos económicos y sociales, en débil (que consiste en “deber de considerar los derechos en el proceso de toma de decisiones”), mediano (“Deber de diseñar políticas satisfactorias de derechos”) y fuerte (“Deber de proveer un resultado cumplidor de derechos”). BOYLE (2018) p. 42. *Grootbroom* se encontraría en la categoría mediana.

más amplio”⁵⁴, al menos en el caso de Sudáfrica, esto no ha podido ser observado con claridad en la práctica, por lo menos en el ámbito de viviendas⁵⁵.

Incluso, en un fallo adverso al gobierno como lo es Treatment Action Campaign –donde la CCSA ordena al gobierno implementar una política particular: dar acceso a una droga contra el VIH/SIDA llamada Nevapirina⁵⁶– la Corte no exigió al gobierno diseñar una política nueva para ello. Al contrario, solicitó extender una política que se ejecutaba solamente en sitios pilotos al resto del país⁵⁷. Incluso en una ocasión como ésta, dejó abierta la puerta al gobierno para medidas alternativas⁵⁸, y se negó a emitir “cualquier forma de mandato supervisor para monitorear el cumplimiento”⁵⁹, lo cual resulta notable en un caso en que autoridades del gobierno declararon, explícitamente, que podría no respetarse la orden de la Corte⁶⁰. Así, mientras por un lado la Corte destacaba que “el gobierno siempre ha respetado y cumplido los mandatos de esta corte, por lo que no hay razón para creer que no lo hará en el presente caso”⁶¹, por el otro, la en ese entonces ministra de salud -la doctora Manto Tshabala Msimang- al ser entrevistada en televisión sobre si apoyaría lo que decidiera el tribunal, declaró que el gobierno no necesariamente ejecutaría la orden dada por la autoridad judicial⁶². De todas maneras, a favor de la orden de la Corte, se debe mencionar que el gobierno se

54. BOYLE (2018) p. 38.

55. Nótese que según David Bilchitz, la historia es más compleja. Si bien es cierto que el gobierno adoptó medidas legales que van en el sentido de la realización progresiva de este derecho social, hacia 2018 “aún se mantenía un atraso mayor [en viviendas], estimado por algunas ONGs en alrededor de 2.1 millones de unidades”. BILCHITZ (2018) p. 64. Y si bien, según el mencionado autor, “[l]a inclusión del derecho de acceso a una vivienda adecuada en la Constitución de Sudáfrica no ha resuelto el problema de viviendas proveniente de políticas públicas pasadas o condiciones actuales” BILCHITZ (2018) p. 65. Lo anterior según el autor podría ser explicado en parte porque “la Corte Constitucional al interpretar este derecho ha limitado el impacto más extendido que pudiera haber tenido, al no enfocarse en asegurar este suministro para aquellos con las necesidades más urgentes y al no proveer una mayor especificación de lo que puede ser reclamado”. BILCHITZ (2018) pp. 66-67. Nótese, sin embargo, que otros autores consideran que el problema es del ámbito de las políticas públicas: que pese a que ha habido mejoras substanciales, las políticas actuales enfocadas en “profundidad” por sobre la “amplitud” son insuficientes lo cual sería principalmente un problema de políticas públicas. TOMLINSON (2015) p. 13. Adicionalmente, remarcan que si “[l]os votantes están infelices con la entrega de viviendas, tienen periódicamente la libertad de reemplazar a sus representantes electos con gente que crean representarán mejor sus intereses”. TOMLINSON (2015) p. 14.

56. FOWKES (2016) p. 271.

57. Véase *Treatment Action Campaign* párr. 139(a) y 139(b).

58. *Treatment Action Campaign* párr. 139.4.

59. FOWKES (2016) p. 277.

60. *Treatment Action Campaign* párr. 129.

61. *Treatment Action Campaign* párr. 129.

62. FOWKES (2016) p. 277.

retractó de su posición original al poco tiempo de la entrevista y antes de que la Corte Constitucional de Sudáfrica tomará una decisión⁶³.

Con estos ejemplos se busca hacer hincapié en el nivel de deferencia hacia la autoridad que se adopta en esta serie de decisiones⁶⁴. Vale la pena detenerse en este punto, dado que –como mencionamos anteriormente– la deferencia hacia la autoridad política está en la base de este enfoque. En el caso *Grootboom* se discutió el concepto de núcleo mínimo, señalando el Comentario General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que cada derecho social tiene un núcleo mínimo, entendido como un nivel mínimo esencial que debe ser garantizado por el Estado, o de lo contrario incumple sus obligaciones internacionales⁶⁵, o bien, en palabras de la Corte Constitucional de Sudáfrica: “[e]s el piso por debajo del cual la conducta del Estado no debe caer si se debe cumplir con la obligación”⁶⁶. Sin embargo, la Corte se negó a considerar este concepto al determinar si el Estado cumplía o no con sus obligaciones, diciendo que “incluso si fuera apropiado hacerlo (...) no tenemos información suficiente para determinar qué comprendería la obligación básica mínima en el contexto de nuestra Constitución”⁶⁷, con lo que se puede apreciar que si bien el órgano jurisdiccional no menciona explícitamente que la determinación le corresponde a las autoridades políticas, dada la discusión en comento, el debate relativo a las distintas necesidades urbanas y rurales⁶⁸, la importancia dada por la Corte a la estructura de separación vertical de poderes que establece la Constitución⁶⁹ y la frase recién citada, es evidente a juicio de los autores que esta decisión no pasa sólo por un tema de información sino también de deferencia. Es más, posteriormente en un contexto positivo para la adopción del concepto del “núcleo mínimo” –como el caso *Treatment Action Campaign*– la Corte señaló que “[l]os derechos socioeconómicos de la Constitución no deben interpretarse como un derecho que tienen todos a exigir que se proporcione el núcleo mínimo a cada persona”⁷⁰, y que el “‘núcleo mínimo’ debe ser considerado solamente como un elemento más dentro de la prueba de razonabilidad”⁷¹, lo cual deja mucho al arbitrio de los poderes políticos.

63. FOWKES (2016) p. 277.

64. Véase GRIFFEY (2011) p. 316, quien señala que la orden de la CCSA fue “excesivamente deferente.”

65. Comité de las Naciones Unidas Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990) párr. 10.

66. *Grootboom* párr. 31.

67. *Grootboom* párr. 33.

68. *Grootboom* párr. 32 y 37

69. *Grootboom* párr. 39.

70. *Treatment Action Campaign* párr. 34.

71. *Treatment Action Campaign* párr. 34.

Ya había señalado Alexander Hamilton en el *Federalista* 78 que el Poder Judicial sería el “menos peligroso”, dado que no influiría “ni sobre la espada ni sobre el tesoro”⁷². Esta situación no se presenta en un sistema que permita derechos sociales susceptibles de acción legal, pero no es éste el caso sudafricano. Tampoco se cumple que “la ambición debe contrarrestar la ambición”⁷³, sino que el Ejecutivo tiene clara preeminencia. Nótese que un caso análogo de supremacía del Ejecutivo es examinado por los profesores Mark Ramseyer y Eric Rasmusen, quienes en un análisis de la asignación de cargos en la Corte Suprema de Japón, señaló que el tema es simplemente institucional: es un sólo partido –el Partido Liberal Democrático– el que ha tenido mayoría en la Dieta por prácticamente todo el período de posguerra y, por tanto, ha designado a los jueces de la Corte Suprema, por lo que no cabe sorpresa en que estos hayan fallado constantemente a favor del gobierno⁷⁴. Podemos observar algo similar en la Corte Constitucional de Sudáfrica.

Una explicación de la deferencia al gobierno por parte de esta última entidad, dice relación con el sistema político y el mecanismo que establece la Constitución para designar a sus miembros. Según el Artículo 174(3), el presidente de Sudáfrica designa al presidente de la CCSA, previa consulta con “la comisión del servicio judicial y los líderes de los partidos representados en la Asamblea Nacional”⁷⁵. Según el Artículo 174(4)(a), el mandatario designa al resto de los integrantes de la CCSA de una lista presentada por la Comisión de Servicio Judicial⁷⁶. Sin embargo, según el Artículo 174(4)(b), el presidente puede agregar nombres a esa lista⁷⁷.

Inicialmente, parecería que el sistema está diseñado para establecer un contrapeso al Presidente, a través de la Comisión del Servicio Judicial. Sin embargo, una mirada detenida al Artículo 178 revela amplias instancias para la influencia del gobierno de turno. Tres de sus integrantes –el Presidente de la Corte Constitucional, el Presidente de la Suprema Corte de Apelaciones, y un juez designado por los jueces presentes– serían ostensiblemente neutrales⁷⁸ y, la Constitución misma establece que tres de sus miembros deben ser de partidos de oposición representados en la Asamblea Nacional; es difícil decir lo mismo del resto de los integrantes. El equivalente al ministro de justicia de Sudáfrica tiene un puesto en la Comisión, así como tres representantes

72. HAMILTON *et al.* (1788) N° 78.

73. HAMILTON *et al.* (1788) N° 10.

74. RAMSEYER y RASMUSEN (2001) pp. 331 y 334.

75. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

76. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

77. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

78. Aunque el Presidente de la Corte Constitucional ha estado, históricamente, ligado al Congreso Nacional Africano –el mayor partido del país. DE VOS (2008).

del partido mayoritario de la Asamblea Nacional, cuatro delegados permanentes que sirvan en el Consejo Nacional de las Provincias y cuatro personas designadas por el Presidente, previa consulta con la Asamblea Nacional. Espacios adicionales para la influencia del partido mayoritario se abren con el requisito de dos abogados practicantes y dos en ejercicio⁷⁹ todos designados por el Presidente, así como un profesor de derecho designado por las universidades sudafricanas.

Así, y viendo los datos eleccionarios, es evidente que el Congreso Nacional Africano (ANC) fue un partido político mayoritario –y ampliamente– en la Asamblea Nacional desde el fin del Apartheid y la adopción de la nueva Constitución. A modo ejemplar, podemos ver los resultados eleccionarios de los años 1999 y 2019. En el primer caso, el Congreso Nacional Africano obtuvo 66,35% de los votos, reflejado en 266 escaños en la Asamblea Nacional (de 400) y 66 delegados en el Consejo Nacional de las Provincias (de 90); en el segundo, el ANC obtuvo un 57,50% de los votos, obteniendo 230 escaños en la Asamblea Nacional, junto con 54 delegados en el Consejo Nacional de las Provincias⁸⁰. A pesar de que es apreciable que la fuerza política del ANC va a la baja, es evidente que este partido ha tenido amplia mayoría en la Asamblea Nacional y en el Consejo Nacional de las Provincias, lo cual le da un alto poder institucional para influenciar la composición de la CCSA.

Que exista en el papel la posibilidad de que la Comisión del Servicio Judicial termine como una pista rápida sin mayores obstáculos de jueces favorables al ANC no implica que sea así en la práctica, pero es un hecho que históricamente el ANC influyó de forma amplia en el proceso. Ya en la administración de Thabo Meki –el sucesor directo de Nelson Mandela– la Comisión de Servicio Judicial priorizaba candidatos con posiciones cercanas a las del Congreso Nacional Africano: “en 1998 el ANC politizó con éxito el trabajo de la Comisión del Servicio Judicial, el organismo encargado de la designación de jueces. Así, su objetivo principal pasó de ser la protección de la integridad del poder judicial a garantizar el logro de los objetivos políticos del ANC”⁸¹. La selección por razones puramente políticas de jueces integrantes de la CCSA continuaría y se intensificaría durante la presidencia de Jacob Zuma⁸². En un ejemplo que habla por sí sólo, la Comisión de Servicio Judicial decidió los nombres a presentarle al Presidente –de los cuales tendría que elegir cuatro jueces– apenas veinte minutos después de terminadas las entrevistas⁸³. Incluso se rumorea que el Presidente Zuma

79. Artículos 178(1)(e) y (f) de la Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996. La distinción que hace dicha norma no tiene mucho sentido en español, pero seguramente se refiere a la distinción entre *solicitor* y *barrister* que hace el sistema de derecho común (excluyendo a Estados Unidos).

80. Electoral Commission of South Africa (IEC) (2021).

81. MYBURGH (2008).

82. Véase GROOTES (2011b) y TOLSI (2015).

83. CALLAND (2013).

designó al Juez Sandile Ngcobo –quién ya integraba la CCSA– como Juez Presidente debido a que fue el único de los 10 jueces de la Corte que falló a favor de sus intereses en un caso previo^{84 85}. La decisión del Presidente Zuma de designar a Mogoeng Mogoeng –un candidato descrito como un hombre con “altas probabilidades de estar de acuerdo con [Zuma], que tiene la misma visión de mundo, alguien maleable (...)”⁸⁶ y al que la Comisión del Servicio Judicial le hizo, según un comentarista, preguntas sumamente fáciles al entrevistarlo⁸⁷– como el sucesor del Juez Presidente Ngcobo es otra muestra de lo aquí relatado.

Lo anterior no debiera sorprender: todos los incentivos institucionales apuntan en esa dirección. Asimismo, una situación así es de difícil imitación en Chile, donde la designación de jueces de la Corte Suprema y los del Tribunal Constitucional está tratada actualmente a nivel constitucional en los artículos 78 y 92 respectivamente; adicionalmente, en nuestro país ninguna fuerza política tiene –o ha tenido desde el retorno de la democracia– un peso similar al Congreso Nacional Africano. He aquí el primer problema con el que nos toparemos si tratáramos de introducir como un trasplante legal la forma en que los derechos sociales y económicos son tratados en Sudáfrica: como base del funcionamiento del sistema, el mecanismo sudafricano requiere de una amplia deferencia por parte de los jueces para otorgar derechos sociales. Eso sólo es garantizable si la mayoría –o incluso todos– los miembros son afines al gobierno y tienen la voluntad de otorgar amplios márgenes de deferencia al Ejecutivo. Considerando que el sistema electoral chileno actual incentiva la representación proporcional por sobre la preeminencia de grandes bloques –y que por lo mismo es dudoso el retorno a un sistema como el binominal que incentivaba la creación de dos grandes conglomerados– es improbable que una fuerza política tenga el mismo peso en Chile que la del ANC en su país.

Prueba de Razonabilidad

Ya vimos que, en términos sistémicos, el enfoque sudafricano se caracteriza por estar diseñado para que la Corte examine las acciones que ha tomado el gobierno desde una perspectiva procesal y altamente deferente con éste. La institución jurídica que la CCSA emplea en casos de derechos económicos y sociales es la llamada “prueba de razonabilidad”.

84. DE VOS (2008).

85. *Thint (Pty) Ltd v National Director of Public Prosecutions and Others, Zuma and Another v National Director of Public Prosecutions and Others* (2008) párr. 227.

86. GROOTES (2011a).

87. Véase KADALIE (2011).

La razonabilidad como norma se origina en el derecho administrativo, en particular, en la decisión de *Wednesbury* en el Reino Unido, que sostuvo que “el tribunal (...) sólo corregiría una decisión administrativa cuando (inter alia) la decisión fuera tan irrazonable que ninguna autoridad razonable jamás consideraría dictarla”⁸⁸. Pese a esto, cabe mencionar que la razonabilidad no ha sido una institución tradicional en la legislación sudafricana⁸⁹, más bien, el derecho administrativo sudafricano siguió al derecho inglés en este respecto, específicamente, el caso *Union Government*, donde se falló que “[n]o hay ninguna autoridad que yo sepa (...) a favor de que un tribunal interfiera con el ejercicio de una discreción por el mero hecho de su irracionalidad”⁹⁰, lo que puede interpretarse como que la mera irracionalidad no puede servir como motivo de revisión, sino que un juez necesitaría de algo más⁹¹. Es bastante probable que esto ayude a explicar por qué la propia institución central en el mecanismo de adjudicación de derechos socioeconómicos en la legislación sudafricana carece de una definición positiva; además, de la lectura del Artículo 36 no se desprende que la CCSA estuviera llamada a emplear una prueba de razonabilidad para la adjudicación de casos que involucren derechos económicos y sociales –aún cuando el *First Certification Case* estableció con claridad que los derechos económicos y sociales serían justiciables⁹².

Al contrario, es posible envisionar que, de la lectura de un artículo como el citado, una corte decidiera emplear una prueba de proporcionalidad⁹³, o adoptar un enfoque distinto –como lo fue la prueba de racionalidad en el caso *Soobramoney*⁹⁴. No obstante, cualquiera sea el caso, es un hecho que la Corte Constitucional de Sudáfrica adoptó la prueba de razonabilidad en el celebrado caso de *Grootboom*, que ya fue mencionado antes para enfatizar la deferencia con la que la CCSA trata al gobierno y que a continuación analizaremos en cuanto a la prueba de razonabilidad.

88. SADURSKI (2009) p. 131.

89. QUINOT y LIEBENBERG (2011) p. 643.

20. *Union Government (Minister of Mines and Industries) v Union Steel Corporation (South Africa) Ltd* (1928) pp. 236-237

91. Véase PILLAY (2005) p. 425.

92. *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* (1996) párr. 77.

93. Para una explicación sobre la prueba de proporcionalidad, véase TUSHNET (2014) pp. 71-73.

94. En palabras de Khulekani Moyo, “el caso estableció la racionalidad como el estándar por el cual los tribunales podían medir el cumplimiento del Estado con sus obligaciones positivas en relación con los derechos socioeconómicos”. MOYO (2016) p. 40. Igualmente, la profesora Liebenberg, ha remarcado que “[s]i bien *Soobramoney* elevó el análisis de la Corte a adoptar un estándar débil de escrutinio de racionalidad para requerimientos relativos a derechos socioeconómicos, la Corte en *Grootboom* y TAC procedió a desarrollar un set de criterios más substantivo para evaluar la razonabilidad de actos y omisiones del Estado”. LIEBENBERG (2010) p. 152.

En Grootboom, los artículos de la Constitución de Sudáfrica en juego son el derecho a la vivienda, establecido en el Artículo 26, y el derecho a que los niños gocen de una adecuada vivienda, establecido en el Artículo 28⁹⁵. Los hechos fueron los siguientes: Irene Grootboom y los otros apelantes, 510 niños y 390 adultos⁹⁶, vivían en un campamento llamado Wallacedene⁹⁷, en lo que la Corte describió como “condiciones espantosas”⁹⁸. Dado que las listas de espera para viviendas permanentes podían ser de hasta siete años⁹⁹, los apelantes ocuparon “terrenos baldíos que eran de propiedad privada, pero fueron destinados a la construcción de viviendas de bajo costo”¹⁰⁰. Finalmente fueron expulsados, pero dado que los terrenos en Wallacedene fueron ocupados por otras personas, no tenían dónde ir¹⁰¹. Por esto, debieron refugiarse en un campo deportivo adyacente, levantando estructuras temporales, pero “en una semana comenzaron las lluvias de invierno y el plástico y las láminas que habían erigido ofrecían escasa protección”¹⁰². Dada su precaria situación, el abogado de los pobladores inició una solicitud urgente ante la Alta Corte de Cape of Good Hope, que falló a favor de ellos¹⁰³. Las autoridades del gobierno apelaron y aquí surge el presente caso.

Las peticiones de los pobladores encontraron acogida en la Corte Constitucional de Sudáfrica, aunque no en el sentido clásico de los derechos sociales. La Corte no señaló en su fallo que los pobladores, en su capacidad individual, eran sujetos del derecho establecido en el Artículo 26 de la Constitución, “pero Grootboom es más importante por lo que no dice sobre derechos económicos y sociales: de hecho, rechaza el intento de los peticionarios de reconocer un derecho social substantivo”¹⁰⁴. Por el contrario, dicha norma crea una obligación del Estado de “diseñar un plan integral y viable para cumplir con sus obligaciones”¹⁰⁵ en los términos señalados en dicho artículo. Aquí surge el concepto de razonabilidad, que constituye el eje de la jurisprudencia sobre derechos económicos y sociales de la CCSA.

95. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

96. *Grootboom* párr. 4, nota 2.

97. *Grootboom* párr. 7.

98. *Grootboom* párr. 3.

99. *Grootboom* párr. 8.

100. *Grootboom* párr. 8.

101. *Grootboom* párr. 9.

102. *Grootboom* párr. 11.

103. *Grootboom* párr. 11.

104. DORSEN *et al.* (2010) p. 1428.

105. *Grootboom* párr. 38.

Adelantando lo que sería la jurisprudencia basada en el concepto de razonabilidad, la Corte Constitucional de Sudáfrica no definió el concepto de razonabilidad en el caso de *Grootboom*: sólo mencionó factores a los cuales una política de vivienda estatal debe atenerse para ser considerada como razonable. Entre otras cosas: 1) ser comprensiva, coherente y efectiva¹⁰⁶; 2) tener en consideración las características sociales y económicas, así como el contexto histórico de necesidad generalizada de la población¹⁰⁷; 3) tener suficiente consideración sobre la disponibilidad de los recursos económicos del Estado¹⁰⁸; 4) ser implementada de manera razonable, con los recursos adecuados y libre de ineficiencias burocráticas o regulaciones onerosas¹⁰⁹ y 5) lograr resultados efectivos en la reducción de la pobreza en el área al cual apunta la política¹¹⁰. Estos factores no son exclusivos. A modo de ejemplo, posteriormente, la CCSA usaría la falta de proporcionalidad entre medios y fines como un elemento para determinar la falta de razonabilidad de una medida en *Treatment Action Campaign*¹¹¹, y otros factores de proporcionalidad en *Khosa*¹¹².

La jurisprudencia de la CCSA carece de definiciones elaboradas sobre qué implica, de manera positiva, el concepto de razonabilidad. Lo más cercano a una definición taxativa del concepto en la jurisprudencia son tres circunstancias, las cuales de cumplirse consideran, *prima facie*, que una medida en cuestión no es racional: “Donde no se hace ninguna provisión para los más desesperadamente necesitados”¹¹³, “políticas socioeconómicas que contienen exclusiones o restricciones injustificables”¹¹⁴ y una circunstancia en la que el gobierno no revise continuamente sus políticas “para asegurar que el logro del derecho se realice progresivamente”¹¹⁵.

En otras palabras, la prueba de razonabilidad es lo que en derecho anglosajón se conoce como prueba de la “totalidad de las circunstancias”, y está conceptualizada como oposición a las decisiones fundamentadas en normas rígidas o estrictamente definidas¹¹⁶. Como señala la profesora Katharine Young, la prueba de razonabilidad es una forma de operacionalizar un derecho presente en la Constitución, en la cual “la

106. *Grootboom* párr. 40.

107. *Grootboom* párr. 43.

108. *Grootboom* párr. 46.

109. *Grootboom* párr. 42.

110. *Grootboom* párr. 44.

111. Véase *Treatment Action Campaign* párr. 59

112. PILLAY (2005) p. 432.

113. *Mazibuko* párr. 67.

114. QUINOT y LIEBENBERG (2011) p. 658

115. *Mazibuko* párr. 67.

116. Véase, a modo de ejemplo, *Florida v. Harris* (2013) p. 5.

interpretación del contenido del derecho se contrae en una consulta incremental y basada en el contexto”¹¹⁷. En el sentido amplio, la prueba de razonabilidad es una prueba ad-hoc que incorpora preguntas relacionadas a la “necesidad, idoneidad y proporcionalidad”¹¹⁸ de una medida, y que busca determinar si la política adoptada es, valga la redundancia, razonable. Sin embargo, y siguiendo al Profesor W. Sadurski, sobre la prueba de razonabilidad “el tipo de revisión judicial que implica el principio va mucho más allá de la revisión tradicional mediante la cual se determina la legalidad”¹¹⁹. Esto podría dar pie a que los jueces de la CCSA excedieran las funciones típicamente judiciales y comenzaran a diseñar políticas públicas. Sin embargo, como se ha visto, el funcionamiento actual de la CCSA nos deja en claro que precisamente ha ocurrido lo contrario.

La prueba de razonabilidad es un estándar que, en el papel, privilegia el funcionamiento de la política para solucionar los problemas de la población, y no simplemente que los jueces decidan –fuera de su competencia– cómo debe actuar el gobierno¹²⁰. El objetivo fundamental de este estándar es que el gobierno actúe de manera razonable: “[u]n desafío de razonabilidad requiere que el gobierno explique las elecciones que ha tomado. Para hacerlo, debe proporcionar la información considerada y el proceso seguido para determinar su política”¹²¹. La prueba de razonabilidad puede caracterizarse como una herramienta que promueve la rendición de cuentas de las autoridades¹²². Esto porque la razonabilidad de una medida “debe ser evaluada a la luz de los objetivos normativos que los derechos socioeconómicos pertinentes busquen promover”¹²³. Es natural esperar que mientras mayor sea la privación de derechos económicos y sociales causada por una medida, mayor será la respuesta esperada de los órganos del Estado¹²⁴.

Sin embargo, en la práctica, el criterio de razonabilidad ha sido el instrumento mediante el cual la CCSA ha operacionalizado la deferencia a las autoridades políticas: “[u]n tribunal que considere la razonabilidad no preguntará si podrían haberse adoptado otras medidas más deseables o favorables, o si el erario público podría haberse gastado mejor; la pregunta será si las medidas adoptadas son razonables”¹²⁵.

117. YOUNG (2017) p. 261. El contexto es clave en una decisión de razonabilidad. Véase *Mazibuko* párr. 60.

118. YOUNG (2017) p. 267.

119. SADURSKI (2009) p. 139.

120. Véase, por ejemplo, *Treatment Action Campaign* párr. 38.

121. *Mazibuko* párr. 71.

122. YOUNG (2017) pp. 252-253.

123. QUINOT y LIEBENBERG (2011) p. 655.

124. QUINOT y LIEBENBERG (2011) p. 656.

125. *Mazibuko* párr. 41.

Siguiendo al profesor Sadurski, “el examen de razonabilidad utilizado por la CCSA puede clasificarse como ‘débil’¹²⁶, porque la ley “requiere sólo alguna conexión entre los medios y los fines, y ésta sólo se deja de lado si no se puede encontrar ninguna conexión, por remota e inconveniente que sea”¹²⁷. Parte del por qué la razonabilidad no ha servido como un control adecuado radica en que una “razonabilidad débil” es un obstáculo menor para el gobierno.

Otra parte se fundamenta en la prueba en sí misma. La vaguedad reside en el corazón de la razonabilidad. Si bien existe una base textual para el concepto en la Sección 36 (1) de la Constitución de Sudáfrica¹²⁸, lo que más importa para nuestros propósitos es la interpretación que ha dado la CCSA del mismo ya que, a pesar de ser el eje de todo el sistema de adjudicación de derechos socioeconómicos, el término es de difícil definición. En este sentido, la CCSA no define ni intenta definir la razonabilidad, sino que sólo fija criterios negativos, tales como: a) que una medida “no establezca ninguna disposición para los más desesperadamente necesitados”¹²⁹ y b) que una medida implique “limitaciones o exclusiones irrazonables”¹³⁰ –ante lo cual la Corte puede ordenar su eliminación–. Además –siguiendo nuestro análisis de los casos en los que el tribunal ha utilizado este estándar¹³¹– la razonabilidad es un baremo basado en procesos, es “(...) un modelo que está relativamente orientado al proceso y presta poca atención al desarrollo de la esencia del contenido normativo y las obligaciones impuestas por los derechos socioeconómicos”¹³², donde apenas hay directrices para el desarrollo interpretativo a seguir, a diferencia de la prueba de proporcionalidad tradicional.

Nada de lo planteado es novedoso. No estamos reinventando la rueda. De hecho, Alfred Cockrell –profesor de la Universidad de Cape Town, Sudáfrica– articuló este problema por primera vez en 1996. En su opinión, a la Corte le gusta involucrarse en lo que él denominó “jurisprudencia arcoíris”: declaraciones vagas con falta de sustancia¹³³ que sirven, como cuestión práctica, a “la existencia de un conflicto profundo en el ámbito de las razones sustantivas, asumiendo que la adjudicación constitucional tiene que ver más con la armonía que con la discordia normativa”¹³⁴. Aunque Coc-

126. SADURSKI (2009) p. 132.

127. SADURSKI (2009) p. 132.

128. Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996.

129. *Mazibuko* párr. 67.

130. *Mazibuko* párr. 67.

131. Hemos mencionado los casos más famosos, pero se debe tener en cuenta que la “razonabilidad” no es un estándar general, sino que se limita a los casos en que ha habido una infracción a un derecho socioeconómico. COURTIS (2011) p. 38.

132. QUINOT y LIEBENBERG, (2011) p. 639.

133. COCKRELL (1996) p. 11.

134. COCKRELL (1996) p. 11.

krell citó pronunciamientos más complejos –como ejemplo los términos “libertad” e “igualdad”¹³⁵– la razonabilidad parece sufrir el mismo vicio. De hecho, todos esperamos que los jueces decidan sus casos de manera “razonable”, teniendo en cuenta consideraciones “razonables” para llegar a una decisión “razonable”. Pero independientemente de cuántas veces repitamos el mismo término –y lo hemos usado muchas veces a propósito– no necesariamente habrá claridad, ya que en una sociedad pluralista, diferentes personas pueden diferir sobre lo que consideran “razonable”, y la forma en que la CCSA ha articulado este concepto proporciona sólo el nivel mínimo de orientación.

Es necesario decir que este modelo en particular presenta dificultades para nuestros propósitos, ya que estamos considerando la “razonabilidad” como institución jurídica para ser trasplantada a otro contexto y, sin embargo, poco podemos decir sobre lo que requeriría esta norma si quisiéramos trasplantarla a la legislación chilena. Aquí cobra relevancia la advertencia de H.L.A Hart de que “existe un límite, inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que (...) puede proporcionar”¹³⁶. Hablamos del problema de la textura abierta del lenguaje, ya que “es posible imaginar casos límites desconcertantes para cada predicado que definimos”¹³⁷.

Lamentablemente, y según lo que hemos visto, las decisiones de la CCSA no brindan mucha ayuda para determinar el significado del concepto de razonabilidad. Así, lo único que queda para determinar este término es mirar todos los hechos y luego llegar a una decisión, sin grandes limitantes a la discrecionalidad judicial. Por lo tanto, parece que el ex-juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica, Albie Sachs tenía razón cuando afirmó que, privados de cualquier orientación, los jueces “con frecuencia no podrán escapar de hacer juicios de valor difíciles, cuando (...) la lógica y los precedentes son de ayuda limitada”¹³⁸; y tal vez haya un argumento para un razonamiento de este tipo, siempre que se considere una cosa: este no es un razonamiento judicial, es simplemente formulación de políticas. Una cosa es creer que sería deseable que los jueces no electos y que no rinden cuentas determinen la política pública, pero al menos el argumento debe transparentarse desde el principio.

Una posible solución a este problema de la vaguedad sería seguir la sugerencia del Ministro Alfred Mavedzenge, de modo que “para considerarse ‘razonable’, los aspectos cuantitativos del núcleo mínimo deben cumplir con los estándares de calidad mínimos impuestos por el derecho en cuestión”¹³⁹, de manera tal que “las cuantifica-

135. COCKRELL (1996) p. 12.

136. HART (1961) p. 126.

137. WALDRON (1994) p. 522.

138. *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer Port Elizabeth Prison and Others* (1995) párr. 46.

139. MAVEDZENGE (2020) p. 78.

ciones debe ser suficientes para cumplir con las necesidades básicas de los titulares de los derechos”¹⁴⁰. Sin embargo, hemos visto que la CCSA ha descartado explícitamente esta posibilidad.

Han pasado más de 20 años desde Grootboom y la vaguedad ha sido la crítica constante al estándar de razonabilidad¹⁴¹. A diferencia del concepto del núcleo mínimo mencionado anteriormente, donde el marco mismo establece un piso – “una línea en la arena sobre la cual los estados pueden ser responsabilizados”¹⁴²– la razonabilidad es vaga por definición, lo cual implica naturalmente dificultades prácticas. Como un crítico menciona, el enfoque de acercamiento de la CCSA “limita a las cortes una conexión suficiente con el contenido substantivo de cada derecho y obligación impuesta”¹⁴³, lo que no sólo resulta en decisiones subóptimas en términos de la realización de los derechos mismos, sino también esta falta de claridad conceptual es un problema al momento de presentar un requerimiento judicial. Como dice Bilchitz, una de las faltas del sistema es el filtrar el acceso a derechos sociales y económicos a través de la noción de razonabilidad sin una guía de cómo entender específicamente dicha noción¹⁴⁴. Esto resulta en un problema de tener que juntar cantidades cuantiosas de evidencia para presentar un caso donde el gobierno puede haber actuado de manera no razonable¹⁴⁵ –buscando precisamente cubrir todo lo que pueda implicar este concepto vago de razonabilidad–. Lamentablemente, no todos tienen los recursos para sobrellevar un extenso proceso judicial, por lo que los casos prácticos de esta naturaleza han sido escasos desde 2017¹⁴⁶. Esto presenta el problema de que mientras

140. MAVEDZENGE (2020) p. 78.

141. Katie Boyle resume sucintamente las críticas de la judicatura y del estándar de razonabilidad que está al centro de sus actuaciones: la CCSA ha “fallado en asegurar cualquier contenido substantivo de los derechos protegidos en la Constitución, menoscabando la naturaleza fundacional y basada en normas de la Constitución y, como resultado, ha fallado en llevar a cabo el potencial transformativo de la Constitución envisioned como parte del marco transitorio”. BOYLE (2016) p. 6.

142. PEREHUDOFF y FORMAN (2019) p. 6.

143. NGANG (2021) p. 363. Por otro lado, después de analizar los resultados de Grootboom y de Treatment Action Campaign, la profesora Forman menciona que “el estándar de razonabilidad puede cumplir un trabajo similar al del núcleo mínimo, al punto que fuerce a los tribunales a enfocarse en las necesidades básicas y urgentes de los más vulnerables, marginados y pobres de la sociedad”. FORMAN (2016) p. 570.

144. BILCHITZ (2018) p. 66.

145. El profesor Bilchitz sugiere que “[e]l acercamiento articulado por la corte ha hecho difícil a los pobres plantear casos exitosos: grandes cantidades de evidencia deben ser reunidas para demostrar la no razonabilidad de un programa del gobierno. *Ibidem*, p. 53. El mismo autor reflexiona que “los desafíos [de la razonabilidad] a menudo involucran evidencia experta a tenerse en evaluación necesariamente y un caso fuerte y afirmativo sobre la no razonabilidad, sin garantía de éxito”. BILCHITZ (2017).

146. Bilchitz también reflexiona que “[n]o es sorprendente que, por lo tanto, haya habido pocos casos significativos sobre derechos socioeconómicos requiriendo el acceso a recursos (los cuales no habían sido proveídos previamente) desde que su reclamo fue hecho posible en 1977”. *Ibidem*.

más casos sean tratados, más altas serán las probabilidades de que las decisiones judiciales cubran el aspecto de los derechos sociales y económicos.

Se debe recordar que Grootboom instó a la realización progresiva de un derecho¹⁴⁷. Sin embargo, esto por sí mismo no constituye una garantía al contrastarse con un estándar más estricto como es el del núcleo mínimo. Lo anterior dado que es posible que una cierta medida esté orientada bajo la línea de la realización progresiva de un determinado derecho social y económico y, al mismo tiempo, falle en cumplir con lo establecido bajo el estándar del núcleo mínimo del mismo –lo cual puede verse anteriormente en el relato del caso Mazibuko. Por su puesto, como menciona Carol Chi Ngang, la realización progresiva “tiene un elemento de inmediatez, exigir al estado que implemente medidas con plazos específicos para asegurar que los derechos socioeconómicos garantizados se logren progresivamente”¹⁴⁸, pero ya hemos visto que las órdenes de la CCSA son bastante ligeras o inexactas. Por el contrario, la idea misma de realización progresiva se puede invertir, ya que “el umbral de razonabilidad podría alcanzarse a través de esfuerzos estatales hacia la realización progresiva (...) independiente del resultado y disfrute real de los derechos”¹⁴⁹. Las limitaciones de los recursos, heredadas de los países en desarrollo, junto con la deferencia hacia los poderes políticos, podrían convertir los derechos sociales en letra muerta en la práctica.

Como mencionamos anteriormente, la indeterminación de lo que el concepto de “razonabilidad” conlleva da lugar a obstáculos quizás insuperables cuando se le considera en el contexto de un trasplante legal. El simple significado de la palabra en comentario no nos ayuda mucho a determinar el sentido del término. Las decisiones de la CCSA tienen un carácter ad-hoc que dificulta definir qué requisitos positivos exige este estándar de razonabilidad. Sin embargo, la CCSA no enfrenta este problema, porque –como ya hemos mencionado– el concepto de razonabilidad es sólo una parte del aparato para resolver las controversias sobre derechos económicos y sociales. Esa es la parte que se expresa en papel, visible para todos; la otra arista de este mecanismo es simplemente una deferencia judicial a los poderes políticos. Hay limitaciones, sin duda, pero los jueces de la CCSA parten de una presunción de constitucionalidad muy fuerte: siempre que una política pase algún nivel básico de acuerdo, entonces se considerará razonable. Es por eso que, en pocas palabras, estos problemas de va-

147. En este sentido, el profesor Porter plantea que “la razonabilidad no debiera ser entendida solamente, o ni siquiera primordialmente, como un límite o restricción sobre derechos socioeconómicos, sino como una garantía de los derechos – una medida de cumplimiento con la obligación de realización progresiva, enmarcada por los valores constitucionales y evaluada en el contexto de la dignidad, intereses y derechos fundamentales de los reclamantes”. PORTER (2014) p. 191. Véase igualmente BILCHITZ (2018) p. 51.

148. NGANG (2021) p. 363.

149. PEREHUDOFF y FORMAN (2019) p. 6.

guedad no surgen en el contexto sudafricano, ya que la razonabilidad permite a la Corte ceder ante las autoridades políticas. Pero esta deferencia, como hemos visto, no proviene de la ley, sino de la autocomprensión del poder judicial sudafricano. Así, si trasplantamos toda la “ley en los libros” de la República de Sudáfrica a otro país donde el poder judicial se percibe de manera muy diferente, sería comprensible esperar resultados diferentes.

El caso chileno

En el contexto chileno, apreciamos tres principales dificultades a la implementación de un modelo similar al sudafricano: primero, la forma en que históricamente se han nombrado los jueces –y que es razonable esperar no sufra grandes transformaciones en una nueva Constitución; segundo, la autocomprensión que tienen los jueces de su rol como un contrapeso –no un complemento– de los poderes Ejecutivo y Legislativo; y, finalmente, la historia constitucional en lo que respecta a derechos sociales y su protección.

Del nombramiento de ministros de la corte suprema y el tribunal constitucional

Si bien existen actualmente “aires de cambio” en Chile, los autores del presente trabajo estiman que, dentro de lo que sería la parte orgánica de la nueva Carta Fundamental, la materia de este apartado probablemente no sufra cambios sustanciales. Actualmente, el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema está tratado en el Artículo 78 de la Constitución, que postula que tanto los ministros como los fiscales judiciales del máximo tribunal serán nombrados por el Presidente, quién los elegirá de una quina propuesta por la misma Corte con acuerdo del Senado. Este último adoptará los respectivos acuerdos por los $\frac{2}{3}$ de sus miembros en ejercicio. No obstante, si el Senado no aprobase la proposición del Jefe de Estado, la Corte Suprema deberá completar la nómina proponiendo un nuevo nombre en reemplazo del rechazado, procedimiento que será repetido hasta aprobar un nombramiento¹⁵⁰.

Por su parte, el Artículo 92 establece cómo deberán ser designados los 10 miembros que componen el Tribunal Constitucional, a saber: 3 designados por el Presidente; 4 elegidos por el Congreso, de los cuales 2 serán nombrados directamente por el Senado, mientras que 2 serán propuestos por la Cámara de Diputados para su posterior aprobación o rechazo por la Cámara Alta. Los nombramientos –o propuestas en su caso– se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de $\frac{2}{3}$ de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda; y 3 elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta¹⁵¹.

150. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

151. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

En base a estas normas, se puede concluir que el que Chile llegue a una situación similar a la de Sudáfrica –al menos de mantenerse este sistema de nombramientos– se hace difícil, si es que no, imposible. Como se ha mencionado, en Sudáfrica el ANC ha sido una fuerza mayoritaria –y por mucho– desde el fin del Apartheid y la adopción de la nueva Constitución¹⁵², lo cual le da un significativo poder institucional para influenciar la composición de la CCSA, designando jueces afines.

Desde el retorno a la democracia y hasta la reciente reforma electoral, en Chile dos grandes bloques han obtenido la mayoría de los votos¹⁵³, lo que se refleja en el nombramiento de los jueces o, dicho de otro modo: ninguna fuerza política logró obtener una mayoría tan abrumadora como las que ha obtenido el ANC durante su historia. Es más, con el nuevo sistema electoral, se observa una dispersión mayor de las fuerzas¹⁵⁴, haciendo que una situación como la sudafricana sea aún más remota en la práctica.

Si lo anterior no fuese ya de por sí ejemplificador, se debe recordar la regla de $\frac{2}{3}$ que rige tanto para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional¹⁵⁵. Respecto del primero, si bien es el Presidente quien nombrará a estos jueces, ellos vienen “preestablecidos” ya que son propuestos por la misma Corte con acuerdo del Senado, debiéndose rescatar que los miembros que estén conformando la Corte fueron anteriormente electos por la Cámara Alta, la cual ha estado compuesta la mayor parte del tiempo por dos fuerzas, por lo que no es raro que el nombramiento de jueces obedeciera a dichas tendencias mayoritarias; posteriormente, el Senado adoptará los respectivos acuerdos con los $\frac{2}{3}$ de sus miembros en ejercicio. Y, en caso de no aprobarse la propuesta del Presidente, será la Corte Suprema –la cual, como ya mencionamos, no es de extrañar que esté compuesta en su mayoría por dos grupos– quien complete la quina, proponiendo nombres en reemplazo de los rechazados hasta aprobar los nombramientos. No es sorprendente que una situación análoga suceda en el Tribunal Constitucional.

De la separación de poderes

La separación de poderes es desde antiguo una de las ideas más importantes dentro del constitucionalismo, por lo que no es de extrañar que en Chile cobró suma importancia al momento de redactar nuestra Constitución actual el dejar plasmado en qué consistiría cada uno de los poderes, es decir, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para que así pueda existir un Estado de Derecho.

152. Las cifras respectivas fueron analizadas en los apartados anteriores.

153. Servicio Electoral de Chile.

154. Servicio Electoral de Chile.

155. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

A grandes términos, al analizar la relación entre la separación de poderes y los partidos políticos, el profesor Sebastián Soto menciona –siguiendo a Levinson y Pildes– que “las disputas ya no son conflictos entre poderes sino que, más bien, entre distintos partidos políticos o coaliciones, sin importar si sus integrantes se encuentren en el Poder Legislativo o en el Poder Ejecutivo. Por lo mismo (...) el balance de poderes sólo será real si el mismo partido o coalición no controla ambas ramas”¹⁵⁶. Es aquí donde se aprecia una de las diferencias más importantes, a juicio de los autores, con el modelo sudafricano, ya que en nuestro país encontramos que la oposición entre los poderes del Estado juega un papel de contrapeso fundamental a los llamados poderes políticos, y no un rol subordinado o colaborativo, como se menciona repetidamente en las sentencias de la CCSA.

Tomemos como ejemplo el denominado Caso Ámbar, en que una ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso fue acusada constitucionalmente por eventual abandono de deberes¹⁵⁷ al haber dejado en libertad condicional al llamado “psicópata del tambor”¹⁵⁸.

Esto generó una férrea defensa corporativa; el presidente de la Corte Suprema, Guillermo Silva, llamó a los parlamentarios a “no hacer ‘populismo’¹⁵⁹, remarcando la importancia de un poder judicial independiente para poder hablar de un Estado de Derecho, declarando que “[a] la Corte Suprema y al Poder Judicial en su conjunto, nos asiste la convicción de que sin independencia judicial ningún derecho es posible”¹⁶⁰, agregando que “los jueces y juezas nos debemos al derecho y nada más que al derecho”¹⁶¹. Además, señaló que “[u]n Poder Judicial expuesto a un estándar que pudiese ser tachado de liviano simplemente no gozaría de independencia para el ejercicio de sus funciones, por verse expuesto a represalias políticas”¹⁶². Asimismo, la ministra de la Corte Suprema y profesora de Derecho Constitucional, Ángela Vivanco, sostuvo que “la acusación constitucional no está pensada para cuestionar la interpretación de la ley, que es una interpretación que le corresponde al juez y que es privativa”¹⁶³. En base a esto, el lector habrá podido apreciar que hay una diferencia fundamental con el modelo sudafricano respecto a la interpretación de la ley: en nuestro país ésta corresponde exclusivamente al juez, en cambio, en Sudáfrica, los jueces de la CCSA

156. SOTO VELASCO (2018) p. 461.

157. SILVA (2021) en REYES (2021).

158. LONGTON (2020) en CNN Chile (2020b).

159. CNN Chile (2020a).

160. CNN Chile (2020a).

161. CNN Chile (2020a).

162. CNN Chile (2020a).

163. VIVANCO (2020) en CNN Chile (2020a).

han tendido a que dicha interpretación la realicen los poderes políticos, cosa que evidencia la reticencia para establecer cuál es el núcleo mínimo que ciertos derechos sociales requieren.

Derechos sociales en la historia constitucional chilena

Los Derechos sociales reconocidos no son extraños a nuestra tradición constitucional. De hecho, estas garantías en la Carta de 1980 funcionan de forma similar a como lo hacen en la Constitución de la India, la cual establece, en su Artículo 37 que “[l]as disposiciones contenidas en la presente parte no serán ejecutables por ningún tribunal, pero los principios establecidos en ella son, sin embargo, fundamentales para la gobernanza del país y es deber del Estado aplicar estos principios en la elaboración de leyes”¹⁶⁴, con lo que se puede apreciar que algunos derechos son programas políticos y algunos son judicialmente exigibles a los tribunales. En nuestro caso, el Artículo 20 de la Constitución enumera taxativamente aquellas garantías exigibles vía la acción o recurso de protección¹⁶⁵.

Historia constitucional previa a 1980

Los derechos sociales, entendidos como aquellos que “explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, (...) a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos”¹⁶⁶, tienen su primera aproximación dentro de la historia constitucional chilena desde la Carta Magna de 1925, debido a la Cuestión Social. Fue en dicho contexto que surgió la discusión de la Constitución en comento, donde, según el profesor Manuel Bastías, cualquier solución a dicha crisis dependía de la definición de los “contenidos y límites de la acción estatal”¹⁶⁷, con el fin de que la autoridad se convirtiese “(...) en un Estado social garante del bienestar general”¹⁶⁸. La discusión llevó a consagrar estas materias en el Artículo 10 N° 14 de la Constitución de 1925¹⁶⁹, produciéndose un giro respecto al rol del Estado el cual debería “velar por el interés de todos y particularmente del de quienes están más desprovistos de medios”¹⁷⁰.

164. Constitución de la India, de 1949.

165. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

166. NOGUEIRA ALCALÁ (2009) p. 152.

167. BASTÍAS SAAVEDRA (2015) pp. 41-42.

168. BASTÍAS SAAVEDRA (2015) pp. 41-42.

169. Constitución Política de la República de Chile, de 1925.

170. SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO (2003) Apartado 11.

Reflexiones de la Comisión para el Estudio de una Nueva Constitución Política sobre derechos sociales

Tras la llegada al poder de la Junta Militar en 1973 se encargó la redacción de la Constitución a la “Comisión Ortúzar” o Comisión para el Estudio de una Nueva Constitución Política (CENC), para luego ser revisada y modificada por el Consejo de Estado y posteriormente presentada ante los miembros de la Junta de Gobierno¹⁷¹.

La situación económica, la necesidad de una nueva institucionalidad y la búsqueda de un nuevo orden público económico, llevaron a diversas discusiones sobre qué lugar tendrían los derechos sociales en este nuevo marco institucional, influido ampliamente por la consagración de la subsidiariedad como principio rector del nuevo texto constitucional¹⁷².

En ese sentido, se aprecian diferencias entre los derechos sociales y el resto de los derechos a consagrar en la Constitución: aquellos correspondían a los “nacidos como frutos de la incorporación de los aspectos económico-sociales al orden constitucional (...) vinculados (...) a la capacidad económica del Estado y a la realidad del ordenamiento (...) en cada instante histórico”¹⁷³, por lo que no tendrían la misma jerarquía que los derechos civiles, al ser mutables e instrumentales¹⁷⁴.

Su Exigibilidad, Protección y el Recurso de Protección

El cómo se garantizarían los derechos sociales no fue tomado como baladí por la Comisión; se planteó que la eventual protección y exigencia de éstos ante una insuficiencia por parte del Estado estaría condicionada por hechos que “no son totalmente dependientes de la acción de la autoridad en sí misma”¹⁷⁵, sino que también “de una serie de condiciones económicas y sociales”¹⁷⁶, reconociéndose que la protección de todas las garantías –y especialmente las llamadas sociales– implicaría dificultades y limitaciones de otras libertades, incluido el ejercicio del derecho de propiedad¹⁷⁷.

171. Biblioteca del Congreso Nacional (2021b).

172. Para estos efectos, véase GUZMÁN (1976) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 205ª, pp. 4, 9 y 26.

173. GUZMÁN (1976) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 194ª, p. 22.

174. ORTÚZAR (1974) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 87ª, p. 7.

175. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución Sesión 96ª, p. 4.

176. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 410ª, Anexo. p. 5.

177. EVANS (1974) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 89ª, p. 9.

Las discusiones al interior de la Comisión influyeron en la aplicación del recurso de protección a algunos de dichos derechos, siendo éste de las mayores incorporaciones y cuyo fin como protección inmediata, expedita y de rápida resolución, hace que se considere sólo respecto de “aquellos derechos conculcados mediante la acción positiva del Estado o de terceros, es decir, el conjunto de los derechos individuales”¹⁷⁸.

Derechos sociales en la Constitución actual

La Constitución de 1980 consagró una serie de derechos sociales, siendo algunos incorporación propia de la Comisión Redactora, mientras que otros tenían su antecedente jurídico en Cartas anteriores. En correlato a lo ya expresado, se limitó la aplicación de la acción de protección, reduciéndose en algunas ocasiones solo a ciertas expresiones de estos derechos y, en otras, dejándolas completamente fuera del resguardo por dicha vía.

En el primer grupo, se encuentra el derecho a la protección a la salud. Este es una innovación de la Comisión Redactora, ya que en la Carta de 1925 se hacía simplemente referencia al “deber del Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país”¹⁷⁹. Por su parte, la Constitución de 1980 se limitó a resguardar el derecho a la libre elección del sistema de salud, sea estatal o privado¹⁸⁰.

Igualmente, los derechos laborales, cuya primera consagración de 1925 considera sólo algunos derechos de “corte individual”¹⁸¹, tuvieron una expansión en 1971, reconociéndose la sindicación y la huelga de forma limitada¹⁸². En la Constitución de 1980 se vuelve el foco al derecho civil político, resguardándose vía recurso de protección la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y libre contratación, entre otros¹⁸³. A pesar de limitar ciertos derechos colectivos y la huelga en diversos ámbitos, se otorga protección constitucional al derecho a sindicarse y el reconocimiento a la personalidad jurídica y autonomía de dichas entidades sindicales, en los casos y condiciones que fije la ley¹⁸⁴.

178. EVANS (1976) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución Sesión 194ª, p. 27.

179. Constitución Política de la República de Chile, de 1925.

180. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 416ª, pp. 4-5.

181. ROJAS MIÑO (2017) p. 15.

182. ROJAS MIÑO (2017) p. 15.

183. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 3ª, p. 3.

184. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 3ª, p. 3. Véase igualmente Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 208ª, pp. 3 y ss.

Asimismo, la regulación del recurso de protección en el ámbito educacional se limita al numeral 11° del Artículo 19¹⁸⁵, enfocado en la libertad de enseñanza –lo cual constituye una anomalía, puesto que este derecho es justiciable en todas las constituciones de la región menos la chilena y la de Belize¹⁸⁶. Mas, se pueden ver derechos sociales –o aristas de éstos– que fueron totalmente dejados de lado por el recurso de protección. En este sentido, la expresión del derecho a la seguridad social –incorporada en 1971 a la Constitución de 1925– en 1980 se enfoca a dirigir la acción del Estado a “garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”¹⁸⁷, entregándole la supervigilancia del adecuado ejercicio de esa garantía. Se debe mencionar que algunos derechos normalmente resguardados por otras constituciones –como el de la seguridad social en comento, justiciable en aproximadamente un 40% de las constituciones del mundo¹⁸⁸– muestran las limitaciones del recurso de protección, al no encontrar resguardo por dicha acción.

En comparación al resto de la región, la Constitución chilena no provee sustancial protección a los derechos sociales, como se ha analizado a lo largo de este apartado. Es precisamente este antecedente el que podría dificultar la adopción de un modelo estilo sudafricano –en donde un derecho no sea inmediatamente exigible, sino que se exija a la autoridad política su implementación– por un tema de expectativas. Es interesante indicar en este punto los resultados de la encuesta Panel Ciudadano, que buscaba sopesar los sentimientos y expectativas de la población nacional en cuanto al proceso constituyente. A modo de ejemplo, aproximadamente un 70% de los encuestados dijo estar de acuerdo o muy de acuerdo con que una nueva Constitución mejorará la calidad de la educación, salud y pensiones¹⁸⁹. Por su parte, la Encuesta Barómetro de Noviembre del 2020 al consultar sobre los derechos que deben estar garantizados en la Constitución evidenció dentro de los primeros cinco lugares los siguientes: (i) el derecho a la salud, (ii) el derecho a la educación, (iii) la igualdad ante la ley, (iv) el derecho a la vivienda digna y (v) el respeto al medio ambiente¹⁹⁰.

Los expertos tienen expectativas similares. El Decano y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Pablo Ruiz-Tagle comentó que, de ganar el Apruebo en el plebiscito, Chile entraría en una “Sexta República”¹⁹¹ y dentro de ésta “los derechos sociales y económicos deberían ser mejor garantizados (...)”¹⁹².

185. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

186. JUNG *et al.* (2014) p. 1076.

187. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

188. JUNG *et al.* (2014) p. 1054.

189. Panel Ciudadano en FERNÁNDEZ (2020).

190. FIEL Chile (2020) lámina 13.

191. RUIZ-TAGLE (2020) en Cooperativa.cl (2020).

192. RUIZ-TAGLE (2020) en Cooperativa.cl (2020).

Por su parte, el abogado constitucionalista y ex candidato a la Convención Patricio Zapata, comentó en entrevista con CNN Chile que “[u]na Constitución en un país como Chile tiene que tener un compromiso y respeto irrestricto de los derechos humanos”¹⁹³, agregando que se deben defender aquellos derechos denominados clásicos –como el derecho de propiedad– pero dándoles el reconocimiento necesario a los derechos sociales, para buscar un equilibrio de derechos en la Carta Fundamental¹⁹⁴. Finalmente, el académico y constituyente electo Fernando Atria, en entrevista al Diario UChile mencionó que la nueva Constitución debe tratar tres puntos infaltables, siendo el segundo de ellos –y el que concierne al presente artículo– los derechos sociales¹⁹⁵. Explica Atria que “[l]a nueva constitución tiene que significar (...) la abolición del estado subsidiario y su reemplazo por un estado social, que es un estado que tiene no el deber de cuidar el mercado, sino el deber de realizar derechos sociales”¹⁹⁶.

Todo lo anterior, sumado a la composición de la Convención, mayoritariamente de izquierda¹⁹⁷, da a entender que:

- 1) los actores relevantes están dispuestos a avanzar decididamente en la consagración de derechos sociales y
- 2) la gente tiene altas expectativas sobre lo que dicha inclusión significaría.

Entonces, un sistema como el sudafricano donde los derechos sociales no están garantizados de manera subjetiva, sino que se protegen requiriendo su implementación al poder político, no cumpliría con dichas expectativas y sería considerado como insuficiente, generando descontento en la ciudadanía. Tal como dijo Jaime Guzmán al reflexionar sobre el uso con fines políticos de la discordancia entre lo asegurado por la Constitución y las realidades en que se desenvuelve la vida¹⁹⁸, toda vez que un texto constitucional genera expectativas, si éstas no se verifican con la realidad se tiende a desacreditar el texto constitucional o a ver la realidad existente como contraria al ordenamiento jurídico¹⁹⁹.

193. ZAPATA (2021) en ARANCIBIA (2021).

194. ZAPATA (2021) en ARANCIBIA (2021).

195. ATRIA (2021) en BUSTOS (2021).

196. ATRIA (2021) en BUSTOS (2021).

197. La lista de centro derecha aseguró solamente el 23,87% de los convencionales. Servicio Electoral de Chile (2021).

198. GUZMÁN (1976) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución. Sesión 194^a. p. 22 y siguientes.

199. GUZMÁN (1976) en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio para un Anteproyecto de Constitución Sesión 200^a p. 16.

Conclusión

Como se advirtió, este artículo busca dar una nota de precaución en miras al proceso constituyente en el que se encuentra nuestra nación. Si bien hay mucho que aprender del camino de Sudáfrica hacia un sistema en el cual los derechos sociales y económicos estén plenamente reconocidos, sería difícil –sino imposible– trasplantar su sistema tal cual. Aparte de tener instituciones legales incompatibles con las nuestras, habría que replicar otras condiciones sociales y políticas, como el hecho de que en dicho país gobierna un partido único con una oposición limitada, algo que no se ha visto en la historia de Chile. La misma composición de la Convención Constitucional, dividida en cinco bloques al principio, es una prueba poderosa de que una situación política como la de Sudáfrica no se repetirá en el corto plazo. Además, las expectativas son altas y un sistema de reconocimiento de derechos sociales que no los otorgue directamente, sino que consista en que los tribunales “vigilen” o llamen a los poderes políticos a actuar, sería percibido como una decepción por los ciudadanos, así como muchos de los actores que participan en el proceso constituyente.

Para concluir, creemos que si bien el caso sudafricano puede ser orientador respecto a su preocupación por los derechos sociales y la protección que debe otorgárseles –y por lo mismo la idea de trasplantar un sistema como el de dicho país puede ser tentadora– se debe recordar que, tal como reza el antiguo refrán, no todo lo que brilla es oro: si se quiere un modelo que funcione en Chile, no debemos olvidar nuestra historia, nuestras instituciones ni nuestra idiosincrasia.

Referencias bibliográficas

Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de la República, Santiago, Chile, 1973-1978. Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r. [Fecha de consulta: 30 de abril de 2021].

ARANCIBIA, Paz (2021): “La convicción constitucional de Patricio Zapata: De Bachelet 2016 a un cupo por el D10 en 2021” en *CNN Chile* [en línea], 13 de enero. Disponible en: https://www.cnnchile.com/constituyente/patricio-zapata-candidato-distrito-10_20210213/ [Fecha de consulta: 20 de enero de 2021].

BASTÍAS SAAVEDRA, Manuel (2015): “Intervención del Estado y Derechos Sociales: Transformaciones en el pensamiento Jurídico chileno en la era de la cuestión social, 1880-1925” en *Revista Historia* (Santiago), (Vol 48 N° 1), pp. 11-42.

Biblioteca del Congreso Nacional (2021a): “Elecciones parlamentarias de 1989” en *Historia Política. Procesos Eleccionarios* [en línea]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63210&periodo=1973-1990 [Fecha de consulta: 10 de enero de 2021].

- Biblioteca del Congreso Nacional (2021b): “Evolución Constitucional” en *Formación Cívica* [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/formacioncivica/constituciones.html> [Fecha de consulta: 15 de enero de 2021].
- BILCHITZ, David (2017): “Expanding Access to Justice for Socio-Economic Rights Complaints in South Africa”. En *Völkerrechtsblog* [en línea], 24 de julio. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/expanding-access-to-justice-for-socio-economic-rights-complaints-in-south-africa/> [Fecha de consulta: 26 de julio de 2021].
- BILCHITZ, David (2018): “The Performance of Socio-economic Rights in the South African Constitution”. En DIXON, Rosalind y ROUX, Theunis (eds.): *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments: A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution's Local and International Influence* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 45-87.
- BOYLE, Katie (2016): “Re-conceptualising Socio-economic Rights in Transitional Justice Societies”. En *Journal of Law, Social Justice and Global Development* (versión en línea), University of Warwick, Volumen 20, Número 2, pp. 1-10. Disponible en: https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/lgd_issue_2016_2/katie_boyle_2016_2.pdf [Fecha de consulta: 30 de junio de 2021].
- BOYLE, Katie (2018): “Models of Incorporation and Justiciability for Economic, Social and Cultural Rights” en *Scottish Human Rights Commission* November 2018 [versión en línea] (Edimburgo, Scottish Human Rights Commission). Disponible en: http://www.scottishhumanrights.com/media/1809/models_of_incorporation_escr_vfinal_nov18.pdf [Fecha de consulta: 30 de junio de 2021].
- BUSTOS, Andrea (2021): “Fernando Atria: “Espero que la ultraderecha que representa JAK no esté presente en la Convención Constitucional”” en *Diario UChile* [en línea], 7 de febrero. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/02/07/fernando-atrta-espero-que-la-ultraderecha-que-representa-jak-no-este-presente-en-la-convencion-constitucional/> [Fecha de consulta: 13 de febrero de 2021].
- CALLAND, Richard (2013): “A Chief Justice Who Doesn’t Write Appointed by a President Who Doesn’t Read” en *The Con* [en línea], 2 de septiembre. Disponible en: <http://www.theconmag.co.za/2013/09/02/a-chief-justice-who-doesnt-write-appointed-by-a-president-who-doesnt-read/> [Fecha de consulta: 17 de marzo de 2021].
- CHEMERINSKY, Erwin (2015): *Constitutional Law: Principles and Policies* (Nueva York, Wolters Kluwer, Quinta Edición).

- CNN Chile (2020a): *El prontuario y los patrones criminales de Hugo Bustamante, imputado por crimen contra Ámbar* [en línea], 7 de agosto. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/hugo-bustamante-largo-prontuario-caso-ambar_20200807/ [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- CNN Chile (2020b): *Diputado Longton: RN acordó acusar constitucionalmente a jueza que dejó en libertad a Hugo Bustamante* [en línea], 8 de agosto. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/longton-rn-ambar-cornejo-hugo-bustamante-jueza-donos_20200808/ [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- COCKRELL, Alfred (1996): “Rainbow Jurisprudence,” en *South African Journal on Human Rights* (Vol. 12, No. 1) pp. 1-38.
- Comité de las Naciones Unidas Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990): *General Comment N.º. 3: The Nature of States Parties' Obligations* (Art. 2, Para. 1, of the Covenant).
- Cooperativa.cl (2020): “Experto y una nueva Constitución: Lo primero es pensar que debe dar espacio a todos los chilenos” en *Cooperativa* [en línea], 21 de octubre de 2020. Disponible en: <https://cooperativa.cl/noticias/pais/politica/constitucion/experto-y-una-nueva-constitucion-lo-primero-es-pensar-que-debe-dar/2020-10-21/090733.html> [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021].
- COURTIS, Christian (2011): “Rationality, Reasonableness, Proportionality: Testing the Use of Standards of Scrutiny in the Constitutional Review of Legislation” en *Constitutional Court Review* (Vol. 4, No. 1) pp. 31-50.
- DE VOS, Pierre (2008): “Sandile ngcobo chief justice?” en *Constitutionally Speaking* [en línea], 31 de julio. Disponible en: <https://constitutionallyspeaking.co.za/sandile-ngcobo-chief-justice/> [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJO, Andreas y BAER, Sussane (2010): *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials* (Saint Paul, West Academic Publishing).
- Electoral Commission of South Africa (IEC) (2021): *Election Results portal* [en línea]. Disponible en: <https://www.elections.org.za/electionresults/> [Fecha de consulta 20 de junio de 2021].
- FERNÁNDEZ, Eugenia (2020): “¿Qué siente ante el Plebiscito? Sondeo UDD revela entusiasmo y altas expectativas, pero menor esperanza de salida a crisis política” en *La Tercera*, 8 de octubre, p. 4.
- FIEL Chile (2020): *Encuesta Barómetro del Trabajo Noviembre 2020* (primera entrega) [en línea], 30 de noviembre. Disponible en: <https://fielchile.cl/v2/download/barometro-noviembre-2020-1era-entrega/> [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021].

- FORMAN, Lisa (2016): “Can Minimum Core Obligations Survive a Reasonableness Standard of Review Under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?”. En *Ottawa Law Review, University of Ottawa*, Vol. 47, No. 2, 2016, pp. 557-573. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2744436> [Fecha de consulta: 8 de agosto de 2021].
- FOWKES, James (2016): *Building the Constitution: The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GRAZIADEI, Michele (2006): “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en *Mathias Reinmann y Reinhard Zimmerman, The Oxford Handbook of Comparative Law* (New York, Oxford University Press) pp. 441-475.
- GRIFFEY, Brian (2011): “The ‘Reasonableness’ Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Law Review* (Volume 11, Issue 2), pp. 275-327.
- GROOTES, Stephen (2011a): “As Justice Ngcobo chooses honour over power, Zuma in a corner again” en *Daily Maverick* [en línea], 28 de julio. Disponible en: <https://www.dailymaverick.co.za/article/2011-07-28-as-justice-ngcobo-chooses-honour-over-power-zuma-in-a-corner-again/> [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- GROOTES, Stephen (2011b): “Judicial Service Commission, a body now firmly in the ANC hands” en *Daily Maverick* [en línea], 6 de septiembre. Disponible en: <https://www.dailymaverick.co.za/article/2011-09-06-judicial-service-commission-a-body-now-firmly-in-the-anc-hands/> [Fecha de consulta: 26 de febrero de 2021].
- HAMILTON, Alexander, JAY, John y MADISON, James (1788): *The Federalist Papers* [versión en línea] (Nueva York) Disponible en: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text> [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1961): *The Concept of Law* (New York, Oxford University Press, Tercera Edición).
- JUNG, Courtney, HIRSCHL, Ran y ROSEVEAR, Evan (2014): “Economic and Social Rights in National Constitutions” en *The American Journal of Comparative Law* (Vol. 64, n. 2), pp. 1043-1093.
- KADALIE, Rhoda (2011): “The JSC's apparatchiks on display” en *Politicsweb* [en línea], 13 de septiembre. Disponible en: <https://www.politicsweb.co.za/news-and-analysis/the-jscs-apparatchiks-on-display> [Fecha de consulta: 28 de febrero de 2021].

- LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César (2006): “Naturaleza Y Dimensiones Del “Stare Decisis””. En *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 33, N°1, pp. 109-124. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-34372006000100007 [Fecha de consulta: 20 de mayo de 2021].
- LIEBENBERG, Sandra (2010): *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution* (Claremont, Juta & Co).
- MAVEDZENGE, Alfred (2020): “Revisiting the role of the judiciary in enforcing the state’s duty to provide access to the minimum core content of socio-economic rights in South Africa and Kenya”. En *Journal Of Comparative Law in Africa*, Volumen 7, N° 2, (Centre for Comparative Law in Africa), pp. 60-89. Disponible en: http://www.jutajournals.co.za/wp-content/uploads/2021/03/Justice-A-Mavedzenge-Article-from-JCLA_2020_vol_7_iss_2_BOOK.pdf [Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2021].
- MOYO, Khulekani (2016): “The Jurisprudence of the South African Constitutional Court on socio-economic rights” en *Amarightza, Socio-economic Rights -- Progressive realisation?* (Johannesburg, Foundation for Human Rights) pp. 37-80.
- MYBURGH, James (2008): “The great Constitutional Court mystery” en *Politicsweb* [en línea], 29 de agosto. Disponible en: <https://www.politicsweb.co.za/news-and-analysis/the-great-constitutional-court-mystery> [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- NELKEN, David (2003): “Comparativists and Transferability”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 435-466.
- NGANG, Carol Chi (2021): “Human Rights and Socio-economic Transformation in South Africa”. En *Human Rights Review*, Volumen 22, Número 3 (Springer), pp. 349-370.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): “Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales Como Derechos Fundamentales Efectivos En El Constitucionalismo Democrático Latinoamericano” en *Estudios constitucionales* (Vol. 7, N°2), pp. 143-205.
- PALACIOS, Juan Pablo (2021): “96 constituyentes están a favor de restringir o prohibir la inversión extranjera en nueva constitución” en *El Mercurio*, 20 de mayo, Economía y Negocios, p. B3.

- PEREHUDOFF, Katrina y FORMAN, Lisa (2019): “What Constitutes ‘Reasonable’ State Action on Core Obligations? Considering a Right to Health Framework to Provide Essential Medicines”. En *Journal of Human Rights Practice*, University of Oxford, Inglaterra, Volumen 11, Número 1, Febrero 2019, pp. 1–21. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jhuman/huz013> [Fecha de consulta: 7 de julio de 2019].
- PILLAY, Anashri (2005): “Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction” en *South African Law Journal* (No. 122), pp. 419-440.
- PORTER, Bruce (2014): “Reasonableness and Article 8(4)”. En LANGFORD, Malcolm, PORTER, Bruce, BROWN, Rebecca and ROSSI, Julieta (Eds): *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary* (Pretoria, Pretoria University Law Press) pp. 173-202. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31393.pdf> [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2021].
- QUINOT, Geo y LIEBENBERG, Sandra (2011): “Narrowing The Band: Reasonableness Review In Administrative Justice And Socio-economic Rights Jurisprudence In South Africa,” en *Stellenbosch Law Review* (Vol 22, No 3) pp. 639-663.
- RAMSEYER, Mark y RASMUSEN, Eric (2001): “Why Are Japanese Judges so Conservative in Politically Charged Cases?” en *The American Political Science Review* (Vol 95, No. 2), pp. 331-344.
- REYES, Carlos (2021): “Los descargos del presidente de la Corte Suprema por acusación constitucional contra magistrada: “El homicida de esta niña (Ámbar) no es la jueza Donoso”” en *La Tercera* [en línea], 23 de abril. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/los-descargos-del-presidente-de-la-corte-suprema-por-acusacion-constitucional-contra-magistrada-el-homicida-de-esta-nina-ambar-no-es-la-jueza-donoso/OCHUR5ZXP5GW7LFOG25LALD62I/> [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].
- ROJAS MIÑO, Irene (2017): “Los derechos de libertad sindical en la Constitución chilena” en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 30, N° 1, pp. 9-31.
- ROSEVEAR, Evan (2018): “Social rights interpretation in Brazil and South Africa”. En *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, Vol. 5, N. 3, p. 149-183. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/Nc9dbjWVJkPtnSQMYRhQHJ/?format=pdf&lang=en> [Fecha de consulta: 15 de junio d 2021].
- ROUX, Theunis (2002): “Understanding Grootboom - A response to Cass R. Sustein,” en *Constitutional Forum* (Vol 12, N°. 2), pp. 41-51.

- SADURSKI, Wojciech (2009): “Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics”, en Bongiovanni, Giorgio, Sartori, Giovanni y Valentini, Chiara (eds.) *Reasonableness and Law* (New York, Springer), pp. 129-146.
- Servicio Electoral de Chile: Resultados Electorales. Sitio Histórico [en línea]. Disponible en: <https://historico.servel.cl> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2021].
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía (2003): “Derechos humanos en la constitución de 1925” en *Revista Ius et Praxis*, Talca (Vol. 9, N° 1), pp. 245-257.
- SOCIO ECONOMIC RIGHTS INSTITUTE OF SOUTH AFRICA (2016): *Evictions and Alternative Accommodation in South Africa 2000-2016: An analysis of the jurisprudence and implications for local government*, (Noviembre 2016, Segunda Edición). Disponible en: https://www.seri-sa.org/images/Jurisprudence_Revised_2016_Final_to_print.pdf [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2021].
- SOTO VELASCO, Sebastián (2018): “La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo” en *Estudios constitucionales* Vol.16, N° 2, pp. 449-480.
- SUNSTEIN, Cass (2001a): *Designing Democracy: What Constitutions Do* (New York, Oxford University Press).
- SUNSTEIN, Cass (2001b): “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa” en John M. *Olin Program in Law and Economics*, Working Paper No. 124.
- TOLSI, Niren (2015): “Bracing wind of change buoys JSC” en *Mail & Guardian* [en línea], 30 de abril. Disponible en: <https://mg.co.za/article/2015-04-30-00-bracing-wind-of-change-buoys-jsc/> [Fecha de consulta: 14 de junio de 2021].
- TOMLINSON, Mary (2015): “South Africa’s Housing Conundrum” em *Liberty* [en línea], No 4, 2015/6, Issue 20, (South African Institute for Race Relations). Disponible en: https://www.scottishhumanrights.com/media/1809/models_of_incorporation_escr_vfinal_nov18.pdf [Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2021].
- TUSHNET, Mark (2014): *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. (Cheltenham, Edward Elgar).
- WILLIAMS, Lucy (2010): “The Role of Courts in the Quantitative-Implementation of Social and Economic Rights: A Comparative Study”, en *Constitutional Court Review* (No. 3), pp. 141-199.
- WALDRON, Jeremy (1994): “Vagueness in Law and Language,” en *California Law Review*, Vol 82, No. 3, pp. 509-540.

YOUNG, Katharine (2017): “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights” en *Jackson, Vicky y Tushnet, Mark* (eds) *Proportionality. New Frontiers, New Challenges* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 221-247.

Normas jurídicas citadas

Constitución Política de la República de Chile, de 1925, fecha de promulgación original: 18 de septiembre de 1925; última versión vigente por Decreto con Fuerza de Ley 1.333 de 1971: 28 de septiembre de 1971.

Constitución de la India, fecha de promulgación: 26 de noviembre de 1949. Versión en español disponible en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ind> [Fecha de consulta: 20 de junio de 2021].

Constitución Política de la República de Chile, de 1980, fecha de promulgación original: 21 de octubre de 1980; reformada por la ley 20.050, con fecha de promulgación: 26 de agosto de 2005.

Constitución de la República de Sudáfrica, fecha de promulgación: 18 de diciembre de 1996. Disponible en: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> [Fecha de consulta: 15 de junio de 2021].

Reforma Constitucional de 2005, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 24 de marzo de 2005.

Jurisprudencia citada

Marbury V. Madison (1803): Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 24 de febrero de 1803 (5 US 137 (1803)).

Dred Scott v. Sandford (1857): Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1857 (60 US 393 (1857)).

Union Government (Minister of Mines and Industries) v Union Steel Corporation (South Africa) Ltd (1928): División de Apelación (hoy Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica). En *South African Law Reports* (1928 AD 220), pp. 220-237.

Coetsee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer Port Elizabeth Prison and Others (1995): Corte Constitucional de Sudáfrica, 22 de septiembre de 1995 (CCT 19/94 y CCT 22/94).

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa (1996): Corte Constitucional de Sudáfrica, 6 de septiembre de 1996 (CCT 23/96).

Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal) (1997): Corte Constitucional de Sudáfrica, 27 de noviembre de 1997 (CCT32/97).

- Government of the Republic of South Africa v Grootboom* (2000): Corte Constitucional de Sudáfrica, 04 de octubre de 2000 (CCT 11/00).
- Minister of Health v Treatment Action Campaign* (2002): Corte Constitucional de Sudáfrica, 5 de julio de 2002 (CCT 8/02).
- Khosa v Minister of Social Development* (2004): Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de marzo de 2004 (CCT 13/03/CCT 12/03).
- Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* (2004): Corte Constitucional de Sudáfrica, 1 de octubre de 2004 (CCT 53/03).
- Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg* (2008): Corte Constitucional de Sudáfrica, 19 de febrero de 2008 (CCT 24/07).
- Thint (Pty) Ltd v National Director of Public Prosecutions and Others, Zuma and Another v National Director of Public Prosecutions and Others* (2008): Corte Constitucional de Sudáfrica, 31 de julio de 2008 (CCT 89/07 y CCT 91/07).
- Mazibuko v City of Johannesburg* (2009): Corte Constitucional de Sudáfrica, 8 de octubre de 2009 (CCT 39/09).
- Florida v. Harris* (2013): Corte Suprema de los Estados Unidos, 19 de febrero de 2013 (568 US 237).