



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS



Proyecto de tesina de la carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso

DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCION ECONOMICA: ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

PABLO ACUÑA MARÍN
NICOLÁS GARCÍA HENRÍQUEZ
PROFESOR GUÍA: CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ

Octubre, 2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1) Concepto de Constitución económica	9
2) Estado social de derecho.....	13
3) Derechos sociales y Constitución económica.....	16
4) Derechos sociales en un Estado social y neoliberal	21
5) Educación y salud en la Propuesta de Nueva Constitución.....	25
5.1) <u>Educación</u>	27
5.1.1) Universalidad.....	30
5.1.2) Lucro	33
5.1.3) Financiamiento.....	34
5.1.4) Otros aspectos relevantes	36
5.2) <u>Salud</u>	39
5.2.1) Reconocimiento del derecho a la salud	41
5.2.2) Obligaciones estatales y presupuesto en salud	42
5.2.3) Financiamiento.....	43
5.2.4) Prestadores	44

5.2.5) Salud mental	45
6) La responsabilidad fiscal como principio y como límite.....	47
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56
Doctrina	56
Documentos	62
Jurisprudencia.....	62

AGRADECIMIENTOS

Pablo: En este trabajo quiero darle agradecimientos y dedicatoria especial a mi padre Eduardo y a mi hermano Leonardo, por el cariño que siempre me han dado, ambos mis dos grandes referentes en la vida. De igual forma a mi hermana Valentina por el afecto y risas diarias.

También agradecer a mi compañera de vida Fernanda por su cariño y amor incondicional.

A mi Madre Alejandra y mi Nonna Rosa para que desde el cielo se sientan orgullosas de este trabajo.

De igual manera agradecer a mi gran amigo Nicolás por adentrarme en el mundo del derecho público, y valorar su esfuerzo y dedicación en esta tesina. Como también a nuestro profesor Christian Viera por su disposición como guía y labor docente.

Nicolás: Primeramente, agradecer el apoyo incondicional de mi familia; mis padres, Roberto y Claudia; mis hermanos, Fabiola y Renato; y mis abuelos, Lucho, Raquel y Lucia. Todos ellos, a pesar de que no fui el alumno ejemplar antes de estudiar derecho, confiaron, se esforzaron y entregaron el amor posible para que el largo camino del universitario fuese más ameno y posible. Los amo.

También agradecer profundamente a mis amigos que confiaron en mí, especialmente a la bandita de los panitas; Felipe, Diego, Luckas y Milo. Ellos son quienes me apoyaron indirectamente en los momentos de estrés durante los años de la carrera, porque nunca faltaron los buenos momentos y las horas de risas.

Igualmente, a don Pablo coautor de esta tesina, con quien pusimos gran esfuerzo e interés en realizar este proyecto sobre el cual estamos conformes. Orgullosos de los frutos de nuestro sufrimiento académico de largos años llamado estudiar derecho.

Agradezco de igual forma a don Christian Viera, profesor guía de la tesis, por haber despertado mi interés personal en el área del derecho constitucional durante sus cátedras y, además, de encontrar mi vocación, o espero así lo sea, relacionadas al área de investigación y docencia.

Por último, y no menos importante, le dedico este proyecto a mi perrito que no tiene idea de que es esto, pero su compañía siempre me ha dado paz y alegría... Como lo amo a mi chanchito.

«No es signo de buena salud el estar bien adaptado a una sociedad profundamente enferma».

-Jiddu Krishnamuru

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo lleva por título Derechos sociales y Constitución económica: Análisis crítico a la luz de la Propuesta de Nueva Constitución, asociado al Proyecto Fondecyt N°11190492: “La Constitución económica chilena y algunos desafíos políticos y sociales”.

Entre las principales motivaciones que nos llevaron a investigar lo presentado en este trabajo, en primer lugar, hay una motivación personal de los participantes de la tesis de investigar en mayor profundidad materias relacionadas a la Constitución económica, los modelos de Estado, específicamente el modelo liberal y el modelo del Estado social de derecho, además de los derechos sociales y el impacto económico que genera tanto su reconocimiento y aplicación.

A nivel estudiantil podemos ver de primera fuente como es que la aplicación de derechos prestacionales tal como el derecho a la educación y el derecho a la salud es más bien simbólica a nivel chileno, pues se toman ambos derechos como si fuesen bienes de mercado y de acuerdo con cada una de nuestras capacidades materiales es como se verá desarrollado aquel y este derecho. Dependiendo de si nuestra previsión de salud es privada o estatal podremos tener una preconcepción de cómo será reconocido el derecho a la salud, pues bien es sabido que en nuestro país la salud privada tiene una brecha gigantesca de calidad superior en comparación a la salud que es entregada por el Estado.

Lo mismo podemos decir de la educación y todos sus niveles, en cuanto somos beneficiarios de becas que a veces nuestro mismo entorno considera que son una especie de regalo de buena voluntad entregado por nuestros representantes políticos, o también somos estudiantes que debieron optar a crédito para poder financiar su educación superior. Lo mismo consideramos con respecto a lo segregador que es el modelo de ingreso a la educación superior tomando en cuenta no sólo el ámbito socioeconómico de cada ciudadano, sino que también en base a las pruebas de ingreso, basadas en la mercantilización y aplicación de la competencia. Es decir, se aplican principios sumamente economizados en cuestiones valóricas y propias de la dignidad humana como lo son los derechos fundamentales.

En segundo lugar, hay una motivación de tipo jurídica, en tanto investigamos la aplicación material de dichos derechos fundamentales en la actualidad, además de profundizar en materia doctrinaria y jurisprudencial vinculada a lo que son los conceptos de Constitución económica y Estado social de

derecho. Dicha motivación nos permite entender con mayor claridad y cercanía dichas nociones, junto con llegar a conclusiones seguidas por distintos autores, respaldadas por ellos, permitiendo ampliar nuestro conocimiento teórico-jurídico, en caso de que en algún futuro quisiéramos seguir el área de estudio e investigación del derecho.

En tercer lugar, existe una motivación eminentemente política, aunque no deja de ser de carácter existencial, en tanto buscamos comprender la decisión tomada por nuestro país en el Plebiscito de salida del año 2022 del Proceso Constituyente en el cual nos vimos envueltos como sociedad durante un periodo de dos años y que, lamentablemente, término con un Proyecto que fue rechazado por la comunidad política. Queremos comprender si hubo una lectura errada de las disposiciones normativa, sobre todo las estudiadas en este trabajo, o si bien hubo otros motivos que llevaron a tal decisión.

Como bien sabemos, el 18 de octubre del año 2019 comienza lo que se ha dominado “estallido social”, el cual culmina en marzo del año 2020 debido a la Pandemia global que azota a nuestro país. Durante el intermedio de esto, específicamente el 15 de noviembre del 2019, las coaliciones políticas logran llegar a un acuerdo para dar una salida institucional a las protestas sociales y, con esto, calmar el malestar social que viene creciendo en Chile desde hace años, debido al sistema constitucional, económico y político que nos llevó a tener una de las tasas más altas de desigualdad a nivel de los países que conforman la OCDE, según señala el propio índice de Gini.

Todo un cúmulo de cuestiones relacionadas a la desigualdad y las diferencias en la aplicación de cuestiones tan fundamentales como lo son la educación, salud, sistemas previsionales, transporte, entre otras, en base al capital económico de cada ciudadano, llevaron a nuestro país a generar una nueva instancia política nunca antes realizada en nuestro país: el primer Proceso Constitucional realizado por una Convención Constitucional elegida democráticamente, bajo parámetros de paridad y con escaños reservados para los pueblos indígenas.

Sobre este punto, luego de dos años aproximadamente, se logra alcanzar un acuerdo y dar con el texto constitucional final que sería la Propuesta de Nueva Constitución que entrega el ente constituyente, para que luego sea votado por la ciudadanía para ver si es aprobado o rechazado. Como dijimos, este fue rechazado, pero sin importar tal decisión, investigamos de igual forma la Propuesta Constituyente, especialmente las disposiciones que se relacionan con lo que se denomina Constitución económica, Estado social y derechos fundamentales que, para solucionar las problemáticas suscitadas, tienen un mayor reconocimiento y resguardo institucional.

Para ello, nuestra hipótesis se basa en que la Propuesta de Nueva Constitución, en lo que es la parte económica de la misma, reconoce no sólo la existencia de un Estado social de derecho como solución, sino que también entabla dicho reconocimiento a través de ciertos principios y resguardo directo a los derechos sociales, dejando de ser meras disposiciones programáticas y de buena fe, para convertirse en derechos fundamentales que deben ser garantizados por el Estado al igual que los derechos más básicos: en simples palabras, consideramos que hay novedades en el Proyecto Constitucional en materia de derechos sociales.

En consecuencia, nuestra tesis demuestra ello por medio del avance de la lectura, empezando por una breve conceptualización de las nociones de Constitución económica y Estado social de derecho, para luego ver la relación entre derechos sociales y Constitución económica, los derechos sociales y el modelo de Estado. En el cuarto acápite revisamos de lleno como es que todo lo investigado en los apartados anteriores fue llevado de manera concreta por la Convención Constitucional chilena para, por último, finalizar con la importancia del principio de responsabilidad fiscal en relación con la aplicación de los derechos prestacionales.

De esta forma es que compaginamos nuestra hipótesis con nuestras motivaciones, a través de los distintos objetivos que se van generando a lo largo del trabajo de investigación de la tesina, a través de la lectura crítica tanto de las normas constitucionales propuestas como también de las actualmente vigente, sumado a ello la investigación doctrinaria y jurisprudencial sobre lo relacionado al tema, sea a nivel nacional o sea a nivel internacional. De esta forma nuestro principal objetivo es fundar de buena manera nuestra hipótesis y, además de ello, contribuir en un mayor entendimiento para las futuras decisiones políticas de nuestro país en tanto ellas debiesen ser mayormente informadas, siendo textos de investigación como este los cuales ayudarían a que el debate político sea más nutrido.

1) Concepto de Constitución económica

Antes de entrar de lleno al fuerte del concepto de Constitución económica, es necesario entregar al lector un breve contexto de lo que dicho concepto representa. En el desarrollo de la sociedad chilena, y al igual que en el resto del mundo Occidental, el ámbito económico resulta ser de suma relevancia, por lo tanto, debe ser tratado con la relevancia que merece, lo que nos permite concluir que la economía debe ser regulada no sólo a nivel legal, sino que se le debe otorgar una regulación a nivel constitucional y como aquel elemento determinante en el desarrollo de la sociedad en tanto comunidad, sin perjuicio de la influencia que tiene en el desarrollo a nivel individual de las personas que conformamos la sociedad (García Echevarría, 1978, p.9).

Sobre ello, las concepciones primitivas del Estado Moderno y de la política en torno a la economía postulaban que el ente estatal debía mantenerse alejado de las relaciones y del funcionamiento económico, puesto que, reaccionando al modelo absolutista donde el monarca era quien controlaba despóticamente el poder, la libertad se consignó como una de las bases de los modelos estatales que se iban formulando (Lucas Verdú, 2001, pp.56-59), de esta forma el Estado solamente tendría el carácter policial y serían los privados quienes lleven a cabo sus relaciones económicas, sin regulación. Tal es el caso que distintas escuelas económicas del siglo XIX consideraban que esta era la forma de llevar a cabo las sociedades, encontrando postulados famosos como el realizado por Adam Smith y la analogía de la mano invisible, que, si bien entendemos su importancia en la teoría económica, ha sido superada la idea de que el mercado se maneja por sí sólo y sin regulación estatal (Tejedor de la Iglesia, 2015, pp.49-51; Viera, 2009, p.89).

Empero, a este respecto, tomando los enunciados de Joaquín Almunia, el mercado no resuelve todo de propia fuente ni mucho menos debe tener una capacidad de autorregulación ilimitada, puesto que tiene problemas y carencias importantes en su desarrollo, tal como pasa, por ejemplo, con la incapacidad de otorgar educación, salud y protección universal bajo su propio funcionamiento independiente, por ende, es necesaria la intervención estatal en el ámbito económico del desarrollo social (2012, pp.45-47).

Bajo estas ideas, es relevante que la Constitución sea determinante en el rol que debe tomar el Estado frente a la economía, sea en materia de regulación o sea como un agente económico más encargado de proporcionar universalmente cuestiones básicas, siendo esto una discusión ampliamente zanjada en el primer mundo.

Siguiendo con la relevancia que tiene la institución de Constitución económica en la conformación de un Estado, es importante que se identifique qué es la Constitución económica, sin embargo, hacerlo de una manera concreta no es un tema sencillo, ya que diversos son los autores que han incurrido en ello, además de la multiplicidad de disciplinas que lo han hecho. Sobre ello, rescatamos lo que dice García Echevarría, partiendo por la base de que es un concepto que “se ha desarrollado por las ciencias sociales”, entendiendo entre ellas la Filosofía, las Ciencias Jurídicas y las Económicas, “presentando muy diversas acepciones y contenidos. Su complejidad radica en el hecho de que se incluyen muy diversos componentes como normas, procesos, interdependencia, situaciones económicas y aspectos jurídicos” (1978, p.16), o sea, plasma de manera concreta el problema que radica con el concepto como tal, dejando entrever de la misma manera la relevancia de aquel.

Y es que, aun aproximándonos a dicho concepto, no está exento de críticas o dificultades. Sobre lo mismo, observamos que las críticas al concepto de Constitución económica se centran en la separación teórica que hace entre Estado y sociedad, debido a que no se debe olvidar que la realidad económica va cambiando con el transcurso histórico de cada pueblo, por lo tanto, hay cierta seguridad y estabilidad que otorga dicha institución dentro de la Carta Fundamental, sin perjuicio de que las graduaciones que se van constituyendo van evolucionando en vistas a la coyuntura, es decir, es la materialización de la opción determinada de un sistema económico (Viera, Bassa y Ferrada, 2016, pp.331-332). Con esto queremos decir que el concepto no es unívoco ni tampoco tiene un contenido claro que lo agote, dándose un cierto grado de dificultad para alcanzar una sola definición o, inclusive, darle un significado más o menos consensuado por la doctrina.

A lo largo de la historia de la economía y su relación con la política gubernamental, ella ha sufrido distintas variaciones en cuanto a la concepción hegemónica por parte de las ciencias, sea la filosofía primeramente, sea la economía o sea la teoría jurídica, pasando desde una concepción primitiva del constitucionalismo liberal de la Revolución Francesa, momento histórico en el que se satisfacía una Constitución que protegiera la propiedad privada y la libertad económica, sin gran incidencia de las decisiones políticas en los aspectos socioeconómicos de cada nación. Sin embargo, debido a diversas causas históricas, el punto de inflexión es marcado por el cese de la Segunda Guerra Mundial, situación en la que la rama de la ciencia económica, principalmente la Escuela de Friburgo, optan por superar el lema del *laissez faire* y coinciden en que se debe generar cierta incidencia por parte de las decisiones políticas frente al funcionamiento de la economía, ahora bien, dependiendo del modelo económico, optando por un Estado que privilegie la libre competencia, resguardando sus mecanismos y

sancionando aquellas decisiones abusivas y monopólicas, o bien por uno que opte por la vía de la economía social de mercado (Fermendois, 2011, pp.34-36).

En base a ello, son distintos los autores que se han esforzado en dar con un concepto de Constitución económica que aborde armónica y completamente tanto sus variantes como su contenido. Sobre el asunto, resaltamos la intención relevante de José Guerrero Becar quien, antes de entrar de lleno al asunto del concepto de Constitución económica, considera que en la actualidad es necesario diferenciar tal concepto de otro relevante en el estudio del derecho, que vendría a ser la noción de orden público económico (2016, pp.191-192). Dentro de los distintos matices, el primero a resaltar es que, a pesar de que la doctrina erróneamente utilice los conceptos indistintamente¹, se genera una suerte de relación género y especie entre ambos términos, tal que Constitución Económica vendría a ser una noción más específica de lo amplio que es el orden público económico (ibíd., pp.192-193). Esto es así, principalmente, debido a que el orden público económico tiene como objeto de estudio tanto a los principios y valores económicos como a las normas positivas de carácter económico de un ordenamiento, las que a su vez, pueden ir desde normas constitucionales, pasando por legales o, también, actos administrativos, en sentido amplio (Cea Egaña, 1988, pp.158-159). Por su parte, la Constitución Económica solamente se centraría en aquellas normas económico-constitucionales, y solamente en ellas (Guerrero Becar, 2016, p.194).

En segundo lugar, destaca Guerrero Becar, siguiendo ahora la distinción que se hace en el derecho comparado, específicamente por García-Pelayo (1991, p.2857), hay una diferencia que radica entre la Constitución económica material y la formal. La Constitución económica propiamente tal o formal sería aquel objeto de estudio de esta tesis, siendo aquel “conjunto de normas de rango constitucional que regulan los actores y los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica de un país, según las ideas fuerza del orden económico consensuado institucionalmente” (Guerrero Becar, 2016, p.195). Ante ello, lo que es la parte material de la Constitución Económica vendría a ser lo último de tal definición, es decir, los principios y valores fundamentales del orden que se concretan en la Constitución, por ende, no es todo el orden público económico (ibíd., pp.195-196).

En consecuencia, tomando lo anteriormente dicho, tanto por la complejidad del concepto de Constitución económica como por las confusiones que se generan a su alrededor, veremos algunas

¹ Doctrina nacional como: Cea Egaña, José Luis (1988); Montt, Luis (1978); Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2016); entre otros son los autores nacionales que durante el estudio de las normas constitucionales económicas utilizan la noción de “orden público económico” al referirse a lo que es la “Constitución económica”.

definiciones que consideramos interesantes para ordenar un poco las ideas, sin perjuicio de que la noción entregada por Guerrero Becar nos parece formidable.

Dentro de las innumerables definiciones presentes en la doctrina nacional e internacional, creemos apropiadas algunas de ellas, entre las que se encuentra, en primer lugar, la del profesor Bidart, quien sostiene que la “Constitución económica vendría a ser el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son (...) aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras” (2002, p.4). Similar es la noción que entrega García-Pelayo, quien dice que, aunque “no hay unanimidad en cuanto al contenido concreto del concepto [de Constitución Económica] podemos considerar como tal las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica” (1991, p.2856). Sin perjuicio de la importancia del autor en la doctrina, consideramos que confunde la amplia noción de orden público económico con la de Constitución económica material.

Por su parte, García Echevarría, también proveniente de la doctrina española, estipula en su texto que, la Constitución económica, se conforma de dos áreas principales (1978, p.16). Por un lado, se tiene lo que él denomina Constitución económica propiamente dicha, demarcada como la determinación y definición de las decisiones políticas que forman parte del desarrollo económico social de la vida en sociedad, reconocido por la Carta Fundamental. Por otro lado, se tiene a lo que el autor señala como administración de la economía, siendo aquel reconocimiento a las instituciones y normas que regularán las consecuencias de las decisiones fundamentales que se hayan tomado en la primera área (ídem).

A pesar de lo que hemos indicado previamente, no deja de parecernos interesante la noción de Humberto Nogueira, pero ahora hablando de ella como Constitución social y su relación con el orden público económico. En la definición que entrega este autor, según lo que hemos indicado anteriormente en base a la distinción que hace Guerrero Becar, si bien habla sobre el orden público económico, pareciera ser que de igual forma se refiere la Constitución económica, señalando que se trataría del “conjunto de principios jurídicos y de derechos de carácter económico social asegurados por la Carta Fundamental; las normas constitucionales (...) que organizan y determinan las relaciones económicas en sus aspectos fundamentales; (...) imperativos para los particulares, orientados hacia un ordenamiento racional de las iniciativas y actividades en materias económicas dentro del marco constitucional, establecidos por la autoridad y tendientes al bien común” (Nogueira, 2010, p.17).

En síntesis, la Constitución económica, que ha sido constantemente confundida con la noción de orden público económico, vendría a ser aquellas disposiciones constitucionales que consagran los principios y reglas sobre los que se asienta el orden económico de un Estado-nación, observando en tal el mecanismo económico que solucionará los conflictos, valga la redundancia, económicos, es decir, dentro de la consagración de los principios y reglas que configuran el orden económico fundamental, la opción ideológica que se desarrolle en ella, ya sea libre mercado o sea una economía centralizada, es la reconocida por la Constitución económica para que, a fin de cuentas, se trate de mejor forma posible el problema básico de la economía: la escasez (Guerrero Becar, 2016, p.205).

2) Estado social de derecho

El Estado social es aquella figura o institución política que ténpera, de cierta forma, los modelos socioeconómicos tradicionales, tanto el capitalismo liberal como el intervencionismo estatal. Bajo este orden de cosas, graficando para efectos prácticos, el neoliberalismo se encontraría en un extremo, situación en la que el Estado como actor en la sociedad solamente se encarga de tener un rol subsidiario y el mercado, por su parte, se autorregula. Es tan extrema la idea e intención del neoliberalismo, debido a que una de las principales cuestiones de las cuales se encargaba el Estado, que es otorgar determinadas herramientas al colectivo social para un sostenimiento necesario de la vida cotidiana, deben ser abandonadas por él, expandiendo aún más los principios del *laissez faire* (Fernández González y Monarca, 2022, pp.159-160).

Es más, el neoliberalismo, según explica Foucault, expande tanto los conceptos e instituciones económicas del capitalismo que obliga a los ciudadanos, o *homo economicus*, a seguir sus vidas y deseos en base a los saberes económicos, es decir, el ensanchamiento del liberalismo en la fase neoliberal no sólo abarca lo relacionado a lo público estatal, que también alcanza un mínimo de intervención estatal con fuerte predominancia del principio de subsidiariedad, sino que se le suma esta invasión al espacio privado de la vida, de la cotidianeidad y la intimidad (Foucault, 2007, pp.249-304). Como dice Martín y Del Percio, “el neoliberalismo se ha vuelto mucho más que una política económica, evolucionando hacia una forma de gobierno que extiende la lógica del mercado a lo largo de la vida pública y privada. [Sus p]rincipios (...) impregnan virtualmente todas las áreas de comportamiento social, incluidas la educación, el trabajo, los derechos humanos, la cultura, (...) administración pública, seguridad y salud” (2020, p.1).

Siguiendo con lo anterior, en el otro extremo se encuentra un modelo socioeconómico mayormente intervencionista, como puede ser la crítica socialista, con un Estado tomado por la clase asalariada, posterior a una revolución armada, contexto en el que el nuevo ente estatal que se conforma se encarga de administrar de manera totalitaria, situación en la que se eliminaría la propiedad privada y se estatizarían todas las áreas que se encuentran en manos privadas².

Sobre lo que es modelo económico tomado por los sistemas políticos socialistas, el imperante es el modelo de planificación centralizada, caracterizado principalmente en que, en primer lugar, las decisiones económicas son tomadas, a nivel Estado, por el poder central; en segundo lugar, el poder central de carácter estatal es quien entrega las directrices a las empresas en cuanto a la producción y la asignación de recursos; en tercer lugar, redistribución del ingreso económico. Es decir, por medio de la asignación de recursos por parte del Estado, de la dirección económica centralizada y la severa redistribución material, el modelo económico busca llegar al proyecto social del socialismo (Villalón-Madrado, 2016, p.38)

Ante tales extremos, durante la mitad del siglo XIX von Stein da una alternativa más conservadora en comparación a la que da Marx posteriormente a los problemas sociológicos que surgen en esta época, y que ya terminadas las revoluciones políticas en las que el Estado era el sujeto de la historia, debe pasar la sociedad a ser el protagonista, considerando que el destino del humano necesita de la sociedad, señalando que el Estado ya no debe solamente permanecer neutral ante la misma o limitarse a sancionar jurídicamente, sino que debe servir al destino humano y conducir a una sociedad más perfeccionada. Para ello, por una parte, postula que hay una conexión entre Estado y sociedad que permite la resolución de la comunidad humana y, por otra parte, el Estado deja de ser un espectador de la vida social y comienza a hacerse partícipe, dotado de dinamismo, de los problemas sociales (García-Pelayo, 1949, pp.43-54).

Lo señalado anteriormente puede ser considerado como una de las primeras apariciones de la idea del Estado social, sin perjuicio de que la doctrina señala como autor de la fórmula del Estado social de derecho a Herman Heller (1942, p.216). Sobre lo mismo, “Heller postula un Estado de Derecho democrático basado en las relaciones reales de poder”, formando, en términos dialécticos, una relación entre “Estado y Derecho [como] los medios de organización de la sociedad”, situando, por un lado, al Derecho como “técnica de organización social que puede asumir una función al servicio de la

² Para ver más sobre el socialismo, en: Durkheim, Émile (1987).

transformación de la sociedad” y, por otro lado, “la tensión entre la forma jurídica del Estado democrático-social de Derecho y los poderes económicos fácticos que presionan sobre la toma de decisiones del poder público” (Viera, 2011, p.39)

Entonces, Heller se sitúa entre dos lineamientos del positivismo normativo teniendo, por una parte, el normativismo de Kelsen, autor que reduce la importancia de la Constitución al formalismo absoluto de ser una norma más difícil de reformar que las otras normas del sistema jurídico y que, además, reducía el concepto de Estado hasta identificarlo con el Derecho, mientras que, por otra parte, se tiene al decisionismo de Schmitt, quien empequeñece el concepto de Constitución a un mero acto proveniente de la unidad política (Meil, 1984, pp.213-214). Ante ambos, Heller define al Estado Social, introduciendo, primeramente, al adjetivo social a lo que es el Estado de derecho original, con la intención de recuperar la idea de justicia social y de igualdad, a la vez que se ordena y alinea la economía al *telos* humano (1942, pp.224-241)

Entonces, en síntesis, producto del problema dialéctico que encuentra Heller entre Estado y Derecho, además del reduccionismo normativo que plantea el positivismo, plantea la fórmula del Estado Social de Derecho, encuentra la forma de suplir “la incapacidad de la burguesía de hacerse cargo espiritual y ético-políticamente de la nueva situación sociológica tras la Primera Guerra Mundial” por medio de la asociación con las “ideas de razón y de justicia social” (Meil, 1984, p.214). En palabras del mismo Heller, “la función estatal consiste precisamente en acomodar los fines económicos a la situación política total, lo que, naturalmente, sólo puede realizarse desde una posición supraordinada a la economía” (1942, p.241).

Se deja entrever que es un concepto el cual detenta un mayor intervencionismo estatal, ya dejando de ver al Estado como un mero regulador o espectador en todo ámbito, ya sea social o económico, todo en pos de un mayor desarrollo humano. Para ello, el nuevo Estado que se genera y tiene este mayor dinamismo, alcanza un nivel de intervencionismo necesario para prestar asistencia a los más débiles y conformar una mejorada vida social en comunidad, es decir, sin dejar de lado el modelo capitalista que es característico del neoliberalismo, tempera este extremo de nula intervención estatal, por lo que el Estado no se inhibe en la actividad económica, sino que participa activamente como un actor más, corrigiendo los problemas económicos comunes del mercado (Viera, 2014, p.459), entendiendo que el *laissez faire* sin límites conlleva a importantes problemas dentro de la sociedad, puesto que “abrazar

la economía de mercado no significa pensar que el mercado lo resuelve todo. Existen fallos y carencias importantes en su funcionamiento” (Almunia, 2012, pp.45-46).

Es más, como el mercado es incapaz de proporcionar ni garantizar ciertos derechos que son indispensablemente necesarios que sean universales y de calidad, tales como la educación, la sanidad, la protección frente al desempleo y la protección social, aparece la intervención estatal que es protagonizada por esta nueva —aunque no tanto— forma de gobierno que es el Estado Social de Derecho (ibíd., p.46).

3) Derechos sociales y Constitución económica

De acuerdo a lo que hemos señalado en el acápite referente al concepto de Constitución económica como tal, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos, depende principalmente de la opción económica que siga un país, debido a que las constituciones tienen un contenido naturalmente politizado el que, a su vez, ordena la actividad económica por medio de la Constitución económica, regulando, entre distintos tópicos, la relación entre Estado, ciudadanos y sus derechos sociales y económicos (Viera, 2009, p.89), o sea, pasa a “constituir una expresión formal de análisis de la ordenación jurídica de la estructura u opción económica, pudiendo ser ésta neutral o interesada en definir un determinado sistema o modelo económico” (Guerrero Becar, 2016, p.107).

Ante una Constitución, al menos contemporánea, no cabe la menor duda de que ella reconocerá, regulará y creará una obligación para que el Estado financie los derechos civiles y políticos, según se sigue por la teoría constitucional. Empero, en lo relativo a los derechos sociales, económicos y, más aún, culturales, ellos siguen estando en tela de juicio en cuanto a si deben ser o no financiados por el Estado. Sobre la misma idea, Gonzalo Aguilar Cavallo da los siguientes argumentos comunes enunciados por los opositores a considerar a los derechos sociales como derechos propiamente tal (2013, p.73):

- “i) Que los DESC [Derechos Económicos, Sociales y Culturales] no son derechos, sólo aspiraciones;
- ii) Que los DESC no son derechos, [sino que son] meros deberes de política pública para el gobernante;

iii) Que los DESC no son justiciables, es decir, [no son] susceptibles de ser reivindicados ante un juez”.

Ahora bien, según la teoría sobre la Constitución económica que se tenga, es que se verá reflejado dicho reconocimiento a los derechos sociales, dejando de lado los argumentos soslayados en contra de ellos. Nuevamente siguiendo la doctrina de García Echevarría, el autor nombra, tomando lo que desarrolla la doctrina alemana de H. H. Rupp, ciertas teorías relevantes sobre lo cómo debe ser la Constitución económica (1978, pp.17-20).

La primera teoría de la Constitución económica es aquella que se sustenta en la idea de que la Constitución debe ser neutral en lo relacionado al binomio política y economía, o sea, no es la Carta Fundamental la cual garantiza y asegura la actuación económica de los privados dentro de un país (García Echevarría, 1978, p.17). Al igual que el autor, consideramos que la doctrina que apoya esta tesis de neutralidad axiológica de la Constitución olvida la importancia de los derechos fundamentales individuales que, por antonomasia, reconocen las constituciones, por ende, “no son neutrales, ni pueden tratarse aisladamente de la concepción político-económica, ya que estos derechos son piezas básicas en el orden económico” (idem).

Sobre la misma idea, Gargarella señala que existe esta especie de corriente del Constitucionalismo moderno que avala el ideal de neutralidad, y no sólo en un papel religioso, sino que axiológico y en el terreno político, aunque cree que el hecho de que una Constitución tenga normativas que la hacen ser supuestamente neutral, provocaría que ella de por sí ya no es neutral al optar por un modelo económico determinado, ya que, al fin y al cabo, son construcciones estatales que de alguna manera se dieron (Gargarella y Courtis, 2009, pp.35-38).

La segunda tesis de García Echevarría es aquella que sigue la escuela neoliberal de Friburgo, es decir, se define como aquella Constitución, similar a la anterior, pero ya no desde una neutralidad total, aleja al Estado de la organización en la economía, es más, más que reconocer derechos y obligaciones estatales en materia económica, la Constitución se compone de libertades individuales. Esto quiere decir que es una Constitución que se subordina a las exigencias de la economía (1978, p.18).

Sobre este punto, Ferrada dice que la Constitución actualmente vigente en nuestro país es prácticamente ajena en lo relativo a la economía, puesto que el modelo instaurado por la escuela de Chicago reconoce un modelo estatal totalmente abstencionista y neutral, al reconocer que el mercado

tiene la capacidad de autorregularse, es decir, el Estado queda ajeno a la economía y, por lo tanto, la Constitución económica sería neutral, aunque no carente de valores (Ferrada, 2000, pp.52-53), todo ello sin perjuicio de que hay una doctrina minoritaria que, para encontrar alguna salida a las trancas de la Carta Fundamental de 1980, postulan que hay ciertos elementos en ella que permitirían coincidir en que es posible conformar un Estado social de Derecho o, al menos, escapar un poco de la lectura neoliberal de esta³.

La tercera teoría seguida por García Echevarría sería aquella que le da un mayor valor tanto a los derechos fundamentales como a la misma Constitución económica material, al poner el funcionamiento del orden económico en base a los principios y derechos rectores positivizados en las normas constitucionales. Ahora bien, el Estado puede tomar una actuación o posición positiva, o bien una posición negativa tendiente a evitar o esperar. ¿En base a qué el Estado tomará una u otra posición? según la interpretación que se haga sobre los derechos fundamentales que, como dijimos, el orden económico deberá sujetarse a ellos y estos, a su vez, deben ser considerados en la configuración de aquel (1978 pp. 18-19)

Entonces, el Estado por medio de sus actuaciones —u omisiones— se encuentra tendiente a, por un lado, evitar situaciones de necesidad o, por otro lado, puede apoyar a los privados una vez sucedan, necesidades que se generan en relación a los derechos fundamentales que reconoce la Constitución (ídem). La posición positiva sería aquella que reconoce que “un determinado orden económico se mide con la métrica de si corresponde o no las garantías de las libertades individuales. (...) [O sea se recoge] si determinadas estructuras y principios del orden económico corresponden a los principios que recoge la Constitución” (ibíd., p.19) económica.

Ante ello, el mismo Comité de Derechos Económico, Sociales y Culturales, en distintas observaciones generales, ha estipulado que los Estados miembros del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben, entre otras cosas, garantizar el ejercicio sin discriminaciones de los derechos fundamentales y reconocidos por el Pacto, debiendo propender en sus actuaciones a que estos no sean limitados ni cuestionados y, por último, tienen la obligación de reconocer el carácter esencial de los derechos sociales de manera inmediata, sin perjuicio de que deban seguir el principio

³ Para ver más sobre esta doctrina, hay una opción menos radical, que acepta que al menos conviven algunas vertientes ideológicas distintas, como el liberalismo, el *iusnaturalismo* escolástico y el neoliberalismo (Viera, 2013); y otra opción más radical que derechamente postula que hay una posible lectura de un Estado social en la Constitución actual (Solari Alliende, 1993).

de no regresividad o progresividad (1990, pp.1-4), sin perjuicio de que más adelante ahondaremos en dicho principio. Con esto se entiende que la Constitución económica, prescribiendo que el Estado ya no es neutral, reconoce obligaciones generales que “incluyen obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. De este modo, tenemos obligaciones de realización progresiva pero también obligaciones con efecto inmediato” (Aguilar Cavallo, 2013, pp.75-76)

Finalmente, García Echevarría propone una doctrina más intermedia entre las dos anteriores, postulando que no hay que olvidar en el contexto actual que nos encontramos a nivel de sociedad. Esta tesis ecléctica que estipula el autor debe completarse con la sociedad moderna en la que nos encontramos, con amplia división del trabajo y leyendo ahora los derechos fundamentales de manera más individualista junto con “la existencia de interdependencias sociales que afectan a las libertades individuales” (1978, p.19). Eso en primer lugar.

En segundo lugar, la tesis anterior establece que el orden económico debía estar subordinado a la Constitución económica, a lo que esta teoría ecléctica responde con que no se puede desconocer que la realidad socioeconómica va evolucionando, por ende, no podemos simplificar al más mínimo el orden económico, no podemos concebirlo sólo como una interpretación jurídica que parte de los derechos fundamentales y que solamente se debe enfocar en lo que prescribe la Constitución económica (ibíd., p.20).

En este punto, Bidart comparte la idea de que la realidad socioeconómica tiene una fuerte influencia sobre lo que es el contexto político y las normas jurídicas, porque, si bien lo económico no determina lo político y el derecho, no se puede ignorar que, entre los principios del modelo político, encontramos los condicionamientos económicos. Esto se puede “enrolar en una economía social de mercado propia de un Estado social y democrático de derecho”, puesto que, si bien hay una planificación económica en la Constitución, no se trataría ni de una economía centralizada ni menos en una Constitución de carácter neutro (2002, pp.5-6).

En consecuencia, para una sociedad pluralista y democrática es menester que se le dé importancia a lo que es Constitución económica, como uno de los pilares normativos de la configuración política de la nación, porque de esta forma las libertades pueden ser defendidas por el Estado y este, a su vez, limita el egoísmo más la mercantilización de estas por parte de los privados. Por ende, para una democracia pluralista, no puede ser cualquiera la Constitución económica que se conforme, menos si se entiende

la importancia que se genera en la dialéctica del Estado con la economía (García Echevarría, 1978, p.20).

Que el Estado se encuentre participativo en lo que actividad económica corresponde, sin detrimento de la libertad de los privados, puesto que su intervención va en favor de los derechos, libertad material, igualdad de oportunidades y en la solidaridad, debido a que consideramos fervientemente que los derechos fundamentales, más lo relacionado a ello, no puede ser objeto de los mecanismos mercantiles ni del juego entre oferta y demanda (Bidart, 2002, p.6).

Todo lo anterior nos permite enlazar de manera esquemática la relación que se genera entre i) Constitución económica; ii) su importancia; iii) derechos sociales y; iv) la mejor opción en la normativa constitucional-económica para la puesta en marcha de derechos sociales como tal.

Por lo tanto, surgen bastantes interrogantes en cuanto a si nuestra Constitución económica actual es benevolente para la implementación de derechos sociales, pensando en la relevancia que debe tener la democracia como forma de gobierno, lo cual no se muestra representado en cuanto nuestra Carta Fundamental complica ello⁴, lo que para Gargarella sería un “constitucionalismo como prisión de la democracia” (2020, p.14).

Sin embargo, un atisbo de esperanza para la implementación de los derechos sociales de manera efectiva se observó durante el periodo constitucional que inició en el año 2021 —aunque de manera institucional, puesto que todo comenzaría con el “estallido social” de octubre de 2019—, y terminaría a mediados del año 2022. Sin embargo, el Proyecto Constitucional fue rechazado, por lo que los defensores de la aplicación de derechos sociales como resolución a las distintas problemáticas que hoy afectan a la ciudadanía vimos destruida tal opción.

Sin perjuicio de ello, es relevante lo que señala Domingo Lovera para introducirnos a lo que son los derechos sociales y su relevancia, puesto que, siguiendo lo que indica Tushnet, a gran escala, en las sociedades hay dos tipos de exclusiones de ciudadanos: las exclusiones expresas y las estructurales. Es prácticamente imposible en la actualidad reconocer exclusiones expresas a ciudadanos que cumplan con ciertos requisitos, al menos en las sociedades contemporáneas, sin perjuicio de que en su momento lo hubo (2019, pp.111-113).

⁴ Uno de los propios redactores de la Constitución de 1980 señala que las disposiciones constitucionales complicaran el juego democrático de la oposición política. Para ver más en: (Guzmán, 1979).

Sin embargo, distinto ocurre con las exclusiones estructurales, las cuales siguen el patrón de las desigualdades materiales en cuanto a que, por ejemplo, si bien todos somos iguales ante la ley, y todos tenemos igualdad de oportunidades jurídicamente hablando, en la realidad existen una serie de desigualdades estructurales sean sociales, económicas o sean culturales que impiden alcanzar tal desenvolvimiento en la sociedad de ciertos grupos que se excluyen de la misma (ibíd., pp.113-114).

Bajo este orden de cosas, Lovera postula lo que se denomina como ciudadanía sustantiva para, de esta forma, exista un sentimiento de inclusión y pertenencia en las decisiones estatales y la vida en sociedad, de forma más universal y sin atender a las trabas socioeconómicas o histórico culturales: para poder superar ello, aparecen los derechos sociales como garantes del bienestar igualitario (2019, pp.111-114).

Esto sería, ante las problemáticas suscitadas, una salida institucional, puesto que para que exista un desarrollo pacífico de la comunidad política, o lo que Lovera denomina ciudadanía sustantiva, hay que seguir aquel modelo que, respetando la existencia del mercado, corrija de manera material los problemas que de ella surjan, saliendo a la luz nuevamente los derechos sociales (Viera, 2009, p.93)

4) Derechos sociales en un Estado social y neoliberal

Tal como hemos recalado anteriormente, a modo de resumen, el Estado social se caracteriza, principalmente, por el reconocimiento de los derechos sociales como derechos exigibles y no meros enunciados o aspiraciones, ante lo cual el ente estatal debe tomar un rol más activo en relación con la sociedad. En consecuencia, los fines del Estado social giran en vínculo con la justicia social, la igualdad material y libertad económica, pero con límites para evitar el egoísmo entre los miembros de la nación.

Esto genera diferencias sustanciales con los derechos sociales en un Estado neoliberal, pues, varía tanto en sus pilares de fundamento como, evidentemente, en su plan de acción. El modelo neoliberal es un nuevo contrato social, que tiene su inicio luego de la Segunda Guerra Mundial, en contraposición al keynesianismo. El primer impulsor del modelo neoliberal del Estado fue Ludwing von Mises de la escuela Austriaca, pero su principal teórico fue Friedrich Hayek (Monedero, 2017, pp.191-192). El modelo consiste en la combinación de enfoque monetarista de estabilización económica, con los demás pilares que formalmente son neoliberales, lo que se traduce en la pauta de la organización de la economía y la sociedad (Foxley, 1982, p.1). Para poder comprender de mejor manera el fenómeno del

neoliberalismo debemos enunciar los pilares que lo componen, para lo cual seguiremos la doctrina del autor Juan Carlos Monedero, quien propone brevemente la siguiente descripción de dicho modelo (2017, pp.196-212):

- i) Poca o ninguna intervención del Estado desde una perspectiva redistributiva, es decir libertad absoluta de mercado bajo la idea economicista del equilibrio general autorregulado.
- ii) Mínima inversión social del Estado, es decir bajas tasas de gasto público como lo es educación o salud. El Estado orienta el gasto hacia la competitividad de las empresas, mercantilizando instituciones básicas.
- iii) Privatización y/o liquidación de los servicios o monopolios estatales, es decir, la venta a sectores particulares de las empresas del Estado.
- iv) Aumento de los impuestos indirectos, principalmente el impuesto de valor agregado, y disminución de los impuestos directos.
- v) Promoción de políticas fiscales atractivas para el capital financiero internacional especulativo, esto quiere decir que hay una reducción o exención de impuestos a las transnacionales.
- vi) Recepción de inversión extranjera directa, con una liberalización comercial y plena apertura de fronteras.
- vii) Garantías al derecho de propiedad.

En definitiva, se trata de un modelo construido para la recuperación de la tasa de ganancia, en un marco de regulación social funcional para la lógica capitalista. Lo que sería, acordado lo visto anteriormente, un Estado con una Constitución económica relativamente neutra, en cuanto a que, si bien opta por una opción política, deja a la administración estatal al margen de la economía.

El neoliberalismo posee objetivos claros, ello observado incluso desde el momento en el que se instauró en el cono sur de América. En términos concretos, el programa neoliberal buscaba principalmente cinco aspectos, los cuales eran, equilibrar las cifras macroeconómicas, a través del control de los precios; aumentar las ganancias empresariales; incrementar inicialmente el desempleo para lograr una tasa natural de desempleo y forzar los salarios a la baja; crear una estructura social

desigual que incentive el esfuerzo lo que, por consiguiente, lo que conlleva el aumento de la productividad y; por último, integrar a las fracciones de clase globales en el modelo mundial de acumulación (ibíd., p.193).

Como bien hemos señalado, el modelo neoliberal presenta postulados fuertes, los cuales se someten en la dinámica de una nación haciéndolos propios de ella, como es en el caso de nuestro país. Chile se sumergió en una sociedad con pensamientos neoliberales desde 1973, por ende, en el presente acápite analizaremos cómo alcanzó este fenómeno la repercusión social, económica y política que tiene y cómo impactó aquello en los derechos sociales que tanto aclama el pueblo para la desmercantilización de estos, junto con mejorar la calidad de vida de la sociedad.

Como bien señala Alejandro Foxley, el neoliberalismo se instauró en Chile mediante cuatro fases. En primer lugar, se pasó por la liberalización del Estado, para luego seguir con el tratamiento o doctrina del shock. En tercer lugar, se logró el quiebre de expectativas y de reducción de costos, para que, por último, se alcance el enfoque monetarista (1982, p.43).

Queremos destacar estas etapas pues se evidencian como los pilares neoliberales, nombrados por Juan Carlos Monedero anteriormente, se relacionan entre sí en la instauración del modelo a nivel nacional. La primera etapa consistía en regularizar los precios, realizándolo mediante la devaluación de moneda nacional y la liberalización de todos los precios, junto con lo cual se subieron los impuestos indirectos, como es el caso del impuesto de valor agregado, en cuyo caso el aumento alcanzó un 20%, mientras que los impuestos directos, tal como lo son los impuestos a las ganancias de capital o al patrimonio, son eliminados o rebajados (ibíd., pp.44-50). Eso, por una parte.

Por otra parte, las restantes etapas se enfocaron en la reducción de los costos estatales en ámbitos sociales, en robustecer la empresa privada por medio de la aplicación de mejoras a las condiciones para ellas, inclusive con transferencia de fondos a las entidades financieras y grandes empresas industriales. Junto con lo anterior es menester destacar el enfoque monetarista, pues en esta etapa ya se produjo la reducción arancelaria, por ejemplo, los gravámenes en importaciones ninguno supera el 10% y la economía ya está abierta al comercio internacional, por lo que se piensa la tasa de variación de los precios externos va a regular en forma automática la inflación doméstica (ídem).

Es en este punto donde la ideología se hizo parte de Chile, como el primer experimento en Latinoamérica, porque luego lo siguió Uruguay en 1974 y Argentina en 1976. Como bien se enunció

este tipo de modelo tiene como uno de sus principales postulados reducir el gasto público por parte del Estado, lo que afecta directamente en los derechos sociales, generando una mercantilización de los servicios básicos, ya que allí donde no llega el Estado, donde no es necesario llegar o no se quiere llegar, el vacío debe ser rellenado, y esto lo hace un privado. “En definitiva, el Estado no interviene sino cuando otros dispositivos fallan, ese primer momento quedaría entonces entregado a la iniciativa privada, entendida ésta en un sentido amplio” (Allard, Hennig y Galdámez, 2016, p.100), lo que es el principio de subsidiariedad. Lo anterior se reduce en que poco a poco va aumentando la desigualdad, generando esta competencia interna de quien posee más poder adquisitivo accede a los mejores servicios, casi sin existir los pisos mínimos de dignidad. Pues “la única distancia entre el sueño y su concreción es el dinero” (Monedero, 2017, p.194).

En nuestro país a raíz del golpe militar del año 1973 se desarrolla un mercado privado en temas como la educación y salud, donde los individuos estarían en condiciones de obtener los mejores servicios posibles en un marco de competitividad, pues al gobierno solo le corresponde garantizar el suministro gratuito de servicios básicos a aquellas personas que están sumergidas en la extrema pobreza (Foxley, 1982, pp.86-87). Lo señalado anteriormente es relevante, pues, a más de 40 años de la instauración de estas ideas en nuestro país siguen más vigentes que nunca, algunas con más matices que otras con las distintas reformas empleadas, empero, seguimos insertados en una sociedad donde el dinero es la primera barrera para alcanzar una vida digna y clave en el desarrollo de los fines de cada ser humano.

Creemos sin duda que Chile necesita cambios, salir de una sociedad mercantilizada y sobre todo en ciertos aspectos como lo son la salud y la educación, debiendo ser estos los pilares de la transformación nacional, pues, son la base de un desarrollo humano igualitario, generan pisos mínimos decantando por una nación más próspera. El problema actualmente se genera en base a la privatización de lo público, porque para lo que es el modelo neoliberal, lo que es público queda reducido a lo más mínimo, solamente tomándolo desde su dimensión económica e ignorando que esta tiene también otras vertientes, sin perjuicio de que entren en tensión (Atria, Larraín, Benavente, Couso y Joignant, 2013, p.160).

El problema neoliberal surge desde la intención de medir todo en base a la regla de la oferta y la demanda. A la postre de lo señalado, Rawls dice en la Teoría de la Justicia “[q]ue algunos debían tener menos con objeto de que otros prosperen puede ser ventajoso pero no es justo. Sin embargo, no hay

injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas” (1995, p.27).

5) Educación y salud en la Propuesta de Nueva Constitución

La Carta Fundamental de 1980 bien sabemos que fue creado por la denominada la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política o, también conocida, la Comisión Ortúzar, sin deliberación democrática ni mucho menos un plebiscito previo vinculante, debido a que, si bien se realizó un plebiscito, este era más de carácter consultivo, siendo el mismo Jaime Guzmán quien afirma que “[a]ún cuando la nueva Constitución [de 1980] se someta a la aprobación plebiscitaria, resulta innegable que la nueva institucionalidad (...) seguirá dando pasos hacia su integral concreción, sin que ellos sean consultados democráticamente” (1979, p.20).

Debido a la elección política tanto de la Junta de Gobierno como de la Comisión, los derechos sociales no están trabajados ni regulados de manera expresa, sino más bien que, los pocos que se integran al texto constitucional, se tratan como una mera libertad de elección en su mayoría, tal como ocurre con los numerales 9 y 10 y del artículo 19, que tratan sobre el derecho de protección de la salud y acceso a la educación, respectivamente. Esto es algo que queremos dejar esclarecido por el poco cambio que han tenido las disposiciones constitucionales indicadas desde su creación, materias tan relevantes para el desarrollo de la población.

Siguiendo un poco con lo que dice Contreras y Lovera, “la Constitución original sufrió cambios menores a través de diversas reformas constitucionales. En términos generales, las reformas a la Constitución de 1980 han alterado principalmente su parte ‘orgánica’, en términos de la composición de los principales órganos del Estado, sus competencias y procedimientos. Sin embargo, los cambios al modelo de derechos fundamentales han sido marginales” (2020, pp.73).

No deja de ser cierto que hay un total importante de modificaciones posteriores a su entrada en vigencia, principalmente con la vuelta a la democracia, tal es el caso del cambio realizado al inciso segundo del artículo 5, en el 1989, donde se hace un nuevo énfasis a la importancia del derecho internacional, abriendo una puerta a los distintos derechos sociales, entre otras cosas, que se integrarían por medio de los tratados suscritos por Chile⁵. Pero aún con ello no contamos con derechos presentes

⁵ Para profundizar, ver más en: (Andrade Geywitz, 2003).

en tratados internacionales suscritos por Chile y vigentes, como lo es el derecho al trabajo o a la vivienda precedentes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Contreras y Lovera, 2020, pp.75).

Es por esto que derechos tan relevantes como son la educación y la salud no se encuentran incluidos en el texto de una manera en donde la ciudadanía experimente los derechos sociales como prestaciones universales y de calidad, ya que, como se ha señalado anteriormente se destaca una mera libertad de elección, mas no una protección y una garantía material para que estos derechos sean universalmente reconocidos. Sumado a ello, como hemos indicado, se puede apreciar que ambos derechos, al no estar garantizada su universalidad, reciben el tratamiento de bienes de consumo, en la medida que el individuo posea más poder adquisitivo, mejor será la calidad del servicio que recibe, lo que nos lleva a concluir que “la mercantilización de los derechos sociales es la marca de que no se los está tratando como tales, es decir, no se los está tratando como derechos sociales de igualdad” (Salgado, 2019, pp.229).

Consideramos sin duda que dichos derechos deben ser inmersos de manera expresa en nuestra Constitución Política, debiendo ser la meta por parte de la sociedad política en una democracia, puesto que la verdadera importancia de integrar derechos sociales es contribuir a una mayor cohesión social, como sería en una Teoría Utilitarista (Etchichury, 2016, pp.124), o bien podemos decantar por la Teoría de la Justicia de Rawls, la cual surge como paralelo a esta idea de utilitarismo, donde destaca su obra con el mismo nombre, “Teoría de la Justicia”. Con esta fórmula el autor pretende asegurar que los principios de justicia serán seleccionados en la más plena ignorancia, para asegurarse que nadie ostenta posiciones de ventajas o desventajas las cuales pueden ser producto de las circunstancias sociales o la fortuna natural en que han vivido los sujetos (Rawls, 1975, pp.25-26).

Independientemente del fundamento para su inmersión, la recientemente rechazada Propuesta Constitucional nos enmarca estos derechos de manera expresa, pudiendo no sólo tener una capacidad de elección, ya no vistos solamente como un bien de consumo, sino como normas que apuntan a un desarrollo social equiparado, sin depender de la capacidad económica de los individuos, alejándose de la igualdad formal, debido a que ahora se acerca más a una igualdad de carácter material.

5.1) Educación

La revuelta del año 2019 desarrollada en nuestro país tuvo como gran petición el derecho a la educación que dejase de ser tomada como un bien de consumo, sin perjuicio de que la reforma universal de educación viene siendo solicitada por las demandas sociales desde el año 2006 (Fernández-Labbé, 2013, pp.3-4).

Nuestro actual texto constitucional nos expresa el derecho a la educación en el numeral 10 del connotado artículo 19. En tal disposición constitucional, se destaca, en primer lugar, el deber de protección del Estado hacia este derecho; en segundo lugar, la obligatoriedad de impartir tanto la educación de enseñanza básica como media, por lo que el Estado debe garantizar su gratuidad, aún, sin hacer mención a la calidad de la misma, no hace alusión a ningún tipo de estándar o lineamiento, sino que lisa y llanamente se limita a expresar su obligatoriedad y, por consiguiente, su gratuidad; y, por último, la obligación estatal de fomentar la educación y el desarrollo científico además del artístico.

Dicho esto, consideramos que la Constitución de 1980 carece de un mandamiento al Estado que contenga una garantía base de calidad, quedando supeditada al pago, y así sorteando el futuro de los jóvenes al nivel socioeconómico del que provengan, pues, seguimos la idea de que “la educación es el instrumento que hace posible que cada persona desarrolle sus potencialidades al máximo y posteriormente pueda aprovechar sus frutos” (Salgado, 2019, p.227).

La Constitución actual deja afuera a la educación superior, aquella que forja los profesionales de nuestro país, acotando sólo el deber de “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles”, por lo tanto, siguiendo lo que expone Salgado, el Estado no tiene la obligación de fomentar cada uno de los sistemas educativos, o sea, la educación superior no es ni obligatoria, ni universal, ni mucho menos, gratuita, a diferencia de lo que se estipula con la educación a nivel escolar (2015, p.82). De esta forma, el ingreso, la universalidad y gratuidad queda a nivel legal, delegando la concreción de ese derecho a los mandatarios de turno, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional los intentos de tratar esta materia en defensa del modelo que fue instaurado en la Dictadura. El caso anterior es un ejemplo paradigmático de cómo la actual Carta Fundamental se encarga de proteger el modelo instaurado, y cada vez que se buscan cambios profundos por parte de la comunidad política, pueden ser desechados por cualquiera de las distintas trabas que esta misma pone, siendo este caso el Tribunal Constitucional. Es sólo recordar las mismas palabras de Jaime

Guzmán, citado más arriba, para ver las intenciones de la Comisión Ortuzar en cuanto a cambios sociales se tratase una vez vuelta a la democracia.

En simples palabras, el Proyecto de Ley sobre Educación Superior del año 2018, por iniciativa presidencial de Michelle Bachelet, en su segundo mandato, fue publicado luego de haber cumplido todo el procedimiento de formación legal. Empero, en este cuerpo legal en el cual se le ponía fin al lucro en los establecimientos de educación superior, hubo intervención del Tribunal Constitucional, luego de que, sin solicitud del Congreso, los ministros de la Corte Constitucional recalificaron la naturaleza jurídica del artículo 63 —el cual elimina el lucro— indicando que se trataba de una norma reservada a la legislación orgánica constitucional, por ende, podían controlar y, luego, declarar la inconstitucionalidad.

Luego de toda una vuelta de más de 100 páginas de fallo, el Tribunal Constitucional, en un extremo resumen, considera que la norma objeto de control establecía (STC N°4317-18): i) una discriminación arbitraria en contra de las personas jurídicas con fines de lucro, ya que dicha prohibición solamente se les aplicaba a ellos y no a las personas naturales con fines de lucro, afectando con ello la igualdad ante la ley (Considerando 78 y 79); ii) una afectación de derechos adquiridos en cuanto que los controladores de establecimientos de educación superior con fines de lucro veían alterada su situación jurídica por medio de lo que estipulaba la normativa nueva, afectando con ello a los derechos de educación y asociación (Considerando 80); iii) una prohibición que no se encuentra regulada por el texto constitucional sobre la libertad de enseñanza, puesto que son cuatro limitaciones que tiene dicho derecho fundamental y dentro de ellas no está el no lucrar, además de que se afecta al contenido esencial de dicho derecho fundamental (Considerando 81 y 96); una lógica contraria a los objetivos de la Constitución, puesto que, más que prohibir, se debe permitir la participación de personas jurídicas con fines de lucro para *competir* en la entrega de los estudios superiores, debido a que, sino, se afectaría a la libertad de empresa y ello sería contrario a una sociedad pluralista y democrática (Considerando 101)⁶.

Es decir, se afectó principalmente a tres derechos fundamentales que, principalmente el de libertad de empresa, permitieron que se mantuviera una vez más el *statu quo* que se ha resguardado desde el principio por parte del Constituyente de 1980. El Tribunal Constitucional es otra regla constitucional más que son candados institucionales los que impiden los cambios sociales que son requeridos por el

⁶ Una crítica al fallo en cuestión, ver en: (Lovera, 2022)

pueblo chileno y las necesidades de la ciudadanía, sobre todo por los grupos más vulnerables (Atria, Larraín, Benavente, Couso y Joignant, 2013, p.20).

El control constante para mantener el modelo económico instaurado en la Dictadura ha obligado al legislador democrático a enfrentarse estratégicamente al Tribunal Constitucional para evitar que deseché su trabajo en un instante (ibíd., p.95). En este caso, ocurrió con el intento del legislador del año 2018, el cual buscó avanzar en materia de derechos sociales, específicamente el derecho a la educación de carácter más universal, pero el Tribunal Constitucional tomó otro camino. Esto es un error, pues la educación como tal debiera estar garantizada en todos sus niveles, ya no sólo atendiendo a su “fomento”, ya que, a nivel doctrinario, el derecho a la educación “es simultáneamente un derecho fundamental individual, social y político, constituyéndose en un símbolo de la indivisibilidad de los derechos, su fundamentación en la dignidad humana y su impacto como derecho subjetivo y parte del ordenamiento jurídico objetivo que vincula a todos e irradia todo el ordenamiento jurídico” (Nogueira, 2008, p.266).

Nuestro sistema educacional se caracterizaba —o así lo entienden autores como Salgado— por ser un bien de consumo, partiendo de las siguientes tres premisas (2015, p.78):

- (i) Los establecimientos educacionales cobran por la educación que entregan a sus estudiantes, a la vez que, ellos mismos juntos con sus familias, pagan el precio que más se ajuste a su billetera, al igual que ocurre cuando se quiere comprar cualquier bien de consumo;
- ii) Los establecimientos educacionales podían elegir a quienes ofrecían la educación como servicio, y a quien no, tal como los restaurantes o locales que se reservan su derecho de admisión;
- iii) Los establecimientos educacionales funcionaban o se les permitía operar tal como cualquier emprendimiento económico, por ende, se permite que el dueño o dueña de cualquier establecimiento pudiese enriquecerse a costa de la educación.

Si bien esto ha cambiado a lo largo de las distintas reformas educacionales que se han generado en pos de las movilizaciones, fuertemente las de los años 2006, 2011 y 2016, sin perjuicio de las consecuencias que trajo consigo el estallido social, lo cierto es que el panorama actual no deja de ser un impedimento radical para los sectores menos favorecidos, pues, a pesar de que la Ley N°21.091 integre la gratuidad en aquellas universidades públicas o pertenecientes al Consejo de Rectores, dicha gratuidad no es

universal, pues ella será otorgada “de acuerdo a la condición socioeconómica que la ley disponga”, además de otros requisitos que no vienen al caso. Lo destacable acá es que se dispone de la “condición socioeconómica”, alejándose del carácter universal que debe tener un derecho fundamental (Lema, 2009, pp.181-183), no dejando de lado lo que es la universalidad regresiva, “por eso, cuando se propone un sistema de acceso universal a la educación superior lo que se busca, evidentemente, no es darle un privilegio al más rico. La idea es configurar un sistema público de financiamiento con ingresos recaudados a través de impuestos de carácter progresivo, para que, de esta forma, los más ricos financien progresivamente la educación de los más pobres” (Salgado, 2019, pp.230-231).

Es por esto que, si los estudiantes en caso de cumplir con los estrictos requisitos económicos no deben sino optar por créditos, los cuales se transforman en deudas futuras con elevados intereses, ya no siendo la educación aquella “pesada mochila que [los] estudiantes universitarios deben cargar por el resto de la vida, similares a un crédito hipotecario; se habla de buscar nuevas formas de endeudamiento” (Gutiérrez Muñoz, 2020, pp.117).

Bajo este contexto es que se forja la Propuesta Constitucional del fallido Proceso Constituyente, la cual comenzaremos a analizar desde una perspectiva crítica soslayando aspectos novedosos y cambios de paradigmas en el ámbito educacional, desde una perspectiva económico social distinta a la que nos acontece actualmente.

En el borrador de la Propuesta de Nueva Constitución, la educación se trabaja en distintas normas, específicamente desde el artículo 35 hasta el 43, reconociendo elementos importantes con innovadores aspectos. Dentro del presente trabajo de tesis trabajaremos la materia educacional según como se trata en la misma Propuesta, desglosando los artículos de la siguiente forma: i) universalidad; ii) lucro; iii) financiamiento, y; iv) otros aspectos relevantes. Creemos que desmenuzar las normas relativas a la educación de esta forma sería la más oportuna, debido a que abarca lo que son los tres pilares fundamentales bajo los que la Convención desarrolla el derecho a la educación, ya no desde una perspectiva mercantilista ni neoliberal, sino que como un derecho prestacional.

5.1.1) Universalidad

Uno de los puntos más relevantes en la materia es la universalidad de los derechos prestacionales, o al menos de sus fines, y es que estos “deben atender a la universalidad”, pero ¿qué es esta universalidad

que tanto mencionamos? Se puede entender cómo aquel rasgo que hace referencia sobre el mínimo ético asumible para toda la humanidad en el momento presente, llegando a tal punto, o al menos deberían llegar a tal, los derechos sociales (Lema, 2009, pp.182-183). Para profundizar este aspecto traeremos a colación al autor Horacio Etchichury, el cual sostiene que “la universalidad se refiere al conjunto de personas que resultan titulares de estos derechos si se da por supuesta su aceptación y su consagración en el derecho positivo vigente de una comunidad determinada, local, nacional o internacional” (2018, p.329). Sin embargo, esta universalidad puede ser mayor o menor, dependiendo de las políticas aplicadas en el Estado, si los derechos sociales están a la cabeza, pues, las políticas públicas deberán tener expansión suficiente para llegar a cada una de las personas, en cambio, una noción más restringida del alcance de los derechos permite adoptar políticas con un alcance menor (ibíd., p.330), creemos que se hubiese tomado el primer camino, y así se plasma en la propuesta constitucional, al definirse al Estado como uno social.

Sin una universalidad presente en los derechos sociales, no tenemos un deber hacia ellos, porque quienes cuestionan la universalidad de los derechos sociales lo hacen en base a quienes están obligados a proporcionar dichos servicios no cuentan con la solvencia necesaria para poder realizarlo, como ocurre en los países con menos recursos, debido a que, en principio, nadie está obligado a lo imposible, omitiendo la posibilidad de que la universalidad de los derechos humanos, significa también de la universalidad de los deberes (Zúñiga, 2013, p.29), por lo que una universalidad garantiza que todas las personas gozan del mismo derecho básico, sea salud, educación, vivienda, etc. Sin una universalidad no se podría hablar de un derecho social, sino más bien de políticas públicas focalizadas (Etchichury, 2018, pp.339-340).

Creemos indispensable que este acceso garantizado y, por lo tanto, universal, sea alcanzado por medio de accesos gratuitos, evidentemente dando énfasis en los méritos necesarios para el ingreso, al menos, a la educación superior. Es destacable, sobre tal idea, lo que se plasma en el numeral sexto del artículo 37 de la propuesta constitucional, pues señala lo siguiente:

“Los estudios de educación superior conducentes a títulos y grados académicos iniciales serán gratuitos en las instituciones públicas y en aquellas privadas que determine la ley”.

Lo anterior debe ser complementado con el artículo 36, específicamente en el numeral séptimo de la Propuesta, donde se sostiene que el Estado “articulará, gestionará y financiará un sistema de educación pública de carácter laico y gratuito”.

A los numerales anteriores queremos darles el mayor énfasis que merecen, pues, son el pilar fundamental para el acceso de las personas que cumplan con los requisitos, porque, en nuestro sistema actual, cada universidad, e incluso las universidades estatales, pueden determinar los aranceles que cobrarán a sus estudiantes. Donde las universidades estatales cobran aranceles bastante similares a las universidades privadas. Quedando sólo quienes pueden pagar el arancel exigido son quienes pueden acceder a estudiar en la educación superior (Salgado, 2015, p.82). Ello demuestra que evidentemente hay una barrera económica en la entrada, pues la educación superior en tanto derecho, no es posible ejercerlo en la medida que no se cumpla con los niveles socioeconómicos pertinentes, sin perjuicio de que las pseudo ayudas estatales son para un porcentaje pequeño del universo estudiantil, debiendo la gran mayoría optar por un sistema crediticio para financiar sus estudios, el cual no cubre completamente los aranceles, o lisa llanamente optar por trabajar sin poder ingresar a la educación superior.

Es por esto que se evidencia el gran cambio de paradigma que propone la Convención Constituyente, debido a que, por un lado, tenemos la actual Constitución que, en relación a la educación superior, sólo somete al Estado al deber de fomentar a la ciudadanía a que se presten los servicios educacionales en todos sus niveles, más no un acceso, mientras que, por otro lado, con las normas que aparecen en el borrador y hemos indicado previamente, se despejan todas las dudas con respecto a la educación superior, generando finalmente este aspecto de universalidad necesario en un derecho fundamental para el desarrollo humano y sus fines dentro de la sociedad, el cual debe ser complementado indudablemente con el nuevo concepto de educación, que “es de acceso universal en todos sus niveles y obligatoria desde el nivel básico hasta la educación media inclusive”. Es decir, se prescribe expresamente el carácter de universalidad en el acceso, más no en la obligación de otorgar un título técnico profesional o universitario, puesto que no es un derecho a título, sino que a la educación, específicamente en el acceso a ella, el cual creemos se desarrolla en la práctica a través de la gratuidad, tanto en las universidades públicas, como privadas señaladas por ley.

Consideramos que el aspecto de universalidad es un rasgo sumamente importante, como hemos indicado, y es la Propuesta un intento de cambiar el paradigma por medio de la instauración de derechos sociales y, principalmente, un Estado Social, pues sumado a las disposiciones objeto de análisis, el artículo 36 N°3, sostiene que los establecimientos pertenecientes al régimen común “no podrán discriminar en su acceso”, generando nuevamente de forma expresa en el ámbito de libre

ingreso para ejercer este derecho, lo que quiere decir que todos y todas podrán gozar de educación en los establecimientos.

Para finalizar el punto de la universalidad en la educación tomado por la Propuesta es relevante lo que se ve en el numeral cuarto del artículo 37, al sostener lo siguiente:

“En cada región existirá, al menos, una universidad estatal y una institución de formación técnico profesional de nivel superior estatal. Estas se relacionarán de manera coordinada y preferente con las entidades territoriales y servicios públicos con presencia regional, de acuerdo con las necesidades locales”.

Creemos en la intención de descentralizar país, haciendo un mayor énfasis en el trabajo de las regiones, siendo muy interesante la composición del artículo ya que, nuevamente, genera una obligación para que el Estado deba cumplir con un acceso igualitario, ya no desde la perspectiva de cualidades o condición económica, sino, con una característica geográfica. Bien sabemos que nuestro país se destaca por tener una distribución geográfica compleja, la cual dificulta los traslados a la medida que nos alejamos de Santiago, por lo mismo indudablemente genera una innovación para dar garantías de que, todos aquellos jóvenes que quieran hacer uso de su derecho educacional lo puedan ejercer sin la limitante de traslados, lo que era un pensamiento que tenía el Profesor Nogueira hace 14 años, sosteniendo que la educación debe tener una “localización geográfica de acceso razonable” (2008, p.267)

El trabajo realizado en la nueva propuesta constitucional nos parece prolijo a la hora de plasmar el acceso universal a la educación en este nuevo Estado chileno que se propuso.

5.1.2) Lucro

Uno de los puntos a resaltar es la prohibición expresa de toda forma de lucro, en las disposiciones del artículo 36 N°3 y en el 37 N°1 de la Propuesta rechazada, lo que está en concordancia con los puntos anteriores en relación al Estado social y al distanciamiento del principio de subsidiariedad, debido a que el ente estatal debe garantizar el acceso universal e igualitario a la educación, generando un cambio radical con el sistema actual, pues, éste no prohíbe expresamente el lucro en la Constitución, siendo claramente practicado por muchos establecimientos educacionales, donde estos son vistos como una empresa más.

Si bien la idea de la prohibición del lucro ya aparece en nuestro sistema en la Ley N°21.091 sobre gratuidad en la educación superior, que esté presente, y de manera expresa en la Constitución genera una relevancia y deber mucho mayor, por la fuerza normativa que tiene una norma constitucional por sobre la legal.

Sin embargo, dicha prohibición que se establece fue borrada de una pincelada por parte del Tribunal Constitucional, al considerar que se afectan distintos derechos, entre ellos, el de propiedad (STC N°4317-18). Nuevamente en nuestra historia constitucional presente, el paradigma neoliberal resguardado por el Tribunal Constitucional es impuesto por sobre los derechos sociales de las personas, por más que se intentará avanzar hacia ellos a través del debate político democrático, siendo de vital importancia que una Nueva Constitución haya alcanzado el cambio de paradigma y, de este modo, evitar los innumerables procesos que terminaron desechados por no adecuarse principalmente al principio subsidiario.

5.1.3) Financiamiento

En el texto de la fallida Propuesta Constitucional, la Convención establece una forma principal de financiar los derechos sociales, puesto que, como se expresa en el artículo primero de esta, la elección política será que Chile es un “Estado social y democrático de derecho (...). Se constituye como una república solidaria (...). Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el goce de los derechos y la integración de la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo”.

Con la disposición constitucional anteriormente expresada, se genera una obligación para la administración estatal en relación con el modelo económico que se está optando, debido a que, como hemos indicado latamente en el presente trabajo, el Estado social responde a aquella intervención estatal en los sectores claves de la economía de mercado, es decir, sin dejar de lado el esquema de la oferta y la demanda, el ente estatal se encarga de vincular los beneficios capitales con las opciones políticas que ha escogido la comunidad política por medio del reconocimiento material de los derechos fundamentales (Viera, 2014, p.465), provocando una mayor democratización en la sociedad.

En consecuencia, al generar este deber prestacional del Estado, el cual debe responder a aquellos principios mínimos y rectores contemplados en la Constitución económica, el diálogo político deberá

propender a alcanzar las tareas que se plantean en las normas de derechos fundamentales, en este caso el derecho a la educación. De igual manera, profundizaremos más a este respecto sobre el costo de mantener y proteger derechos en el apartado final. Lo relevante es que se logra de alguna forma dejar de observar a los derechos sociales como beneficios, que es lo que ocurre con nuestro modelo actual (Lovera, 2019, p.119)

La Propuesta Constitucional señala también otro principio rector, que no necesariamente va aparejado con el concepto de Estado social, pero sí al ser reconocido se genera una mayor democratización dentro del contexto político, porque el Estado pasa desde su lógica prestacional, sin dejarla de lado, a tener como guía a la solidaridad para que, de alguna forma, se equilibre la desigualdad económica entre los distintos grupos de la sociedad y, además, se recupera a aquel grupo más vulnerable de nuestra sociedad (Viera, 2014, p.466), aquel sector vulnerable que hoy en día se encuentra abandonado, a merced de los vaivenes del mercado, abandonados en sus necesidades.

Sobre lo mismo, Jesús Gómez García postula que la elección de “políticas sociales solidarias” por parte de la comunidad política “resultan aceptadas por todos en la medida en que se han transformado en un derecho social” y ya no se toma como un “acto de justicia caritativa”, de esta forma se redistribuyen los “costes que supone la seguridad social, la capacidad para depender de uno mismo” (1995, p.270). Con esto, el autor quiere decir que, si lo conectamos con lo que hemos hablado del Estado social y nuestro actual modelo neoliberal, compartimos los costos de los derechos sociales ahora como un derecho puro, y ya no se tiene como aquel beneficio que es entregado al que menos tiene como si de un acto altruista y generoso se tratase, sino que se costea por parte del Estado en favor de los individuos en tanto son seres humanos, titulares de derechos fundamentales.

Ahora bien, sobre las formas de financiar el derecho a la educación, son varias las opciones que puede tomar la administración estatal para lograr dicho cometido, como lo es la implementación de más impuestos progresivos, siendo esto una demostración importante de la solidaridad como principio constitucional económico, “sistema en el que si bien los ricos no pagan cuando acceden a las prestaciones”, ya que, como dijimos, la gratuidad es universal, “son los que más contribuyen, por la vía de impuestos, a su financiamiento” (Salgado, 2019, p.232). Otra opción de financiamiento sería por medio de seguros sociales, o sea, mecanismos en los que se desvincula el acceso al derecho con el poder económico de los sujetos, situación en la que el acceso es gratuito para todos, sin perjuicio de

que se contribuirá al financiamiento no de igual manera, sino que en la medida de los ingresos monetarios de cada uno (ídem).

Para finalizar el punto, queríamos hacernos parte de la propuesta de un impuesto especial progresivo a los graduados de la educación superior, idea acuñada a Claudia Sanhueza y Fernando Atria (2013, pp.8-13): Se parte de la base de que el derecho a la educación no es un bien de mercado, sino que es un derecho social, por ende, la educación debe ser pagada en vistas a la calidad de la misma, la que es universalmente garantizada. Por lo tanto, desde aquí se tiene un impuesto que es para todos pagando en proporción a los ingresos del egresado de la educación superior y es aplicado a todos los estudiantes, en consecuencia, sería la única forma de financiar los estudios superiores. Con estos dos puntos fundamentales, la educación superior sería gratis para todos, siempre, en cuanto no se debe pagar para recibir este derecho social.

Entonces, luego de acceder gratuitamente a los estudios superiores, los egresados dentro de un plazo determinado pagarán el impuesto especial, el cual será calculado sobre los ingresos económicos de cada uno, con una tasa progresiva, que va desde el 0% hasta el 10%, es decir, los pertenecientes a la tasa más alta del impuesto seguirán pagándolo a pesar de que su contribución sea similar al gasto universitario, puesto que la idea de solidaridad no es que se pague lo que se gasta, sino que se contribuya al sistema; “todos asumimos la carga de financiar el sistema” (ibíd., p.11). Con ello, son todo ventajas en cuanto a que, primero, la gratuidad se tornaría viable por ser un impuesto que no pagan todos, sino quienes estudien bajo el sistema de gratuidad universal; segundo, políticamente, se quita la presión de que *siempre hay cuestiones más prioritarias para financiar*, porque el impuesto tiene como destino específico el financiamiento del sistema educacional superior, y; por último, la gratuidad universal pasa a ser autosustentable y estable, sin depender de la oferta o la demanda, como sí ocurre con un sistema crediticio (Salgado, 2019, p.234)

5.1.4) Otros aspectos relevantes

En este apartado trabajaremos de manera conjunta la inclusión, junto con el reconocimiento constitucional del Sistema Nacional de Educación y, por último, la calidad de la entrega prestacional del derecho a la educación, además de otros artículos innovadores en esta materia a nivel nacional.

En primer lugar, la inclusión dentro de la educación en la fallida Propuesta Constitucional destaca en su artículo 35, pues prescribe como uno de sus fines a la prevención de la violencia y la discriminación, en el numeral tercero, a lo cual agrega que uno de los principios rectores de este derecho será el de “no discriminación”, e incluso se señala expresamente el principio de inclusión en dicha disposición.

Lo anterior genera un reconocimiento expresamente constitucional a las personas que poseen una condición de discapacidad en nuestro país. Chile a lo largo de su historia no se ha caracterizado por ser una nación inclusiva, pero en el año 2008 el país ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha Convención señala en su artículo 24, que los “Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidades a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida”. Frente a esto nos preguntamos, ¿dónde reconoce Chile el derecho a las personas con discapacidad a la educación? Bien sabemos que en la constitución actual esto no se encuentra, al menos de manera expresa. La respuesta la encontramos principalmente en el Decreto N°83-2015, normativa aquella que aprueba criterios y orientaciones de adecuación curricular para estudiantes con necesidades educativas especiales de educación parvularia y educación básica.

Otras normativas como la Ley General de Educación (Ley N°20.370 de 2009) sólo hace alusión a personas con discapacidad en su artículo 3 letra d), al señalar que, dentro del principio rector de equidad cuyo fin es propender a que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades para recibir educación de calidad, se hace un pequeño hincapié a que se haga “con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial”.

Por su parte, la Ley de Inclusión Escolar (Ley N°20.845 de 2015, que además elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro), expresa más bien un cambio en la manera de ingreso a la educación, la cual vendría más de la mano con el apartado de universalidad desarrollado previamente en esta tesis, pues, elimina la selección de alumnos para acceder a los establecimientos educacionales, más no emplea cambios sociales, culturales o estructurales en materia de discapacidad en lo que refiere a la educación.

Es por todo esto que, el reconocimiento constitucional se hace tan meritorio generando una igualdad material en cuanto el derecho a la educación llegará a aquellos ciudadanos que a lo largo de nuestra historia han sido excluidos, dejando de lado la igualdad meramente jurídica como sostiene el Profesor

Atria, puesto que considera que la actual exigibilidad de los derechos sociales se basa en “el viejo derecho a la igualdad formal, el derecho a la igualdad que aparece en la declaración francesa de 1789 y la americana de 1776” (2004, p.45). Sobre la misma, la supremacía constitucional como principio rector del Estado de derecho moderno provocaría a que la tendencia legal cambie, por lo tanto, temas de relevancia en relación a los derechos sociales como lo es la inclusión y los otros abarcados en este trabajo, consideramos que debieran ser reconocidos constitucionalmente en cuanto a que si no hay tal directriz para el Estado, se ha demostrado que no existe voluntad política para que ello se haga de otra forma, porque a pesar de que exista una Convención internacional que obligue a los Estados Partes, de cierto modo, estamos bastante al debe en estas materias, sobre todo en la inclusión y respeto a la diversidad.

Las normas anteriores deben ponerse en concordancia con un tema que está inmerso en la inclusión, como lo es la educación sexual y el respeto de las identidades de los estudiantes, pues, creemos que si bien nuestro país ha ido hacia una evolución progresiva en materia de identidad sexual aún está al debe en materia de reconocimiento legal para dichos grupos, al menos en materia educacional, no pudiendo ejercer el derecho como se debería. Es decir, el derecho de educación para las diversidades sexuales quedaría en un segundo plano, al ver vulnerado o, al menos, perturbado el ejercicio de este derecho, aun cuando asisten a centros educacionales. Sobre el mismo, siguiendo la doctrina en favor de los derechos para la comunidad LGTB, consideramos “que parte del problema radica en que si bien mucho se habla y teoriza sobre educación, dicha teoría llevada a la práctica no logra satisfacer las necesidades de todos los estudiantes, quedando los sujetos LGTB entre los grupos minoritarios cuyas necesidades no se puede o no se quiere atender. Todo ello conlleva, a su vez, a que se vulneren sus derechos en la tarea de ser reconocidos” (Ramírez y Contreras, 2016, pp.251).

Debido a ello es que un reconocimiento constitucional generaría mayor protección y un resguardo expreso de estos grupos en materia educacional, siendo la Propuesta divergente en esta materia, en comparación a la Carta Fundamental del 1980, puesto que se desarrolla, en el artículo 40, “el reconocimiento de las diversas identidades y expresiones del género y la sexualidad; que erradique los estereotipos de género, y que prevenga la violencia de género y sexual”; por consiguiente, se generaría una igualdad en el ejercicio del derecho mismo, “ya que las prohibiciones de discriminación suponen ser una materialización de la promesa constitucional de un trato igualitario” (Coddou, 2019, p.169). O sea, expresamos y compartimos la intención de la Convención al buscar de distintas formas la justicia social y la igualdad material, en este caso, por medio de prohibición a nivel constitucional de

discriminaciones relacionadas a las diversidades sexuales, además de que se marca un inicio para que la administración estatal sea tendiente a generar normativas que permitan la inclusión, porque una sociedad democrática que está atenta a las interacciones entre ciudadanos y necesidades de los mismos, por medio de la inclusión entre los mismos, es eso: una democracia (Lovera, 2019, p.116)

Junto con la inclusión, queremos destacar la idea de agregar un Sistema Nacional de Educación, el cual se encuentra presente en el artículo 36 del fallido Texto Fundamental, donde se señala cómo se compone, sus principales fines y pilares —como el financiamiento, ya trabajado en el apartado anterior. Esto genera una innovación, pues, si bien el CNED existe desde 2012, y según su página web “El Consejo Nacional de Educación (CNED) es un organismo autónomo del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Educación”, el reconocimiento constitucional nos da cuenta de una formación integral del derecho de educación en la Propuesta Constitucional, donde se busca superar lo que Domingo Lovera señaló como un problema en relación con las exclusiones estructurales, puesto que serán superadas por el rol activo del Estado al garantizar y entregar una igualdad material a todos los ciudadanos del país, no siendo ahora la mera igualdad de acceso, sino que también en la calidad y universalidad del mismo (2019, pp.112-113).

Ahora bien, terminando este punto sobre la educación, nada más nombrar que la voz “calidad” aparece en el artículo 35.5 del rechazado texto, señalando que la educación en tanto derecho social se encamina hacia la calidad, pero no sólo ello, sino que la definen como “el cumplimiento de sus fines y principios”, sin perjuicio de que se genera un mandato al legislador para que él sea quien establezca como materializar dichos fines y principios. Bajo la misma idea, Ramón Pérez Juste habla de que la calidad se trataría de “formar integralmente al ser humano”, concepción de la cual desprende dos nociones más, que sería la personalización como construcción de la persona, para alcanzar su plenitud, atendiendo a sus necesidades por medio de su individualidad, y; la pertinencia social, o sea, el sistema educativo debe responder a las necesidades de la sociedad y un sentido de pertenencia con la realidad (2005, pp.15-16).

5.2) Salud

El segundo derecho social que queremos resaltar en la Propuesta fallida de la Nueva Constitución es la prestación de salud. Bien sabemos que un aspecto tan relevante como es la salud debe garantizar un

piso al menos mínimo para todas las personas de una nación, pues, ello conlleva a un mejor estilo de vida y mejor realización de todos los aspectos en ella.

En nuestra actual Constitución el derecho a la protección de salud se encuentra en el artículo 19 número 9, entregando cinco incisos para su desarrollo, donde se sostiene lo siguiente:

“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”.

Dentro del artículo en cuestión encontramos aspectos relevantes como lo es que el Estado garantiza la ejecución de acciones de salud y a su vez la libre elección del sistema en los individuos, que ha sido el fundamento de las acciones de protección “Reconoce, a continuación, el derecho a elegir el sistema de salud, estatal o privado, al que acogerse, siendo este último inciso el único que podría garantizarse por la vía judicial, a través del Recurso de Protección” (Zúñiga, 2011, p.41). Pero no se habla bajo ningún caso de una garantía de acceso, ni tampoco de que las personas por sí mismas poseen dicho derecho. Esto genera en palabras del Profesor Atria que “el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a todos”, en cuanto una comunidad que se preocupa de sus individuos y no de manera individualista y egoísta, “se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes” (2004, p.44).

En conclusión, el derecho prestacional se torna solamente en su ámbito individual, ya que, lo que llega al tribunal no es un derecho social, sino una demanda privada, donde si es acogida se toma el interés particular, en desmedro de los demás ciudadanos, lo que no es más que otro resabio de estar en una

sociedad de mercado, volviendo individual incluso lo que debiese ser social. En cuanto nos referimos al ámbito individual del derecho social, debemos recordar que los derechos fundamentales siguen dos concepciones; una individual, donde el derecho fundamental es ejercido de manera específica por cada uno de los titulares del mismo; otra más general, donde el derecho fundamental reconocido en la Constitución debe ser respetado por el ordenamiento jurídico en su conjunto, junto con los órganos del Estado, debiendo ser una pauta de acción que se debe seguir y no perturbar (Tórtora, 2010, pp.171-174).

Por esto queremos resaltar los cambios que podrían haberse generado con la Propuesta. El derecho a la salud se encuentra contenido en el artículo 44 bajo once numerales, donde nuevamente trabajaremos los puntos más innovadores y con mayor impacto social. Sin embargo, queremos precisar algunos puntos. ¿Qué es el derecho a la salud? El derecho a la salud es un derecho social, el cual está inmerso en los derechos económicos, sociales y culturales que a su vez son derechos fundamentales (Squella, 2005, p.131). Siguiendo al profesor Squella debería hablarse de un derecho a la “atención sanitaria”, pues etimológicamente hablando el derecho a la salud no podría ser viable, pues, el Estado no puede dar garantías de una nación enteramente saludable (ibíd., p.124), donde este derecho a una atención sanitaria consistiría en ofrecer servicios destinados a prevenir, mantener y recuperar la salud (Zúñiga, 2013, p.20).

En base a lo anterior es que analizaremos los aspectos más relevantes del artículo 44 de la Propuesta fallida de Constitución.

5.2.1) Reconocimiento del derecho a la salud

En primer lugar, tenemos el reconocimiento del derecho a la salud —o asistencia sanitaria, como se precisó— en el numeral primero se estipula lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la salud y bienestar integral, incluyendo sus dimensiones física y mental”.

Este punto hay que relacionarlo con la universalidad trabajada en acápite de educación, pues, ambos derechos —creemos— van de la mano. En este numeral, la que hubiese sido nuestra Constitución, garantiza de manera expresa que cada persona del Estado tiene el derecho a la salud, desmarcándose de una garantía de elección como se vio en el último inciso del artículo 19 número 9, amparado en el

recurso de protección, puesto que “lo que se protege a través del recurso de protección es la libertad de elegir el subsistema de salud al que se quiere optar” (Allard, Hennig y Galdámez, 2016, p.101).

Por lo que podría existir una aplicación directa del derecho, al tener reconocimiento constitucional. Esto es de suma relevancia, pues “el principio de aplicación directa de los derechos fundamentales implica que su eficacia es independiente de la existencia o no de una ley que los regule y que son derechos que deben ser reconocidos de oficio por parte de los servidores públicos, en particular, de los jueces. En el Estado Constitucional, los derechos son atribuciones, facultades o potestades independientes de la legislación común, puesto que adquieren valor jurídico de la propia Constitución y los instrumentos internacionales” (Zúñiga, 2011, p.43).

5.2.2) Obligaciones estatales y presupuesto en salud

En segundo lugar, queremos señalar el numeral tercero, pues se sostiene que 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”. Este artículo nos parece fundamental como base estructural para lo que es el derecho a la atención sanitaria, debido a que está en concordancia con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue suscrito por Chile en el año 1996. En dicho Pacto se sostiene, en su artículo 12.1, lo siguiente: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Si la Propuesta Constitucional hubiese sido aprobada por la ciudadanía, hubiese generado un mandato para el Estado, puesto que Chile en materia de salud tendría que guiar sus acciones todo lo posible por generar condiciones necesarias para el más alto nivel, lo que nos permite creer que de alguna forma se hubiese generado el impacto, primeramente, en presupuestos hospitalarios para poder suplir las necesidades materiales de los centros de salud, por ejemplo, con los insumos y el personal necesario para brindar atención de calidad, entre otras cosas. Esta sería una clara forma de materializar el derecho a la atención sanitaria.

En cuanto al presupuesto para financiar el derecho a la salud, consideramos, siguiendo a Alejandra Zúñiga, que es una decisión netamente política el proporcionar los recursos para los gastos en derechos fundamentales, como también ocurre con el derecho social de asistencia sanitaria, puesto

que se deben tomar “decisiones trágicas” para ver que enfermedades se prioriza el gasto por sobre otras (Zúñiga, 2013, pp.11-12). En consecuencia, si el canon de la Propuesta en esta materia es alcanzar el más alto nivel posible en materia sanitaria, tanto el legislador como la administración pública deberán tener sumo cuidado en aplicar dicha disposición en la etapa presupuestaria para así poder cumplir con los estándares establecidos por la norma constitucional.

5.2.3) Financiamiento

En tercer lugar, en lo que concierne al financiamiento del derecho social, la Propuesta en el inciso noveno del artículo 44 se prescribe la siguiente normativa: “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”.

En este punto es que se señala que el derecho a la atención sanitaria, el cual está compuesto por el Sistema Nacional de Salud, se financiará en base a las rentas generales de la nación y que “adicionalmente la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias a empleadores o trabajadores”, lo que es un ingreso para el Ministerio de Salud que, a 2022, las imposiciones ascienden a un monto de \$1.693.027.138⁷.

Siguiendo con el punto, es que la salud será financiada por impuestos e ingresos que posee el país — lo que no es nuevo— puesto que en base a que Chile se pretende como Estado social, los impuestos debieran apuntar a ser progresivos, como ocurre con el sistema de salud inglés llamado “National Health Service”, el que se sustenta a base de este tipo de impuestos, donde es un sistema gratuito para todos, pero son los ricos quienes más contribuyen tributariamente al financiamiento, ya que, la lógica de los impuestos progresivos es que la tasa bajo la cual se calcula la base va subiendo en relación con las ganancias, mientras ellas suban, o sea, es directamente proporcional la ganancia con la tasa tributaria (Salgado, 2019, pp.231-232).

De esta manera queremos resaltar el aspecto de solidaridad que se señala en el inciso noveno, porque, en caso de que la ley obligue a las cotizaciones éstas irán a un fondo que será el regulado o administrado

⁷ Ver más en la Ley de Presupuestos de 2022.

por un órgano estatal, el cuál será regulado por normativa legal. Este aspecto de solidaridad es aquel que compone un Estado social, plasma un derecho prestacional, ya que en la medida que es universal y gratuito debe ser necesariamente financiado por aquellos que poseen más, para que aquellos que están en una desventaja monetaria puedan gozar de lo básico, independientemente de cuánto dinero o estatus poseen. Eso mismo se puede traducir en que, “cuando se trata de derechos sociales, la diferente capacidad de pago, la desigualdad de rentas monetarias no tiene consecuencias en estos ámbitos: en ellos es como si todos tuviésemos las mismas rentas, rentas reales, porque el dinero que cada uno tiene ya no es un criterio que determina el acceso y la calidad de la prestación” (Salgado, 2015, p.223). Este aspecto de solidaridad muchas veces es aquel que pone en jaque el avance social, pues los pensadores más neoliberales que están inmersos en una lógica de mercado sostiene que puede llegar a ser injusto, o que no es meritario, y es acá donde nuevamente tomaremos a Rawls en base a su opinión con los bienes sociales primarios, los que, para él, deberán ser distribuidos de igual manera, siendo distinto sólo en la medida que todos o algunos de esos bienes generen una ventaja para los menos favorecidos (1975, pp.40-45). Bajo el mismo ideal del autor, que existan desigualdades que permitan beneficiar a todos, por medio de acciones socialmente útiles, dichas desigualdades serán aceptadas por todos en cuanto son solidarias (Zúñiga, 2013, p.57), de este modo para poder avanzar a una sociedad más justa —entendida en clave de Rawls— ciertas personas deben ceder para ayudar a los grupos menos favorecidos.

5.2.4) Prestadores

Como cuarto punto relevante, se destaca el inciso séptimo y cuarto del mismo artículo que hemos nombrado en relación con este derecho. El inciso séptimo, estipula que lo que es 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”.

Debido a lo señalado es que se reconoce constitucionalmente por la Convención lo que se señala actualmente por la Superintendencia de Salud, en base a que el actual Sistema de Salud está compuesto de manera mixta, al tener, por un lado, a Fonasa y, por el otro lado, a las Isapres, siendo pública y privadas, respectivamente. Aún con lo señalado respecto al financiamiento, el Sistema sigue teniendo la mixtura que está presente hoy, empero, como la propuesta fue rechazada, no podemos resolver dudas de cómo el legislador hubiese profundizado dicha mixtura, los requisitos para la integración del

privado; cómo se hubiese generado el financiamiento del privado perteneciendo al Servicio Nacional de Salud; como la solidaridad podría haber influido en aquello. Lo relevante acá es que, a pesar de que la idea globalizada en el universo votante en favor del rechazo creía lo contrario, no existe la expulsión del privado del Sistema de Salud, porque, sin perjuicio de las mejores e innovaciones en materia sanitaria, la Convención mantuvo la mixtura.

Por su parte, el artículo cuarto señala lo siguiente: “Corresponde exclusivamente al Estado la función de rectoría del sistema de salud, incluyendo la regulación, supervisión y fiscalización de las instituciones públicas y privadas”. Aquí es menester resaltar que será el mismo Estado quien regula, supervisa y fiscaliza, lo que genera nuevamente un mandato para el buen desarrollo del derecho prestacional en función de la sociedad, porque se trata “de un derecho que apela y exige una actuación de los poderes públicos a través de la institucionalidad sanitaria pública y de regulaciones, estímulos y controles sobre el sistema privado de salud con el que dicha institucionalidad pública que exista” (Squella, 2005, p.125).

El punto de la regulación estatal se vuelve relevante sobre todo por la mixtura señalada anteriormente, puesto que la existencia de ambos modelos podría generar ciertas cuestiones, tales como las objeciones de Alejandra Zúñiga, autora que sostiene la idea de que, la coexistencia del privado con el público, provocaría que los mejores proveedores se fueran al sistema privado, aumentando el costo de los bienes sanitarios, por lo que reduce la posibilidad del Estado de cumplir con la obligación de prestación, socavando el mantenimiento sanitario decente para todos (2013, pp.14-15).

5.2.5) Salud mental.

Por último, señalaremos el numeral once del artículo 44, estipulando que el “Estado generará políticas y programas de salud mental destinados a la atención y prevención con enfoque comunitario y aumentará progresivamente su financiamiento”. La salud mental en Chile es un tema que con el pasar del tiempo ha cobrado más relevancia, sin embargo, nuestro país no contaba con una Ley de Salud Mental hasta 2021 (Ley N°21.331 de 2021) fue publicada en el diario oficial el 11 de mayo de dicho año, lo que sienta las bases de una progresión y atención a sectores inhibidos por años. Que el derecho a salud mental esté reconocido en la Constitución no hace más que estar en concordancia con el numeral primero de este mismo artículo, y con el pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya mencionados.

El inciso en cuestión sostiene que se aumentará progresivamente su financiación, lo que se condice con los derechos sociales y su carácter de progresividad que está reconocido en el derecho a la salud en el pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que significa que los Estados tienen una obligación de moverse específica de moverse tan rápido y efectivamente les sea posible hacia la plena realización del derecho a la salud (Squella, 2005, p.127). Esto creemos hubiese sido un gran avance en materia sanitaria, en cuanto se genera una exigibilidad material del derecho a la salud mental —entendido en la doble composición que señala (Tórtora, 2010)— y a su vez un imperativo para el Estado de ser garante de un aspecto que podría haberse entendido subsumido en el derecho atención sanitaria de manera general, pero la Convención optó por ser más específica y darle un reconocimiento expreso.

Con respecto al derecho a la atención sanitaria finalmente creemos que hubiese sido una gran oportunidad para dar un salto significativo en materia de derechos sociales, entendidos con sus cualidades de universalidad, solidaridad, igualdad y gratuidad. Como bien trabajamos anteriormente, hoy el derecho a la salud no es más que un derecho a elegir qué modelo queremos como ciudadanos, el cual se ejerce a través de la acción de protección que la convierte en un derecho subjetivo, dicho derecho fue dotado de contenido claro por la reforma del AUGE, dotando de un mínimo sanitario decente por las enfermedades del GES, y dio los lineamientos a los tribunales para fallar. En síntesis, “antes del AUGE la norma constitucional era vista como meramente programática, al no disponer de un contenido claramente definido ni de mecanismo alguno de protección, puesto que la ley establecía que toda necesidad sanitaria se atendería con los recursos físicos y humanos de que se dispongan, en la actualidad es posible sostener que las GES —garantías explícitas de acceso, calidad, oportunidad y costo— para el conjunto priorizado de prestaciones sanitarias predefinidas, constituyen el núcleo del derecho constitucional a la salud reconocido por la Carta Fundamental, y que dicho derecho debe, además, asegurarse sin discriminación” (Zúñiga, 2011, pp.60-61). Por lo que el cambio pudo ser sustancial, dotando de contenido y exigibilidad el derecho no en base a una ley ni reforma, sino, por medio de nuestra Carta Fundamental que, lamentablemente, fue rechazada.

6) La responsabilidad fiscal como principio y como límite

Sobre la idea de que la aplicación de los derechos sociales conlleva un gasto monetario a nivel estatal de gran importancia, surge el principio de responsabilidad fiscal. En principio, la responsabilidad corresponde a aquella institución tendiente a reconocer y aceptar las consecuencias de los hechos realizados, la cual puede revestir distintas modalidades: de tipo política, penal, administrativa, civil y fiscal. En este caso, la especie de responsabilidad fiscal correspondería a aquella que se hace cargo del daño económico proveniente por la administración por una indebida gestión administrativa, habiendo una relación de causalidad entre esta actuación imputable al Estado, o algún privado que maneje fondos públicos, y el daño que se genera es en contra del propio patrimonio estatal (Restrepo, 2001, pp.75-77).

Ante la misma idea, cada Estado moderno, dentro de sus cartas fundamentales, establece un órgano administrativo encargado de monitorear el correcto uso de los recursos públicos, partiendo de la base de que, como dijimos anteriormente, el principal problema de la economía es la escasez y, por ende, dentro del presupuesto anual de cada nación para llevar a cabo de mejor manera sus funciones, el uso de los recursos públicos debe ser el adecuado, respetando los distintos principios administrativos que estén consagrados en el respectivo ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, dentro de las distintas actividades que realizan los estados, o el sector público, ellas se encuentran detalladas en documentos con miles de páginas (Stiglitz, 2000, p.24). Frente a la disyuntiva sobre la escasez de recursos frente a la infinidad de necesidades que requiere una sociedad, los economistas junto con la comunidad política se deben centrar en las insuficiencias públicas, el papel que debe tomar el Estado ante ellas y cómo influye en todas las decisiones la actividad de los privados (ibíd., p.22).

Para lograr las metas anteriores, existe la institución del presupuesto público que, en síntesis, es la planificación de la actividad financiera del Estado, que se aprueba por medio del órgano legislativo posterior propuesta del ejecutivo, y tiene un periodo anual.

El presupuesto público, actualmente, se puede analizar desde diferentes aristas: presupuesto público como instrumento estatal, en cuanto la mayor parte, si no todas, las decisiones del Estado conducen a un gasto público; como instrumento de programación económica y social, en cuanto el Estado define

el gasto público para financiar las actividades sociales; como presupuesto de administración, en cuanto estructura la ruta a seguir de la función administrativa del poder ejecutivo; como acto legislativo, en cuanto hay una participación del legislador nacional para llegar al consenso sobre el gasto público, en base a la representación política que hacen de la ciudadanía; como documento; y, finalmente, como instrumento de control, en cuanto es el eje de control de los actos de gestión y manejo de fondos públicos, por una parte, y orienta a la eficiencia de los órganos estatales, por otra parte (Pizzuto y Plaza, 2012, pp.5-6).

Bajo este orden de cosas, proponemos que la responsabilidad fiscal relacionada al gasto adecuado de los fondos públicos del Estado por parte de los órganos que lo componen es el principio y, a su vez, el límite de la aplicación de derechos sociales como tal, y no solamente como meras expectativas.

Al igual que ocurre con la actual Constitución (Guerrero Becar, 2016, p.542), la Propuesta Constituyente incorpora normas a la Constitución económica relativas al control presupuestario, siendo los principales ejes los relativos a la responsabilidad fiscal; el órgano encargado del fiscalizar y auditar los ingresos y gastos públicos, siguiendo con la figura de la Contraloría General (artículos 351 y siguientes de la Propuesta); las tesorerías del Estado (artículo 358 de la Propuesta); un sistema tributario que se funda en los principios de progresividad, solidaridad, justicia material e igualdad, teniendo como objetivo la reducción de desigualdades y pobreza (artículo 185 de la Propuesta); el reconocimiento expreso de la responsabilidad fiscal como principio de las finanzas públicas (artículo 183 de la Propuesta); entre tantos otros.

Como se puede observar de lo anterior, se puede concluir que se mantienen ciertas cuestiones, tales como la Contraloría General, pero se agregan otras relativas a los ingresos públicos, al aparecer este reconocimiento tan relevante de la progresividad en materia tributaria, debido a que, de esta forma, se pueden alcanzar las aspiraciones del Estado social relativas a la justicia distributiva e igualdad material, es decir, es una de las formas de concretar esta idea de aplicar los derechos prestacionales en cuanto ellos requieren de cuantiosos gastos públicos y es por medio de este tipo de cuestiones, como lo son los tributos o impuestos progresivos, la forma de alcanzar la distribución de los recursos (Prieto Sanchís, 1995, p.52).

En base a la premisa anterior, traducida en que la cuantía de mantener derechos sociales es demasiado costoso para los estados, lo que se observa en nuestra actual Carta Fundamental, porque los derechos sociales “no son tan preceptivos y tienden a ser obligadamente más declarativos y enérgicos” (CENC,

Acta Constitucional N°3, p.110), es más, la protección de ellos es mucho menos positiva (ibíd., p.381), lo cual se traduce en la no protección constitucional de aquellos por medio de la acción constitucional de protección del actual artículo 20. Jaime Guzmán, al igual que Enrique Evans, consideró que algunos son los derechos “susceptibles de ser protegidos por recursos semejantes. Y, en ese sentido, (...) con razón deben quedar excluidos todos los que se llaman ‘derechos sociales’ o cuya atención en forma suficiente depende de alguna manera de la capacidad económica del Estado”, por consiguiente, los derechos que son protegidos deben ser enumerados “explícitamente y no aun cuadro abierto o genérico de derechos” (CENC, Acta Constitucional N°6, p.929).

Esto se traduce en que derechos tales como el acceso a la jurisdicción, al debido proceso, el derecho a la educación y a la salud, entre otros, no se encuentren debidamente protegidos por la Constitución, o sea, no protege todos los derechos constitucionales (Nogueira, 1999, p.176).

Ante todo lo previamente planteado, nos surge la pregunta de si la opción seguida por la Constitución actual es realmente por cuestiones materiales, en tanto resulta extremadamente costoso para el Estado cubrir la materialización de los derechos prestacionales, o bien es más un opción que depende netamente del fundamento político que sigue el Constituyente de 1980.

Para empezar, la Comisión enfatiza en las Actas Constitucionales la idea de que los derechos se distinguen entre negativos y positivos; por un lado, el aspecto negativo corresponde al de “no accionar para vulnerar o impedir el ejercicio de los derechos constitucionales” (CENC, Acta Constitucional N°6, p.183); por otro lado, el aspecto positivo de los derechos corresponde a aquella obligación de actuar positivo que tiene el Estado para “generar las condiciones que hagan posible, en la mayor medida en que la realidad lo permita (...), que se ejerciten” los derechos (ibíd., p.164).

Ante esta idea, seguimos fervientemente la teoría propuesta por Sunstein y Holmes, quienes, con respecto a los derechos, consideran que todos son positivos, lo que conllevaría a que ninguno es negativo puesto que de igual forma requiere de alguna intervención positiva del Estado para que esta misma no intervención sea resguardada de alguna forma (2011, pp.55-69).

La intervención sin embargo es de carácter más o menos directo o indirecto, puesto que, si bien hay derechos que obligan de manera directa al estado para que actúe de manera positiva, hay otros que de manera indirecta generan una intervención más que una inacción, como ocurre con la protección de las libertades individuales, puesto que “el costo de la defensa de los derechos puede sumarse al precio

de imponer sus deberes correlativos” (ibíd., p.67). Por ejemplo, la libertad contractual requiere que existan organismos gubernamentales que permitan la práctica propia de dicha libertad, ya sea las notarías u otro organismo público. Lo mismo con el derecho de propiedad, claro ejemplo de un derecho liberal por antonomasia, el cual para ser resguardado requiere de un gasto nacional en políticas tendientes a su protección, como es el financiamiento de las policías, la protección a no invadir la propiedad privada ajena, los procedimientos judiciales relacionados a dicho derecho, entre otras cuestiones. “Los derechos de propiedad de los acreedores, igual que los de los propietarios de casas o terrenos, serían palabras vacías sin esas acciones positivas de funcionarios que reciben salarios de los contribuyentes” (ibíd., p.68)

El ente estatal no se abstiene, como suele compartir la doctrina liberal, ni inacciona, sino que, por el contrario, toma una postura activa y se encarga de los casos suscitados a su conocimiento. Si bien podemos decir que existe un plano de derechos en los que se prohíben acciones mientras que en otros se permiten, pero esta prohibición hace referencia más bien a los individuos privados, casos en los que se hace necesaria una acción estatal para hacer valer la libertad o el derecho fundamental (ibíd., pp.72-73).

Otra cuestión relevante de señalar es que, como dijimos, se suele postular que los derechos sociales son costosos, en comparación a los derechos civiles y políticos, sin embargo, si conectamos la idea de que los derechos son siempre positivos en cuanto requieren de una acción estatal, la riqueza de los privados solamente puede “existir gracias a las instituciones gubernamentales” (ibíd., p.48). Es inevitable para la existencia de los derechos mismos, cualquiera sea su clasificación, la participación del Estado, lo que es importante entender, puesto que se dejaría de lado la hostilidad constante que existe entre libertad e imposición de tributos, gobierno moderno y derechos liberales clásicos. Sin la existencia del gobierno, del Estado regulador o de bienestar, y los ingresos fiscales como los impuestos, las libertades más básicas serían incapaces de subsistir, es más, se entenderían abolidas (ibíd., pp.50-51).

La seguridad de la propiedad privada, de la libertad de empresa, de las inversiones extranjeras o nacionales, la libertad de expresión, el derecho a votar, la participación democrática, entre otros derechos liberales clásicos dependen de “de la capacidad del gobierno de extraer recursos de los ciudadanos particulares y aplicarlos a fines públicos. A fin de cuentas, es posible que los derechos de

propiedad le cuesten al tesoro público más o menos tanto como nuestros voluminosos programas sociales” (ibíd., p.83).

No se trata de una cuestión de Estado más grande o más pequeño, se trata de que los derechos básicos, no sólo los prestacionales, significan costos para la sociedad, los cuales son satisfechos por medio de los ingresos públicos a través de la recaudación de impuestos, o sea, todos los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones se transforman en especies de servicios sociales que son financiados por la sociedad en su conjunto y que, a su vez, son administrados, —de buena o mala manera, eso ya depende del contexto político de cada país— por los órganos estatales con el fin de mejorar el bienestar colectivo e individual (ibíd., pp.60-69).

Entonces, tal como la responsabilidad fiscal corresponde al principio y a la vez límite del ejercicio de los derechos fundamentales, partimos de la base de que esta se aplica para todos los derechos: puesto que todos los derechos son costosos. El derecho de propiedad en un sistema liberal es definido y creado por medio del ente estatal, o sea, la ilusión libertaria de que las libertades, sobre todo la económica, son equivalentes a estar libres de la intervención estatal, no es más que eso: una ilusión (ibíd., p.82). No es posible aplicar la economía de mercado tal como la conocemos hoy sin regulación estatal, porque es sólo el Estado quien puede mantener un mercado funcional ¿Por qué la mayoría las inversiones se encuentran en países con seguridad política? Suena irrisorio pensar en una inversión de capital para crear una empresa en Europa oriental, en aquellos países en los que las democracias son nuevas y sus gobiernos son inestables, pero el “problema no es el exceso de gobierno, sino la falta de éste. Cuando el gobierno [o Estado] es incoherente, incompetente e impredecible, los actores económicos no piensan en el futuro lejano” (ibíd., pp.93-94).

Por último, creemos que para ejercer cualquier tipo de derechos es necesario que se apliquen impuestos, siguiendo las lógicas de la solidaridad y progresividad, pero ello no significa que las iniciativas estatales sean siempre las más prudentes. Por ende, como comunidad política debemos optar por el régimen regulatorio más adecuado que procure alcanzar una sociedad próspera (ibíd., p.97). Consideramos que es importante alejarse de la idea que proponen economistas y juristas tendientes a evaluar todo bajo las reglas de la economía, costo-beneficio, etc.⁸, puesto que creen que

⁸ Entre ellos, consideramos a autores como Richard Posner, Ronald Coase, Gary Becker y aquellos economistas de la Universidad de Chicago que proponen la denominada escuela de análisis económico del derecho, siendo teóricos que consideran que los grandes campos del derecho común tienen el sello del razonamiento económico. Para indagar más, ver textos tales como: (Posner, 2000); (Coase, 1994).

la intervención estatal no es necesaria en ciertas áreas de la vida, al ser autosuficiente el mercado para solucionarlas, lo cual es, primeramente, un argumento que intentamos superar con las palabras anteriores y, en segundo lugar, este tipo de razonamientos terminaría avasallando toda defensa de derechos fundamentales con el argumento de que maximizar las riquezas es el objetivo primordial de la sociedad (Lamprea, 2006, p.94).

Para Sunstein, los valores humanos no son posibles de aplicar en base a las reglas métricas de la economía, pues llevaría a ideas erradas de lo que representan en cuanto derechos fundamentales (1997, pp.78-79). Si bien son aplicables reglas para medir los derechos fundamentales, tales como el test de ponderación, entre otros, no es únicamente aplicable la regla de la maximización de la riqueza, es decir, que los derechos tengan costos, no significa que ellos deban ser evaluados como si fuesen costos económicos (Lamprea, 2006, p.96). Por lo tanto, todos los derechos, sin importar de que generación de derechos fundamentales sea, tienen costos económicos para los contribuyentes de la sociedad, empero, el problema va ligado a tomar la aplicación de ellos aplicando la métrica de la maximización de beneficios a cuestiones “inconmensurables, como los derechos fundamentales” (ibíd., p.101). Si bien, bajo la visión económica, aplicar y reconocer ciertos derechos fundamentales puede ser *ineficiente*, discutir sobre cual derecho fundamental es el prioritario para cada sociedad “es una discusión filosófica y de justicia distributiva. La democracia se legitima cuando da a todos los ciudadanos la oportunidad de participar de esa discusión, expresando sus puntos de vista y poniendo de relieve el interés público” (Campos Bernal, 2013, p.348).

Conclusiones

PRIMERA. Como bien nos referimos en el trabajo, existen discrepancias dentro de la doctrina nacional e internacional en cuanto al concepto de Constitución económica, y esto por diferentes razonamientos. Al igual que cualquier noción relacionada a las ciencias sociales, es un concepto que no está exento de diferencias entre quienes estudian dicha institución jurídica, además de que se trata de una voz con muchas características y fuerza normativa, por ende, va mutando con el tiempo, viendo ello reflejado en las confusiones que han existido entre tal palabra y orden público económico, a lo cual nos adherimos concretamente a la doctrina que entiende que existe una relación de género y especie entre ambas.

Es sumamente relevante que cada comunidad política defina una Constitución económica que rijan las bases de las relaciones económicas entre Estado y privados, para que, de esta forma, se puedan sentar las disposiciones que encuentran su razón de ser en dichas normas constitucionales, tales como los principios económicos que conforman cada modelo en particular.

SEGUNDA. Concluimos que el Estado social de derecho pareciera ser la opción más benevolente a la hora de optar por un modelo estatal, en cuanto es una conformación teórica que aprende de las problemáticas que se estudiaron con respecto a los otros modelos. Somos fieles creyentes de que en el punto medio está la virtud, bajo lectura aristotélica, por ende, es la opción más viable en este caso para poder llevar un Estado moderno, siempre que se respeten los derechos fundamentales, se tomen como inicio para la construcción de una sociedad más justa en términos materiales y sin dejar de lado la opción de la economía de mercado, sin llegar a extremos de un Estado interventor en todas las áreas, pero menos un Estado que no llegue a ninguna, pues, como hemos analizado, las grandes falencias socioeconómicas, culturales y políticas que se presentan en la actualidad son provocados a partir del *laissez faire*.

TERCERA. Consideramos que existe una gran importancia sobre los derechos prestacionales o sociales, relevancia que no se le suele dar en la vida cotidiana, al menos en el contexto nacional. Esto se debe a que el modelo que heredamos de la dictadura impide que el Estado intervenga en aquellas áreas que ya son cubiertas por los privados. ¿Es ello legítimo? Antes que cualquier crítica al modelo estatal bajo el cual nos encontramos como país, primero nos preguntamos si es legítimo, más allá de cualquier argumento jurídico que se pueda soslayar, que se mantengan las directrices normativas que se impusieron durante un régimen antidemocrático.

Luego de ello, afirmamos que, luego de la investigación realizada durante esta tesis, el modelo neoliberal como opción de modelo estatal impide en gran parte la creación de medidas prestacionales gubernamentales en pos de la justicia distributiva y sustantiva. En este sentido, creemos que esta idea del Estado como mero espectador de las relaciones interprivadas debe ser superada prontamente por los países latinoamericanos, tanto a nivel chileno como del resto de estados vecinos. Las democracias en Latinoamérica son bastante incongruentes con sus modelos neoliberales y que, además, vaticinan el modelo presidencial.

Es debido a lo anterior y a la poca iniciativa en la participación política de la ciudadanía, lo que es un correlato de las malas gestiones públicas, las que, a su vez, siguen la lógica mercantilizada de que los derechos son bienes de consumo que pueden, a veces hasta de manera exclusiva, ser garantizados por privados. Ahí donde no llega la capacidad estatal, es donde comienzan los problemas políticos, sociales y económicos: se genera el descontento social.

CUARTA. En consecuencia de las históricas desigualdades económicas que florecen en nuestro país, las que generan desigualdad de oportunidades para que las personas se desarrollen de manera plena en los ámbitos de su vida en sociedad, se produce que las clases que siempre han sido marginadas de las decisiones políticas tengan menos interés aún en cultivar su información y participación cívica, lo cual es bastante lógico: Si nunca se toma en cuenta la opinión política de un grupo de la sociedad, el cual es constantemente marginado, generando en ella el sentimiento de que es avasallada por la clase política y la elite económica ¿cuál será el interés de votar y participar activamente para esperar cambios que son prometidos en todas la campañas políticas, pero nunca son concretados?

Es por ello que la aparición del Proceso Constitucional nos parece un intento institucional formidable para que las voces de las personas que siempre se consideraron marginadas fuesen escuchadas. Se pueden tener discordancias con las polémicas que se generaron con algunos participantes de la Convención durante el mismo Proceso, sin embargo, ello no debe –o no debía– empañar los cambios propuestos y el trabajo desarrollado por tantos otros constituyentes, ya que fueron avances gigantescos en materia de derechos sociales y cambios estatales profundos que habrían generado un verdadero cambio para el bien social.

QUINTA. Tomándonos de nuestra conclusión anteriores es que, hablando con bases desde la lectura y análisis al texto constitucional en correlación con lo que la doctrina ha entablado durante años, aportamos con que la redacción de las disposiciones normativas objeto de análisis de esta tesis tienen

un correcto sentido, además de razón de ser, como reacción a las desigualdades y las trabas económicas que fueron antecedentes mediatos para que se iniciara dicho Proceso.

SEXTA. Otra forma de observar la reacción a los problemas del modelo actual son las disposiciones referentes al derecho a la educación y a la salud, ambos analizados en este trabajo. Fueron varios intentos, quizás no tan profundos, que buscaron darle un carácter más prestacional a estos derechos reconocidos por la Constitución de 1980, sin embargo, las cerraduras que impiden avanzar en materia derechos sociales fueron utilizadas en todas esas ocasiones. Bajo este orden de cosas, la redacción de las disposiciones relativas a estos derechos prestacionales fue adecuada, a nuestro parecer, para darle mayor protección, reconocimiento y un resguardo real a estas.

SÉPTIMA. Como se puede observar durante la lectura de la tesis, seguimos con profundo énfasis la teoría de los costos de los derechos que propone Sunstein junto con Holmes. De aquí partimos de la pregunta, que analizamos en el cuerpo del trabajo, si los derechos sociales no son aplicados jurídicamente como derechos por una decisión política o en realidad son más costosos. Nosotros nos adherimos a la primera opción, puesto que es parte del modelo proteger aquellos derechos civiles y políticos, sobre todo los relacionados a la propiedad, gastando gran parte de los ingresos fiscales en ello, y excusándose en ello para no financiar los otros.

Somos creyentes de que no necesariamente debe medirse con la regla del costo-beneficio a niveles económicos, sino que, puede ser que la aplicación y reconocimiento de ciertos derechos signifique un gasto importante para el ente estatal, pero los beneficios que se obtienen son de carácter valorativo, es una ganancia a nivel humano, lo que trasciende si es eficiente para la economía o no.

OCTAVA. Por último, nos gustaría agregar que, a opinión personal, no se deseche completamente el texto constitucional propuesto por la Convención, es más, las intenciones de terminar con las desigualdades y los privilegios económicos son bastante nobles, siendo otros los problemas por los cuales fue rechazada. Igualmente, la última palabra siempre la tendrá la votación popular dentro de lo que es la democracia, pero no se debe olvidar que dentro de los pilares que fundan la democracia, están los medios de comunicación que informan a la ciudadanía. Medios de comunicación saludables, generan una democracia saludable.

Bibliografía

Doctrina

- AGUILAR, Gonzalo (2013). “Derechos Económicos y Sociales y sus Implicancias Presupuestarias para el Estado”. En: Mesa Latorre, Álvaro, *Problemáticas Actuales del Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor, Temuco, pp.69-82.
- ALLARD, Raúl; HENNIG, Mónica y GALDÁMEZ, Liliana (2016). “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”. En: *Estudios Constitucionales*, año 14, N°1, pp.95-138.
- ALMUNIA, Joaquín (2012). “Socialismo y mercado”. En: *Sumando Ideas. Socialdemocracia y economía*, Editorial Fundación IDEAS, Madrid, pp.45-52.
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos (2003). “La Reforma Constitucional del año 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia”. En: *Ius et Praxis*, vol.9, N°1, pp.375-401.
- ATRIA, Fernando (2004). “¿Existen Derechos Sociales?”. En: *Discusiones: Derechos Sociales*, N°4, pp.15-59.
- ATRIA, Fernando; LARRAÍN, Guillermo; BENAVENTE, José Miguel; COUSO, Javier y JOIGNANT, Alfredo (2013). *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Editorial Random House Mondadori, Santiago.
- BIDART, Germán (2002). “La Constitución Económica (Un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”. En: *Cuestiones Constitucionales*, N°6 (enero-julio), pp.3-16.
- CAMPOS BERNAL, Heber (2013). “Reseña. El Costo de los Derechos de Cass Sunstein y Stephen Holmes”. En: *Revista de Economía Institucional*, vol.15, N°29, pp.343-348.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- COASE, Ronald (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial, Madrid.
- CODDOU, Alberto (2019). “Derechos sociales en una Nueva Constitución: el constitucionalismo transformador”. En: Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos; Viera Christian, *La Constitución que queremos*, Editorial LOM Ediciones, Santiago, pp.164.-165.

- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICO, SOCIALES Y CULTURALES (1990). “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art.2 del Pacto)”. En: *Observación General N°3*, quinto periodo de sesiones 1990, pp.1-4.
- CONTRERAS, Pablo y LOVERA, Domingo (2020). *La Constitución de Chile*. Editorial Tirant Lo Blanch, Santiago.
- DURKHEIM, Émile (1987). *El Socialismo*. Ediciones AKAL, Madrid.
- ETCHICHURY, Horacio (2016). “Derechos sociales: la democracia deliberativa como clave de justificación”. En: Faira, Julio César, *Democracia. Perspectivas sociales y económicas*, Editorial Euros Editores, Buenos Aires, pp.121-155.
- ETCHICHURY, Horacio (2018). “Universalidad y derechos sociales: para una revisión constitucional de las políticas sociales en Argentina”. En: *Estudios Socio-jurídicos*, vol.21, N°1, pp.327-354.
- FERMANDOIS, Arturo (2011). *Derecho Constitucional Económico*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Noelía y MONARCA, Héctor (2022). “Escuela, del liberalismo al neoliberalismo. Tensiones entre el cercamiento y lo común”. En: *Perfiles Educativos*, vol.XLIV, N°175, pp.150-165.
- FERNÁNDEZ-LABBÉ, Juan (2013). “La Protesta social en Chile (2006-2011): conflicto social y repertorios de acción en torno a los movimientos estudiantil, mapuche y ambiental”. En: *GIGAPP Estudios/Working Papers. Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, vol. 2, N°27, pp.1-27.
- FERRADA, Juan Carlos (2000). “La Constitución económica de 1980: Algunas reflexiones críticas”. En: *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol.11, pp.47-54.
- FOUCAULT, Michel (2007). *Nacimiento de la Biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*. Edición en español traducida por Horacio Pons, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- FOXLEY, Alejandro (1982). *Experimentos neoliberales en América Latina*. Segunda edición, Editorial Cieplan, Santiago.

- GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago (1978). “El Orden Económico en la Constitución”. En: *Asociación de Estudios Empresariales*, Separata N°8, pp.7-59.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1949). “La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein”. En: *Revistas de Estudios Políticos*, N°47, pp.43-90.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1991). “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: García-Pelayo, Manuel, *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Vol.III, pp.2855-2856.
- GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian (2009). “Neutralidad, *status quo*, neutralidad del *status quo*”. En: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Políticas sociales, Programa CEPAL/Asdi, N°153, pp.35-39.
- GARGARELLA, Roberto (2020). “Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile”. En: *Nueva Sociedad*, N°285, pp.12-22.
- GÓMEZ GARCÍA, Jesús (1995). “El estado del bienestar y el reto de la solidaridad”. En: *Anales de estudios económicos y empresariales*, N°10, pp.255-276.
- GUERRERO BECAR, José (2016). *La Constitución económica chilena: Bases para su reforma*. Tesis Doctoral, Universitat de València, Valencia.
- GUTIÉRREZ MUÑOZ, Oscar (2020). “Razones del levantamiento social en Chile. Necropolítica como paradigma de Estado”. En: *Universum*, Universidad de Talca, vol.35, N°1, pp.104-126.
- GUZMÁN, Jaime (1979). “El camino político”. En: *Revista Realidad*, vol.1, N°7, pp.13-23.
- HELLER, Herman (1942). *Teoría del estado*. Edición en español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- LAMPREA, Everaldo (2006). “Derechos fundamentales y consecuencias económicas”. En: *Revista de Economía Institucional*, vol.8, N°14, pp.77-103.
- LEMA, Carlos (2009). “Derechos sociales, ¿Para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”. En: *Derechos y Libertades*, N°22, Época II, pp.179-203.

- LOVERA, Domingo (2019). “Derechos sociales en una Nueva Constitución: el constitucionalismo transformador”. En: Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos; Viera Christian, *La Constitución que queremos*, Editorial LOM Ediciones, Santiago, pp.111-130.
- LOVERA, Domingo (2022). “Tres advertencias: Tribunal Constitucional y el derecho adjetivo”. En: *Estudios Constitucionales*, vol.20, N°1, pp.27-55.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (2001). “El Estado Liberal”. En: Lucas Verdú, Pablo, *Manual de Derecho Político. Vol. I: Introducción y Teoría del Estado*. Editorial Tecnos, España, pp.56-67.
- MARTÍN, Luisa y DEL PERCIO, Alfonso (2020). “Neoliberalism, language, and governmentality”. En: *Language and Neoliberal Governmentality*. Editorial Routledge, Londres, pp.1-27.
- MEIL, Gerardo (1984). “El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”. En: *Revista de Estudios Políticos*, N°42, pp.211-225.
- MONEDERO, Juan Carlos (2017). *Los nuevos disfraces del Leviatán. El Estado en la era de la hegemonía neoliberal*. Ediciones AKAL, Madrid.
- MONTT, Luis (1978). “Orden público económico y economía social de mercado: elementos para una formulación constitucional”. En: *Revista de Derecho Económico Facultad de Derecho Universidad de Chile*, N°41, pp.111-123
- NOGUEIRA, Humberto (1999). “El Recurso de Protección en Chile”. En: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N°3, pp.157-180.
- NOGUEIRA, Humberto (2008). “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”. En: *Revista Ius et Praxis*, vol.14, N°2, pp.209-270.
- NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 4: Constitución económica, derechos patrimoniales y amparo económico*. Editorial Librotecnia, Santiago.
- PÉREZ JUSTE, Ramón (2005). “Calidad de la educación, calidad en la educación. Hacia su necesaria integración”. En: *Educación XXI*, N°8, pp.11-33.

- PIZZUTO, Felipe y PLAZA, Alejandro (2012). *Presupuesto público. Trabajo final de graduación de la Carrera de Técnico Administrativo Contable Impositivo*. Universidad Nacional de la Pampa, La Pampa.
- POSNER, Richard (2000). *Análisis económico del derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1995). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°2, pp.9-57.
- RAMÍREZ, Mónica y CONTRERAS, Sylvia (2016). “Narrativas de identidad afectivo-sexual LGTB en contextos escolares: al aparecer frente al Otro”. En: *Estudios Pedagógicos XLII*, N°1, pp.235-254.
- RAWLS, John (1995). *Teoría de la justicia*. Edición traducida por María Dolores González, Segunda edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- RESTREPO, Manuel (2001). “Responsabilidad fiscal”. En: *Estudios Socio-jurídicos*, vol.23, N°2, pp.75-95.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2016). “Principios Constitucionales del Estado Empresario”. En: *Revista de Derecho Público*, vol.62, pp.48-65
- SALGADO, Constanza (2015). “El derecho a la educación”. En: Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos; Viera Christian, *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Editorial LOM Ediciones, Santiago, pp.77-98.
- SALGADO, Constanza (2019). “El derecho a la educación en una nueva Constitución”. En: Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos; Viera Christian, *La Constitución que queremos*, Editorial LOM Ediciones, Santiago, pp.213-240.
- SANHUEZA, Claudia y ATRÍA, Fernando (2013). “Propuesta de Gratuidad para la Educación Superior Chilena”. En: *Clave de Políticas Públicas*, N°17, pp.1-15.
- SOLARI ALLIENDE (1993). “Recepción en Chile del Estado social de derecho”. En: *Revista chilena de derecho*, vol.20, N°2-3, pp.333-344.
- SQUELLA, Agustín (2005). “El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas”. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, ponencias en Buenos Aires*, pp.103-133.
- STIGLITZ, Joseph (2000). *La economía del sector público. Tercera edición*. Edición traducida por M^a. Esther Rabasco y Luis Toharia, Editor Antoni Bosch, Barcelona.

- SUNSTEIN, Cass (1997). *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press, New York.
- SUNSTEIN, Cass y HOLMES, Stephen (2011). *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Edición traducida al español a cargo de Roberto Gargarella y Paola Bergallo. Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- TEJEDOR DE LA IGLESIA, Cesar (2015). “Las falacias de la ideología neoliberal”. En: *Oximora. Revista Internacional de Ética y Política*, N°5, pp.41-62.
- TÓRTORA, Hugo (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. En: *Estudios Constitucionales*, año 8, N°2, pp.167-200.
- VIERA, Christian (2009). “Consideraciones acerca de una Constitución económica”. En: *Revista de Derecho Público*, vol.71, pp.84-101.
- VIERA, Christian (2011). *La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social. Análisis comparativo de la Constitución española y chilena*. Tesis Doctoral, Universidad de Deusto, Bilbao.
- VIERA, Christian (2013). “Aproximaciones al sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al Iusnaturalismo Escolástico y Neoliberalismo”. En: *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar*, N°9, pp.113-142.
- VIERA, Christian (2014) “Estado Social como fórmula en la Constitución Chilena”. En: *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, vol.21, N°2, pp.453-482.
- VIERA, Christian; BASSA, Jaime y FERRADA, Juan Carlos (2016). “Una aproximación a la idea de ‘Constitución Económica’ y sus alcances en la Constitución Chilena”. En: *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol.49, N°145, pp.325-359.
- VILLALÓN-MADRAZO, Kenilia (2016). “La planificación y el modelo económico cubano”. En: *Anuario Facultad De Ciencias Económicas Y Empresariales*, N°1, pp.37-47.
- ZÚÑIGA, Alejandra (2011). “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”. En: *Estudios Constitucionales*, año 9, N°1, pp.37-64.
- ZÚÑIGA, Alejandra (2013). *Equidad y derecho a la protección de la salud*. Editorial Universidad de Alcalá, Madrid.

Documentos

CENC. Acta Constitucional N°3.

CENC. Acta Constitucional N°6.

Jurisprudencia

STC N°4317-18. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Educación Superior. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Educación Superior.