

Minuta Exposición Comisión Experta – Subcomisión de DESCAs

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor Titular de Derecho Constitucional – Facultad de Derecho, Universidad de Chile

1. Catálogo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales [DESCA] en el capítulo de “Derechos Fundamentales, Libertades, Garantías y Deberes Constitucionales”

Artículo 1°:

- N°15 (Derecho a un medio ambiente sano)

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que permita la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza y su biodiversidad.

De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente.”

- N°16 (Derecho a la protección de la salud)

“Derecho a la protección de la salud física, mental y social.

El Estado protege el libre, igualitario y oportuno acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de dichas acciones, asegurando su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, de conformidad a la ley. Las acciones de salud comprenden el acceso a los medicamentos de conformidad a la ley.

El Estado deberá crear, preservar y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos y uniformes de calidad.

La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona puede elegir el régimen de salud al cual adscribirse sea este estatal o privado.”

- N°17 (Derecho a la educación)

“El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida en el contexto de una sociedad democrática.

La educación se rige por los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad, no discriminación arbitraria y los demás que disponga la ley. El Estado tiene el deber preferente de fortalecer la educación y fomentar su mejoramiento continuo, ejerciendo labores de promoción y supervigilancia. Los establecimientos educacionales creados o reconocidos por el Estado deberán cumplir estándares básicos y uniformes, de conformidad a la ley.

Se reconoce el derecho y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos o pupilos, atendiendo su interés superior. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Es deber del Estado promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a este y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media la obligatoriedad se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

La educación superior técnica y universitaria será progresivamente gratuita, de conformidad a la ley, sin perjuicio de otras formas de financiamiento.

La asignación de recursos públicos deberá seguir criterios de calidad, respeto a la libertad de enseñanza y razonabilidad.

El Estado deberá crear, sostener y coordinar una red de establecimientos educacionales pluralista en todos los niveles de enseñanza.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación. Asimismo, corresponderá al Estado fomentar la calidad de la educación en todos sus niveles y la formación cívica, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.”

- N°18 (Derecho al trabajo)

“El derecho al trabajo decente, a su libre elección y libre contratación.

El derecho al trabajo decente comprende el acceso a condiciones laborales equitativas, así como a una remuneración justa, la salud, la seguridad, el descanso y la desconexión digital, con pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador en el contexto laboral. La ley establecerá las condiciones para el ejercicio de este derecho.

Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos, así como cualquier discriminación arbitraria en el marco de la relación laboral. Asimismo, se garantiza la igualdad salarial entre mujeres y hombres en trabajos equivalentes.

Ninguna clase de trabajo está prohibida, salvo el trabajo infantil y aquellos que una ley declare opuestos a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o al interés de la Nación. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales competentes de conformidad a la ley.”

- N°19 (Libertad sindical)

“La libertad sindical. Esta comprende el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga.

El derecho a la sindicalización comprende la facultad de los trabajadores de constituir las organizaciones sindicales de su elección, en cualquier nivel, de carácter nacional e internacional y de ejercer en dichas organizaciones la adecuada autonomía para dar cumplimiento a sus fines propios, de conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafilarse de una organización sindical. Los trabajadores gozarán de una adecuada protección en contra de los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo.

La Constitución garantiza el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, el que se ejercerá dentro de la negociación colectiva en el marco de las leyes que la regulen.

La ley podrá limitar este derecho únicamente respecto de las personas que trabajen en corporaciones o empresas que atiendan servicios esenciales de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la vida y a la seguridad de las personas.

No podrán sindicalizarse ni ejercer el derecho a la huelga quienes integren las policías y las Fuerzas Armadas.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en conformidad a la ley.

- N°20 (Derecho a la seguridad social)

“El derecho a la seguridad social.

El Estado garantiza el acceso a prestaciones básicas y uniformes establecidas por la ley, resguardando a las personas de las contingencias de vejez, discapacidad, muerte, enfermedad, embarazo, maternidad, desempleo, seguridad y salud en el trabajo, sin perjuicio del establecimiento de otras contingencias por ley. El legislador podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Los recursos con que se financie la seguridad social solo podrán destinarse al financiamiento y administración de sus prestaciones.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán aprobadas por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio.”

- N°21 (Derecho a la vivienda adecuada)

“El derecho a la vivienda adecuada.

El Estado promoverá, a través de instituciones públicas y privadas, acciones tendientes a la satisfacción progresiva de este derecho, con preferencia de acceso a la vivienda propia, de conformidad a la ley.

El Estado adoptará medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial.”

- N°22 (Derecho al agua)

“El derecho al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras.

Prevalecerá el uso para el consumo humano y el uso doméstico suficiente.”

- N°24 (Libertad económica y Estado empresario)

“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la salud pública, al orden público, o la seguridad de la Nación, en conformidad a la ley.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio lo autoriza. Estas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca una ley del mismo quórum.”

- N°25 (Derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica)

“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.”

- N°26 y 27 (Libertad de adquirir bienes y derecho de propiedad)

“26. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, cuando así lo exija el interés nacional, podrá establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

27. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad públicas, la conservación del patrimonio ambiental y el desarrollo sostenible.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren

situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que deberá ser aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir a la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este numeral.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

El agua, en cualquiera de sus estados, es un bien nacional de uso público. Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”

- N°28 (Derecho a la cultura)

“El derecho a la cultura. El Estado reconoce el derecho a participar en la vida cultural y científica, promoviendo el desarrollo y la divulgación de las artes, las ciencias y el patrimonio.

El Estado promueve, fomenta y garantiza la relación armónica y el respeto de todas las manifestaciones de la cultura bajo los principios de colaboración e interculturalidad.”

- N°30 (Derecho de los consumidores)

“En su condición de consumidores, el acceso de bienes y servicios de forma libre, informada y segura. La ley regulará los derechos y deberes de consumidores y proveedores, así como las garantías y procedimientos para hacerlos valer.

Es deber del Estado y de sus instituciones proteger a los consumidores ante prácticas abusivas y garantizar el ejercicio de sus derechos, de forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios.

Es deber del Estado promover y defender la libre competencia en las actividades económicas.”

2. DESCA en las “Bases Constitucionales”:

Las “Bases Constitucionales” contenidas en el documento “Proyecto de reforma constitucional que contiene un “Acuerdo por Chile” y que da origen a un proceso para aprobar una nueva Constitución”, de 12 de diciembre de 2022, se incorporaron a la Carta actualmente vigente por medio de la Ley de reforma constitucional N°21.533, que estableció un nuevo artículo 154, el cual en los puntos relevantes para este capítulo expresa:

“5. Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas. [...]

9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones; la libertad de conciencia y de culto; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; la libertad de enseñanza y el derecho - deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos; entre otros. [...]

12. Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad.”

3. Estado social y democrático de derecho. Genealogía teórica de esta forma jurídico-política de Estado:

- Estado providencia (Duguit)
- Estado social (Heller)
- Estado de bienestar (Marshall)

En el constitucionalismo social de la segunda postguerra se consolida el Estado de bienestar de postguerra, bajo condiciones muy específicas: herencia de la guerra, reconstrucción, guerra fría Este-Oeste, compromiso burgués-trabajador y del sistema de partidos en orden a preservar el capitalismo y la democracia

Los modelos comparados son, en la Europa de postguerra, la Constitución de la república italiana de 1947 (cláusula Lelio Basso -art- 3.2-), la Ley Fundamental de Bonn de 1947 (cláusula Schmid) y la Constitución de la IV república francesa de 1947, inspirada en los ideales de la cultura jurídico-política de la resistencia. En la primera postguerra también son relevantes las “modernas tendencias constitucionales” (Mirkin-Guetzévitch), que tuvieron recepción en las constituciones surgidas después de la desintegración de los imperios; en especial, la Constitución de la república alemana (Weimar, 1919) y la Constitución de la II república española (1931), en que se reconocen “cláusulas económicas sociales”, se racionaliza la democracia y se establecen poderes ejecutivos fuertes.

En América Latina, por otra parte, es modélica la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, inspirada en el “*liberalismo social*” del constituyente de Querétaro.

En la actualidad, hemos transitado del Estado de bienestar al Estado de malestar (Ramón Cotarelo, Klaus von Beyme); acicateado por la crisis fiscal del Estado (O’Connor) y la crisis financiera global de 2008, que generó un verdadero default de los sistemas de protección social en Occidente.

Hoy el desafío es un Estado social y democrático de derecho: moderno, eficiente y que optimice los presupuestos del Estado de derecho liberal y, en general, muy distante del “*new labour*” británico.

El segundo desafío es que los DESCAs tengan una garantía efectiva y un sistema de protección multinivel, respetuoso de la política estatal y de la responsabilidad fiscal.

4. DESCAs prestacionales y no prestacionales:

- 4.1. Rol del legislador democrático
- 4.2. Rol de la política, a partir de la distinción entre “*preconfiguración*” iusfundamental de los DESCAs en la Constitución y su “*configuración*” (desarrollo legislativo) por los poderes públicos (Pedro Cruz Villalón)
- 4.3. Rol de las políticas públicas de un sistema de protección social y, por ende, de las administraciones públicas.
- 4.4. Rol de los movimientos sociales, en especial de los sindicatos en el capitalismo de hoy.
- 4.5. Riesgos del activismo judicial, a nivel nacional, regional e internacional; en el amparo de DESCAs y en la “*inconstitucionalidad por omisión*”.

5. Comentario Crítico:

5.1. Selección de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

5.1.1. Derecho de protección a la salud

La norma sobre derecho a la protección de la salud es derechamente deficitaria a la luz de la cláusula de Estado social.

Nuevamente al Estado se le asigna rol de coordinador y control y más abajo al establecer el deber del Estado de tener una red de salud propia se fija que será con estándares “*básicos*”. Observamos una reminiscencia de Estado mínimo, presente en la menor medida

posible y en acción solo para lo mínimamente esencial, a lo que se suma la reafirmación la actual libertad de adscribirse a sistema público o privado sin que se constitucionalice el deber de todos a contribuir al financiamiento de la salud pública; es decir, para el que opta por el sistema privado no hay aporte a la salud pública y, por ende, no contribuye a la solidaridad del sistema.

En tal orden, el actual sistema de seguros individuales -sin solidaridad ni contribución con el sistema público- que conforman las ISAPRES (o sus equivalentes a futuro) cuadra perfectamente con la norma propuesta, lo que dará pie a que se siga sosteniendo que es inconstitucional reformar el sistema de ISAPRES (o su símil posterior) para introducir solidaridad y que éstas seguirán como eje alternativo a la salud pública desfinanciada por falta de cotizaciones de clientes de altos ingresos, tal cual es hoy. Es esencial fortalecer el rol y financiamiento de la salud pública en esta norma, introduciendo:

- El derecho al plan mínimo garantizado para todos los cotizantes configurado por el legislador;
- Concepto de red de salud pública -que ya está en la ley- conformada por el sector estatal, municipal y los privados que el Estado contrate para otorgar prestaciones;
- El deber de todos de contribuir con cotizaciones a la salud pública, y;
- La libertad de los prestadores privados (clínicas, compañías de seguro) de ofrecer planes y seguros de salud complementarios al plan mínimo garantizado.

5.1.2. Derecho a la educación

En la norma relativa al derecho a la educación hay temas que llaman la atención: es destacable lo propuesto respecto de la educación escolar, así como la gratuidad progresiva de la educación superior; mas al Estado se le sigue asignando un rol tutor, de supervigilancia y coordinador del sistema sin dar preeminencia a su rol de gestor de la educación pública y a su carácter de servicio público, más allá de la norma que dispone que *"El Estado deberá crear, sostener y coordinar una red de establecimientos educacionales pluralista en todos los niveles de enseñanza"*. El sostener y coordinar serán expresiones que nuevamente serán exprimidas e interpretadas por los privatizadores subsidiarios como el pretendido deber del Estado de entregar subvenciones a privados que las gestionen para proyectos educacionales, motivo por el cual se aconseja realizar un nuevo estudio de esa norma.

Se extraña, asimismo, la autonomía universitaria -reconocida con extrema sumaria en el N°31 del artículo 1, en el marco de la libertad de enseñanza-, la libertad de cátedra y la participación de los diferentes estamentos, pues la norma está muy lejos de la completa y específica garantía del derecho a la educación en el Estatuto de Garantías Constitucionales

de 1971 (Ley N°17.387), que debiera servir como ejemplo en la materia (Artículo 10° N°7 de la Constitución de 1925 reformada en 1971).¹

Hay una norma que limita la obligatoriedad de la educación media hasta los 21 años, lo cual es regresivo y fuertemente desconocedor de la realidad actual. Hoy muchísimas personas, madres adolescentes, personas de escasos recursos y/o de regiones, completan su enseñanza media bastante después de esa edad mediante la infinidad de modalidades que existen; ello porque al ser obligatoria en general el mercado laboral lo exige y ello lleva a tomar el peso de ello por parte de quien no la tiene completa. Esta norma será una excusa para cortar ese proceso virtuoso, que además muchas veces termina con las personas matriculadas en la enseñanza técnico profesional tras obtener su licencia de enseñanza media.

¹ **“ART. 10.** Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

[...]

7° La libertad de enseñanza.

La educación básica es obligatoria.

La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales.

La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza serán determinadas por los particulares que las establezcan, con sujeción a las normas legales.

Sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley.

La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista.

Habrá una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente.

La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional.

Los organismos técnicos competentes harán la selección de los textos de estudio sobre la base de concursos públicos a los cuales tendrán acceso todos los educadores idóneos, cualquiera que sea su ideología. Habrá facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendrán libertad para elegir los que prefieran.

Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.

El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulantes, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas del tipo académico. El ingreso y promoción de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes.

El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.

Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran;”

5.1.3. Derecho al trabajo

En la norma sobre derecho al trabajo es un avance su señalamiento expreso y recoger lo que en alguna época el Tribunal Constitucional falló acerca de la protección constitucional de las condiciones del trabajo.

Por otro lado, no se aborda si la afiliación a los colegios profesionales será o no obligatoria ni tampoco si en sede de tuición ética se podrá suspender del ejercicio de la profesión. Se recomienda remitir al legislador para regular aquello.

5.1.4. Libertad sindical

La norma de libertad sindical nuevamente entrega completamente a la ley la constitución de sindicatos, abriendo la puerta a la mantención del sistema de quórum que hoy impide constituir sindicatos en 2/3 de las empresas chilenas.

A su vez, mantiene la norma limitativa de la huelga, lo que se puede ejercer solamente en negociación colectiva y de acuerdo a la ley, por lo cual el restrictivo sistema actual cuadra perfectamente con la norma de Constitución propuesta sin que esta signifique una mejora en el estándar de garantía del derecho.

Del mismo modo, el derecho a huelga se consagra "a los trabajadores", lo que significa hacer lo mismo con la negociación colectiva: ello es constitucionalizar lo que el Tribunal Constitucional falló el 2016 señalando que la titularidad sindical es inconstitucional al ser derechos de "trabajadores" entendidos como personas naturales. Es decir, la norma es igual o peor que lo que actualmente existe. En consecuencia, debe ser consagrado respecto de "los trabajadores organizados"

5.1.5. Derecho a la seguridad social

La norma de seguridad social también está muy lejos del Estatuto de Garantías Constitucionales de 1971, que ha de ser la norma modélica o el estándar por lograr (Artículo 10° N°16 de la Constitución de 1925 reformada en 1971).²

² **“ART. 10.** Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

[...]

16° El derecho a la seguridad social.

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad del trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

Es cierto que la norma es menos abierta que la actual y que avanza señalando los estados de necesidad social mínimos que el sistema ha de cubrir, permitiendo al legislador agregar otros adicionales. Se omite la mención de puerta abierta a prestadores privados, pero ello emana igual del capítulo I, y concordantemente no se le asigna al Estado el rol de prestador directo en la norma del derecho a seguridad social, sino que se expresa nuevamente que el rol del Estado es "*garantizar acceso*", una expresión algo gelatinosa y vaga, que reconduce al rol de tuición y supervigilancia del sistema -que más adelante es explicitado- permitiendo que el sistema privado actual encuadre perfectamente en la norma, pues además los estados de necesidad constitucionalizados son los ya cubiertos y la norma en ninguna parte consagra el principio de solidaridad.

A su vez, se vuelve a consagrar que las prestaciones serán "*básicas*", cuestión que está reñida con los principios de la seguridad social, entre ellos la integralidad y la universalidad. Las prestaciones "*básicas*" son una reminiscencia neoliberal, en relación a la existencia de una menor seguridad social en lo posible.

La no consagración del principio de solidaridad a propósito del financiamiento y de las cotizaciones es un déficit grave: sin ello no hay Estado social, y se armonizan con la propuesta de Constitución las bases del sistema actual, centrado en el individuo o usuario del sistema, y sin consagrar la solidaridad seguirá vigente en nuestro medio el discurso de la propiedad sobre las cotizaciones, tratadas como ahorros individuales, con el consecuente predicamento acerca de la inconstitucionalidad de modificar el sistema por haber propiedad que se interviene en términos regulatorios.

La norma que dispone "*Los recursos con que se financie la seguridad social solo podrán destinarse al financiamiento y administración de sus prestaciones*" parece ser un avance en materia de afectación de cotizaciones, pero es insuficiente.

5.1.6. Derecho a la vivienda adecuada

La confusión entre el derecho a la vivienda y la propiedad de la vivienda es una reminiscencia de las falacias instaladas a propósito del derecho de propiedad despojada. Lo ideal sería su modificación, en el sentido que la consagración del derecho a la vivienda es sin perjuicio del derecho de propiedad que se pueda ejercer sobre bienes inmuebles; dejando abierta la propuesta a políticas públicas que provean vivienda adecuada a través de arrendamiento, leasing, comodatos u otra modalidad.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud, y [...]"

5.1.7. Derecho al agua

Es necesario especificar que es deber del Estado asegurar prioritaria y progresivamente a las personas el derecho de acceso agua potabilizada y la evacuación, tratamiento y saneamiento de las aguas servidas, en condiciones de tarifa justa y sustentabilidad,

5.1.8. Libertad económica y Estado empresario

La norma de libertad económica y la subsidiariedad del Estado empresario autorizado por ley y con la misma normativa de la competencia privada sigue exactamente igual, es decir, uno de los pilares del sistema económico de Estado subsidiario no se toca, herencia del neoliberalismo económico hayekiano que buscó constitucionalizar el libre mercado.

Se sugiere eliminar la norma de regirse por la misma legislación común aplicable a los particulares, al igual que eliminaría la exigencia de ley especial para crear sociedades estatales, sociedades anónimas o celebrar contratos de colaboración empresarial por parte del Estado, municipios y gobiernos regionales para la satisfacción de necesidades públicas, y que tales sociedades sean fiscalizadas y auditadas por la Contraloría General de la República.

5.1.9. Derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica

Parte del orden público económico neoliberal de 1980 es la norma del artículo 19 N°22, que viene reproducida íntegramente. Tal norma tiene entre otros factores de origen el impedir la proliferación de estatutos económicos y fiscales especiales en lo que hoy llamamos regiones, como lo fue en el régimen administrativo de la Carta de 1925. Si hoy de verdad se quiere dar descentralización y autonomía de gestión a las regiones tales temas no debieran ser anatemizados, lo que llama a reflexionar acerca de una reformulación de la norma.

5.1.10. Legalidad tributaria

Se observa que se mantiene el liberal y clásico principio de legalidad tributaria, manteniendo la afectación de defensa y regiones, agregando la tributación comunal: estas dos últimas, en marcos y bandas establecidas por ley. Es decir, la ley establecerá los impuestos regionales, ¿es una recentralización de lo que se permite constitucionalmente hoy a nivel regional?

Como observación, el principio viene redactado en clave liberal; reserva de ley de tributos, hecho gravado, tasa y base de cálculo, dejando a salvo impuestos progresivos. Un Estado social requiere más que eso, pues se echa de menos la consagración del "*deber de contribuir*" a los gastos y expensas necesarias de la comunidad nacional en la medida de sus ingresos y rentas, recordando que tal deber ya estaba enunciado que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta sugerencia no es testimonial, pues al

ser un deber, da piso constitucional a normas anti elusión, ya que no se podrá decir que los entramados societarios hechos para eludir son legítimo ejercicio de la libertad económica (no olvidemos que ello se dice en nuestro medio), al haber un fin constitucionalmente legítimo en su investigación y proscripción, cual es el cumplimiento del deber de contribuir, lo cual es, además, piso constitucional para fortalecer al Servicio de Impuestos Internos y a la Tesorería General de la República.

5.1.11. Libertad de adquirir bienes y derecho de propiedad

Aparece reproducida la libre apropiabilidad de los bienes del artículo 19 numeral 23 de la actual Carta. ¿No es mejor técnica legislativa señalar que no son apropiables los bienes que la naturaleza han hecho comunes a todos los seres humanos (no solo hombres), los que pertenezcan a la nación y los que el legislador declare por razones de interés nacional? Esta norma puede ser el lugar idóneo para consagrar el acceso a playas, lagos, santuarios de la naturaleza, etc.

En la norma del derecho de propiedad se mantiene el artículo 19 N°24 de la actual Constitución, incluido el previo pago contado, por lo cual las incongruencias entre el decreto ley N°2186 y la Constitución siguen, además de no existir distinción en el estatuto de expropiación de muebles e inmuebles, sin precisar qué es daño patrimonial efectivamente causado, por lo que también seguirán iguales los conflictos sobre lucro cesante, derechos de arrendatarios, derechos de llaves, etc.

Se mantiene la normativa de minería, sin ajustes de precisar qué es "*desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público*" del otorgamiento de la concesión, abriendo ple para que se siga manteniendo en la ley. A su vez, se mantiene la norma que impide crear causales de término de la concesión con posterioridad a su otorgamiento. No se limita constitucionalmente la duración de la concesión, abriendo la puerta a que sigan siendo indefinidas y perpetuas. En síntesis, la norma no fortalece al Estado empresario en materia minera.

En materia de aguas, si bien se introduce el carácter de bien nacional de uso público, se mantiene la norma que otorga "*propiedad*" sobre los derechos constituidos sobre las aguas. Es decir, se mantiene lo que hay, sin introducir en la Constitución un rol ordenador del Estado en la materia y, peor aún, sin introducir el deber del legislador de determinar temporalidad de los derechos de agua ni menos las bases constitucionales de un sistema de caducidad o pago de patente por no uso, ni tampoco el deber constitucional de ejecutar obras para los derechos de aguas que se adquieran. Es esta norma la que sería idónea para constitucionalizar la sustentabilidad, la protección de glaciares y el caudal ecológico de los cursos de aguas. Se extraña., asimismo, una norma relativa a los desafíos específicos de uso y conservación de las aguas subterráneas.

5.1.12. Derecho a la cultura

En el derecho a la cultura, se debe agregar el derecho de acceso y el concepto de “bienes culturales” y propiedad monumental, pues la norma viene en perspectiva de creación y desarrollo, más no de acceso.

5.1.13. Derechos del consumidor

En materia de derechos del consumidor, se propone especificar los derechos de información veraz y oportuna y de seguridad en el consumo, y extender derechos a usuarios de servicios públicos, incluidos los de gestión privada o concesionados.

5.2. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en un catálogo mínimo de garantías

- 5.2.1. Principio de solidaridad;
- 5.2.2. Catálogo de deberes constitucionales;
- 5.2.3. Protección especial al subsistema de cuidados, como un derecho social nuevo;
- 5.2.4. Cláusula abierta a acciones afirmativas o discriminación compensatoria para sectores discriminados, postergados o desaventajados;
- 5.2.5. Acción de protección de amplia cobertura y cláusula que circunscribe la tutela de amparo de los DESCAs a la universalidad y no discriminación en la cobertura de bienes y servicios públicos.