



LOS DERECHOS SOCIALES EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN DE 2022. ANÁLISIS COMPARATIVO EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Derecho

Daniela Aranda Valderrama – Emilio Guerra Astudillo

Profesor Guía: Hugo Tórtora Aravena

Enero 2023

ÍNDICE

Resumen.....	5
Introducción.....	6
I. Capítulo I: Análisis de los Derechos Sociales en la Constitución de 1980.....	7
1. Discusiones preliminares para la comparación.....	7
1.1. Conceptualización y tratamiento de los Derechos Sociales.....	8
1.2. Modelo de Estado.....	10
1.3. Garantías de Protección.....	11
2. Modelo de Estado en la Constitución de 1980.....	11
3. Catálogo Minimalista de Derechos Reconocidos.....	14
3.1. Derecho a la Educación.....	15
3.2. Derecho a la Salud.....	17
3.3. Derecho a la Seguridad Social.....	18
3.4. Derecho a la Vivienda.....	19
4. Garantías de Protección.....	20
4.1. Recurso de Protección.....	20
4.2. Fallos del Tribunal Constitucional.....	23
II. Capítulo II: Análisis de los Derechos Sociales en el Proyecto Constitucional de 2022.....	25
1. Modelo de Estado en el Proyecto Constitucional de 2022.....	25
2. Ampliación del Catálogo de derechos constitucionalmente reconocidos.....	33
2.1. Derecho a la Educación.....	35
2.2. Derecho a la Salud.....	36
2.3. Derecho a la Seguridad Social.....	38
2.4. Derecho a la Vivienda Digna.....	41
3. Garantías de Protección.....	42
3.1. Acción de Tutela de Derechos Fundamentales.....	43

3.2.	Defensoría del Pueblo.....	44
3.3.	Corte Constitucional.....	46
3.4.	Plazos para la discusión de leyes reguladoras.....	47
III.	Capítulo III: Regulación de los Derechos Sociales en el Derecho Internacional.....	47
1.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	48
1.1.	Derecho a la Educación.....	48
1.2.	Derecho a la Salud.....	49
1.3.	Derecho a la Seguridad Social.....	50
1.4.	Derecho a la Vivienda	50
2.	Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	51
2.1.	Derecho a la Educación.....	51
2.2.	Derecho a la Salud.....	52
2.3.	Derecho a la Seguridad Social.....	53
2.4.	Derecho a la Vivienda.....	54
3.	Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.....	55
3.1.	Observación General N°4: “El derecho a una vivienda adecuada” - 6° período de sesiones.....	55
3.2.	Observación General N°13: “El derecho a la educación” - 21° período de sesiones.....	57
3.3.	Observación General N°14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” - 22° período de sesiones	58
3.4.	Observación General N°19: “El derecho a la seguridad social” - 39° período de sesiones.....	61
IV.	Conclusión.....	63
V.	Bibliografía.....	65

RESUMEN

Los últimos años han estado marcados por importantes eventos y cambios socio-políticos dentro de la sociedad chilena, en que las preocupaciones del ciudadano común han pasado a primera plana de la realidad nacional.

El proceso constituyente iniciado en 2019, con su respectivo cierre en 2022 fue un ejercicio democrático histórico en que una parte de la población buscó una solución drástica para problemas cotidianos en materias como educación, salud, seguridad social y vivienda, entre otras.

El presente trabajo tiene su eje en dichos derechos conceptualizados como “derechos sociales” refiriéndonos a la regulación de los mismos en la Constitución de 1980 y en el Proyecto Constitucional de 2022, buscando realizar una exposición del contenido de ambos para determinar cuál de estos entrega mejores herramientas para su ejercicio y protección tomando como estándar la normativa internacional, todo esto con el objeto de entregar información que pueda ser relevante para la continuación de la discusión a través de los próximos años.

Palabras claves: constitución, proyecto constitucional, derechos sociales, modelo de estado, garantías de protección, dignidad.

INTRODUCCIÓN

Uno de los debates permanentes en nuestra historia republicana reciente versa alrededor de los llamados “Derechos Sociales” los cuales engloban una serie de demandas de la ciudadanía referentes a materias y dificultades del cotidiano vivir que han sido denunciadas por diferentes movimientos sociales a través de los años, todo esto en búsqueda del avance de proyectos legislativos y políticas públicas que permitan la superación de dichos problemas en pos del incremento de la calidad de vida.

Sin embargo, dichos esfuerzos se han visto continuamente frenados por un factor fundamental: la Constitución Política de la República de 1980. A los ojos de una parte de la población, la estructura normativa de la Carta Magna de la dictadura cívico-militar ha constituido una suerte de “camisa de fuerza” para los cambios buscados en plena democracia, debido a su tratamiento diferenciado de los derechos sociales, quórums supra mayoritarios y facultades/limitaciones de sus órganos, entre otras cosas, elementos que responden a un proyecto con una clara agenda político-económica que pareciera ser incompatible con estos derechos.

La tensión social generada por estos factores finalmente desbordó en el llamado “Estallido Social” del año 2019, conflicto en que la idea de un cambio constitucional tomó una fuerza nunca antes vista en búsqueda de generar un texto que pudiera traer cambios significativos en cuanto a vivienda, salud, educación y otros. Esto derivó en el Proceso Constituyente de los últimos tres años, producto del cual surgió el Proyecto Constitucional de 2022 que fue plebiscitado y rechazado finalmente el mismo año.

Con ese referéndum una parte de este proceso ha terminado, pero la discusión es y será permanente en tanto persista un malestar ciudadano, por lo que, con el objeto de aportar a próximos debates, en este trabajo buscaremos exponer y comparar el tratamiento que ambos textos dan a los derechos sociales con el fin de determinar cuál de estos entrega una regulación más idónea para dar solución a los problemas de nuestra sociedad con estos, de modo que sirva como fuente de información para la gente en un proceso constituyente que no se detendrá.

La presente tesis revisará los cambios propuestos en materia de derechos sociales por el Proyecto de Nueva Constitución del año 2022, en relación con la Constitución Política vigente, de 1980 y sus modificaciones posteriores.

En particular, se abordará los modelos de Estado presente en ambos textos, la regulación de ciertos derechos sociales y sus garantías específicas. La hipótesis central del trabajo consiste en afirmar que el Proyecto de Nueva Constitución garantiza de mejor manera los derechos sociales que la Constitución de 1980, no solo por establecer un Estado Social de Derecho, sino también por recoger estándares internacionales y garantías más efectivas en torno a los mencionados derechos.

I. CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

1. Discusiones preliminares para la comparación

Los Derechos Sociales son parte importante de una Constitución, son preceptos que reconocerán y/o protegerán a la persona en un determinado territorio, y lo harán por el mero hecho de ser persona, por el valor intrínseco que hay en ella. No obstante, los Derechos Sociales, y la Constitución como tal siempre han estado y probablemente siempre estén sujetos a debate, porque un cuerpo normativo de tal envergadura difícilmente podrá tener una total aprobación, así como habrá oportunidades de reformar o modificar aquellos preceptos que con el paso del tiempo no logren adaptarse a los cambios o generen conflictos normativos; es por esto que el análisis a la misma Carta Magna nos permite reconocer tanto sus beneficios político-sociales, como sus vacíos, lagunas o errores.

Es por lo antes expuesto, que en esta investigación nos centraremos en una acabada exposición de los textos, así como de su directa comparación en los siguientes capítulos, refiriéndonos en primer lugar a discusiones doctrinales que serán primordiales para entender las fórmulas que consagran ambos, las cuales gravitan alrededor del contenido del concepto de derechos sociales, los modelos de estado que pueden ser propuestos, y el rol que juegan las garantías de protección de estos mismos.

De este modo, expondremos las posturas encontradas respecto de cada discusión, para argumentar en los apartados posteriores como uno u otro texto consagran estas diferentes visiones, y de esta forma efectuar una comparación directa a la luz de criterios a determinar.

1.1 Conceptualización y Tratamiento de los Derechos Sociales

Sin pretender ahondar en discusiones doctrinarias, no deja de ser relevante trabajar en el concepto que se maneja de los derechos sociales, al menos en el contexto de la tradición jurídica nacional de las últimas décadas. Para ello, adoptaremos como definición aquella que propone Robert Alexy, quien afirma que “*del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de los particulares*” (Alexy, 1993, p. 391).

De esta definición, se puede evidenciar que un factor trascendental para trabajar este tema es el supuesto carácter prestacional inherente a los derechos sociales, que a su vez es complementado por la discusión referente a su exigibilidad propiamente tal, a fin de ser estos factores trascendentales para determinar la seriedad con la que las disposiciones que los consagran en nuestro ordenamiento jurídico deben ser tratadas o no.

Respecto a lo primero, hay quienes dan un rol central a dicho carácter definitorio de estos derechos, para diferenciarlos respecto de otros de carácter fundamental. Jaime Rodríguez-Araña se posiciona en dicho énfasis a las prestaciones señalando: “*En la teoría de los derechos económicos, sociales y culturales (desc), los derechos sociales fundamentales serían aquéllos que precisan acciones positivas de los poderes públicos para garantizar una vida digna de la condición humana.*” (Rodríguez-Araña, 2020, p. 161). Esto obedece a la lógica ya expuesta, que introduce la idea del requerimiento de un accionar positivo para la concreción de éstos, el cual, ya bien sea en un rol determinante/garantista o pasivo/subsidiario, recaería en la figura del ente estatal, que según el punto de vista presentaría mayor o menor preponderancia para satisfacer dichos derechos.

Respecto a lo anterior, como aporte al debate es importante exponer una precisión de Pahuamba Rosas, quien señala que, si bien es crucial el carácter prestacional de los derechos sociales, no todos aquellos que entran en esta categoría implican una prestación o rol positivo, sino exclusivamente aquellas que cubren necesidades que son imprescindibles para el desarrollo del ser humano (Rosas, 2014, p. 9).

Así es como podemos nutrir esta discusión con la idea de la existencia de derechos sociales prestacionales y no prestacionales.

En nuestro país se les da el nombre de derechos sociales prestacionales a aquellos que satisfacen directamente con prestaciones económicas o de servicio provenientes del ente estatal o grupos intermedios (entidades privadas), que actúan conforme a derecho de forma complementaria al ente estatal, donde su grado y alcance de participación obedece a distintos planteamientos respecto al rol del Estado, cuestión que trataremos extensamente más adelante. Ejemplos de esto en nuestro país vendrían siendo el derecho a la protección de la salud y el derecho a la educación, los cuales conforme al texto vigente pueden ser abarcados por el servicio público o por grupos intermedios como son las ISAPRES, o instituciones educacionales privadas respectivamente. Por otra parte, los derechos sociales no prestacionales son aquellos cuyo ejercicio permite a sus titulares -generalmente actuando colectivamente- procurarse mejores condiciones de vida, de trabajo y de remuneración, tales como los derechos a la sindicalización, la huelga o la negociación colectiva. Estas facultades son un medio a través del cual sus titulares obtienen las prestaciones económicas o de servicio para el mejoramiento de su condición social, con lo cual, en definitiva, puede afirmarse que todos los derechos sociales propenden al mismo fin, directa o indirectamente (Abuauad, 2014, p. 162).

Finalmente, nos toca exponer la idea propuesta por otro grupo de autores de los últimos años, quienes sostienen que la calificación distintivamente prestacional de estos derechos en comparación de otros es azarosa, puesto que más allá del debate jurídico, los diferentes derechos fundamentales, ya sean civiles, políticos, sociales, etc., requieren en mayor o menor medida de prestaciones que permitan materializarlos. Esto viene marcando una tendencia en el análisis de este tema a nivel nacional en los últimos veinte años, con la doctrina señalando en diferentes ocasiones que todos los derechos suponen “costos” de una fuera u otra (Holmes & Sunstein, 2011).

En esta línea, Jaime Bassa señala: *“Sin embargo, lo cierto es que todos los derechos requieren de una intervención activa por parte del Estado; la diferencia entre ellos se verifica, a fin de cuentas, en el grado de intervención estatal necesaria para la protección de su legítimo ejercicio. Es decir, hay derechos preferentemente prestacionales y otros preferentemente de abstención, pero ambas ‘categorías’ de derechos comparten una dimensión común, por cuanto se trata de intereses protegidos constitucionalmente que requieren, sin excepción, de algún tipo de intervención estatal para garantizar su libre y legítimo ejercicio (Bassa, 2015, p. 231).*

Expuestas ambas posturas, y con objeto de encauzar el entendimiento de esta temática en nuestra investigación de la forma más clara posible, a lo largo de este trabajo nos referiremos a los derechos sociales como:

“Aquellas disposiciones que suponen la persecución de condiciones mínimas de vida para las personas a través de prestaciones estatales, es decir, trabajaremos en torno a lo que nuestra tradición jurídica entiende como derechos sociales prestacionales.”

A modo de realizar un análisis concreto abordaremos cuatro derechos sociales en particular, los cuales son fácilmente susceptibles de ser trabajados desde la óptica del derecho constitucional de forma independiente de otras ramas del derecho. Estos serán: **el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda.**

1.2 Modelo de Estado

Resulta fundamental para la comparación el llamado “Modelo de Estado” de cada texto, lo cual desde ya precisamos no tendrá relación alguna con temas como la descentralización territorial más allá de algún pequeño alcance eventual, sino que se buscará responder con este término a la pregunta de cuál se supone debe ser el rol del ente estatal para asegurar la satisfacción de aquellas aristas mínimas necesarias para que la población pueda gozar de una “vida digna”; ya que si bien ambos textos consideran un objetivo lograr el bienestar general, difieren en la fórmula a aplicar para su obtención. De esta forma, encontramos por una parte la idea de entes estatales que cumplen una “función positiva” como se dice tradicionalmente, marcada por la figura de la prestación del órgano público en favor del sujeto activo del derecho (Corvalán & Soto, 2021, p. 79). Y, por otro lado, tenemos aquellos Estados que en base a sus circunstancias particulares cumplen un rol negativo o de abstención, donde la responsabilidad de satisfacción de estos derechos no recae (al menos primordialmente) en la figura del Estado, sino que se conforma con una supervisión general a la actuación de otros entes que tienen la posibilidad de intervenir para lograr el objetivo.

Esto va ligado con la discusión referente al concepto de orden público económico, elemento central de un texto constitucional, definido por Cea Egaña como: *“el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país, y facultan a la autoridad para regularla en armonía*

con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución” (Cea Egaña, 1988, p. 158). Aquí podemos evidenciar que sustancialmente consiste en una limitación al poder político en el ámbito económico a fin de resguardar la responsabilidad fiscal ante proyectos políticos transitorios, a la vez que la libertad de los privados para desarrollar actividades económicas.

Alejandra Westermayer plantea que “un elemento sumamente relevante es que, la Constitución no debe establecer ideologías políticas particulares, ni un programa de gobierno determinado, sólo debe circunscribirse en torno a mínimos comunes o las reglas básicas (derechos y libertades fundamentales, y un sistema de pesos y contrapesos institucionales que hagan posible una convivencia pacífica y democrática), y lo demás deberá ser desarrollado a través de leyes, y políticas públicas principalmente.” (Westermayer Fuentes, 2021).

De esta forma, lo anteriormente trabajado será la base sobre la cual expondremos las alternativas de modelo de estado que entrega cada texto constitucional, siendo estas los llamados Estado Subsidiario y Estado Social de Derecho, y así corroborar si la concepción vigente de un Estado minimalista resulta más eficiente para la protección de derechos sociales a desarrollar en esta investigación frente a la opción de un ente estatal robustecido.

1.3 Garantías de Protección

Uno de los temas más relevantes sobre estos derechos es su exigibilidad ante la justicia. Resolver este punto es relevante, entre otras cosas, para evaluar si una pretensión puede ser considerada, efectivamente, un derecho fundamental o solo una aspiración que quede entregada a los designios del mercado, la economía y los gobiernos de turno.

Resulta claro entender que el subdesarrollo socio-económico de un país se arregla demandando al Estado ante los tribunales. La Convención Americana de los Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales parecen servir de base para esta apreciación, en cuanto condicionan la acción social del Estado a los recursos disponibles (Mohor Abuauad, 2014).

A la vez, se puede nutrir este debate con la opinión de autores como Corvalán y Soto, quienes establecen que el cumplimiento de estos derechos responde principalmente a factores como la redacción con la cual estos son consagrados, ya que aquellos que son redactados de forma que garantice su cumplimiento si exhiben efectos significativos, teniendo consecuencias positivas sobre indicadores de salud, pobreza, entre otros (Corvalán & Soto, 2021, pp. 82-84).

Es por esto por lo que se trabajará con las acciones constitucionales y órganos competentes referentes a los derechos sociales establecidos por cada texto constitucional.

2. Modelo de Estado en la Constitución de 1980

Para entender el modelo de Estado propuesto por los redactores de nuestra Carta Magna debemos tener en cuenta el contexto histórico de la década de 1970, en que empezaban a cobrar importancia las ideas económicas neoliberales, que posicionan a la libertad como un valor intrínseco al desarrollo de la sociedad y los países, buscando desligar al Estado del rol central que había ganado en la economía en décadas anteriores.

En el caso de Chile, este repudio a la figura del ente estatal fue potenciado de alguna manera por la coyuntura de alta polarización generada durante el gobierno socialista de Salvador Allende entre los años 1970 y 1973, en los cuales el rol del Estado en la sociedad y economía tuvo un crecimiento exorbitante avalado por la agenda política del gobierno de turno, y sustentado en las herramientas y respaldo jurídico que podía dar la Constitución de 1925, la cual claramente sin responder a una agenda socialista, entregaba un rol fuerte al Estado en el plano económico, lo que a la vez respondía igualmente al contexto en que fue concebida con ideas que posteriormente serían claves para el modelo keynesiano que se instauraría en los EE.UU. De esta forma, iniciada la dictadura cívico-militar en 1973, se consideró que una de las prioridades para fomentar el desarrollo económico del país era precisamente el cambio de paradigma respecto al rol del Estado en la economía, para lo cual el régimen se dio a la tarea de comenzar estudios y planificación de un proyecto constitucional desde 1974, convocando a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC, también conocida como “Comisión Ortúzar”) integrada por un grupo de expertos en áreas del derecho y la economía.

Las ideas neoliberales fueron uno de los pilares del proyecto constitucional, buscando escapar de un estatismo excesivo a través de la instalación de la “libertad” como valor esencial, cuestión planteada por Jaime Guzmán, quien manifestó que: *“si queremos una democracia auténticamente libertaria, y no estatista o socializante, es menester arraigar en los chilenos el ejercicio de las libertades económico-sociales, identificadas con los derechos cotidianos que más gravitan en la efectiva decisión de cada persona respecto de su destino personal y familiar.”* (Fontaine, 1991)

A raíz de lo anterior se afirma que la CPR sentó las bases de lo que es un “Estado Subsidiario” basado en el principio de subsidiariedad propiamente dicho, el cual determina que

el Estado debe abstenerse de absorber todas aquellas actividades que pueden ser desarrolladas “adecuadamente” por los particulares como podrían ser precisamente áreas como la salud y la educación, siendo esto una suerte de criterio rector que permea todo el texto en que el ente estatal tiene el deber jurídico de servir como medio de perfeccionamiento a los privados, constituyendo un límite al campo de acción de estos (FIMA ONG, 2021, p. 3), preservando tanto la autonomía de estos como la libertad de elección del ciudadano para la satisfacción de sus derechos. Como dijimos, esto responde a un diseño normativo concreto que buscaba eximir al Estado aquella suerte de “cargas” económicamente inviables que serían algunos derechos a través de su planteamiento como libertades, de modo que, si bien este anhela y persigue la satisfacción de estos, deja la puerta abierta respecto al cómo concretar dicha satisfacción, situación en que los entes privados avalados como grupos intermedios cobran tanta o inclusive más relevancia para la ciudadanía que el servicio público como piezas primordiales para cubrir dichos aspectos de la vida.

Estos derechos fundamentales consagrados en clave de libertades se encuentran enlistados en el artículo 19 de nuestra CPR, que en los numerales 21, 22, 23 y 24 referentes a libertad de desarrollar actividad económica, no discriminación en materia económica, libertad para adquirir toda clase de bienes y derecho de propiedad respectivamente, los cuales concadenados con el artículo primero reconocen y avalan el accionar de los entes privados dentro del marco de la legalidad en pos de la libertad de desarrollo de actividades económicas (Cea Egaña, 1988, p. 150), tal como planteada la CENC: *"en relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley la declare así"* (Bertelsen Repetto, 1987, p. 121). De esta forma la propiedad privada, pasó a constituir, en relación con los demás derechos mencionados, la base de nuestro régimen constitucional (Cea Egaña, 1988, p. 168), destacando la relevancia de la regla general de apropiabilidad sobre toda clase de bienes como complemento, al punto tal de que son necesarias leyes de quórum calificado tanto para el establecimiento de que bienes no son apropiables, como para determinar el permiso del ente estatal para intervenir en el campo empresarial.

Los partidarios de la CPR señalan que esta regulación contribuye a la responsabilidad fiscal, puesto que una regulación escueta de los derechos sociales implicaba, según su punto de vista,

el eventual riesgo de dar pie a un Estado excesivamente garantista que se viera ante la tarea de asumir responsabilidades para las cuales no se encuentra capacitado ya sea en cuanto a gestión o recursos propiamente tal, dando pie a que estas disposiciones se convirtieran en letra muerta. De esta forma, el texto presenta la idea del Estado reducido a un “mínimo suficiente”, buscando eludir un exceso de responsabilidades en pos de la solvencia económica, la responsabilidad y la libertad a través de la facilitación del actuar de los entes privados.

Finalmente debemos referirnos a otro factor clave ya no en la concepción sino en la continuidad y sostenibilidad en el tiempo de este modelo, la cual son los quórumes supra mayoritarios impuestos por la CPR hasta la última reforma del presente año que rebajó estos de 2/3 de los parlamentarios a 4/7 para aprobar reformas al contenido de la Carta Magna. Nuevamente, en esto la apreciación varía, puesto que *“donde algunos ven falta de flexibilidad y defensa de statu quo (algo normalmente peyorativo) otros ven estabilidad (algo normalmente positivo). En efecto, la mayoría calificada incrementa los niveles de estabilidad justamente porque introduce un “jugador con veto” (“veto player”) más.”* (Tsebelis, 2006, p. 201).

Usualmente, quienes defienden el tratamiento de estos temas “fuertemente resguardados” en el texto apuntan a la debilidad de las críticas comunes al afirmar que estas adolecen de una serie de problemas: *“primero I) ellas confunden el argumento político frente al origen de la norma con las consecuencias de la misma; segundo II) ellas no contienen un análisis completo del sistema político actual; tercero III) para su funcionamiento, ellas requieren de la construcción de un concepto de democracia, igualdad y representación política; y cuarto IV), ellas han olvidado referirse al nivel de las justificaciones especiales de las leyes org. const. Veamos por separado cada uno de estos problemas”* (Verdugo, 2012, p. 404).

3. Catálogo Minimalista de Derechos Reconocidos

En línea con el carácter subsidiario del texto, vemos que los redactores optaron por un catálogo de derechos sociales acotado, tanto para aquellos entendidos como prestacionales como no prestacionales, lo cual es propio de su pensamiento liberal tendencia en la época, a fin de evitar comprometer financieramente a largo plazo al país a deberes que pudieran resultar en letra muerta.

Referente a esto, la CENC en su minuto prefirió: *“reservar el concepto de derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio por su titular solo se requiere que un tercero no se lo impida (...) Distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como ‘derecho’ (a la salud, vivienda, educación)*

resulta más bien equívoca, porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría, por ende, pretender recabarse de un tribunal de justicia. Pienso que llamar derecho a los que son aspiraciones –muy legítimas, notables y justas–, pero que no siempre se pueden satisfacer, aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico” (Bassa, 2015, p. 225).

Como habíamos mencionado, para efectos de este trabajo centraremos nuestros esfuerzos en el análisis comparativo de derechos puntuales y emblemáticos de esta categoría como son: derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y a la vivienda.

Relacionado con el apartado anterior, resultará importante para esta discusión la observación de cómo de estos derechos son comprendidos por la Constitución sólo en clave de libertades, en un enfoque de satisfacción de aspectos mínimos, priorizando la libre elección por sobre la garantía de una vida digna,, abriendo un aparente abanico de opciones avaladas por el ordenamiento jurídico, permitiendo que coexistan a fin de garantizar la mayor eficiencia posible, quedando estas disponibles para la libre elección del ciudadano.

A continuación, trabajaremos brevemente los conceptos de estos y la forma en que el texto constitucional vigente regula cada uno.

3.1 Derecho a la Educación

Para trabajar el derecho a la educación consagrado en el artículo 19 N°10¹ es imperativo que nos refiramos en forma paralela al N°11 del mismo artículo, el cual garantiza la libertad de enseñanza², esto pues pareciera que el texto constitucional nos presenta una concatenación o

¹ Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 10° El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. El Estado promoverá la educación parvularia. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

² Art 19. La Constitución asegura a todas las personas: 11° La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna. Los padres tienen el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel;

inclusive una subordinación del primero con el segundo, siendo condicionado el derecho por la “libertad” cuestión que tendría sentido si seguimos la ya comentada idea de una jerarquía implícita en la enumeración del artículo 19.

La CENC, buscó alejarse de un tratamiento excesivamente garantista, evitando factores establecidos por la Constitución de 1925 como la educación siendo una “función primordial”³ del Estado o la responsabilidad del mismo de brindar esta misma a la totalidad de la población, debiendo adecuarse los programas de las instituciones oficiales, ya que todo esto era visto como un detrimento a la libertad de enseñanza víctima del proselitismo (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1976, p. 69), por lo que en sentido contrario, el proyecto considera fundamental el resguardo de ésta última a través de la suerte de subordinación ya mencionada, argumentando que así se permite la competitividad y por ende desarrollo y superación de los diferentes grupos intermedios proveedores de servicios al igual que el ente estatal, beneficiando finalmente a la diversificación y especialización de la población en el área laboral ampliando la cobertura.

De hecho, esta relación jerárquica entre ambos era una idea predominante desde la concepción del proyecto, constando en actas de la comisión redactora que: “*El señor EVANS señala que también en el inciso primero hay cosas aprovechables. El derecho a la educación es importante: “Toda persona tiene derecho a la educación” (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1976, p. 49). Nuestra Constitución consagra a la libertad de enseñanza, pero no el derecho a la educación”*. También en dichas jornadas de trabajo se enunció la siguiente idea fundamental: “*El Estado compartirá con los padres, de modo subsidiario y atendiendo a las posibilidades de aquéllos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.*” *Agrega que esta es una disposición interesante, porque la responsabilidad de los hijos corresponde a los padres y, subsidiariamente, al Estado* (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1976, p. 389).

En línea con lo anterior es que los defensores del tratamiento consagrado consideran que no es factible hablar de “educación de mercado” sino más bien de “educación de derechos” para referirse al régimen educacional chileno. Este concepto consistiría en un sistema en que el bien común se encuentra en una ponderación del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, buscando permitir la elección de alternativas para satisfacer los intereses de cada persona en

particular. Esto a la vez que se da igual relevancia a la “oportunidad de entregar educación” reconociendo los múltiples actores como sociedades educativas, fundaciones, el estado, etc., con diversidad de enfoques que nutrirían de pluralismo al país, a la vez que se pone un énfasis en que la deficiencia del servicio estatal responde a la ineffectividad de las políticas públicas, las cuales no pueden ser atribuidas tajantemente a nuestra Carta Magna (Fundación Jaime Guzmán, 2021, pp. 14-15).

3.2 Derecho a la Salud

El derecho a la salud en nuestro ordenamiento jurídico es un claro ejemplo del énfasis en el uso de las palabras y la redacción al plasmar los derechos fundamentales, ya que, si bien la CPR aparentemente amplía su protección, más bien la relativiza al no emplear la expresión “derecho a la salud” sino el derecho a “la protección de la salud” que figura en el artículo 19 N°9⁴.

Se puede evidenciar que este tema fue objeto de debate desde un principio en torno a determinar si era correspondiente dentro del texto proyectado establecer un concepto fijo, ante lo cual se constató en las actas de dichas sesiones que: “...*ha llegado a pensar en la necesidad de un concepto de salud que no sea ni tan restrictivo como el que ha aplicado la jurisprudencia de los tribunales, ni tan amplio como se puede llegar a aplicar a través de instrucciones de un servicio público* (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1976, p. 98).

En línea con el comentario respecto a la ampliación del derecho con la nueva redacción, la ex ministra del Tribunal Constitucional Luz Bulnes señaló que, en el texto constitucional, la acción del Estado en materia de salud es amplísima, ya que finalmente las discusiones doctrinarias o el debate sobre la delegación de acciones de salud en particulares son circunstancias siempre cambiantes, por lo que la apreciación debe basarse simplemente en la amplitud de tareas que quedan bajo el ala del ente estatal a la luz de la redacción de los incisos. Esto ha llevado a debates que progresivamente han permeado en el entendimiento jurisprudencial respecto a este derecho, siendo uno de (si no el más) los más reclamados y recurridos en el cotidiano vivir de las personas, el cual difícilmente se puede argumentar que no

⁴ Art 19. La Constitución asegura a todas las personas: 9° El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

es un derecho en verdad, en tanto la simplificación del concepto a una mera expectativa consistiría un atentado no solo a la salud de la población sino también a los estándares sostenidos por diferentes tratados internacionales.

Finalmente, a través del precepto analizado se buscó consignar un típico derecho individual como expresión de la “libertad” rectora del ordenamiento, en que cada persona desde el plano de desarrollo que permite el modelo de sociedad consagrado tiene la opción de elegir el sistema en que se quiera atender.

3.3 Derecho a la Seguridad Social

El artículo 19 N°18 de la CPR⁵ regula esta materia de forma genérica al referirse al rol de supervigilancia del Estado y el accionar del mismo para dar cumplimiento al derecho, sin definir estrategias claras ni un concepto de seguridad social propiamente tal.

Esta decisión fue producto de la discusión previa en que: *“Ello depende, reitera, del criterio que la Comisión adopte: si acaso dará carácter más concreto a la norma constitucional, similar a la vigente que se refiere a una serie de prestaciones específicas, o aludirán a los conceptos generales incorporados en este anteproyecto y que son los de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, que constituyen los cinco principios fundamentales del sistema.”* (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1977, p. 674).

Optando por esta línea, la CPR se desligó de la fórmula de la Constitución de 1925 que enumeraba componentes básicos del sistema, limitándose a menciones generales referentes al rol del Estado, dando espacio a los grupos intermedios para evitar un monopolio estatal, situación que paradójicamente se tornó contraria, al quedar una mayoritaria parte de esta área bajo responsabilidad de entes privados, relegando al ente estatal a un rol asistencial, dando pie al advenimiento del sistema privado hegemónico con contadas excepciones.

Así mismo, y siguiendo la línea trazada en el caso de derecho a la educación de forma deliberada, se optó por la omisión del concepto de “sistema” a este derecho, puesto que se consideró que de por sí implicaba una suerte de castración al ámbito privado. Así se expresaba la CENC *“la expresión ‘sistema de seguridad social’ alude a una uniformidad completa, con lo cual la acción*

⁵ Art.19: La Constitución asegura a todas las personas: 18° El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;

preferente de los afiliados pierde parte de su significación, en circunstancias de que lo que aquí se desea es también aplicar el principio de subsidiariedad, lo que implica que los interesados establezcan sus propios sistemas de seguridad social. [...]” (Obando Camino, 2012, p. 319).

A través de esta redacción se evidencia la subsidiariedad expresada en tres puntos particulares como son: (1) la exclusión de los principios de solidaridad y suficiencia que habían sido considerados en la discusión preliminar del proyecto; (2) la eliminación del término “sistema” de seguridad social, lo cual daba más preponderancia al Estado para definir aquello que fuera acorde o no a derecho dentro de este; y (3) finalmente el ya mencionado reconocimiento a participación de grupos intermedios (Coddou & Montt, 2020, pp. 11-12).

Se afirma que esta concepción genérica del deber estatal sustentaba la idea de entregar un amplio margen de acción al legislador para la determinación del sistema idóneo por medio de la discusión. Esto, respetando los principios consagrados en el numeral en cuestión, así como demás disposiciones del texto, lo que ha determinado el desarrollo del sistema de seguridad social a través de un entramado de leyes que, lógicamente, nunca han supuesto un mayor cuestionamiento al arreglo original que está claramente ligado a los principios determinantes del modelo de estado en que se ha desarrollado.

3.4 Derecho a la Vivienda

El caso de este derecho es paradigmático de la discusión que se desarrollará en próximos capítulos, puesto que, a simple vista al menos, es el máximo ejemplo del carácter minimalista y subsidiario del estado subsidiario: un derecho social avalado por tratados internacionales al igual que la educación o la salud, que sin embargo fue derechamente descartado del catálogo expreso, esto bajo la concepción ya repasada de que su exigibilidad era un compromiso a lo menos irresponsable financieramente a largo paso de parte de la orgánica estatal.

Lo anterior, sin perjuicio de considerar al derecho a la vivienda como un derecho que forma parte del ordenamiento jurídico nacional por la vía de la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que realiza el artículo 5 de la CPR. Así lo expresa, por ejemplo, Javier Couso, para quien “*ya hay un derecho a la vivienda que se reconoce a las personas, pero no está en el texto de la constitución, sino que en los tratados internacionales*” (Vega, 2020). La pávida regularización de este derecho obliga a reinterpretar la norma, línea seguida por Javier Cifuentes, quien sostiene que se puede construir dogmáticamente este derecho a base de la doctrina de

bloque de constitucionalidad, que precisamente abre la puerta a fuerza normativa constitucional. Esto a la vez que también abraza la idea del reconocimiento de goce de jerarquía infra constitucional, es decir, contando con una regulación legal y/o reglamentaria, claramente amparada por el marco normativo que entrega la Carta Magna (Cifuentes Ovalle & Pérez Lillo, 2021, p. 81).

Referente a la génesis del tratamiento en el documento, en línea con la lógica con que se trabajaron los demás derechos referenciados, podemos encontrar un documento del Minvu de la dictadura que data de 1976 el cual versaba: “la vivienda es un derecho que se adquiere con esfuerzo y ahorro, acción en la cual la familia y el Estado comparten su cuota de responsabilidad. La vivienda no es, por lo tanto, un regalo del Estado” (Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2004).

4. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN

Está claro que la existencia de un listado de derechos no garantiza su cumplimiento por mera declaración. Por ejemplo, Garrido Montt señala que: *“los derechos sociales se pueden proteger a través de garantías judiciales (i.e. creando una acción judicial), legislativas (i.e. creando leyes que realicen los intereses protegidos por los derechos sociales), o administrativas (i.e. creando un organismo encargado de avanzar en la protección de esos intereses), las cuales pueden incluirse con mayor o menor intensidad en un texto constitucional.”* (Coddou & Montt, 2020, p. 9)

En particular, abordaremos tres mecanismos relevantes a la hora de plantearse la garantía de los derechos sociales, a saber: (1) la acción constitucional de protección; y (2) el rol del Tribunal Constitucional.

4.1 Recurso de Protección

Es imperativo que este apartado se centre en la acción constitucional de protección, establecida en el artículo 20 de la CPR⁶, que ha sido una de las innovaciones jurídicas más

⁶ Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá,

importantes del texto, llegando a constituir la vía más idónea para garantizar la mayoría de los derechos asegurados en él.

Esta acción se enmarca dentro de las llamadas “garantías jurisdiccionales”, es decir, aquellas que reclaman la tutela ante tribunales conforme a un procedimiento específico, fórmula que destaca por su especial utilidad, lo cual se demuestra por diferentes razones. En primer lugar, por cuanto su interposición obedece a un presupuesto genérico como es la mera existencia de acciones u omisiones “arbitrarias” que vulneren un derecho protegido por el mencionado artículo 20. En segundo lugar, está su fácil tramitación ante Cortes de Apelaciones, bastando su interposición ante la Corte respectiva, la cual es fácilmente realizable para una persona natural, siendo un procedimiento expedito, al menos en comparación a otros. Finalmente, está amplitud para referirse al legitimado pasivo de estos derechos (es decir, el sujeto obligado por el derecho) ya que al no especificar en su redacción a quien corresponde este sujeto, han sido funcionales a la aplicación sustantiva de estas facultades entre diversos particulares.

Sin embargo, presenta una particularidad respecto de los derechos sociales “prestacionales” que radica en el hecho de que estos no son protegidos por esta acción conforme al artículo 20, lo cual es un detrimento y expresión de la discriminación de estos en comparación a los derechos de primera generación.

Esta exclusión obedecería al hecho de que se consideraban eminentemente pragmáticos, constituyendo finalmente programas que se incluyen de forma genérica en la Carta Magna para ser implementados por ley posteriormente, lo que implica que finalmente requieren actuaciones del propio Estado (Bulnes, 2021, p. 4), tal como explica Salvador Mohor: *“En el contexto de estas ideas, la Constitución de 1980, a nuestro juicio indiscriminadamente, como luego se explicará, marginó del ámbito de acción del Recurso de Protección a los derechos sociales (art. 20), y la CENC, ilustrando los inconvenientes de una eventual judicialización, aludía a los casos hipotéticos de quienes demandan al Estado para exigir la construcción de escuelas o de hospitales, para obtener una plaza de trabajo, o para que se descontamine el planeta. En principio los fundamentos de la marginación parecen razonables, puesto que las políticas y programas destinados a mejorar la condición material de las personas, con miras a garantizar la igualdad de oportunidades,*

también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

deben llevarse a cabo siempre en la medida de los recursos de que disponga el Estado” (Mohor Abuauad, 2014, p. 163).

Esta decisión es clara desde la misma génesis del texto vigente, al constar en las discusiones sostenidas por la Comisión redactora: *“Pero la situación es muy distinta cuando se trata de derechos de tipo económico, social o cultural, porque si se establece por ejemplo en la Constitución —tal cual lo consagra la Declaración Universal de los Derechos Humanos— que una persona debe tener derecho a una vivienda digna, y resulta que el sujeto vive en un país subdesarrollado, en una población marginal. ¿A qué tribunal va a recurrir en demanda del cumplimiento de ese derecho? O si se preceptúa que el individuo tendrá derecho a la educación y no hay escuelas suficientes en el país para tal efecto, ¿cuál será el mecanismo jurisdiccional o el sistema de protección para hacer efectivo este derecho? Por lo anterior, estima que éstos últimos no son derechos simplemente negativos, de abstención o de no estorbar o reparar cuando se producen interferencias, sino que constituyen derechos que suponen prestaciones positivas del Estado o de la sociedad en general, en cuanto a la existencia de servicios sociales que permitan su efectiva realización.”* (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1976, pp. 63-64).

Esta diferenciación es notoria al punto de que una de las ideas discutidas por los redactores fue la proposición de dos catálogos paralelos de derechos, uno compuesto por aquellos que serían exigibles al Estado y otro con aquellos que en principio no serían justiciables por sí mismos, correspondiendo esto a una visión tradicionalista separando derechos de primera y segunda generación. Finalmente, esta idea no prosperó, optando simplemente por la exclusión menos explícita de ciertas garantías de la protección bajo la siguiente lógica: *“¿Por qué algunos derechos y libertades quedan omitidos? Porque son metas para el Estado cuyo cumplimiento depende de los medios disponibles al efecto, de manera que son expectativas que no forman derechos”* (Cea Egaña, 1988, p. 317).

A raíz de esto es que podemos evidenciar como la forma en que está concebida la acción de protección ha generado un desequilibrio en cuanto a su eficacia, en tanto por una parte hay derechos como la propiedad que gozan de esta garantía plenamente, generando una desigualdad evidente y perpetuando la mantención del modelo trabajado anteriormente que no fomenta precisamente el desarrollo de los derechos sociales como derechos propiamente tales, pero que sin embargo ha permitido la cautela de estos a través del reclamo del derecho de propiedad que tiene el usuario sobre los mismos, siguiendo la idea de que estos son “bienes incorporeales” siguiendo la lógica del Código Civil. Es decir, se ha instalado en nuestra jurisprudencia la fórmula de reclamar ante tribunales no una vulneración al derecho a la salud, por ejemplo, sino que se

alega un atentado concreto al derecho a la propiedad que tiene el usuario sobre su derecho a la salud, logrando en la práctica sortear la exclusión de algunos derechos sociales del amparo de la figura del artículo 20 a la vez que reafirma la mayor importancia de la figura de la propiedad. Esto es lo que algunos autores han denominado como el fenómeno de “propietarización de los derechos” (Vergara Blanco, 1992).

4.2 Fallos del Tribunal Constitucional

Este órgano tiene especial relevancia a la hora de determinar la materialización de los derechos sociales, en cuanto las sentencias del mismo marcan líneas jurisprudenciales interesantes en relación con los derechos sociales, haciéndose cargo de sucesivos cambios en la percepción de los derechos fundamentales y la exigibilidad de los mismos, declarando inaplicables preceptos legales involucrados en relaciones entre privados (Peña Torres, 2011, p. 48). Una de estas líneas tiene relación con el plano temporal del control que ejerce este, estando por una parte el control preventivo respecto de los proyectos de ley; y el control represivo que apunta a preceptos legales ya en vigencia. Estos claramente han incidido en la agenda legislativa y judicial referente al desarrollo y acogida de los derechos sociales a través de los años.

Una de estas líneas ha apuntado a la determinación de la doble dimensión del ya referido recurso de protección, en tanto por un lado apunta al restablecimiento del imperio del derecho, y por otro a la protección del sujeto afectado, lo que conforme al mismo tribunal tiene congruencia con la doble naturaleza de los derechos fundamentales en que, por un lado constituyen la columna vertebral del ordenamiento jurídico y por otro, la habilitación del titular para desplegar las facultades inherentes al derecho que se trata (STC 2343).

En cuanto a las dificultades respecto de la toma de decisiones el Tribunal ha expresado que: *“debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema”* (STC 943) esto genera a simple vista una encrucijada con una eventual expansión de los derechos sociales, en cuanto estos, entendidos en su sentido liberal/prestacional son precisamente disonantes con los principios insignes del Estado subsidiario consolidado en el texto vigente.

Sin embargo, aquí se evidencia una situación paradigmática respecto al rol que este órgano ha desempeñado especialmente tras la Reforma de 2005, ya que por una parte se constata un avance al reconocimiento de los derechos sociales a través de fallos concretos referentes a

acciones de inaplicabilidad, marcando una tendencia en la jurisprudencia al avalar los fallos de las diferentes Cortes que han beneficiado a los recurrentes a costa de la actividad de los grupos intermedios, permitiendo en la práctica una solución simple a diferentes problemas estructurales que parece traer aparejado el modelo de libre mercado de la CPR. Pero al mismo tiempo, otra línea desarrollada por el Tribunal ha sido la constitución de este como un factor clave para el freno a diferentes proyectos de ley que apuntaban a la materialización de dichos derechos que ha reconocido directa o indirectamente con sus fallos en un plano general, fenómeno que puede encontrar una explicación en un sentido de responsabilidad fiscal ya que claramente no constituye la misma carga determinar la procedencia de un recurso a favor de un sujeto particular que respecto a la generalidad de la población, cuestión que sin embargo no se puede afirmar tajantemente en tanto que muchos de los fallos de este órgano por los últimos 30 años han sido destinados a la determinación de procedencia de estos derechos como mencionamos.

Igualmente es importante precisar que esta práctica se construye sobre una fácilmente endeble base que no termina de dar una seguridad irrefutable a dicha cautela aparentemente estandarizada a estas alturas, en tanto que, al no contar con un sistema de precedentes no hay fuerza vinculante que ate las decisiones de los diversos fallos, lo que se puede evidenciar en la siguiente suerte de resumen de Jaime Bassa que nos permite ver la volatilidad en que se maneja la protección de los derechos aquí trabajados como puede ser la salud: *“El hito que quizá marca un quiebre en la materia es la STC 1710, que viene a consolidar la línea jurisprudencial abierta por la STC 976, respecto a la protección del derecho a la salud y las prestaciones contratadas a través de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres). Luego de sucesivas declaraciones de inaplicabilidad (SSTC 976, 1218, 1273, 1287), el artículo 38 ter de la Ley N°18.933 fue declarado inconstitucional, por cuanto el régimen para la determinación del precio de los seguros de salud vulneraba, a juicio del TC, el derecho a la igualdad ante la ley, a la protección de la salud y a la seguridad social. Este cambio en la protección del derecho a la salud, tiene un correlato en la configuración jurisprudencia de otro derecho social, el derecho al trabajo (SSTC 1852, 2086, 2110, 2114, 2182, 2197); sin embargo, es necesario señalar que esta jurisprudencia aún no se encuentra plenamente consolidada, toda vez que existen fallos contradictorios, como lo son las SSTC 2199, 2213, 2186, 2340, 239863 (aunque la sentencia más reciente en la materia, STC 2470, acoge la inaplicabilidad y retoma la línea argumental de la STC 1852)”* (Bassa, 2015, pp. 230-231).

Y como remate de lo anteriormente mencionado también se puede evidenciar otro giro de los fallos respecto al derecho a la protección de la salud como la STC 976 que tajantemente

confirma el carácter de derecho fundamental indiscutible de este, como lo expresa en los considerandos 26° (“desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos”) y 27° (“resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su ‘practicabilidad’ de realización, es una idea confusa, porque esa ‘reserva de lo posible’ lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”) argumentos que a la vez son recogidos en la STC 1248 y en la sentencia de inconstitucionalidad 1710 (C. 94° y 95°). Estos dan cuenta de la evolución que ha experimentado la cultura jurídica chilena en la protección de estos derechos.

A modo de resumen, podemos decir que, fundamentalmente la concepción de nuestra carta magna respecto a estos derechos antes nombrados se resume de la siguiente forma: “asumen la forma de subsidios para entrar al mercado (complementarias al mercado) o bien prestaciones que vienen a suplirlo”.

II. CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 2022

Una vez analizada la situación de los derechos sociales en la Constitución de 1980, procederemos a revisar el Proyecto de Nueva Constitución sometido a plebiscito el día 4 de septiembre de 2022. Recordemos que este fue el resultado del proceso constituyente diseñado en virtud de la Ley de Reforma Constitucional N°21.200 de 2019, que permitió la elección de una Convención Constitucional encargada de su redacción.

El referido proyecto, aun cuando fuera rechazado en el citado plebiscito, contiene diferentes elementos que marcan cambios significativos respecto de la regulación propuesta por la CPR en materia de derechos sociales. Es por esto que analizaremos el texto a la luz de los mismos elementos desarrollados en el capítulo anterior con el objeto de realizar una comparación rigurosa entre ambos documentos.

1. Modelo de Estado en el Proyecto Constitucional de 2022

Desde 1980 con la entrada en vigencia de la CPR se consolidó la aplicación de las ideas neoliberales planteadas anteriormente, al punto tal que a ojos de la comunidad internacional los procesos de implementación fueron aplicados a un grado que solo se podía dar mediante un régimen autoritario como la dictadura cívico-militar. La llegada de la democracia trajo una serie de reformas que a lo largo de treinta años no lograron alterar el núcleo de la CPR a causa de los enclaves autoritarios analizados anteriormente. Todo lo anterior, sumado a una desconexión mediática de la clase política con los problemas del ciudadano común, derivaron en el llamado “Estallido Social” de octubre de 2019, expresión de descontento popular en que todas las consignas apuntaban fundamentalmente a la ineficiencia de las regulaciones referentes a temas como salud, seguridad social, educación, vivienda, entre otros, todos temas que tienen una raíz en la forma de consolidación de estos en el texto constitucional que ha condicionado su satisfacción a una lógica mercantil. A modo de dar una salida institucional se llegó al llamado “Acuerdo por la Paz y una Nueva Constitución” del 15 de noviembre del mismo año, en que se planteó la apertura de un proceso constituyente que eventualmente pudiera dar salida a la crisis, en tanto el cambio de Constitución fue una demanda constante durante las pasadas décadas ya sea directa o indirectamente de parte de los diferentes movimientos sociales, siendo finalmente el punto común que unía a muchas las demandas planteadas.

Así, con alta presencia de representantes de los diferentes movimientos sociales, se conformó la Convención Constitucional que redactó el Proyecto del año 2022, el cual tuvo como uno de sus ejes principales un giro abrupto de un modelo de Estado subsidiario hacia un Estado Social de Derecho, modelo principalmente plasmado y descrito en el artículo 1⁷.

Esta mera disposición sintetiza de entrada el espíritu decididamente opuesto del proyecto al texto constitucional vigente, en que cada inciso menciona y desarrolla elementos referentes a la organización del estado a tener en consideración para entender la concepción de modelo de

⁷ “Artículo 1. 1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico. 2. Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza. 3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.”

Estado trabajada y plasmada, marcada fuertemente por un nuevo entendimiento del rol del mismo frente al individuo y la sociedad.

Por otro lado, debemos destacar que se evidencia en el proyecto que una gran apuesta de los redactores fue la positivización en lenguaje sencillo y no abierto a muchas interpretaciones de diferentes funciones que se asume corresponden al Estado o en la práctica como tal se daban efectivamente, más con un rendimiento no muy eficiente en tanto dicho ente no contaba con las herramientas para desplegar su poder con apego a derecho, además de ser un problema la dificultad para llevar adelante proyectos de ley que precisamente buscaran brindar dichas facultades en base a un sustento normativo, proyectos que constantemente no salieron del Congreso o fueron frenados por el Tribunal Constitucional.

En primer lugar se establece como piedra fundamental de este texto la concepción de Chile como un Estado social y democrático de derecho, concepto creado por el autor Hermann Keller en 1930, quien planteaba su idea de formular una alternativa entre Estado de Derecho y Dictadura, postulando que: *“El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real. Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc.”* (Villar Borda, 2007, p. 87).

Posteriormente otra consagración importante en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 al hablar de Alemania como un “Estado federal, democrático y social”, consignando: *“en la Ley Fundamental los derechos fundamentales son derechos subjetivos exigibles ante los tribunales independientes. Los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar solamente tenían efectos para el poder administrativo, pero no vinculaban al poder legislativo. Por el contrario, la Ley Fundamental vincula los derechos fundamentales como derechos directamente aplicables a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.²¹ El establecimiento de derechos fundamentales otorga a todos los ciudadanos el derecho de reclamar ante la justicia estos derechos contra cualquier poder del estado(...)* (Unger, 2009, pp. 301-316). Este modelo ha sido una construcción dogmática que surgió como una respuesta al hasta entonces imperante Estado Liberal cuyo centro estaba en la libertad de las personas desde la arista las de actividades económicas, pasando el Estado Social de Derecho a *“tener un rol activo que tiene por objeto revertir las*

situaciones de inequidad a las que se ven enfrentados determinados grupos de personas. Bajo este concepto de Estado se contempla el resguardo de los derechos civiles del individuo —incluyendo los derechos de participación política—, como también la consagración de mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo.” (Nash Rojas, 2011, p. 75)

Bajo una concepción más contemporánea se le define como aquel que: *“contempla el resguardo de los derechos civiles del individuo —incluidos los derechos de participación política—, como también la consagración de mecanismos de distribución de la riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo. Cabe destacar también que en esta forma de organización social se considera indispensable la participación ciudadana, como una forma de ejercer control sobre los órganos de poder. En este sistema el Estado no solo está sujeto a la ley, sino que también tiene la obligación de promover los derechos fundamentales.” (Nash Rojas, 2011, p. 75)*

Así, a lo largo de la construcción del concepto se encuentran dos rasgos comunes, que son la figura del Estado como un prestador de servicios y la idea de que dichos servicios se otorgan en la medida que exista una necesidad vital insatisfecha por parte de sectores de la población. Es importante mencionar que el primer punto no significa necesariamente abrazar una idea marxista incompatible con la libertad económica, sino que buscaría: (1) que el Estado cumpla efectivamente el rol de ente fiscalizador mediante herramientas reales a su disposición, y (2) que al tiempo que permite la competencia en diferentes áreas, resguarde ciertas materias no entregándolas abiertamente a la mercantilización sin mayores motivaciones que el lucro mismo, y el proveer una alternativa estatal como base para la prestación de servicios básicos a todas aquellas personas que no pudieran acceder a las opciones privadas, esto ya que: *“en estos casos, el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente o tolerante con las desigualdades existentes: al contrario, debe reconocerlas y efectuar una valoración que permita la corrección normativa de dichas circunstancias fácticas” (García Pino & Contreras Vasquez, 2014, p. 507). Todo esto, de la mano de lo tanto conocido como sujeto a debate, como lo es el llamado “Bien Común”, ya que según autores como Gonzalo García Pinto “en nuestro ordenamiento constitucional, dicho deber estatal, no es más que el corolario de reconocer que las personas nacen iguales en dignidad y derechos” (García Pino & Contreras Vasquez, 2014, p. 237).*

Esto se ve redondeado por el carácter universal de los derechos fundamentales y la determinación de su calidad como esenciales para la vida digna, ambas características

consagradas en el artículo 17⁸ y que refuerzan la idea ineludible de una presencia estatal suficiente mas no excluyente para la satisfacción de estos derechos. En la práctica esta mayor presencia se traduce en el fortalecimiento de los servicios públicos, que en el contexto del proyecto y la norma en particular citada se ven inmersos en este carácter universal correspondiente a los derechos en cuestión, donde este concepto de servicio “*alude a la obligación de los gobiernos - o de cualquier prestador establecido por éstos - de garantizar la disponibilidad de un servicio mínimo, de calidad especificada(...)*” (Karol, 2005, p. 36) lo que podría dar pie a una participación de grupos intermedios. Sin embargo, el carácter transformador del proyecto se materializa en cuanto entendemos que el servicio universal se vuelve obligatorio en aquellas situaciones en que “*el producto o servicio es esencial para la vida o la salud (como en el caso del agua y el saneamiento), o cuando la falta de acceso acarrea exclusión de otros mercados (típicamente, el caso del transporte o las telecomunicaciones) o cuando los usuarios no pueden acceder salvo mediante el pago de tarifas especiales adecuadas a su capacidad de pago.*” (Karol, 2005, p. 36) lo que engloba en gran medida a la mayoría de los derechos fundamentales que constituyen los mínimos requeridos para la dignidad de la persona.

Es así que el texto construía una estructura que curiosamente terminaba por consagrar, lo consignado por el artículo 6 de la CPR, que establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentran no sólo los derechos del art. 19 sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, todo bajo el alero del artículo 1 que establece el deber del mismo de dar protección a la población. De esta forma, resulta relevante igualmente el artículo 15 del proyecto, el cual reforzaba esta idea al fijar la obligación del Estado, de acatar los fallos de las cortes internacionales en dichas materias, lo cual a su vez abría una puerta a consolidar aún más fuertemente los derechos cuyas vulneraciones han sido casos de discusión a nivel internacional, pudiendo sentar las bases para cambios en la jurisprudencia a futuro.

Como principio rector a lo largo de la propuesta se encuentra la dignidad, cuya determinación es crucial al constituirse como el fondo y barrera que determina el ya mencionado “mínimo”. En el contexto de las ciencias jurídicas la dignidad puede tener funciones o entendimientos (Laise, 2017, pp. 120-121), siendo el primero de estos la dignidad humana como derecho en sí mismo, es decir, no una instancia de fundamentación de otros derechos, sino que

⁸ Artículo 17 1. Los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. 2. El pleno ejercicio de estos derechos es esencial para la vida digna de las personas y los pueblos, la democracia, la paz y el equilibrio de la naturaleza.

la misma es objeto de tutela jurídica propiamente tal. Por otra parte, se entiende a la misma como un concepto utilizado por el sistema para entregar a los jueces discrecionalidad para utilizar valoraciones morales al interpretar derechos humanos, es decir una “habilitación para una lectura moral de los derechos humanos en manos de los jueces” (McCrudden, 2014, p. 13) lectura que sería justificada por los mismos derechos ya que estos precisamente buscan la dignidad de la persona. Así se puede ver que la utilización del concepto viene a sentar una barra de mínimos suficientes para la realización de las personas, dentro de las capacidades del Estado y demás actores para proveer herramientas con las que puedan lograr ese fin. A su vez, como menciona Víctor García Toma, la constitucionalización de este concepto tiene más implicaciones en el ámbito normativo que un simple intento poético de justificar un modelo de desarrollo, sino que tiene una clara utilidad en la guía del mismo al significarle al ente estatal consecuencias como las siguientes (García Toma, 2018, p. 15):

“El respeto de la dignidad humana promueve la objetivización de una sociedad más justa.

La normativización constitucional de la dignidad impide a que desaparezcan las relaciones intrínsecamente atentatorias a la calidad y condición humana.

La declaración de su reconocimiento instauro el establecimiento de un criterio sumo, para la cobertura de las lagunas legislativas.

Su incorporación en el texto constitucional sirve para sustentar el establecimiento del catálogo de derechos calificables como fundamentales.

Su consignación constitucional permite promover el perfeccionamiento legislativo de los derechos fundamentales y coadyuvar a la cabal interpretación de su sentido perceptivo.”

De esta forma, observando todas estas consecuencias que se pueden resumir en la mayor preponderancia de la figura estatal como se mencionaba anteriormente, la búsqueda de la dignidad humana es conceptual y jurídicamente instrumental para la persecución de un modelo de estado social de derecho al que apuntaba la propuesta constitucional, al no poder entenderse una separada de la otra.

También destaca la mención a la “republica solidaria”. Este concepto viene a ser una suerte de refuerzo a la consagración del estado social en el mismo artículo a la vez que nos incorpora explícitamente el principio de solidaridad a nuestro ordenamiento jurídico, tradición ya fuertemente arraigada en los sistemas europeos, en que este principio salpica a diferentes

ámbitos del derecho, siendo marca patente de la expresión de esta “la distribución intersubjetiva institucionalizada del Estado” (Giubboni, 2003) constituyendo una suerte de bajada jurídica del concepto más ligado originalmente a la sociología, en que se hace un distingo importante en tanto este principio no se traduce en una lógica desinteresada del actuar de cada individuo en pos de otros, sino que hablamos de esta como una referencia fundante de la ciudadanía y los derechos que esta abarca, en que el reconocimiento y esfuerzos de provisión de los mismos por parte del ente estatal se realizan desde una óptica solidaria que apunta a la materialización de una igualdad general. Esta visión de la solidaridad como una parte íntegra del sistema democrático pareciera haber sido imperante en el debate en los diferentes sectores políticos, en tanto las discusiones no rotaron intensamente en torno al uso de este concepto mientras que si hubo un gran énfasis en la discusión respecto al modelo de Estado, el cual se trató de reemplazar en numerables ocasiones. Ante esto podemos concluir que no hubo mayor controversia respecto a la solidaridad en tanto los constituyentes tenían constancia de la presencia indiscutida de esta como principio formativo del Estado de Bienestar.

Esta visión es confirmada por autores como García Bouzas, quien nos señala que esta compenetración se manifiesta la idea de “*órgano específico de la solidaridad*” en tanto dicho ente al estar para el servicio social es un reflejo del principio, apuntando a un sistema que busque la superación de los egoísmos individuales a la vez que respeta y busca asegurar la representación de los distintos sectores, incluidos los ya mencionados grupos intermedios (García Bouzas, 2011, p. 181).

Así confirma el rol activo del Estado que abarca desde la constitución de instituciones que velen por estos hasta la creación de condiciones materiales que permitan asegurar goce e integración de las personas en diferentes niveles, cuestión reforzada por disposiciones referentes a los objetivos a seguir como es el artículo 19⁹, el cual habría buscado direccionar la eventual agente del Estado a objetivos macro como fórmula para revertir la suerte de dejadez que habría caracterizado a la democracia de las últimas décadas, donde se explicita no únicamente los deberes genéricos que apuntan a la concreción de estos tradicionalmente asociados con este

⁹ Artículo 19. 1. El Estado debe respetar, promover, proteger y garantizar el pleno ejercicio y satisfacción de los derechos fundamentales, sin discriminación, así como adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que entorpezcan su realización. 2. Para su protección, las personas gozan de garantías eficaces, oportunas, pertinentes y universales. 3. Toda persona, institución, asociación o grupo deberá respetar los derechos fundamentales, conforme a la Constitución y la ley.

modelo de Estado, sino también reconoce la existencia de obstáculos facticos que entorpecerían la satisfacción de estos derechos de forma igualitaria entre la población, reconociendo la realidad socio-política, cuestión ligada al reconocimiento del concepto de igualdad sustantiva que a su vez constituye un derecho fundamental que apunta a la atenuación de las desigualdades económicas a modo de corregir los obstáculos facticos permitiendo dar real cabida a la idea de libertad de elección de las personas. Por otra parte, está el artículo 20¹⁰ que agrega un factor fundamental para apuntar a que se persiga este desarrollo de forma responsable como lo es la idea de progresividad de las medidas- y en concretos prestaciones- tendientes al ejercicio de los derechos fundamentales, cuestión presente en la normativa internacional referente a derechos sociales que trabajaremos en el próximo capítulo.

Finalmente es imperativo referirnos al Orden Público Económico, el cual ha tenido concepciones muy minimalistas de acuerdo a los antecedentes constitucionales con una visión neoliberal de este, en donde el Estado interviene de forma mínima, siendo definido como *“el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”* (Fernandois, 2006). Este tiene manifestaciones a través de principios como la primacía de la persona humana por sobre el Estado, el derecho de propiedad y a desarrollar cualquier actividad económica, la igualdad tributaria, entre otros. Sobre la igualdad tributaria y el proyecto constitucional, la académica Cecilia Jiménez comentaba que: *“el borrador establece que el sistema tributario se funda en los principios de igualdad-que esta hoy presente-, de progresividad, de solidaridad y justicia material, teniendo como objetivo la reducción de las desigualdades y la pobreza. Se va más allá de un sistema netamente técnico, basado exclusivamente en los ingresos de cada persona.”* (Jimenez & Ortiz, 2022).

Por otro lado, autores como Jaime Bassa y Cristian Viera sostienen que *“al Estado le corresponde desarrollar ciertas actividades económicas, especialmente en función del respeto y promoción de los derechos sociales y de la superación de la pobreza [...] El Estado no puede desentenderse de ciertas necesidades*

¹⁰ Artículo 20. 1. El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna de ellas podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio. 2. El financiamiento de las prestaciones estatales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales propenderá a la progresividad.

sociales, hoy protegidas en la forma de derechos fundamentales sociales que, si fueran dejadas al libre arbitrio de la iniciativa privada, no llegarían nunca a satisfacerse” (Bassa & Viera, 2012, p. 665).

2. Ampliación del catálogo de derechos constitucionalmente reconocidos

En una dirección completamente opuesta al texto vigente, el proyecto optó como fórmula para dar consagración efectiva a los derechos sociales la explicitación de su regulación como derechos fundamentales propiamente tal, utilizando un lenguaje apreciado como sencillo (tanto a modo de virtud como de crítica según el punto de vista) que básicamente no da lugar a interpretaciones sobre su rol como deberes intrínsecos del Estado, sin perjuicio de la participación de grupos intermedios, paradójicamente coincidiendo con la concepción original del principio de subsidiariedad bajo el entendimiento de los grupos reformistas demócrata cristianos, quienes planteaban que este incluía el corolario de que el ente estatal estaba obligado a satisfacer todas las necesidades que los grupos más desfavorecidos de la sociedad no podían satisfacer, cuestión que habría sido desdibujada por los grupos gremialistas (Clerc, 1991, pp. 12-13). Esta idea es compartida por Varela, quien señala que en nuestra carta magna *“toda interpretación o aplicación neoliberal (del Estado espectador y no actor) traiciona en su fundación el verdadero, cristiano y auténtico sentido de la subsidiariedad. Esta idea capital de la nueva institucionalidad chilena conduce, como lo anhela Juan Pablo II, a la Economía de la Solidaridad”* (Varela del Solar, 1989, p. 383).

Resulta relevante el dato de que para el año 2010 Chile se ubicaba en el número 108 de la clasificación mundial de derechos de un total de 186 países, siendo hasta la actualidad el país latinoamericano con la posición más baja (Chilton & Versteeg, 2017). Es base a esto la Convención habría buscado actualizar la regulación de derechos fundamentales mediante la incorporación de todos aquellos que han sido progresivamente reconocidos por las constituciones elaboradas en los últimos 30 años, siendo muchas innovaciones propias del siglo XXI de la mano de la tendencia de muchos países- especialmente de nuestra región- a reemplazar sus cartas magnas databan de hace más de 40 años.

Esto se condice con lo planteado por diferentes constitucionalistas quienes señalan que se requería una ampliación del catálogo ya reconocido por el ordenamiento para cubrir aquellos derechos que no tienen una regulación expresa, en tanto conforme a tratados internacionales las medidas del Estado para lograr la satisfacción de los mismos constituyen una obligación a cumplir progresivamente, cuestión que en diferentes ámbitos no ha ocurrido a lo largo de las

décadas, lo cual vendría siendo producto de la falta de rigurosidad con que las mismas materias fueron consagradas (García, 2020).

De esta forma, el proyecto consagra una gran lista de derechos fundamentales en comparación con la carta magna, ampliando tanto su número como su regulación, utilizando en muchos casos varios incisos para el desarrollo de las bases, lo cual a los ojos de un sector era una virtud a destacar en tanto entregaba un marco claro sobre el cual se pudieran levantar iniciativas legislativas posteriores que apuntaran a la materialización de estos en la práctica, mientras que por otro lado se reiteraba la crítica referente a la responsabilidad fiscal y posibilidad de falta de capacidad del Estado para cumplir con esa cantidad de derechos que directa o indirectamente requieren de prestaciones para su cumplimiento, a lo que se sumaba al hecho de que su consagración como derechos fundamentales sin mayores distinciones entre sí los haría exigibles ante tribunales, cuestión que trabajaremos más adelante al hablar de las garantías de protección.

Otro elemento complementario a la vastedad del catálogo de derechos reconocidos es la estructura en la cual estos fueron recogidos, consagrando los diferentes derechos en artículos específicos de extensa redacción, lo que trajo diversas apreciaciones a causa del lenguaje más sencillo en comparación al texto vigente. Esto fue criticado en tanto se afirmaba que el lenguaje poco riguroso podía dar pie a confusiones o interpretaciones azarosas respecto al alcance y exigibilidad de estos derechos frente al ente estatal, mientras que otros sectores destacaban que el uso de un lenguaje simple permitía una mejor difusión y comprensión de las materias en los sectores no letrados que claramente constituyen la mayoría de la población, especialmente al tratarse de materias de interés general dirigidas a las problemáticas más comunes de la ciudadanía, teniendo esto especial delicadeza en el contexto de difusión del texto para propiciar un voto consciente con el poco tiempo de campaña disponible.

En análisis de lo anterior, podemos resumir la discusión en la idea de Alberto Coddou quien señala que una regulación más extensa en la carta magna indica que “*las constituciones no solo son un límite a lo que la política puede hacer, sino una “hoja de ruta” acerca de lo que la política debe hacer para mantener su legitimidad*” (Bassa, et al., 2019, p. 215). De esta forma se confirma la relevancia fundamental de la redacción y consagración clara de ideas en un texto constitucional, entendiéndose así la fórmula elegida por la Convención para resolver los problemas generados por un Estado pasivo, buscando marcar pauta a través de la determinación clara de los deberes y responsabilidades del ente. Esto se hace patente mediante uno de los factores característicos

del proyecto rechazado como era la determinación de plazos específicos para la presentación, discusión y promulgación de leyes en los mismos artículos que consagran los diferentes derechos fundamentales a la par de las disposiciones transitorias, siendo esto una suerte de garantía de protección a ojos de la población, cuestión en la que profundizaremos más adelante. De este modo el proyecto contiene un catálogo de derechos sociales prestacionales en que aquellos que son objeto de este trabajo fueron garantizados de forma robusta, lo que habría permitido un camino seguro para mejorar las condiciones de vida.

Y, por otra parte, en cuanto a derechos no prestacionales que en palabras de Salvador Mohor Abuaud *“son aquellos cuyo ejercicio permite a sus titulares –generalmente actuando colectivamente– procurarse mejores condiciones de vida, de trabajo y remuneración, tales como los derechos a la sindicalización, la huelga, o negociación colectiva”* (Abuaud, 2014, p. 162). Dichos derechos no prestacionales se encuentran igualmente plasmados en la propuesta de nueva constitución con el objetivo de que la zona laboral encuentre un mayor amparo constitucional.

A raíz de lo anteriormente expuesto y a modo de contribuir a una comparativa íntegra en el próximo capítulo pasaremos a trabajar individualmente los cuatro derechos ya analizados bajo el lente de la Constitución de 1980.

2.1 Derecho a la Educación

Este derecho se encuentra consagrado entre los artículos 35¹¹ y 41¹² del texto, de los cuales iremos haciendo breves análisis a incisos puntuales con el fin de explicar de forma íntegra el tratamiento de la propuesta constitucional.

¹¹ Artículo 35 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación es un deber primordial e ineludible del Estado. 2. La educación es un proceso de formación y aprendizaje permanente a lo largo de la vida, indispensable para el ejercicio de los demás derechos y para la actividad científica, tecnológica, económica y cultural del país. 3. Sus fines son la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico, la capacidad creadora y el desarrollo integral de las personas, considerando sus dimensiones cognitiva, física, social y emocional. 4. La educación se rige por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tiene un carácter no sexista y se desarrolla de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística. 5. La educación se orienta hacia la calidad, entendida como el cumplimiento de sus fines y principios. 6. La ley establecerá la forma en que estos fines y principios deberán materializarse, en condiciones de equidad, en las instituciones educativas y en los procesos de enseñanza. 7. La educación es de acceso universal en todos sus niveles y obligatoria desde el nivel básico hasta la educación media inclusive.

¹² Artículo 41 1. Se garantiza la libertad de enseñanza y es deber del Estado respetarla. 2. Esta comprende la libertad de madres, padres, apoderadas, apoderados y tutores legales a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. 3. Las y los profesores y

La extensa regulación y énfasis en el detalle en el sistema nacional de educación suscitaba dudas respecto al eventual maximalismo de este que pudiera pasar a llevar la libertad tan relevante para nuestro ordenamiento jurídico coartando la libertad de enseñanza y opción de los padres, cuestión que se encontraba regulada en el artículo recién mencionado, constituyendo un límite y principio a respetar para el ente estatal pero sin limitar la actividad del sistema educativo a raíz de este como algunos aprecian ocurre en la constitución de 1980 al mismo tiempo que curiosamente amplía esta misma libertad de elección en tanto su redacción incorpora no solo a los padres sino también a demás figuras adultas responsables del menor a que puedan velar por el que consideren el programa y establecimiento que puede entregar una mejor formación a sus pupilos.

Es por esto que dicha disposición nos entrega un escenario diferente al hacer de la libertad/elección una opción real que sin embargo no subyuga a la educación.

Si bien es cierto, uno de los mayores debates con respecto a la educación desde que se planteó su gratuidad para ciertos sectores que cumplieran determinados requisitos, ya que según lo que comenta el autor Felipe Marino *“hay que tener presente que cuando se nos hace creer que la educación es “gratuita”, ello no es cierto, pues siempre habrá alguien que financie los recursos, sea el Estado a partir de los impuestos o los particulares en su propio patrimonio. Ningún derecho es gratis, sólo cambia el sujeto que lo paga, que en este caso es el Estado”* (Marino, 2020, p. 75).

No obstante es un deber tanto estatal como constitucional establecer un sistema de educación efectivo que fortalezca el conocimiento intelectual filosófico ético y moral, o como bien expresa el autor antes citado *“establecer un sistema a nivel constitucional en donde el estado esté obligado, a partir de la educación pública, a inculcar un sistema de creencias conforme a un programa orientado a vigorizar a la juventud nacional como forma de prevención y/o rescate de la decadencia y corrupción moral, intelectual y viciosa en la que pueda caer, y en base a la superación el sentido de obligación personal y colectivo, y la abnegación en tiempos de mayor adversidad”*.

2.2 Derecho a la Salud

educadores son titulares de la libertad de cátedra en el ejercicio de sus funciones, en el marco de los fines y principios de la educación.

Este se encuentra fundamentalmente regulado en el artículo 44¹³ en cuyos párrafos se planteaba un cambio drástico ya que este derecho apunta directamente a la salud de la población propiamente tal, evidenciando además una cobertura más amplia desde el sector público como forma de corregir las desigualdades prácticas percibidas por la población, pasando el ente estatal de tener una suerte de participación supletoria a contar con labores de organización y cumplimiento de estándares mínimos para la población, así como la función rectora exclusiva del sistema, cuestión que también llamó a la polémica, pero que resumidamente consiste en la positivización de lo que viene siendo una realidad en la práctica.

Para el análisis de este punto se puede apreciar nuevamente la exclusión de una lógica maximalista de la actividad estatal en el inciso séptimo, en tanto se establece que el estado social no se inhibe en la actividad económica, sino que se integra “como un actor más” (Viera Álvarez, 2014, p. 459). A la vez que ejerce el ya mencionado carácter fiscalizador, esto se hace patente en el precepto al mencionar que los actores pueden ser tanto públicos como privados, manteniendo la puerta abierta en cierta medida a los grupos intermedios como ocurre en la actualidad.

Aquí nuevamente la redacción elegida es fundamental para el análisis, puesto que si bien el texto mantiene la puerta abierta a la participación privada hay quienes advirtieron que la simpleza del inciso en cuestión no entregaba certezas que permitan sustentar la seguridad de la actividad económica en esta materia, en tanto: *"el texto no dice en qué términos ni de qué manera podrán participar los prestadores privados de salud. Por tanto, desde esta última perspectiva, la posibilidad de*

¹³ Artículo 44 1. Toda persona tiene derecho a la salud y al bienestar integral, incluyendo sus dimensiones física y mental. 2. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud y a conservar los componentes naturales que las sustentan. 3. El Estado debe proveer las condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de la salud, considerando en todas sus decisiones el impacto de las determinantes sociales y ambientales sobre la salud de la población. 4. Corresponde exclusivamente al Estado la función de rectoría del sistema de salud, incluyendo la regulación, supervisión y fiscalización de las instituciones públicas y privadas. 5. El Sistema Nacional de Salud es de carácter universal, público e integrado. Se rige por los principios de equidad, solidaridad, interculturalidad, pertinencia territorial, desconcentración, eficacia, calidad, oportunidad, enfoque de género, progresividad y no discriminación. 6. Asimismo, reconoce, protege e integra las prácticas y conocimientos de los pueblos y naciones indígenas, así como a quienes las imparten, conforme a esta Constitución y la ley. 7. El Sistema Nacional de Salud podrá estar integrado por prestadores públicos y privados. La ley determinará los requisitos y procedimientos para que prestadores privados puedan integrarse a este Sistema. 8. Es deber del Estado velar por el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones públicas de salud. 9. El Sistema Nacional de Salud es financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema. 10. El Sistema Nacional de Salud incorpora acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, habilitación, rehabilitación e inclusión. La atención primaria constituye la base de este sistema y se promueve la participación de las comunidades en las políticas de salud y las condiciones para su ejercicio efectivo. 11. El Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento.

participación queda en entredicho, ya que no se ofrecen mayores garantías" (Medina, 2022). Lo indudable ante los diferentes puntos de vista radica en que el planteamiento de la salud en el texto pasa de ser una parcial libertad de elección para el individuo a un deber del Estado, debiendo apuntar a los mínimos indispensables para asegurar un acceso en calidad digna a todos los sectores de la población, teniendo en cuenta no solo la urgencia de los grupos más desfavorecidos sino también un sentido social relativo a la delicadeza con que deben tratarse los diferentes puntos, a la vez que se trabaje con un sentido de progresividad en el actuar del Estado a fin de la responsabilidad.

Sin embargo, por más rigurosidad con que se quiera tratar el derecho en cuestión se criticó que el modelo propuesto no terminaba de garantizar la participación de prestadores privados ya que precisamente su integración al sistema dependía de las condiciones y requisitos fijados por una ley respectiva la cual claramente no había sido promulgada en los meses de debate en la convención, por lo que se abría un escenario en que los actuales prestadores pasaran a verse incapacitados para seguir brindando servicios, posibilidad que en la práctica resultaba alarmante para aquellos sectores que desconfían de la responsabilidad concentrada en el poder estatal.

2.3 Derecho a la Seguridad Social

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 45 del proyecto¹⁴, recogiendo una de las preocupaciones más latentes de la población tuvo un encarecido debate que vio discurrir posturas respecto a la mantención del sistema privado imperante basado en las Aseguradoras de Fondos de Pensiones (AFP) las cuales si bien no están consagradas constitucionalmente de forma explícita en la práctica se ha constituido como la modalidad por defecto para los pensionados bajo el fundamento de la libertad de elección que tienen las personas, el cual en verdad se traduce en decidir entre las diferentes empresas privadas que funcionan bajo este sistema en el cual las pérdidas las asumen los pensionados, todo esto bajo el alero del modelo de

¹⁴ Artículo 45 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social, fundada en los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, igualdad, suficiencia, participación, sostenibilidad y oportunidad. 2. La ley establecerá un sistema de seguridad social público, que otorgue protección en caso de enfermedad, vejez, discapacidad, supervivencia, maternidad y paternidad, desempleo, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y en las demás contingencias sociales de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo. En particular, asegurará la cobertura de prestaciones a quienes ejerzan trabajos domésticos y de cuidados. 3. El Estado define la política de seguridad social. Esta se financiará por trabajadoras, trabajadores, empleadoras y empleadores, a través de cotizaciones obligatorias y rentas generales de la nación. Los recursos con que se financie la seguridad social no podrán ser destinados a fines distintos que el pago de los beneficios que establezca el sistema. 4. Las organizaciones sindicales y de empleadores tienen derecho a participar en la dirección del sistema de seguridad social, en las formas que señale la ley.

estado propuesto por nuestra carta magna ya estudiado. Ante esto es que el inciso primero plantea un cambio radical al admitir tajantemente a la seguridad social como un derecho para toda persona, cerrando la puerta a las ambigüedades como recurrentemente hizo el texto vigente, y a continuación establece una serie de principios rectores para lo que sea la regulación posterior de la misma, los cuales, paradójicamente, corresponden precisamente a los mismos que el Tribunal Constitucional ha incorporado a su concepto de seguridad social mediante su jurisprudencia (STC 790).

A su vez, el artículo consagra un sistema de seguridad social público universal y solidario cuya organización sería determinada por ley, ampliando y especificando a la vez las hipótesis en que a este le correspondería actuar en favor de las personas, brindando un nivel de especificidad insospechado para nuestro ordenamiento. Este sistema en cuestión puede ser definido como *“un mecanismo de protección social para proveer ingresos a las personas que pierden su capacidad de autogeneración debido a la edad avanzada (derechos y beneficios de vejez), discapacidad (derechos y beneficios de invalidez) o fallecimiento de una de las fuentes principales de ingresos de una familia (derechos y beneficios de sobrevivencia)”* (Social, 2022).

Esto debe complementarse con el inciso tercero referente al financiamiento del mismo, el cual deja la puerta abierta a la discusión legislativa posterior para definir si el sistema será en base a capitalización de ahorro individual o de reparto, siendo esto último lo que se ha planteado a lo largo de los años como una posibilidad desde los movimientos sociales a fin de brindar una real libertad de elección a los afiliados y que pareciera haber sido reconocido como una eventual posibilidad por parte de los redactores.

La polémica sobre este punto se instaló en torno a la idea de que un cambio de sistema tan drástico podría afectar la inexpropiabilidad de los fondos previsionales ya recaudados en el sistema vigente, cuestión que claramente despertaba preocupaciones para el ciudadano de a pie, lo que generó un gran debate respecto a la mejor fórmula para evitar el miedo de una expropiación de los fondos, la cual llevó inclusive a un proyecto de ley paralelo al trabajo de la Convención que buscaba asegurar esto, lo cual según sus detractores era una forma de entorpecer el progreso del debate. Asimismo, algunos desde dicha perspectiva consideraban un “absurdo” esta discusión, puesto que de ser llevada a la práctica, dicha expropiación no constituiría un beneficio para el Estado ya que al tratarse de expropiaciones, le correspondería pagar una indemnización anticipada a cada persona del sistema, la cual no podría ser inferior al

monto de las sumas que se expropiaren, incluyendo reajustes e intereses hasta la fecha de jubilación de cada usuario, lo cual paradójicamente convertiría a la expropiación de los fondos en un escenario deseable para los usuarios al verse mayormente beneficiados económicamente por esta medida al menos en el plazo en que se constituiría el nuevo sistema propuesto por el proyecto (Thayer Morel, 2022). Además, destaca como talón de Aquiles el hecho de que la declaración de inexpropiabilidad de los fondos podría dejarse sin efecto mediante una reforma en el Congreso, como fue el caso de los retiros de 10% efectuados en el contexto de la pandemia, por lo que la estrategia planteada por quienes buscarían la prolongación de la exclusividad del sistema de capitalización individual fallaba en precisamente dar la seguridad que se pretendía.

Otro dato importante a analizar en torno a esto está en el hecho de que el proyecto de reforma de la Constitución de 1980 planteado a través de Boletín 14921-07 del 18 de abril de 2022 buscaba agregar dos párrafos al artículo 19 N°18 de la Carta Magna, en que el primero de estos indicaba lo siguiente: *“Las prestaciones de seguridad social se financiarán con aportes fiscales y cotizaciones obligatorias, en la forma y condiciones que establezca la ley. Los fondos originados en las cotizaciones obligatorias deberán destinarse única y exclusivamente a fines previsionales”*¹⁵. En dicho precepto se evidencia una redacción altamente similar a la del inciso tercero del artículo, mientras que por otra parte el segundo párrafo busca explícitamente la consagración de un derecho de propiedad sobre los fondos sustentados en el sistema de capitalización individual imperante, por lo que la redacción en particular lo que buscaría es simplemente explicitar en el texto constitucional la adopción de un sistema de facto construido en la práctica a lo largo de los años, por lo que a la luz de todo lo anterior pareciera que la reforma estaría más encaminada a la protección de un modelos que del bienestar de los afiliados.

Esta polémica también hallaba una respuesta per se en el proyecto al encontrarnos con la figura del artículo 78¹⁶ por lo cual la inclusión de la expresión mencionada sería redundante en

¹⁵ Honorable Cámara de Diputadas y Diputados - Chile. (s. f.-b). Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15422>

¹⁶ Artículo 78 1. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables. 2. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica. 3. Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador. 4. La propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado. 5. El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y de la modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley. 6. Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación, siempre debe estar debidamente fundada.

tanto el derecho a la propiedad se aseguraba respecto a “toda clase de bienes” cuestión que de por sí y siguiendo la lógica del derecho civil engloba a los bienes inmateriales, entregando las facultades de la persona que es dueño por lo cual, al menos siguiendo la redacción, se mantenía la posibilidad de tomar la decisión de heredar dichos fondos en tanto son parte del patrimonio de la persona en cuestión.

El último punto a destacar del artículo viene dado por la posibilidad de que tanto sindicatos como empleadores pudieran participar del sistema en cuestión, lo cual nuevamente quedaba remitido a la bajada legal respectiva, contando con la virtud de establecer a modo general, por una parte una concepción justa de la participación en pos del derecho protegido al dar voz y voto a “ambas caras de la moneda” entendiéndose la responsabilidad de ambas partes para con el financiamiento del sistema conforme al inciso anterior, a la vez que esta opción de participación pareciera ser la consagración de una demanda sostenida como posible base sólida para el alcance de grandes acuerdos que atacaran las preocupaciones de los trabajadores al mismo tiempo que brindarían posibilidad de negociación con los empleadores con el fin de no fijar en estos responsabilidades más allá de sus reales posibilidades.

2.4 Derecho a la Vivienda Digna

A diferencia del texto vigente, este derecho es consagrado explícitamente en el artículo 51 del proyecto¹⁷, siendo la redacción del mismo un punto controvertido en torno a la dualidad “responsabilidad fiscal/deber del Estado” al haberse consignado el derecho como “vivienda digna” en vez de “vivienda propia”, generando cuestionamientos respecto a la posibilidad de que los ciudadanos fueran propietarios de su vivienda con todo lo que dicho derecho implica,

¹⁷ “Artículo 51. 1. Toda persona tiene el derecho a una vivienda digna y adecuada, que permita el libre desarrollo de una vida personal, familiar y comunitaria. 2. El Estado tomará las medidas necesarias para asegurar su goce universal y oportuno, contemplando, a lo menos, la habitabilidad, el espacio y equipamiento suficientes, doméstico y comunitario, para la producción y reproducción de la vida, la disponibilidad de servicios, la asequibilidad, la accesibilidad, la ubicación apropiada, la seguridad de la tenencia y la pertinencia cultural de las viviendas, conforme a la ley. 3. El Estado podrá participar en el diseño, la construcción, la rehabilitación, la conservación y la innovación de la vivienda. Considerará particularmente en el diseño de las políticas de vivienda a personas con bajos ingresos económicos o pertenecientes a grupos de especial protección. 4. El Estado garantiza la creación de viviendas de acogida en casos de violencia de género y otras formas de vulneración de derechos, según determine la ley. 5. El Estado garantiza la disponibilidad del suelo necesario para la provisión de vivienda digna y adecuada. Administra un Sistema Integrado de Suelos Públicos con facultades de priorización de uso, de gestión y disposición de terrenos fiscales para fines de interés social, y de adquisición de terrenos privados, conforme a la ley. Asimismo, establecerá mecanismos para impedir la especulación en materia de suelo y vivienda que vaya en desmedro del interés público, de conformidad con la ley.”

específicamente la heredabilidad de la misma, temiendo a una suerte de monopolio estatal sobre esta materia.

El artículo propuesto encontraba su sustento sobre tres ideas claves:

En primer lugar, el hecho de que el uso del término “vivienda digna” es un estándar en la normativa internacional en materia de vivienda, en cuanto la consagración de vivienda a secas, además de ser inusual, puede tener como consecuencia una falta de rigurosidad en la normativa interna de los países, no entregando una base sólida para el cambio de políticas ni corrección de programas ya aplicados, en tanto que no hay un estándar mínimo consagrado en el máximo nivel normativo que sirva como condición objetiva para determinar si concurren los elementos de una vida digna.

En segundo lugar, encontramos el rol activo que se le entrega al Estado, en que no solo le corresponde el reconocimiento de derechos y libertades en pos de asegurar una calidad de vida digna de los ciudadanos, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para garantizar una subsistencia mínima que permita el desarrollo íntegro de las personas sobre la base de una igualdad material de oportunidades.

Finalmente, además de no ser una práctica de la que se tuviera precedentes en demás ordenamientos, según varios constituyentes la inclusión de la palabra “propia” en el artículo daría pie a una discriminación arbitraria ya que estaría excluyendo de dicha regulación a aquellas personas que residen mas no son dueñas del lugar en que habitan, como podrían ser quienes arriendan un inmueble, quienes construyen en propiedades de familiares o quienes viven en residencias de emergencia, situaciones que corresponden a la realidad de un sector importante de la población de nuestro país.

Sobre este último punto, reiterando la idea expuesta en el apartado de seguridad social, es importante precisar que el derecho a la propiedad ya se encontraba claramente consagrado en el ya mencionado artículo 78 del proyecto, por lo que la inclusión de la expresión mencionada sería redundante en tanto la propiedad se aseguraba respecto de “toda clase de bienes” cuestión que, siguiendo la lógica del Derecho Civil, engloba las facultades de la persona que es dueña, entre las que se encuentra dar en herencia el inmueble.

3. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN

Respecto de las garantías constitucionales el proyecto constitucional nos entrega nuevas herramientas tanto en el plano judicial como legislativo mediante la creación de nuevas figuras y órganos, manteniendo algunos elementos clásicos de la Carta Magna y expandiendo otros con el fin de dar un mayor alcance a estas figuras a modo de contribuir a la materialización de los derechos sociales.

En este sentido las figuras a analizar serán cuatro: (1) la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, (2) la Defensoría del Pueblo, (3) la Corte Constitucional; y (4) Plazos para la discusión de leyes respectivas.

3.1 Acción de Tutela de Derechos Fundamentales

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 119 del proyecto¹⁸ y entre sus características podemos encontrar elementos adoptados por su símil, así como otros innovadores respecto de los mismos, tratando de hacerse cargo de aspectos insuficientes del recurso de protección a la vez que pretende conservar sus beneficios.

Entre estos elementos innovadores destaca la ampliación de su ámbito de aplicación, coincidente a la vez con la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y el reconocimiento de muchos derechos sociales como tales, en tanto esta acción se podía ejercer

¹⁸ Artículo 119 1. Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal. 2. Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocar un daño grave inminente o irreparable. 3. Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto. 4. El tribunal competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a petición de parte, decretar cualquier medida provisional que estime necesaria, y alzarlas o dejarlas sin efecto cuando lo estime conveniente. 5. No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados. 6. La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la corte de apelaciones respectiva. Excepcionalmente, este recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de cortes de apelaciones. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la corte de apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva. 7. Esta acción también procederá cuando por acto o resolución administrativa se prive o desconozca la nacionalidad chilena. La interposición de la acción suspenderá los efectos del acto o resolución recurrida. 8. Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo. 9. En el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, esta acción podrá ser deducida por las instituciones representativas de los pueblos indígenas, sus integrantes o la Defensoría del Pueblo.

respecto de cualquier derecho fundamental reconocido por el texto sin distinción alguna, entregando un medio claro y con fuerte sustento jurídico para perseguir la satisfacción de estos derechos en sede judicial, cuestión que el recurso de protección no permite debido a su ámbito de aplicación taxativo en virtud del artículo 20 de la CPR. Esta expansión también se manifestó mediante la eliminación del requisito de un acto u omisión “arbitrario o ilegal” pasando a determinar que la acción de tutela procedería ante cualquier acción u omisión que amenazara, perturbara o privara de cualquiera de los derechos fundamentales.

Esta regulación va de la mano con otros complementos como son, por un lado, aquello referente a la oportunidad para la presentación de la acción, pasando de los treinta días determinados por el auto acordado a una figura que podría deducirse “mientras la vulneración persista” lo cual claramente podría dar paso a un debate riguroso según cada caso concreto. En otro ámbito, incisos finales del artículo aportan a dicha expansión mediante la inclusión de la exigibilidad directa ante tribunales respecto a vulneraciones a los derechos complementarios con los analizados en este trabajo como son los derechos de la naturaleza por ejemplo dando eventual cabida a eventuales soluciones a corto y mediano plazo a problemas cotidianos demandados por movimientos sociales.

Otro punto diferenciador se encuentra en el hecho de ante qué tribunal se interpondría la acción, pasando de la tradición de recurrir a las Cortes de Apelaciones a un escenario en que el conocimiento sería responsabilidad de tribunales de instancia que se determinarían con posterioridad mediante actividad legislativa, relegando el rol de las Cortes al conocimiento precisamente de las apelaciones que se dieran a raíz de las sentencias de los primeros.

Toda esta regulación conllevó apreciaciones principalmente positivas en tanto permitiría un avance en materia de promoción y resguardo de los derechos fundamentales de las personas, particularmente en cuanto a los derechos sociales antes excluidos y correspondientes a materias sensibles para la ciudadanía, pero al mismo suscitó críticas referentes a la tramitación propuesta al considerarse que entregar la competencia para conocer de estas acciones a tribunales de instancia hubiera podido desfavorecer la usual agilidad con que se resuelven los recursos de protección al corresponder su conocimiento a tribunales que trabajan diversas materias extendiendo los procedimientos en cuestión.

3.2 Defensoría del Pueblo

Entre los sujetos que podían interponer acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales, además de la víctima, se encontraba la figura de un órgano denominado Defensoría del Pueblo, conceptualizado en el artículo 123 del proyecto¹⁹ y desarrollado por los siguientes.

Este órgano se entiende directamente inspirado por el derecho continental europeo, específicamente en la figura del *Ombudsman* alemán, cuestión que en opinión de algunos en un país como el nuestro se podría haber prestado para persecuciones judiciales populistas o radicalizadas según el gobierno de turno, cuestión que en una primera instancia se puede contrastar con la redacción del artículo en que se determinaba que, si bien este órgano contaba con un campo de acción muy importante en cuanto a todas aquellas fuentes de derechos que hubiera debido cautelar según el caso, el mismo le correspondía una definición como órgano autónomo que actuaría con independencia del gobierno de turno en sus tareas de promoción y protección, punto de especial importancia para asegurar el ejercicio de estas funciones sin distinciones arbitrarias basadas en posiciones políticas, además de nuevamente hacer una remisión a la ley posterior que hubiera fijado las especificaciones del ejercicio de sus funciones.

Bajo el contexto y situación de los derechos humanos en un país como el nuestro, un buen sector de la población- y específicamente de la Convención Constitucional- tomó en consideración los beneficios que podría traer la instalación del mismo, como Fuentes quien señala: *“El Ombudsman es una necesidad, especialmente para Chile. Su creación contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho, por el control de funciones de distintos poderes del Estado. Como alto comisionado del parlamento, representa a la mayoría ciudadana, destinada principalmente a controlar al Poder Ejecutivo. Ello es significativo porque el sistema constitucional orgánico chileno se ha caracterizado por la preponderancia del Presidente de la República por sobre el Congreso, conformando un régimen híper presidencialista o presidencialismo vigorizado”* (Fuentes Vera, 2014). De esta forma se aprecia cómo este órgano viene a hacer una especie de balance entre los diferentes poderes el estado en sistemas cargados como el nuestro,

¹⁹ Artículo 123 1. Un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Defensoría del Pueblo, tendrá como función la promoción y protección de los derechos humanos asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, así como los emanados de los principios generales del derecho y de las normas imperativas reconocidas por el derecho internacional, ante los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de las entidades privadas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública, en la forma que establezca la ley. 2. La Defensoría del Pueblo funcionará desconcentradamente en defensorías regionales, conforme a lo que establezca su ley. La ley determinará las atribuciones, la organización, el funcionamiento y los procedimientos de la Defensoría del Pueblo.

y a su vez hay quienes también rescatan su rol como persecutor del bien común de la población a través de su función respecto a los derechos de la misma: *“...es en la actualidad una institución dirigida a la tutela de derechos de los ciudadanos frente a la Administración, por una parte, y, por otra, respecto de las empresas de servicio público, sea que estén en poder del Estado o de particulares. Se caracteriza principalmente por tener auctoritas y no potestas, realizando un control a través de la persuasión. No actúa ni como tribunal ni como ente contralor proveniente del ejecutivo. Su función primordial es ser un intermediario entre el ciudadano y los poderes públicos y/o los prestadores de servicios básicos”* (Zuñiga Urbina, 2014, p. 7)

3.3 Corte Constitucional

En un claro paralelo con el Tribunal Constitucional, este órgano propuesto por la Convención en el artículo 377 del texto²⁰ es de carácter autónomo, técnico y profesional que se encarga de garantizar la supremacía de la CPR.

En este apartado hay innovaciones desarrolladas a lo largo de los artículos próximos al ya citado, las cuales abarcan tanto desde su formación y toma de decisiones hasta las bases sobre las que actúa y las facultades con las que cuenta, siendo estas últimas las más relevantes para nuestro trabajo.

La Corte Constitucional cuenta con principios rectores claros, entre los cuales destaca el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, que viene de la mano con la eliminación de la facultad de realizar un control preventivo como lo hace el Tribunal, una fórmula que de por sí abría la posibilidad de acabar con un problema recurrente de las últimas décadas como ha sido el freno a proyectos legislativos que buscan alterar el modelo de Estado de la CPR precisamente a causa del ejercicio del control mencionado, constituyendo una suerte de “tercera cámara” legislativa que puede modificar el contenido de los proyectos sin contar con la legitimidad democrática del Congreso, mientras que el proyecto asumía per se la constitucionalidad de los proyectos, en línea con el principio de deferencia al órgano legislativo. Además, también traía una innovación referente al control represivo, al establecer que las

²⁰ Artículo 377 La Corte Constitucional es un órgano autónomo, técnico y profesional, encargado de ejercer la justicia constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución. Sus resoluciones se fundan únicamente en razones de derecho.

cuestiones de constitucionalidad deberían ser planteadas por el tribunal ante el cual se ventilara gestión pendiente, coartando la posibilidad de las partes para reclamar directamente a la Corte.

3.4 Plazos para la discusión de leyes reguladoras

Finalmente, pero no menos importante, un último factor a considerar en la búsqueda de la efectividad de los derechos sociales por parte del texto lo constituyen los plazos determinados para la elaboración de leyes que dieran creación a sistemas nacionales referentes a materias como educación y salud, los cuales se encontraban en diferentes disposiciones transitorias del texto, oscilando entre plazos de entre doce y veinticuatro meses para dar con la promulgación.

Más allá de lo netamente jurídico, estos plazos claramente estipulados como mandatos dentro del texto podían constituir una solución- al menos para una parte de la ciudadanía- a la lentitud del Congreso para sacar adelante proyectos referentes a estas materias de gran interés en el cotidiano vivir.

III. CAPÍTULO III: REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A la luz de todo lo expuesto, nos concierne llevar a cabo una comparación directa de la regulación propuesta por cada texto tomando como referencia las disposiciones de tratados internacionales y demás cuerpos normativos que trabajan la temática de los derechos sociales.

Es importante tener en consideración que ambos textos constitucionales analizados en los capítulos anteriores incorporan al derecho internacional al ordenamiento jurídico, ya que tanto el artículo 5 de la CPR²¹ como el artículo 15 del proyecto plebiscitado²² establecen que los

²¹ Artículo 5°. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

²² Artículo 15 1. Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de

tratados internacionales tienen fuerza vinculante, siendo el cumplimiento de estos una obligación más para el Estado chileno.

Comenzando precisamente por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este y los demás textos serán expuestos cronológicamente con el fin de mostrar la evolución que ha tenido el entendimiento de estas materias en el derecho internacional y como nuestro Derecho ha sido capaz (o no) de cumplir dichos estándares mediante la elaboración de normas que no solamente reconozcan estos llamados derechos de segunda generación, sino que a su vez promuevan y permitan el cumplimiento de estos en la práctica, resultando cruciales normas que aterricen las obligaciones de los Estados Partes para lograr este objetivo.

1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Corresponde a un tratado internacional multilateral adoptado en 1966 y entrado en vigencia una década más tarde, siendo ratificado por Chile en 1972, el cual constituyó el primer cuerpo adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas dedicado exclusivamente a estos derechos de segunda generación, en un contexto internacional marcado por la vigencia sostenida de un modelo de Estado Social de Derecho en varios países europeos.

A raíz de esto último es que un elemento patente desde el preámbulo y a través del tratado es la ya trabajada “dignidad” que constituye una base mínima para el desarrollo de la sociedad, reconociendo que los derechos inherentes a la persona dependen de esta, siendo imposible la realización de la persona en su ausencia, por lo que se considera necesaria la creación de condiciones que permitan a las personas hacer ejercicio y goce de estos derechos al igual que los tradicionales derechos civiles y políticos.

1.1 Derecho a la Educación

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 13²³, el cual establece que se reconocerá a toda persona la educación y todo lo que esto conlleva en los niveles de enseñanza básica, media y superior.

rango constitucional. 2. El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos.

²³ Artículo 13 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad

Podemos apreciar que el Pacto reitera la idea de la dignidad humana a través de este derecho, que debe ser garantizado con el fin de lograr el desarrollo integro de la persona, lo que, como hemos visto, implica la atenuación de la opción de un rol pasivo del Estado frente a la garantía de la misma, esto sin prohibir la participación de establecimientos privados. Se establecen elementos puntuales complementarios tendientes a dicho desarrollo como son el respeto por los derechos humanos y la diversidad, instando a los Estados a hacerse cargo de temáticas importantes para la vida en democracia. Igualmente se da énfasis a medidas puntuales que apunten a la plena efectividad material de la educación para toda persona, las cuales van ligadas a la implementación de la gratuidad de la enseñanza dependiendo del nivel de la misma, lo que pareciera hacer eco a la idea de progresividad que resulta crucial para países en vías de desarrollo que tradicionalmente tienen dificultades para lograr esta cobertura.

Al igual que los textos revisados se establece la figura de la “libertad de los padres” que se traduce en la libertad de enseñanza, prohibiendo de facto el monopolio de la cobertura de los niveles de enseñanza por parte del Estado, a la vez que se subordina la existencia de opciones privadas a la satisfacción de normas mínimas determinadas por las autoridades educativas, pudiendo dar paso a experiencias educativas vinculadas a religiones determinadas fomentando la diversidad en la sociedad a la vez que puede constituir un aporte a la amplitud de la cobertura del sistema educativo, todo con un mandato de regulación tendiente a la búsqueda progresiva y responsable de la gratuidad en el sistema dentro de un número razonable de años.

1.2 Derecho a la Salud

libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Regulada en el artículo 12²⁴, se establece la salud como un derecho propiamente tal, incorporando tanto la dimensión física como mental, fijando como estándar la búsqueda continua del mayor nivel posible de la misma.

Al igual que la educación, el Pacto incorpora medidas concretas que buscan promover una regulación transversal que no solo cubra diferentes problemáticas como la propia salud corporal vinculada con aspectos como la reproducción, sino que además se incorpora el acceso universal a factores determinantes para la materialización de este derecho como lo son el agua potable, saneamiento, alimentación, nutrición y vivienda, los cuales en los últimos años han comenzado a ser consagrados como derechos propiamente tales en diversos países, generando una progresiva vinculación entre derechos en búsqueda del bienestar.

Así mismo, la disposición exige a los Estados Partes la adopción de medidas concretas para mejoras de la salud de los ciudadanos, entre las que están la mejora del medio ambiente, prevención de epidemias y respeto de derechos reproductivo de las mujeres.

1.3 Derecho a la Seguridad Social

Este derecho se encuentra en el artículo 9²⁵ del Pacto y hace referencia al deber de propender a la universalidad de la cobertura de este al referirse a la protección contra diferentes riesgos, sin establecer limitaciones para el sistema que se busque adoptar pero previendo distintas situaciones con base en la garantía de beneficios adecuados, accesibles a todos, y sin discriminación, por lo que cubriendo estos puntos se permite que los países puedan establecer ciertos requisitos para acceso a este beneficio como en base a la residencia por ejemplo como Francia y Mónaco y demás reservas en orden a la dificultad de la aplicación de este derecho siempre que estas sean proporcionadas y razonables.

1.4 Derecho a la Vivienda

²⁴ Artículo 12 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

²⁵ Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

El artículo 11²⁶ consagra este derecho, quedando patente que el Pacto no consagra un artículo a la vivienda en concreto, sino que habla de un derecho a un “nivel de vida adecuado” en el cual la vivienda pasa a ser uno de los factores definitorios de la calidad de ese estándar, los cuales, al igual que en el caso de la educación, siempre deben tender a la mejora por parte de los Estados. Se refiere a esto como “el derecho a vivir en algún lugar de seguridad, paz y dignidad”, incorporando elementos como privacidad, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una adecuada ubicación en relación con el trabajo y los servicios básicos - todo ello a un coste razonable”.

2. Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)

También conocido como “Protocolo de San Salvador” este es un instrumento adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988 en razón de que, si bien a esa altura ya habían sido reconocidos los derechos sociales en diversos instrumentos internacionales, era de especial relevancia la reafirmación, desarrollo y perfeccionamiento de los mismos en atención a lograr la inclusión de un régimen de protección de estos a la altura de demás garantías. Este fue suscrito por Chile en 2001 y ratificado finalmente en julio del presente año 2022.

Antes de recurrir a los artículos que consagran cada uno de los derechos es importante la mención del artículo 1, el cual establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas para la concreción de los derechos sociales, debiendo adaptar la normativa interna para entregar garantías concretas.

2.1 Derecho a la Educación

²⁶ Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Siguiendo el espíritu del Pacto adoptado veinte años antes, el artículo 13²⁷ sentencia el tratamiento de la educación como un derecho universal indiscutible, base sobre la que se da espacio al Estado para que determine la forma de hacer efectiva dicha premisa inicial, para luego reiterar la idea de orientación progresiva hacia el desarrollo de las personas bajo el alero de la dignidad, reafirmando el compromiso para con los derechos humanos, la diversidad y la democracia. A continuación, se reiteran las medidas concretas comprometidas por los Estados años atrás, a la vez que se agrega el deber de inclusión de programas de educación diferenciada en razones de dificultad física o psicológica, aportando a la evolución del contenido original del Pacto.

Finalmente, se mantiene la libertad de enseñanza como elemento de la pretendida universalidad de la educación, dando chances al diseño de políticas públicas encaminadas a dicho objetivo, solo que esta vez, el encuadre a sus programas obedece fundamentalmente a los diferentes principios contenidos, a la vez que se incorpora explícitamente la imposibilidad de dar pie a interpretaciones del Pacto que restrinjan la actividad económica de privados relacionada con la educación, ya que dichas iniciativas contradicen el espíritu del trabajo realizado.

2.2 Derecho a la Salud

²⁷ Artículo 13 Derecho a la Educación 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

Este derecho pasó a estar regulado por el artículo 10²⁸, en el cual se plasman innovaciones puntuales que posicionan un entendimiento contemporáneo de la materia en cuestión. En primer lugar, se pasó a conceptualizar a la salud misma como el máximo bienestar en que se pueda encontrar una persona, cubriendo las dimensiones física y psíquica, a la vez que agrega el factor social, incorporando la idea básica de la convivencia de las personas como sujetos políticos que viven en permanente contacto, convivencia que claramente tiene una influencia sobre el desarrollo de la persona. También se incorporó un compromiso explícito para con el reconocimiento de la salud como bien público, lo que significa asistencia sanitaria esencial que esté al alcance de todo individuo.

Se da especial énfasis precisamente a la atención primaria y la ampliación de beneficios generales de salud a los sujetos a la jurisdicción estatal, fijando la importancia del rol preventivo y protector que debe asumir el Estado frente a emergencias epidemiológicas, resultando fundamentales tanto la educación al respecto como la amplia cobertura del sistema mismo, al ser una responsabilidad del ente estatal para con la población que sin herramientas oportunas queda a la deriva, siendo clave el sentido social al ordenar explícitamente el deber de resguardo para con aquellos grupos más vulnerables de la sociedad.

2.3 Derecho a la Seguridad Social

En este caso particular el Protocolo marcó una extensión significativa de la seguridad social, pasando de un simple enunciado del artículo 9²⁹ que incluye de forma secundaria al seguro

²⁸ Artículo 10 Derecho a la Salud 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

²⁹ Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

social, a un artículo compuesto por dos incisos que cubren diferentes hipótesis en que resulta imperativa la previsión, al mismo tiempo que entrega puntos base para su regulación interna.

En primer lugar, se establece la seguridad social como un derecho a secas, pasando de un mero reconocimiento a una obligación de los Estados Partes a una serie de medidas que, si bien no determinan un sistema en específico a seguir, si direccionan fuertemente la eventual agenda para dar cumplimiento efectivo del derecho, manteniendo el sentido social que apunta a la mayor extensión posible del mismo con la ya mencionada dignidad como un objetivo a alcanzar mediante estas, destacando puntos como la cobertura por causa de maternidad previa y posterior al parto.

Es interesante mencionar que, este documento que busca precisamente la extensión de los derechos sociales, claramente no desconoce otros como pueden ser la propiedad, lo cual es evidente en el inciso primero en que, si bien se da pie a un rol activo del Estado en mayor o menor grado, se delimita claramente que las prestaciones son de propiedad, al pasar estas a manos de los dependientes del mismo ante cualquier eventualidad, dificultando a lo menos alguna de pretensión de monopolio estatal sobre las mismas como tenían algunos sectores durante el transcurso del proceso constituyente como vimos anteriormente.

2.4 Derecho a la Vivienda

Como vimos anteriormente en el Pacto, el Protocolo tampoco hace alusión directa a la vivienda como un derecho autónomo propiamente tal, sino que se desprende el derecho a un nivel de vida adecuado en razón de otros derechos, como por ejemplo del derecho de trabajo, que en su artículo 6 N°1³⁰, donde se habla de medios para llevar una vida digna y decorosa. Así como también en el artículo 11 N°1³¹ del derecho a un medio ambiente sano se establece que el individuo debe vivir en un medio ambiente sano. Su escasa regulación no permite un mayor estudio más allá de lo que artículos accesorios puedan brindar para un análisis taxativo.

³⁰ Artículo 6.1. “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

³¹ Artículo 11.1. “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”.

3. Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

Corresponden a una serie de documentos emitidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas elaborados a raíz de trabajos realizados entre los años 1988 y 2000, enmarcándose, al igual que el Protocolo ya trabajado, abogando por las garantías individuales y colectivas de los Estados parte con sus ciudadanos. Todo esto a raíz de lo establecido en la Observación General N°1³², la cual determina que las obligaciones contenidas tienen por objeto el prestar ayuda, y más que eso a verificar el respectivo cumplimiento de lo pactado.

Analizaremos estas observaciones, en el orden cronológico de dictación por parte del Comité antes señalado.

3.1 Observación General N°4: “El derecho a una vivienda adecuada” - 6° período de sesiones (1991)

Esta observación general tiene como objetivo la determinación de las principales cuestiones que el Comité considera relevantes en materia de vivienda, es por esto que en el artículo 11 del Pacto se reconoce el derecho a todo individuo a un nivel de vida adecuado, con todo lo que esto puede conllevar, como el alimento, vivienda y demás que contribuyan a hacer su condición de existencia lo más benéfica posible.

Por su parte, el punto 6 es tajante al declarar que el derecho a la vivienda adecuada se aplica a todos, debiendo estar el disfrute de la misma libre de todo tipo de discriminación a la vez que se debe dar una interpretación amplia al concepto de familia con el que se asocia este derecho, impidiendo así la limitación de este derecho para quienes no cumplan la estructura clásica de este pilar de la sociedad, al mismo tiempo que la vivienda no debe ser trabajada con una interpretación estricta o restrictiva que la limite a un simple techo bajo el cual pernoctar

³² Observación general N°1. Presentación de informes por los Estados Partes: “Las obligaciones en materia de presentación de informes contenidas en la parte IV del Pacto están destinadas principalmente a prestar ayuda a cada Estado Parte en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben con arreglo al Pacto y, además, a proporcionar una base para que el Consejo, con ayuda del Comité, pueda cumplir sus funciones de vigilar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones y facilitar el logro de los derechos económicos, sociales y culturales de conformidad con lo dispuesto en el Pacto”.

(punto fuerte de discusión en el proceso constituyente de este año, como vimos) sino que debe consistir fundamentalmente en el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, cuestión reconocida por la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en el punto 7³³. El punto 7 como tal, da cuenta de la importancia de la adecuación de la vivienda, dando contenido a la llamada “vivienda digna” o adecuada, que se diferencia de un simple espacio techado en base a una serie de factores que deben estar presentes bajo cualquier contexto para determinar la aptitud de la misma, los cuales no solo hacen referencia a características físicas del inmueble en cuestión, sino también a circunstancias relativas al entorno cotidiano en que se desenvuelven las personas, algunas de las cuales fueron incorporadas como derechos propiamente tales por diferentes países.

Entre los factores a considerar se encuentran:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia: El énfasis en este punto se encuentra en que más allá de la forma que ésta tome, a través de transacciones privadas, programas estatales o asentamientos irregulares, se debe tener un grado de seguridad que fundamentalmente proteja contra situaciones como el desahucio.
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura: Determina que todo beneficiario del derecho a la vivienda debe tener acceso permanente a recursos como agua potable, alumbrado, instalaciones sanitarias, entre otros.
- c) Gastos soportables: Se entiende que los gastos cotidianos de una vivienda son soportables cuando estos no comprometen la satisfacción de otras necesidades, por lo que se recomienda la intervención de los Estados con medidas que impidan una brecha muy grande entre los gastos y niveles de ingreso.
- d) Habitabilidad: Esta característica se identifica con el espacio físico adecuado para los ocupantes y la capacidad de la misma de proteger a estos de las diversas contingencias climatológicas, esto a raíz de haber tomado en consideración los Principios de Higiene de la Vivienda de la Organización Mundial de la Salud, la cual afirma que la calidad y condición de la vivienda es el factor que con más frecuencia es proclive a favorecer el desarrollo de enfermedades.

³³ Artículo 11, Punto 7. “el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

- e) Asequibilidad: Este punto refiere a que debiera haber un grado de consideración prioritaria para los grupos más desfavorecidos de la sociedad en materia de vivienda, entregando una serie de ejemplos como personas de edad, enfermos terminales, víctimas de desastres, etc.
- f) Lugar: La política de vivienda debe apuntar a que estas se ubiquen en un punto que permita el acceso a empleos, centros de salud, escuelas y demás.
- g) Adecuación cultural: Significará la manera en que se construye la vivienda, los materiales que se utilicen, y las políticas en que se basan deben permitir la expresión de identidad cultural y diversidad de vivienda.

Al igual que en los cuerpos anteriores se refuerza la idea de que, independiente del estado de desarrollo menos favorable de alguno de los Estados Partes este no puede ser una excusa permanente para el incumplimiento, habiendo medidas que deben tomarse de la forma más inmediata posible, sobre todo en razón de atender prioritariamente a los grupos vulnerables que se ven mayormente expuestos a potenciales consecuencias en el contexto de un país en vías de desarrollo, por lo que, si bien el Comité tiene conciencia del deterioro de las condiciones generales de vida sufridas en Latinoamérica durante la década de 1980 el mismo señala en la Observación general N°2 (1990) (E/1990/23, anexo III) que a pesar de los diferentes problemas, las obligaciones del Pacto continúan aplicándose y son inclusive más pertinentes durante tiempos de contracción económica como mencionamos anteriormente, al dejar expuestos precisamente a quienes se ven más afectados por estas circunstancias.

3.2 Observación General N°13: “El derecho a la educación” - 21º período de sesiones (1999)

El Comité da cuenta que, desde la aprobación del Pacto en 1966, el derecho internacional desarrolló continuamente los objetivos de la educación a través de cuerpos como la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien (Tailandia), 1990) (art. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 1 del artículo 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, párr. 33, y parte II, párr. 80), y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos, los cuales progresivamente fueron incluyendo nuevos elementos en base a una interpretación contemporánea del artículo 13 del Pacto.

Este documento comienza reconociendo la educación no solo como un derecho propiamente tal sino también como un medio indispensable para la materialización de otros

derechos tanto en la esfera personal como pública, reconociendo abiertamente los alcances e impactos que esta puede tener como emancipación de la mujer, protección de niños, protección del medio ambiente y demás, inclusive identificando la educación como una gran inversión financiera para los Estados. Posterior a esto, trabaja en primer lugar este derecho a la educación y luego se enfoca en la figura de la libertad enseñanza, complemento permanente del primero.

El punto 6 de este documento reitera la inexcusabilidad para con la obligación de dar cobertura a la educación, determinando cuatro características interrelacionadas que deben estar presentes en todas las formas y niveles de enseñanza:

- a) Disponibilidad: plantea que debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente para satisfacer la demanda a nivel nacional.
- b) Accesibilidad: las instituciones y programas deben ser universalmente accesibles, sin forma alguna de discriminación ya sea en base a condiciones geográficas o económicas.
- c) Aceptabilidad: hace referencia a que la forma y fondo de los programas educativos deben ser aceptables para los estudiantes, atendiendo a que el interés superior de estos es un punto central del sistema educativo, y cuando sea posible, a los padres.
- d) Adaptabilidad: la educación no puede ser estática, sino que debe tener capacidad para adaptarse a las necesidades de la sociedad en transformación marcadas por la variabilidad de situaciones y sujetos que confluyen en el contexto.

Posteriormente, el punto 28 se refiere a la libertad de enseñanza, la cual en opinión del Comité, está consagrada a través de dos elementos centrales, de forma tal que por una parte se permiten programas de estudios con temas en torno a religiones siempre que estos sean impartidos de forma imparcial, siempre y cuando estos sean paralelos a la enseñanza pública, salvo que haya exenciones no discriminatorias; y por otro se encuentra la libertad de los padres o tutores legales de escoger la escuela pública para sus pupilos.

3.3 Observación General N°14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” - 22° período de sesiones (2000)

Al igual que la educación, consta en el trabajo del Comité el desarrollo progresivo del concepto de salud en el derecho internacional hasta comienzos del siglo XXI, inclusive más que en el caso anterior, siendo un punto destacable a considerar la definición presente en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que concibe la salud como

"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades" (Organización Mundial de la Salud, 1946). Si bien esta no fue recogida expresamente por el Pacto ya analizado, el inciso segundo del artículo 12 toma el contenido de esta al señalar que el derecho a la salud contempla una serie de factores socioeconómicos esenciales para la materialización del derecho en cuestión y además factores básicos determinantes como son alimentación sana, condiciones de la vivienda y acceso al agua potable, entre otros, los cuales han tenido una recogida importante en los proyectos constitucionales desarrollados en los últimos 30 años, evidenciando de esta forma un entendimiento de este derecho como inclusivo y complementario que atiende a una integración con demás derechos en vez de limitarse a la oportunidad con que se brinde.

De esta forma el Comité determinó que: *"El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud."*³⁴. En este precepto queda patente la consideración contemporánea de la libertad como factor clave de la salud, en tanto la autonomía y control sobre el cuerpo y decisiones de cada persona abre la posibilidad de tomar medidas que apunten a su bienestar físico y mental.

Al igual que en los casos vistos anteriormente, conforme al apartado 12 del documento analizado, el derecho a la salud abarca la siguiente serie de elementos esenciales e interrelacionados, que son:

- a) Disponibilidad: plantea la necesidad de contar con un número suficiente de establecimientos y servicios públicos de salud, los cuales dependerán de la capacidad del Estado, más sin dejar de contar con elementos básicos como agua potable, sanidad mínima adecuada y condiciones para una buena labor de los trabajadores relacionados al área.
- b) Accesibilidad: los servicios de salud deben ser de accesibilidad a lo menos propensa a la universalidad quedando prohibida toda forma de discriminación.

³⁴ Observación General N°14. Artículo 12. Párrafo 8.

- c) Aceptabilidad: se considera que el servicio es aceptable cuando este respeta la ética médica y pertenencia cultural de pueblos, comunidades y minorías, las cuales son mencionadas expresamente en el aparato en cuestión.
- d) Calidad: esto hace referencia a la capacitación adecuada con la que debe contar el personal de los recintos, que a su vez debe contar con equipo hospitalario científicamente aprobado, además de contar con los factores básicos ya mencionados.

Siguiendo esta observación, el punto 13 reafirma que el listado de medidas entregadas por el artículo 12 corresponde a ejemplos genéricos para que adopten los Estados Partes, las cuales precisamente responden a la definición amplia ya revisada. A continuación, como complemento de las mismas, entre los apartados 18 y 29 se trabaja una serie de “temas especiales de alcance general” entre los que se encuentran la perspectiva de género, los niños y adolescentes, personas con discapacidades, entre otros, cuya importancia como objetivos se reafirma a la vez que se precisan puntos clave de los mismos para la satisfacción, como por ejemplo el deber de supervisión de cumplimiento de los elementos esenciales no solo en la salud pública sino también de los establecimientos privados, lo que, como hemos visto, claramente no se condice con un ordenamiento que limita excesivamente el rol del Estado.

Este último punto es trabajado por el documento en los siguientes apartados, en que nuevamente se hace mención que, si bien se reconoce la importancia de la progresividad como reconocimiento de los obstáculos de los países en vías de desarrollo, también hay obligaciones inmediatas como el ejercicio de este derecho sin discriminación y la adopción de medidas, en tanto *“la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”*³⁵ la cual se materializa fundamentalmente a través de obligaciones legales específicas que son la obligación de respetar el Derecho a la Salud, la obligación de proteger el acceso a atención de salud, la obligación de cumplir tanto facilitando la ayuda a particulares y comunidades para disfrutar del derecho a la salud, como la obligación de cumplir promoviendo, manteniendo y restableciendo el derecho a la salud en la población.

³⁵ Observación General N°3 Párrafo 9 y Observación General N°13 Párrafo 44.

3.4 Observación General N°19: “El derecho a la seguridad social” - 39° período de sesiones (2007)

En este documento el Comité dispone que la seguridad social es fundamental para garantizar la dignidad de las personas cuando se encuentran ante circunstancias que les privan para ejercer de forma plena sus demás derechos fundamentales reconocidos como el derecho al trabajo especialmente, al mismo tiempo que es crucial para la eventual erradicación de la pobreza por su carácter redistributivo.

De conformidad al apartado 4 se establece que la formulación del artículo 9 deja patente que las medidas a utilizar por el Estado Parte para garantizar este derecho no pueden restrictivas, en el sentido de que estas no deben atar un sistema o plan particular sin dejar la puerta abierta a una libertad de elección de las personas que -al menos en teoría- permitiría una mayor eficiencia de la cobertura, quedando en manos del poder legislativo la fórmula que se considere más efectiva, pudiendo optar entre planes contributivos como el comúnmente llamado “fondo común” o planes no distributivos como los privados, opciones que, si bien pueden coexistir, deben respetar los elementos esenciales de este derecho como estipula el apartado 5.

Es de especial relevancia el establecimiento de la seguridad social en el apartado 10 *“como un bien social y no principalmente como una mercancía o un mero instrumento de política económica o financiera”*³⁶ haciendo énfasis en que la variedad de opciones de sistema a implementar no puede bajo ninguna circunstancia abandonar el costado social del derecho para regularlo como un servicio cualquiera. Entre el ya mencionado punto 10 y el N°28 se encuentran los diferentes elementos esenciales requeridos en toda circunstancia, siendo estos:

1. Disponibilidad
2. Riesgos e imprevistos sociales
3. Nivel suficiente
4. Accesibilidad
5. Relación con otros derechos

A partir del punto 66 y hasta el 81 del numeral V denominado “Cumplimiento en el plano nacional” se trabaja las alternativas y guías para dar cumplimiento de este derecho en el plano

³⁶ Observación General N°19. Párrafo 10.

nacional, con especial énfasis en el deber de generar legislación y adoptar estrategias y políticas, examinando en mayor medida estas dos últimas con el fin de asegurarse de que sean compatibles con las obligaciones establecidas al Derecho de Seguridad Social, debiendo derogarse aquellas normas incompatibles con los requisitos de este Pacto.

En cuanto a la descentralización y el derecho a la Seguridad Social, será responsabilidad del Estado que esta se delegue siendo el Estado obligado a cumplir el Pacto, por lo que deberán asegurar que los organismos no nieguen el acceso a servicios y/o prestaciones por discriminación, ya sea esta directa o indirecta.

Por su parte, la vigilancia, indicadores y criterios de referencia establecen que los Estados que son parte de este Pacto están obligados a la vigilancia de que ejercicio del Derecho a la Seguridad Social sea eficaz, y más que esto, a establecer los mecanismos que se necesiten para este fin.

Finalmente, los recursos y rendición de cuenta del Estado en cuestión, a todas aquellas personas que sean víctimas de vulneración de su Derecho les corresponderá el acceso a recursos judiciales, teniendo una reparación que constituya en indemnización, satisfacción o garantía de que dicha vulneración no volverá a repetirse. La asistencia judicial deberá desplegarse de forma tal que la reparación sea lo más exhaustiva posible.

CONCLUSIÓN

A la luz de la sistematización expuesta en la redacción de los diferentes artículos y sus contenidos podemos dar cuenta que, teniendo como estándares a cumplir las disposiciones de los cuerpos normativos internacionales expuestos, la regulación de los derechos sociales presente en el Proyecto Constitucional de 2022 da un cumplimiento y protección más certeros y acabados de los mismos.

Esta idoneidad del proyecto por sobre el texto vigente se manifiesta en el en el nivel de especificidad con que estas materias fueron desarrolladas como derechos propiamente tales, contando con muchos de aquellos elementos que se han pretendido gradualmente transversales a través de las décadas en el derecho internacional, como la progresiva gratuidad y amplia cobertura de grupos específicos a diferentes niveles, contando con extensos artículos que hacen referencia no solo a principios sino también a medidas concretas a tomar por parte del Estado para dar cumplimiento a los derechos en cuestión, cuestión posible gracias a la reducción de restricciones a su accionar patente en comparación al texto vigente.

A la par de esta rigurosidad conceptual también destaca comparativamente la ampliación considerable del catálogo de derechos fundamentales reconocidos, entre los cuales no hay distinciones en base a las materias que estos toquen, entregando un plano estableciendo un plano de igualdad y una suerte de actualización de nuestro derecho constitucional al incorporar una serie de derechos propios del siglo XXI que se encuentran interconectados con aquellos principalmente trabajados en esta investigación, dejando las puertas abiertas a discusiones que permitan la materialización progresiva de los mismos al contar igualmente con una estructura orgánica y legislativa que podría haber abierto puertas a una regulación interna tendiente a una mayor efectividad para la satisfacción de los derechos sociales, permitiendo un avance sostenido de la tan mencionada progresividad en la materialización de estos, amparados por un Estado diseñado con las facultades requeridas en virtud de los deberes fundamentales que implica el modelo elegido mas no restringiendo su forma de implementación, permitiendo enriquecer el debate en torno a esta que podría haber optado por reemplazar y/o mantener elementos del texto vigente según el caso.

De esta forma el Proyecto Constitucional de 2022 presenta una regulación más acabada en materia de derechos sociales que se puede considerar óptima para cumplir las obligaciones y medidas que el Pacto determina a nuestro país como Estado Parte, despejando el camino para el debate referente a cómo dar con ese cumplimiento progresivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia N°790, S., s.f. *considerando 33*. [En línea].
- Abuauad, Salvador Mohor (2014): "El Recurso de Protección y los Derechos Sociales: Una deuda pendiente", en *Revista de Derecho Público*. s.l.:s.n., 2.
- Alexy, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 391.
- Bassa, Jaime (2015): "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, 42(1), 231.
- Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos & Viera, Christian (2019): *La Constitución que queremos*, LOM Ediciones, Santiago.
- Bassa, Jaime & Viera, Christian (2012): "Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Vol. XXXVIII*. Valparaíso: s.n., 661-683.
- Bertelsen Repetto, Raúl (1987): "El Estado Empresario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 14.
- Bulnes, Luz (2021): "El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980", en *Revista Actualidad Jurídica*, N°4.
- Cea Egaña, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Chilton, Adam & Versteeg, Mila (2017): "Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending", en *The Journal of Law and Economics*. s.l.:s.n., 713-748.
- Cifuentes Ovalle, Javier & Pérez Lillo, Claudio (2021): *Diálogos constitucionales: contenidos para un nuevo pacto social en Chile*, Centro de Estudios del Desarrollo (CED), Santiago.
- Clerc, Raúl (1991). *Historias de la derecha; Gremialistas y neoliberalismo*. Santiago de Chile: s.n.
- Coddou, Alberto & Montt, Guillermo (2020): *El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución*, OIT Cono Sur - Informes Técnicos, Santiago.
- Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1976): *Tomo III. Sesiones 83 (parte 2) a 115 (31-10-1974 a 22-04-1975)*. En: Santiago de Chile: s.n.
- Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1977): *Tomo VI Sesiones 182 a 214 (14-01-1976 a 25-05-1976)*. Santiago de Chile: s.n.
- Corvalán, Alejandro & Soto, Francisco (2021): *Tendencias Constitucionales: Experiencias comparadas y lecciones para Chile*, LOM Ediciones, Santiago.
- Couso, Jaime (2019): *El Mercurio*, 11 de Noviembre.

Fernandois, Arturo (2006): "Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 595-603.

FIMA ONG (2021): *La consagración jurídica de un modelo de desarrollo en la constitución de 1980 y sus consecuencias ambientales: Reflexiones para la transición ecológica*, Santiago de Chile: s.n.

Fontaine, Arturo (1991). *El miedo y otros escritos: el pensamiento de Jaime Guzmán*. Issue 42.

Fuentes Vera, Cristián (2014): "La política exterior de la transición chilena desde sus fuentes internas", en *Si Somos Americanos*, XIV(Año 14, N°2), pp. 133-157.

Fundación Jaime Guzmán (2021): *Informe en Políticas Públicas Enero 2021. El Legado de la Constitución de 1980 en materia educacional: Una educación de derechos*, Santiago de Chile: s.n.

García Bouzas, Raquel (2011): *La República Solidaria*. Montevideo: s.n.

García Pino, Gonzalo & Contreras Vasquez, Pablo (2014): "Diccionario Constitucional Chileno", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional - N°55*. s.l.:s.n.

García Toma, Victor (2018): "La Dignidad Humana y los Derechos Fundamentales", en *Revista Derecho & Sociedad*, N° 51, 13-31.

García, Ana María (2020): *Derechos fundamentales y nueva constitución*, 18 de Mayo.

Giubboni, Stefano (2003): *I diritti sociali fondamentali nell' ordinamento comunitario*. s.l.:s.n.

Holmes, Stephen & Sunstein, Cass (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 257-262.

Jimenez, Cecilia & Ortiz, Mauricio (2022): *El Orden Público Económico en el proyecto de la nueva constitución (Conversatorio de Webinar)* [Entrevista] (28 Junio 2022).

Karol, Jorge Leonardo (2005): "¿Lógica mercantil en el servicio universal?: Hacia un análisis socioespacial de la gestión privada de los servicios públicos urbanos", en *Vol II N°8*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 35-48.

Laise, Luciano (2017): "Las Funciones del Concepto de Dignidad en la Interpretación Jurídica", en *Fides Et Ratio*. s.l.:Universidad de Buenos Aires, 115-126.

Marino, Felipe (2020): *La Refundación Constitucional como una herramienta más del proceso revolucionario en curso*. Valparaíso: s.n.

McCrudden, Christopher (2014): *Entendiendo la Dignidad Humana*. Inglaterra: s.n.

Medina, Francisco (2022): *Salud en la nueva constitución: ¿Queda el sector privado en entredicho en la propuesta de Constitución en el área de salud?* [Entrevista] (5 Agosto 2022).

Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2004): *Chile, un siglo de políticas en Vivienda y Barrio. Departamento de Estudios, División Técnica de Estudios y Fomento Habitacional*, Santiago de Chile: s.n.

Mohor Abuauad, Salvador (2014): El recurso de protección y derechos sociales, una deuda pendiente. En: *Revista de Derecho Público*. Santiago de Chile: s.n., p. 163.

Tribunal Constitucional (2012), Sentencia N°2343/2012, s.f. s.l.: s.n.

Nash Rojas, Claudio (2011): "Estado Social y Democrático de Derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca", en *Derecho y Humanidades*, N°18, Santiago de Chile: s.n., 73-84.

Obando Camino, Iván (2012): "El Derecho a la Seguridad Social en el Constitucionalismo Chileno: Un continente en busca de su contenido", en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Talca, 289-338.

Organización Mundial de la Salud (1946): *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Nueva York: s.n.

Peña Torres, Marisol (2011): "Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la Democracia", en *Colección Conmemoración 40 Años del Tribunal Constitucional 1971-2011. Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile: s.n.

Rodríguez-Araña, Jaime (2020): *Sobre el Concepto de los Derechos Sociales Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México.

Rosas, Baltazar (2014): *El Derecho a la Protección de la Salud*, Novum, Ciudad de México.

Salgado Muñoz, Constanza (2021): "El derecho a la educación en una nueva constitución", en *La Constitución que queremos*, LOM Ediciones, Santiago de Chile.

Subsecretaría de Previsión Social (2022): *Subsecretaría de Previsión Social*. Disponible en: [Sistema de Pensiones. \(s. f.\). Subsecretaría de Previsión Sochttps://www.previsionsocial.gob.cl/sps/seguridad-social/sistema-de-pensiones/](https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/seguridad-social/sistema-de-pensiones/)

Thayer Morel, Luis (2022): La inexpropiabilidad de los fondos es el absurdo con el que se busca "matar tres pájaros de un tiro". *El Mostrador*, 2 de Mayo.

Tribunal Constitucional (2008), Sentencia N. C. 3. y. 3., N°943/2008. s.l.: s.n.

Tsebelis, George (2006). Jugadores con veto: como funcionan las instituciones políticas. En: *Las justificaciones de la regla de quórum*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Unger, Mark (2009): "Sesenta Años de la Ley Fundamental Alemana - De un provisorio con una larga vida", en *Estudios Constitucionales*, N°2. s.l.:s.n., 301-316.

Varela del Solar, Jorge Luis (1989): "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, 16(2).

Vega, Maximiliano (2020): Derecho a la vivienda en la Constitución: Como la pandemia reflató esa discusión. *La Tercera*, 8 Mayo.

Verdugo, Sergio (2012): "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX (2º Semestre de 2012)*, N° 39, 393-434.

Vergara Blanco, Alejandro (1992): *La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos. Informe Constitucional 322*, Santiago de Chile: s.n.

Viera Álvarez, Christian (2014): "Estado Social como fórmula en la constitución chilena", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21(2).

Villar Borda, Luis (2007): "Estado de Derecho y Estado Social de Derecho", en *Revista Derecho del Estado*, N° 20.

Westermayer Fuentes, Alejandra (2021): "Una Constitución mínima es, en realidad, una Constitución propiamente tal", en *Diario Constitucional*, 8 de Febrero.

Zuñiga Urbina, Francisco (2014): "Algunas notas acerca de la Nueva Constitución de los derechos y un nuevo arreglo institucional", en *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Thomson Reuters, Santiago.