



**SUBCOMISIÓN DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y
AMBIENTALES**

**Acta de la sesión 8ª, ordinaria, celebrada en jueves 13 de abril de 2023, de 09.08 a
12.00 horas.**

SUMARIO:

La comisión se reunió con el propósito de recibir invitados, quienes expusieron materias propias de la competencia de la subcomisión.

PRESIDENCIA

Presidió la comisionada señora **Alejandra Krauss Valle**.

ASISTENCIA

Asistieron en forma presencial las comisionadas señoras Alejandra Krauss Valle y Bettina Horst Von Thadden; y los comisionados señores Teodoro Ribera Neumann, Alexis Cortés Morales, Jaime Arancibia Mattar y Flavio Quezada Rodríguez.

Actuó de secretario de la subcomisión Mario Rebolledo Coddou y de abogado ayudante, el señor Rodrigo Poblete Masoli.

CUENTA

Se han recibido las siguientes comunicaciones:

1.- De los coordinadores del Centro de Estudios para el Desarrollo, señores Ricardo Buendía y Francisco Tapia, mediante la cual hacen llegar a la Subcomisión un documento que contiene propuestas de contenido laboral y de seguridad social en el contexto de los desafíos que la sociedad democrática plantea, para una digna convivencia social del siglo XXI, con pleno respeto de los derechos fundamentales, y mediante normas de efectiva aplicación, que contribuyan al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, especialmente, de aquellos colectivos de mayor vulnerabilidad social, y



2.- De la Mesa del Proceso Constitucional, mediante la cual informa sobre la forma de presentar las enmiendas en las subcomisiones.

ACUERDOS

No se adoptaron acuerdos

ORDEN DEL DÍA

La señora Presidenta comentó que, la presente sesión tiene como propósito recibir a los profesores Francisco Zúñiga y Enrique Navarro. Agregó que, las materias a tratar por los invitados son las siguientes dicen relación con:

- a.- El catálogo de derechos -de nuestra competencia- que el proyecto de carta fundamental debe considerar,
- b.- La forma en cómo dichos derechos se enmarcan en las bases institucionales y fundamentales, del artículo 154 de la Constitución Política de la República, con especial énfasis en el Estado social y democrático de derecho, y
- c.- El desarrollo que ellos deben tener en dicho texto, y las remisiones legales a contemplar.

El señor Francisco Zúñiga Urbina, es abogado y posee estudios de post-grado en Derecho Público y Comparado en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad Complutense de Madrid, y en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Además, es profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Chile, y cuenta con numerosas publicaciones en el país y en el extranjero.

El señor Zúñiga comenzó su exposición refiriéndose al catálogo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en el capítulo de “Derechos Fundamentales, Libertades, Garantías y Deberes Constitucionales” de la propuesta de la Comisión de Expertos.

Seguidamente, aludió al Estado social y democrático de derecho, y la genealogía teórica de esta forma jurídico-política de Estado.

En otro orden de ideas, hizo hincapié en aquellos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de naturaleza prestacional y no prestacional.

Finalmente, señaló aquellos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en un catálogo mínimo de garantías.

Posteriormente, le correspondió intervenir al señor Enrique Navarro Beltrán. El señor Navarro es abogado, fue Ministro del Tribunal Constitucional; autor de numerosos libros en Chile y en el extranjero y de más de un centenar de artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Económico e Historia de las Instituciones, tanto en revistas nacionales como extranjeras. Asimismo, es Profesor de la Universidad de Chile y de la Universidad Finis Terrae.



El profesor señor Navarro se refirió exclusivamente al derecho a la protección de la salud física, mental, y social, consagrado en el inciso 16 del artículo 17 de la propuesta de texto de nueva Constitución. En primer lugar, expuso sobre la regulación del mencionado derecho en las Constituciones de 1925 y 1980.

Posteriormente, aludió a la regulación que las distintas Constituciones del continente realizan del derecho a la salud, así como la forma en que es consagrado por los Pactos internacionales. En ese contexto, siempre dentro del contexto del derecho a la salud, destacó la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

Finalmente, destacó la incorporación, en el texto propuesto, de nuevos derechos, tal como el de la integridad mental.

Terminadas ambas presentaciones, los comisionados formularon preguntas a los profesores invitados.

Por haberse cumplido con el objeto de la presente sesión, ésta se levanta a las 12.00 horas.

Mario Rebolledo Coddou
Secretario de la Subcomisión

Se anexa versión taquigráfica, la que se entiende parte integrante de la presente acta.



PROCESO CONSTITUCIONAL

COMISIÓN EXPERTA

**SUBCOMISIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y
AMBIENTALES**

Celebrada en jueves 13 de abril de 2023, de 09:00 a 12:00
horas.

*(Transcripción desde archivo de audio y video - Texto en
revisión)*

I. APERTURA DE LA SESIÓN

-Se abrió la sesión a las 09:00 horas.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta provisional). -
Estimadas comisionadas y comisionados, en nombre de Dios y de
la Patria, se abre la sesión.

II. ACTAS

-No hay actas.

III. CUENTA

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta provisional). - El
señor Secretario dará cuenta de asuntos propios de la
Secretaría.



-El señor Mario Rebolledo, Secretario, da lectura a la cuenta.

IV. ORDEN DEL DÍA

EXPOSICIONES DE ACADÉMICOS ESXPERTOS

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta provisional). - Muchas gracias, señor Secretario.

Conforme a la tabla del día de hoy, que tiene por objeto recibir las exposiciones de expertos, que nos parece muy relevante escucharlos, señalamos previamente, que el señor Gonzalo García, anoche muy tardíamente excusó su asistencia por urgencia de carácter familiar.

En consecuencia, tendremos ahora el privilegio de escuchar al académico señor Francisco Zúñiga que es abogado y posee estudios de posgrado en Derecho Público y Comparado en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad Complutense de Madrid, y en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Además, es profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y cuenta con numerosas publicaciones en el país y en el extranjero.

Quisiera recordar que la invitación a exponer del señor Francisco Zúñiga dice relación con el catálogo de derechos, que es parte de nuestra competencia, que el proyecto de carta fundamental ha considerado como normas generales e iniciales para el debate la forma como dichos derechos de enmarcan en las bases institucionales y fundamentales el artículo 154 de



la Constitución Política de la República, con especial énfasis en el Estado social y democrático de derechos -su debida consagración- y el desarrollo que ellos han tenido, inicialmente en dicho texto y que debieran contemplarse, en definitiva, como texto que se proponga al Consejo Constitucional y las remisiones legales que deba contemplar.

Tiene la palabra el señor Francisco Zúñiga.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Buenos días, señora Presidenta.

Agradezco la invitación a esta subcomisión de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

La invitación que se me formula es a dar una opinión y, eventualmente, si estoy en condiciones de responder las preguntas que ustedes me formulen, encantado lo haré, sobre los derechos o el subcatálogo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, del documento referido al capítulo del rubro.

Preliminarmente, identifico los siguientes derechos sociales, prestacionales y no prestacionales. Primero, en el N° 15, el derecho a un medioambiente sano; en el N° 16, el derecho a la protección de la salud; en el N° 17, el derecho a la educación; en el N° 18, el derecho al trabajo; en el N° 19, la libertad sindical; en el N° 20, el derecho a la seguridad social; en el N° 21, el derecho a una vivienda adecuada; en el N° 22, el derecho al agua; en el N° 24, la libertad económica y Estado empresario; en el N° 25, el derecho a la no discriminación en materia económica; en los N°s 26 y 27, la libertad de adquirir bienes y el derecho de propiedad; en el



N° 28, el derecho a la cultura, y en el N° 30, los derechos de los consumidores.

El documento de bases, como también la reforma constitucional de enero de 2023, en su artículo 154, en los números 5, 9 y 12, hace referencia precisamente a aquellos derechos que deben estar recogidos en el catálogo de derechos de manera puramente enunciativa. De hecho, el subcatálogo de derechos sociales va más allá del documento de bases y del artículo 154, que pretende definir los límites de este proceso constitucional.

La segunda cuestión por abordar -voy a hacer sucinto, pero los temas son bien complejos- es intentar explicar la conexión entre Estado social y democrático de derecho y los derechos sociales. Esto es complejo, porque, si bien surgen de la mano en el siglo XX, corresponden a coordenadas culturales distintas, y los conceptos no son completamente equivalentes.

Me explico: el concepto Estado Social, Estado de providencia y Estado de bienestar no son conceptos completamente equivalentes, tienen un contexto cultural, jurídico y político distinto.

Por ejemplo, el Estado de providencia está asociado, en el caso de Francia, a la teorización de León Duguit -la Escuela de Burdeos- sobre los servicios públicos, que intenta dar respuesta al rol que el Estado y las formas de legitimación del poder estatal deben enfrentar. Esto fue formulado a principios del siglo XX. En el minuto cinco hay un par de opúsculos de autoridad de Duguit, vinculados a la doctrina de los servicios públicos, y en su magnífico tratado de derecho constitucional que es un tratado de derecho administrativo, en rigor, él aborda el desarrollo de esta doctrina de los



servicios públicos, que caló tan hondo en la enseñanza del Derecho en nuestra época en la Universidad de Chile; de hecho, había profesores que enseñaban servicio público; el Derecho Administrativo era servicio público. Era otra época, por cierto.

Pero lo importante, y ese es el giro de tuerca que la escuela de Burdeos da hasta ese minuto en la teoría de Estado, es que, hasta ese minuto, la teoría de Estado francesa y alemana, que son las más importantes, habían explicado el Estado como un sistema de potestades y, por lo tanto, de competencias.

Duguit, dice: "el Estado debe ser explicado como un sistema de servicios públicos", porque no se trata de justificar la dominación, sino que se trata de justificar la legitimación y, por lo tanto, qué puede hacer el Estado para proveer de un conjunto de necesidades básicas que la población posee. Y, claro, Duguit estaba observando la primera gran crisis del capitalismo, del capitalismo temprano.

Entonces, esas son las coordenadas del Estado providencia. Y la teorización francesa es una teorización propia hasta el día de hoy y, a pesar de los embates que ha sufrido la teoría del servicio público, todavía en el documento blanco de la Unión Europea, el servicio público como servicio esencial, sigue teniendo un lugar importante en la explicación del rol que el Estado debe tener de la economía y en la sociedad civil.

El segundo concepto: el Estado social es un concepto germano. Algunos lo han remontado a Lorenz von Stein, en el marco de la monarquía prusiana, pero el término fue acuñado por Hermann Heller, en 1923, en polémica con la emergencia e instalación del fascismo en Italia. Él decía que el mundo europeo vive una



encrucijada, en ese minuto, y esa encrucijada lo enfrenta al mundo europeo o a la crisis del capitalismo temprano o al fascismo, como respuesta a esa crisis del capitalismo temprano y a la intervención del movimiento obrero en el proceso político y a la masificación del sufragio.

Él dice que hay una tercera opción para superar el capitalismo temprano y, en definitiva, darle la espalda a la experiencia autoritaria fascista, y esta es el Estado social.

Esta teorización llegó para quedarse en la socialdemocracia europea y la socialdemocracia alemana, como una autorización predominante. Por eso es que hoy usamos en la cultura hispánica, en la cultura de la lengua española, el concepto de Estado social y democrático de derecho, porque es el concepto que recepcionó finalmente la Constitución española del 78. Aunque la ley fundamental de Lorenz von Stein solo habla de Estado social.

Finalmente, el concepto este del Estado de bienestar. En la minuta cito a Marshall y a Bottomore, a ese clásico texto Ciudadanía y clase social, porque, si bien el Estado de bienestar viene teorizado por la Sociedad Fabiana, treinta años antes del año 49 cuando se escribe esta monografía, es Marshall el que teoriza sobre el Estado de bienestar a partir de la primera gran experiencia de construcción del Estado de bienestar, que hace el gobierno laborista de Clement Attlee, al término de la Segunda Guerra Mundial, en 1945, cuando sorpresivamente es derrotado Churchill y gana por una importante mayoría el partido laborista, porque la sociedad británica pensó que la reconstrucción del país estaba mejores en manos de los laboristas que de conservadores, en ese minuto,



y esa fue una experiencia de construcción de un Estado de bienestar en muy breve tiempo, muy ambiciosa y, sobre ella, es que Marshall teoriza. Yo creo que es la principal teorización del mundo anglosajón de lo que es el Estado de bienestar.

Dicho eso, para explicar que estos conceptos tienen alguna complejidad, el Estado social está en nuestra tradición de lengua española. El documento emanado por la Comisión Experta, aprobado después de la discusión en general, tanto en el Capítulo I como en el Capítulo de Derechos, recoge la noción de Estado social, y la recoge dos veces.

Primero, la fórmula de Estado social y democrático de derecho, y segundo, una fórmula muy similar a lo que se conoce como la cláusula Lelio Basso, que es el artículo 3.2 de la Constitución italiana del 47, en orden a que la República o el Estado debe remover todos los obstáculos para la igualdad social al desarrollo. La fórmula está reiterada en el Capítulo I, así que creo que es motivo de sana alegría que esta recepción venga por partida doble en la propuesta de la Comisión Experta.

Ahora, también uno tiene que entender que la fórmula del Estado social, del Estado de bienestar y Estado de providencia, han tenido su historia -diría que una historia de un siglo- y no ha sido fácil esta historia. El Estado social del año 45 británico no es el Estado social de hoy; esto es bien evidente. Al menos, ha habido dos crisis que han afectado al Estado social europeo y al consenso de posguerra: la crisis fiscal del Estado, como la denomina James O'Connor, en los años 70, producto de la crisis del petróleo, y la segunda es la crisis financiera global de 2008. La respuesta temprana que dio el New Labour Party a esa crisis desde una perspectiva



socialdemócrata fue fallida. Ahora, el Estado social ha pasado por problemas muy severos que algunos autores como Cotarelo, en España, y Von Beyme, en Alemania, denominan el tránsito del Estado de bienestar al Estado de malestar, porque hay un problema severo de financiación del Estado de bienestar y de eficiencias de la administración públicas a la hora de acometer las tareas que se le asignan al Estado de bienestar.

Esto es inocultable. Yo digo para que podamos calibrar que la recepción de la fórmula Estado social y democrático de la Constitución o de la fórmula de la cláusula de Lelio Basso no operan del texto a la realidad automáticamente, sino que requieren naturalmente de políticas públicas, de una actividad en la administración desplegada a dar protección a derechos sociales, y esa es una perspectiva de veinte o treinta años - a lo menos-; es una construcción gradual la del Estado de bienestar; no es fruto del reconocimiento de esta fórmula sobre los derechos sociales en el texto, lo que no hace irrelevante estas fórmulas ni los derechos sociales, sino que se da a entender de que la garantía efectiva de estos derechos es una cuestión compleja, como voy a tener la oportunidad también de abordar.

Por de pronto, hay una distinción que hacer: la de derechos económicos, sociales, culturales, ambientales, prestacionales y no prestacionales.

Los denominados derechos de crédito y no crédito. Porque a veces se olvida esto, y se dice: "Mire, los derechos sociales tienen un costo, todos los derechos tienen un costo. Lo que ocurre es que Holmes y Sanz nos recuerdan -hace algunos años-, pero todos los derechos; la protección de los derechos por



parte del Estado, de los derechos civiles, tienen costos; el sistema de justicia, cárceles, orden público, seguridad pública tienen costos y, por supuesto, los derechos sociales también tienen costos. Pero los derechos sociales no prestacionales en principio no tienen costos para la fiscalidad. Pero suponen - esto es muy importante- una actividad en el sistema político y en el sistema social destinada a equilibrar los factores de capital y trabajo.

Este es un tema muy relevante, porque he recogido en la minuta algunas observaciones críticas sobre los derechos sociales no prestacionales: derecho al trabajo y a la libertad sindical, por señalar dos ejemplos que, según mi juicio, son claves para emparejar la cancha y generar una cierta simetría entre capital y trabajo, que no depende de la billetera fiscal, sino de la posibilidad que tiene el mundo del trabajo para organizarse y tener una voz que genere simetría en la negociación, en el manejo de la información y en la toma de decisiones en el mundo de la empresa.

A mi juicio, eso debería estar abordado en la Constitución con motivo de reconocer el derecho al trabajo y la libertad sindical. Creo, íntimamente, señora Presidenta, que estos derechos pueden hacer mucho más por la justicia social que el solo reconocimiento de los derechos sociales prestacionales.

Hay un profundo desequilibrio entre el mundo del capital y el mundo del trabajo, heredado por la experiencia de un capitalismo neoliberal en dictadura. Esa herencia tiene que ser reequilibrada, lo que no es una tarea fácil, ya que no le pertenece solo a la Constitución, sino también al sistema político. De cualquier modo, lo que no puede haber son



desincentivos, por ejemplo, a la libertad sindical. Ese es un tema muy sensible tanto en el mundo de la negociación colectiva como en el del derecho de huelga.

Lo tercero sobre estas precisiones es que, en general, me parece que las constituciones deben ser más bien sumarias. No creo en las constituciones extensas hiperdesarrolladas. Más allá de un tema de purismo textualista, se trata de definir los espacios para la democracia y el sistema político, en la manera en que los derechos reconocidos constitucionalmente son configurados por el legislador.

Al respecto, me tomo de un binomio que Pedro Cruz Villalón hace entre prefiguración y configuración. Sostiene que la Constitución debe reconfigurar los derechos, y su configuración o desarrollo debe estar entregado al legislador democrático. Creo que eso, más que un defecto, es una virtud.

Pretender agotarlo todo en los enunciados constitucionales sobre derechos puede ser un error y puede, incluso, ser un absurdo y un despropósito, porque los derechos pueden terminar siendo irrelevantes. Los derechos son cuestiones valiosas; sin embargo, si esta es una enumeración al infinito, o casi al infinito, devienen en disvaliosos o irrelevantes, sencillamente.

Un cuarto tema que me parece que hay que poner de relieve en esta distinción entre derechos prestacionales y no prestacionales es el rol de los movimientos sociales en defensa de derechos.

Un quinto elemento es el de las políticas públicas de protección social y, por tanto, el rol de las administraciones públicas.



En último lugar, el tema más discutido y que merece más atención son los riesgos del activismo judicial en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tanto en sede de amparo -y entiendo que no hay reconocimiento de acción de protección o recurso de protección, porque es un tema que está pendiente; pero, pese a ello, debe precisarse cuál es el alcance que la tutela de amparo debe brindar respecto de los derechos sociales- como en la inconstitucionalidad por omisión. En ambos temas, hay que poner sumo cuidado para que la Constitución no transforme a los jueces en políticos.

Ese es un tema de alto riesgo en nuestro sistema político; lo hemos experimentado en los últimos años y es fruto, en alguna medida, de la debilidad del sistema político para dar respuesta a cuestiones cruciales, pero que lo justifican, porque son, finalmente, una anomalía del sistema.

A continuación, haré algunas observaciones críticas: la primera, respecto de la protección de la salud, gira en torno a dos ideas: primero, la de prestaciones básicas, porque el Estado regulador, el Estado de fomento, se limita a prestaciones básicas en esta materia.

¿Cuáles son estas? Hay un avance en la medida en que, en materia de protección de la salud, se define el rol del Estado en la salud pública y en el financiamiento. No obstante, hay una segunda cuestión que va de la mano de esto y es el hecho de que no hay una contribución general a la financiación del sistema público de salud en la Constitución, lo que significa mantener el esquema actual.

¿Qué debería abordarse con motivo de la protección de la salud? Primero, la existencia de un plan mínimo garantizado de



salud configurado por el legislador y garantizado para todos los cotizantes; segundo, un concepto de red de salud pública, conformada por el sector estatal municipal y los privados o prestadores privados que colaboren con el Estado, cuestión que ya admite el decreto con fuerza de ley 1 y que incluso admite la responsabilidad por falta de servicio respecto de estos prestadores privados, y tercer lugar, la libertad de los prestadores privados y de las aseguradoras o compañías de seguros para ofrecer seguros complementarios al plan mínimo garantizado.

En segundo lugar, respecto del derecho a la educación, hay avances importantes, pero, como quiero focalizarme en las cuestiones críticas, me referiré a dos aspectos: primero, a la limitación de la obligatoriedad de la educación media a los 21 años y el reconocimiento de esta con este límite de edad que desconoce que en el mundo del trabajo hay personas de avanzada edad que prosiguen estudios medios y técnicos. Creo que es una limitación etaria discriminatoria.

La segunda cuestión relativa al derecho a la educación, y que hemos echado de menos, es el reconocimiento a la autonomía universitaria, a la libertad de cátedra -norma que está recogida históricamente en el artículo 10, número 7, de la Constitución de 1925 e incorporada por el estatuto de garantías constitucionales de 1971-, pero con referencia a la preocupación que el Estado debe tener por las universidades públicas.

En cuanto al derecho al trabajo, es una buena fórmula a la que se ha llegado. Observé un tema que viene de la reforma de 2005 y que no está resuelto en relación con los colegios



profesionales, y no es la colegiación obligatoria, porque entiendo que ese es un tema en el que no va de acuerdo, sino el enjuiciamiento ético-profesional.

Hoy en día, el problema que tienen los tribunales para enjuiciar, desde el punto de vista ético-profesional, a los no agremiados es el derecho material que deben utilizar. Una fórmula para solucionar ese problema es que el derecho material se base en los códigos de ética de los colegios profesionales; es decir, aunque no haya afiliación obligatoria, a la hora de enjuiciar éticamente a los profesionales, esto se haga por parte de los jueces comunes, usando ese derecho material.

En materia de libertad sindical, haré dos observaciones muy puntuales: una es la relativa al derecho de huelga, que está circunscrito solo a la negociación colectiva, y la otra es la referencia a que el derecho de huelga es de los trabajadores, sin identificar a los trabajadores organizados. Esta es una cuestión que se discutió arduamente cuando se sometió a control de constitucionalidad la reforma laboral en el gobierno de Michelle Bachelet.

El Tribunal Constitucional 2016 declaró inconstitucionales varias disposiciones señalando que el derecho reconocido era el derecho de los trabajadores y no de la titularidad sindical; es decir, no del sindicato o de la representación sindical.

Creo que ese es un tema clave para lo que señalaba inicialmente en cuanto a emparejar la cancha y de generar simetría entre el mundo del capital y del trabajo.

En materia de seguridad social, creo que hay avances muy importantes respecto de las contingencias señaladas. La amplitud e incluso el reenvío al legislador en este campo me



parecen aspectos muy valiosos, y este es un tema compartido entre seguridad social y salud, esto que las prestaciones aseguradas sean las básicas nuevamente y que haya una suerte de techo para el Estado. Por último, se dispone como norma la contribución de las cotizaciones individuales al sistema. En general, este es un tema que va probablemente a ameritar mucha más discusión, pero no sé si está suficientemente clara la diferencia entre el sistema y la provisión de los bienes públicos, porque entiendo que la colaboración público-privada es esencial en estos campos, pero es una provisión que debe darse o debería pensarse separada del sistema. Una cosa son los principios y la financiación del sistema y otra el rol que los prestadores tienen en el sistema y la libertad de elegir prestadores. Son cosas, a mi juicio, que deberían ser diferenciados.

Lo otro es la necesidad, a mi juicio, en materia de seguridad social, de identificar cuáles son los pilares de financiación del sistema: contribución o ahorro individual, aporte estatal y solidaridad.

En cuanto al derecho a la vivienda adecuada, creo que el reconocimiento de este derecho está un poco contaminado por la discusión que hubo sobre la materia en el segundo proceso. En ese sentido, quizás habría que advertir que, tal como está planteado, podría generar un obstáculo a políticas públicas que incentiven la cobertura de la ausencia de vivienda, a través de políticas que financien arrendamientos, *leasing*, comodatos u otra modalidad distinta a la propiedad sobre la vivienda asegurada por parte del Estado. Esa es la observación.



En materia de Estado empresario, la fórmula recogida es muy similar a la del artículo 19, numeral 21°, de la Constitución vigente. No obstante, más allá de la sujeción de la actividad empresarial al derecho común de la empresa, porque la norma vigente permite excepcionar dicha actividad de ese derecho común, observo un problema basal con respecto a qué tipo de principio de legalidad somete el Estado empresario. Esta es una discusión sobre si la ley que habilita al Estado y a sus organismos a desarrollar actividad empresarial o a participar en ella es una ley general o una ley especial.

Dado que la fórmula acogida es muy similar a la existente, me temo que esa discusión se va a seguir dando y no queda zanjada. En mi opinión, debe existir la posibilidad de establecer una habilitación general.

No es parte de las materias que aborda esta Subcomisión, pero las municipalidades y los gobiernos regionales también deberían tener la posibilidad de concurrir a la creación de empresas de cobertura regional, municipal o intermunicipal.

Como ya ha habido experiencias previas en materia de servicios traspasados del DFL1, por ejemplo, en el marco de los servicios traspasados con Emeres, en Santiago, una empresa intermunicipal, creo que pueden ser abordadas cuestiones como transporte, recolección de residuos domiciliarios, etcétera, desde la perspectiva de empresas intermunicipales.

En materia de derechos económicos, de calidad tributaria, libertad de adquirir bienes, de los derechos de propiedad, etcétera, las normas son muy similares a las que están consignadas actualmente en el artículo 19, numerales 20°, 23° y 24°, de la Constitución.



Sin embargo, quiero poner de relieve algunas cuestiones que me llaman la atención.

Primero, que la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, que es la que se aplica hasta ahora en estas materias, es una norma preconstitucional. De hecho, es una ley dictada cuando estaba vigente el acta 3, y, por lo tanto, algunas de sus normas fueron declaradas inaplicables por la Corte Suprema, cuando esta tenía aún la inaplicabilidad en su poder. De ahí que hay una especie de incompatibilidad entre las normas de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones y el Instituto de Expropiación, tal como está recogido en la propuesta. Dicho esto, creo que habría que pensar en la forma de establecer alguna correspondencia, para que el legislador que venga mañana a sustituir la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones pueda abordar esto con coherencia.

Por ejemplo, si la opción es indemnizar el daño patrimonial efectivamente causado, que la fórmula tenga algún enunciado que le dé contenido al artículo 19, numeral 24°, de la Constitución.

Esto se discutió en el proceso 2.0, a propósito del precio justo, donde la fórmula era demasiado escueta y se decía que esto no se correspondía con el daño patrimonial efectivamente causado, lo que era obvio, porque no estaba señalado en la propuesta, aun cuando estaba consignado en la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones y en el artículo 19, número 24°, de la Constitución, pero sin contenido.

El segundo punto que amerita un comentario es la cuestión relativa a la dominialidad de algunos bienes, en particular



las aguas interiores. En ese contexto, la fórmula que se emplea en la propuesta es la vieja fórmula de los bienes nacionales de uso público, que es de la tradición francesa. El término que se usa hoy en día es la dominialidad y se refiere a los bienes de dominio público. Con todo, noto la falta de una cláusula general, en orden a que los bienes de dominio público que sean susceptibles de uso especial o explotación puedan ser objeto de regalías establecidas por el legislador.

Creo que la posibilidad de que el Estado pueda obtener renta económica, no solo de origen tributario, sino también por la vía de estas exacciones especiales, es muy importante en un país que tiene todavía una matriz extractiva, como el nuestro.

En relación con el derecho a la cultura, echo de menos el concepto de bienes culturales y de propiedad monumental.

En materia de derechos del consumidor, creo prudente considerar la posibilidad de extender la protección brindada por la Constitución a los derechos de los administrados, usuarios de los servicios públicos del Estado. Esto aplicaría tanto para los servicios públicos de gestión privada o concesionados como para los servicios públicos que presta directamente el Estado. No solo los derechos derivados de la relación de consumo.

Por último, quiero agregar algunos comentarios generales.

Primero, es necesario avanzar en el reconocimiento explícito del principio de solidaridad, que está tocado de manera accidental en distintas disposiciones.

Segundo, se echa de menos la creación de un catálogo de deberes constitucionales. A pesar de que el epígrafe del capítulo habla de deberes constitucionales, la norma que hay



es muy escueta. En ese sentido, se deben considerar algunos documentos internacionales que son de cita obligada, entre otros, el catálogo de deberes humanos que establece la declaración americana, que es previa a la declaración universal, y la Declaración de Valencia, iniciativa de Federico Mayor Zaragoza, quien avanzó, en un esfuerzo muy notable, con miras a identificar la ligazón entre derechos humanos y deberes.

En suma, creo que hay una falencia muy notoria en estas materias.

Tercero, se echa de menos la inclusión en el subsistema de Derechos Sociales del derecho a los cuidados, que sí estuvo en la discusión del proceso 2.0.

Lo otro que se echa en falta y que siempre hemos defendido como posible en el marco del derecho a la no discriminación en materia económica es una cláusula abierta a las acciones afirmativas o a la discriminación compensatoria para sectores de la sociedad desaventajados. No hay una cláusula sobre acciones afirmativas o discriminación compensatoria explícita en el texto.

Por último, un tema que me apasiona mucho, está la protección que el amparo debe brindar, es decir, el recurso de protección a derechos sociales. La limitación necesaria de este amparo, a mi juicio, solo a la universalidad entre el aseguramiento que el Estado brinda y la no discriminación en la cobertura de bienes y servicios públicos.

Eso es todo, Presidenta.

Estoy llano a las preguntas y observaciones.



La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Agradezco la interesantísima exposición, al profesor Zúñiga. El análisis propositivo, que contiene también algunas críticas que son necesarias escuchar respecto de un texto que sabemos que requiere mayor profundidad de perfecciones.

Quiero decir al profesor Zúñiga que los seis miembros de esta Subcomisión aceptamos el encargo, el 6 de marzo pasado, para consagrar debidamente el Estado social y democrático de derecho.

En consecuencia, le agradezco infinitamente esta visión general, así como las críticas al texto, y particularmente la reflexión en torno al derecho al trabajo y a la libertad sindical.

Las razones más allá, porque muchas veces, profesor, cuando se debaten estos temas nuestras miradas se van empequeñeciendo, de tal manera que no somos capaces de derribar muros en torno a la debida consagración y las razones, y usted habló de la importancia de consagrar adecuadamente el derecho al trabajo y la libertad sindical por la necesidad de equiparar el trabajo y el capital. En consecuencia, yo le agradezco muchísimo esa reflexión, porque nos permite también mirar desde otra perspectiva la necesaria y debida consagración, y la no limitación.

A propósito de las libertades, también le agradezco muchísimo, porque en eso hemos estado, de alguna manera... De repente, nos podemos enredar respecto de las libertades en cuanto a dónde y cómo deben consagrarse para hacer efectivo el ejercicio, por parte de hombres y mujeres de nuestro país, por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, etcétera.



Además, agradezco muchísimo al profesor el énfasis que pone al señalar que han existido algunos avances, probablemente insuficientes, probablemente necesarios de perfeccionar, de los seis integrantes de la Subcomisión, de haber corrido la línea de lo posible -necesitamos más de aquí al 6 de junio, particularmente, es lo que más me importa, y creo que eso lo compartimos todos- la debida consagración de los derechos sociales, sin obstáculos innecesarios, más en este milenio.

Entonces, agradezco en mi calidad de Presidenta de la Subcomisión.

Ofrezco la palabra, a fin de que le formulen preguntas al profesor. Debo decir que en un momento más él tiene que retirarse, porque tiene que presidir exámenes de grado.

El señor **TEODORO RIBERA**. - Salvemos a los alumnos, Presidenta, y hagámosle hartas preguntas...

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - No, por el contrario. Yo creo que los alumnos esperan que presida.

Tiene la palabra el comisionado Jaime Arancibia.

El señor **JAIME ARANCIBIA**. - Señora Presidenta, todavía estoy pensando las preguntas.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Bueno, voy a partir yo.

Profesor, no puedo proyectar las normas cómo quedaron, pero, con su sapiencia, desde una perspectiva constitucional efectiva y considerando que tenemos una base que dice que debemos



consagrar el Estado social y democrático de derecho, lo cual supone escriturar adecuadamente determinados derechos, ¿qué le preocupó, a propósito del derecho a la salud?

Porque usted fue explícito en el derecho al trabajo y particularmente el haber restringido el ejercicio de la huelga en el marco de la negociación colectiva, de conformidad con la ley -eso lo señaló expresamente-; pero en el derecho a la salud, que ha sido un derecho bastante controvertido, ¿qué le preocupó? Esto lo vinculo particularmente con lo que han sido las interpretaciones en torno al ejercicio de este derecho efectivo o las limitaciones que se han entendido, a propósito, ya no del Estado de bienestar que quedó claro que es distinto al Estado social.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Señora Presidenta, en materia de salud, creo que hay algún avance muy significativo, como la ampliación de la cobertura a medicamentos. Es un tema muy importante y el CEP ha hecho varios trabajos sobre la incidencia del gasto de bolsillo de medicamentos en la familia chilena. Este es un problema serio de salud pública y, por tanto, yo creo que es una referencia necesaria, que va a requerir de políticas públicas para permitir, en definitiva, introducir mucha transparencia al mercado farmacéutico, sin precios fijados por la autoridad, establecer cuáles son bienes esenciales en materia de medicamentos.

Pero yo quiero referirme al tema de la colaboración público-privada, porque esto, más que un eslogan, es una necesidad práctica.



La reciente pandemia demostró que el Estado no puede atender necesidades de salud pública masivas, como fue la pandemia, y que el rol del prestador privado fue clave. Y yo creo que aquí lo importante en materia de salud es el prestador y se confunde el rol del prestador con la financiación.

Dentro de la salud previsional, las isapres no son prestadoras, sino un subsistema, un asegurador de un mecanismo de financiación de prestaciones, y un asegurador caro. Entonces, creo que eso va a quedar entregado al legislador, pero la Constitución no debe ser un obstáculo para que el legislador regule esta materia y pueda establecer un claro distingo entre la financiación y la prestación, y la posibilidad de que los ciudadanos que puedan costear salud privada y, por tanto, un seguro privado lo hagan, a partir de un plan básico universal garantizado por parte del Estado, lo que, a mi juicio, y esto sí es esencial, amerita que haya una financiación única de ese plan garantizado.

Por eso, a mi juicio, deben estar tanto en salud como en seguridad social identificadas las fuentes o pilares de esa financiación.

Hoy día la discusión es que la deuda que las isapres tienen con los prestadores asciende a 580 millones de dólares.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Perdón, ¿cuánto?

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Son 580 millones de dólares.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - ¿De dólares?



El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - De dólares, de deuda.

Ese es un problema sistémico que refleja precisamente los problemas no de los prestadores, sino de quienes financian las prestaciones de salud privada. Entonces, yo creo que uno tiene que ser capaz de aprender de estas lecciones, y el Estado probablemente va a tener que estar abierto también a la contribución privada, no solo en la prestación privada, sino en la modalidad equivalente a la libre elección.

Si el Estado no puede, por la complejidad de las patologías, atender él horas-cama, tendrá que contratarlas, como lo hace hoy día, horas-cama con prestadores privados, pero esto tiene que ser flexible, a partir de un piso.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - En su experiencia, profesor, y particularmente desde la perspectiva constitucional, ¿constitucionalizar rigidiza a tal punto de no tener políticas públicas que respondan oportuna o adecuadamente?

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Claro, cuando uno rigidiza hay un riesgo. El riesgo es que los sistemas de control de constitucionalidad sean utilizados para impedir políticas públicas.

Por eso, debe haber un margen importante para la política, para el legislador democrático, la definición de los medios, y la Constitución no debe ser un obstáculo a eso. Y la colaboración público-privada es una necesidad práctica, y debe



estar recogida en el texto. Es deseable que esté, pero a nivel de prestaciones, no de sistema, no de diseño del sistema, y naturalmente no de la regulación del sistema, que solo puede ser pública.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra don Flavio Quezada.

El señor **FLAVIO QUEZADA**. - Señora Presidenta, por su intermedio agradezco al profesor Francisco Zúñiga, porque nos ha hecho una excelente exposición.

Valoro mucho más que se haya dado el tiempo de asistir alguien que ha sido reconocido por sus pares con el cargo de presidente de la Asociación de Derecho Constitucional de nuestro país, aun cuando sé que viene a título personal -lo dejó bien claro-, como profesor titular de la Universidad de Chile.

Solo pido que pueda ahondar en un tema que mencionó, quizá no tuvo el tiempo suficiente para desarrollarlo, a propósito de su visión crítica de la libertad sindical respecto del hecho que la huelga haya quedado circunscrita solo a la negociación colectiva. Ese es un punto que me parece importante, porque, tal como mencionó -al menos, en mi opinión, y lo he dicho aquí en varias ocasiones- el Estado social, que es lo que debemos abordar, reconoce el derecho de propiedad, la libertad de empresa; obviamente, eso no está en duda ni la colaboración privada, como aquí ha quedado bien claro, pero sí se caracteriza, utilizando una expresión que ocupa el profesor: "para emparejar la cancha entre el capital y el trabajo", y ahí señaló que lo clave más que derechos sociales



prestacionales es el robustecimiento del derecho al trabajo y a la libertad sindical. Entonces, quiero saber si ahí existe un problema en el punto que destacó sobre esa limitación.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el profesor Zúñiga.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Señora Presidenta, no tengo a la mano los números, pero en nuestro país la tasa de afiliación sindical es bajísima, y en las pymes es aún más baja.

La legislación establece como una cortapisa también, en términos de unidad económica y número de trabajadores, para constituir sindicatos; pero el hecho de que la huelga esté asociada a la negociación colectiva, reglada o no reglada, uno lo entiende, porque son las fases que cada dos o tres años en la empresa, capital y trabajo llegan a un acuerdo convencional respecto de la relación laboral, y la huelga es una herramienta.

De hecho, la huelga la votan al término del proceso, y hay una ultimísima instancia de mediación obligatoria ante la Dirección del Trabajo, en la que normalmente fenece la huelga; ¡ojo! el número de huelgas efectivas en Chile es bajo, porque ese mecanismo funciona. Pero que se circunscriba la huelga solo a la negociación colectiva, es una cortapisa que no dice relación con la posibilidad de que haya conflictos entre capital y trabajo que vayan más allá de la disciplina miento de la relación laboral cada dos o tres años. Ese es el punto.



Ahora, claro, uno podría decir: ¿excepcionalmente la huelga podría tener cabida fuera de la negociación colectiva? Claro, el legislador tendría que precisar en qué casos. Por ejemplo, en políticas de reducción de personal tomadas, los sindicatos ya no tienen una capacidad de respuesta; pero yo creo que la Constitución no debe hacerse cargo de esas hipótesis, el legislador una vez más; pero dejar la puerta abierta y no cerrada, más allá de la negociación colectiva. Ese es un tema crucial.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Muchas gracias, profesor.

A propósito de datos que tienen que ver con la libertad sindical y los temas que se han dado, y ratificar que la sindicalización en nuestro país es baja, en torno al 20 por ciento; pero lo que es más relevante, a propósito de otro tema que usted planteaba, profesor, de la titularidad sindical y este conflicto que se ocasionó a propósito de los convenios y los grupos negociadores, y que significó el requerimiento al Tribunal Constitucional del proyecto de ley sobre la ley N° 20.940, quiero decir que en materia de grupos negociadores estas alcanzan tan solo el 2 por ciento; vale decir, es de ninguna relevancia ni valoración por los trabajadores esta disputa que en muchas ocasiones se da, a propósito de la titularidad sindical, y también quiero decir, y ratificar lo que señalaba el profesor, a propósito de las negociaciones colectivas, que estas mayoritariamente se realizan en las grandes empresas, que normalmente son los trabajadores que



tienen las mejores condiciones laborales, de remuneración y de relación con su empleador.

Fundamentalmente, ustedes pueden cifrar todos los años; el Consejo Superior Laboral emite un informe, que es un organismo tripartito, y que da cuenta justamente de estos procesos, para que sepan, a ciencia cierta, la importancia de este planteamiento que ha hecho el profesor para consagrar debidamente la libertad sindical.

Tiene la palabra el comisionado Flavio Quezada.

El señor **FLAVIO QUEZADA**. - Muchas gracias, Presidenta.

Solo quiero complementar y también manifestar una preocupación respecto del punto que plantea el profesor, puesto que la Organización Internacional del Trabajo también se ha pronunciado sobre esta materia, y ha señalado expresamente "que el derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo".

Es más, en el caso N° 2.814, de 2011, a propósito de esto mismo, instó al gobierno de Chile a tomar las medidas necesarias para modificar la legislación, ya que se establecía precisamente esta hipótesis. De hecho, en ese mismo caso, señaló que es una actividad sindical legítima, la declaración de huelga, en caso de ser necesario, incluso cuando no se encuentre en marcha un procedimiento de negociación tendiente a la conclusión de un convenio colectivo.

Entonces, es importante lo que señala el profesor, puesto que, si ya una organización internacional ha señalado que Chile debería modificar su legislación por establecer esta limitación, es preocupante que haya quedado así en la redacción



que propusimos preliminarmente para la votación en general. Por eso, ahora debemos ver bien todos estos temas en detalle, y este punto hay que revisarlo con especial atención.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el comisionado Teodoro Ribera.

El señor **TEODORO RIBERA**. - Señora Presidenta, por su intermedio quiero agradecer al profesor Zúñiga que nos acompaña y, en segundo lugar, quiero decirle al profesor Flavio Quezada que no se preocupe, porque son cientos los acuerdos que tomaron organizaciones internacionales de personas que participaban en ellos, muy dignas, muy profundas, pero sin las responsabilidades de gobierno.

Si uno siguiera los dictámenes y las *soft laws*, seguramente seríamos un país a la deriva.

Aquí hay que tener claros la legislación nacional y compromisos internacionales, pero -vuelvo a señalar- puede ser que estar mirando permanentemente las recomendaciones no sea el camino más adecuado para llegar a algún puerto.

En cuanto al derecho a la salud, entiendo, y ya lo vimos en la sesión anterior, que el tema es el destino o el financiamiento del sistema. No se cuestiona la libertad de elegir; lo que se cuestiona, o lo que se plantea directa o indirectamente, es si las cotizaciones obligatorias tienen el destino propio del financiamiento del plan de salud, o si van total o parcialmente a un sistema donde se podría dar, por lo tanto, un financiamiento mixto: público y el aporte que harían



trabajadores, ya no a su plan propio de salud, sino a un plan común.

Creo que no es malo que planteemos el tema en esa dimensión, es decir, lo que estamos discutiendo es principalmente el 7 por ciento de salud, que actualmente, por un tema legal, está unido a la decisión del trabajador. Claro, podría surgir la duda de en qué medida, si el Estado decidiera hacer que las cotizaciones fueran voluntarias y no obligatorias, podría cambiar radicalmente el sistema.

Yo veo aquí, más que limitaciones jurídicas, si esto es extremo y, por lo tanto, si las cotizaciones obligatorias le son restadas totalmente al trabajador, creo que su derecho de opción entre el sistema al cual quiera adscribirse, podría verse seriamente afectado; pero hay un juego de por medio, y, por tanto, siendo este un tema interpretativo, creo que no es menor considerarlo como tal; creo que no está escrita en piedra la estructura. Yo creo que la estructura podría aceptar algunos términos.

Pero ese es un tema político complejo, y yo imagino que no se aborda debido a la complejidad del mismo. Sin embargo, si uno mira el texto que hemos aprobado hasta el momento, se ve que establece que el Estado deberá crear y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos y uniformes de calidad, y, probablemente, ahí podría estar lo que el profesor Zúñiga señalaba, de contar con un plan básico y uniforme de salud que se le ofreciera a la población.

Si uno mira el plan AUGE, de una u otra manera son los inicios de ello, y el tema, entonces, sería aumentar más el AUGE.



Efectivamente, si uno mira el sistema público de salud, este se financia con fondos públicos; pero si vemos que las tributaciones recaen sobre más o menos el 20 por ciento de la población y el resto está exento de tributo, de una u otra manera, el financiamiento público del sistema público de salud tiene una coparticipación relevante, o un aporte relevante, de parte de los sectores que pagan impuestos, que son, en definitiva, los que tienen mayores recursos.

Por eso, creo que la norma de salud que estamos aprobando tiene un avance sustancial en buscar una mirada común. Creo que la norma actual le brinda al Estado la posibilidad de gestionar el sistema, y es claro que el Estado tiene un rol rectorial -expresión que se ha utilizado también en otros términos y en otras constituciones- y acá podríamos avanzar en ello.

Por lo tanto, me gustaría aclarar o sincerar que el debate se está dando respecto de las cotizaciones obligatorias y su destino, y no se está dando respecto de si el Estado, la ley, podrá establecer o no; las establece.

En definitiva, estamos hablando de los recursos, no que el Estado genere un sistema o una red propia que sea tan atractiva para que la gente opte por ella. Creo que este tema, precisararlo en lo que nos está dividiendo, es un tema de recursos y de destino de la ley, que yo no veo, y aquí difiero del profesor Quezada en la interpretación que él hace, que circunscribe esto a un modelo único, con instituciones de salud o de prestaciones de seguro de salud, que no es el único modelo posible de acuerdo con el marco constitucional actual. Creo que el marco constitucional actual admite modelos diversos, incluso



híbridos, y eso viene a dar cabida a lo que estamos buscando, que sea el legislador a futuro el que pueda modificar esto.

Yo no veo por qué el legislador no podría cambiar la norma de las cotizaciones obligatorias; no lo entiendo. Si me pudieran explicar por qué no puede ser cambiado, lo agradecería.

Gracias.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Voy a dar la palabra al profesor, pero antes quiero pedirles que acotemos cada una de las intervenciones. El profesor se tiene que retirar a las diez y media, y a esa misma hora llega el profesor Enrique Navarro.

En consecuencia, se los pido para aprovechar al máximo la presencia del profesor Zúñiga.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Agradezco la intervención del comisionado Teodoro Ribera, porque permite ilustrar dos puntos.

El tema de las cotizaciones obligatorias ha estado ligado históricamente a la existencia de dos sistemas. En seguridad social y en salud previsual es una exigencia sistémica. Ahora, esa exigencia sistémica en relación con el punto clave de todo esto, que es el financiamiento.

Hoy en día, las cotizaciones Fonasa, en una parte importante van a cubrir licencias médicas. Toda la demás financiación de prestaciones que el Estado provee a través de ese esquema de aseguramiento, que es Fonasa, es presupuesto público. Por lo tanto, el financiamiento es un tema clave, y el Estado tiene



una sola caja fiscal, por lo que no lo puede hacer todo ni financiarlo todo.

Creo que ahí la cotización obligatoria, pensando en la existencia de un plan garantizado universal, es, a mi juicio, lo clave, y esto no tiene que ver con el prestador -vuelvo al punto-, tiene que ver con la existencia del plan y la utilización de medios para dar cobertura a ese plan. No tiene por qué ser el prestador público del plan garantizado.

De hecho, la cobertura de GES la proveen prestadores públicos y privados, por poner un ejemplo.

Las cotizaciones obligatorias, a mi juicio, son claves; porque, de lo contrario, lo único que hacemos es agravar aún más el problema de la financiación.

El señor **TEODORO RIBERA**. - ¿Esto significa, profesor, que el Estado, por ejemplo, podría incrementar las cotizaciones obligatorias, o disminuirlas, vía de algún tributo general de financiamiento? En otras palabras, ¿la cotización obligatoria no tiene más aceptación de la que hoy existe?

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Tanto las cotizaciones del seguro social como de salud previsional son un guarismo, y la ley determina ese guarismo.

Ahora, para serle franco, colega, veo muy difícil pensar en disminuir esos guarismos. De hecho, la discusión en materia de seguridad social es qué hacemos para incrementar el guarismo.

Entonces, creo que la búsqueda de recursos para financiar el Estado de bienestar es un problema, que obliga al Estado de bienestar y a las administraciones a ser eficientes, a darles



continuidad a estas políticas públicas y a mirar esto con bastante pragmatismo. Pero esa es más bien una consideración del sistema político.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el comisionado Jaime Arancibia.

El señor **JAIME ARANCIBIA**. - Agradezco al profesor Zúñiga su exposición, porque enriquece el intercambio de ideas.

Tengo dos preguntas.

En la primera lo quiero llevar al ámbito de propiedad y cargas públicas. Una discusión vigente en materia de cargas públicas dice relación con la compensación o eventual compensación que tendría que recibir una persona, que es sujeta de una limitación al dominio desigual por razones de interés público.

Como usted sabe, cuando se producen expropiaciones o privaciones al dominio, eso queda cubierto por la garantía expropiatoria; pero, cuando se trata de limitaciones al dominio, que son particularmente desiguales -voy a poner el caso de lo que se suele decir en materia de Consejo de Monumentos Nacionales-, se produce una limitación al dominio en que la jurisprudencia ha sido variada. Algunos sostienen que solamente esa limitación al dominio, por lo que dice la norma, esa compensación regiría en estado de excepción; otros señalan que el único modo de solucionar ese problema es por vía de acciones de responsabilidad del Estado, en cuyo caso me parece que lo que tendría que ser simplemente el daño patrimonial efectivamente causado, termina siendo indemnizado



también con otro tipo de elementos, que van más allá de lo que debería ser una compensación cuya finalidad fuese satisfacer un interés público, o sea, termina gravando el erario fiscal más de lo que correspondería.

Otros dicen que simplemente no tiene ninguna compensación, por el hecho de que la propia Constitución no reconoce un mecanismo de compensación.

Entonces, eso puede plantear dudas de justicia material; algunos autores lo denominan expropiaciones regulatorias. A mí me parece que no es una terminología muy adecuada, pero a la pregunta que voy es, si ya se abre un espacio para discutir acerca de un proyecto constitucional 3.0, utilizando su nomenclatura, ¿usted ve un espacio o sugeriría incorporar una norma relativa a la debida indemnización de limitaciones al dominio que son particularmente desiguales, pero necesarias por razones de interés público?

Esa es la primera pregunta.

La segunda pregunta es que los instrumentos internacionales, y en particular la OIT -lo ha dicho recientemente, me parece que para el caso... no sé si uruguayo- ha dicho que tan importante como el derecho a la huelga es la consagración y el reconocimiento del derecho de los trabajadores que no adhieren a la huelga a asistir a sus lugares de trabajo, y me pregunto si esa es una omisión en nuestra propuesta original que debería ser reconocida, para efectos de asegurar ese derecho de los trabajadores, de poder asistir a sus labores cuando no adhieren a la huelga.

Esas son mis dos preguntas.

Muchas gracias.



El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - La primera es una cuestión ardua de responder.

Uno también es preso de lo que escribe. Hace algunos años, más de diez años, escribí un libro sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, así que, bueno, vamos dando cuenta de lo que uno escribe.

Aquí hay varios planos. Hoy día, las limitaciones indemnizables están previstas a propósito del estado de asamblea y del estado de catástrofe.

La doctrina ha entendido correctamente que, en general, las limitaciones al dominio, los atributos y facultades del dominio no son indemnizables cuando hay una causa justificativa a esas limitaciones establecidas por el legislador, que es la función social.

La pregunta, por tanto, es bajo qué condiciones la limitación al derecho de propiedad sería indemnizable.

Creo que en ese caso la quiebra de la igualdad ante las cargas públicas es la respuesta. Cuando la limitación es ablativa desde el punto de vista patrimonial, importa sacrificios especiales que quebrantan el principio de igualdad, deberían dar mérito a responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Sin embargo -y eso es clave, porque hay algunas demandas en este campo hoy día-, el título de imputabilidad es la declaración de inconstitucionalidad de la ley; es decir, para que una demanda por responsabilidad patrimonial contra el Estado legislador llegase a un feliz término, antes de la dictación de primer grado, quien litiga con el fisco debería



obtener la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esa disposición legal, para que haya título de imputabilidad; porque, de lo contrario, la responsabilidad sería objetiva y, por tanto, quedaría entregada al juez del fondo la determinación del daño.

Normalmente, las intervenciones regulatorias causan daño patrimonial, pero no siempre ese daño es inconstitucional, no siempre ese daño infringe el principio de igualdad.

El señor **JAIME ARANCIBIA**. - Perdona que lo lleve ahí, y voy a ser muy breve, Presidenta.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Quiero recordar que... simplemente para terminar de precisar su respuesta.

El problema es que cuando la carga es de interés público, me parece que lo único que tiene que recibir el particular como compensación, en el evento de que se cumplan las condiciones que usted dice, es el daño patrimonial efectivamente causado, y nada más; pero resulta que hoy en día, por ausencia de norma, en el evento de que se declare inconstitucional esa ley, pese a que persigue un interés público legítimo, el Estado termina respondiendo por mucho más que el daño patrimonial efectivamente causado por vía de acción de responsabilidad, y no por vía de acción de deber compensatorio normativo.

Entonces, mi pregunta es si usted cree necesario introducir una norma que limite esa responsabilidad, para efectos de asegurar esa compensación y no tener que estar recurriendo al mecanismo de responsabilidad del Estado por vía de acciones



que supongan necesariamente la antijuridicidad de la ley, porque no necesariamente una ley puede ser antijurídica.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - De hecho, existe el interesante caso de las obligaciones legales compensatorias. Están previstas, por ejemplo, en la ley de sanidad animal y en la ley de sanidad vegetal, en que la intervención ablatoria del Estado, que limita el derecho de propiedad o simplemente importa un sacrificio patrimonial directo, tiene un mecanismo de compensación fijado en la ley, y es perfectamente posible hacerlo sin necesidad de norma constitucional.

De hecho, estas dos leyes, si bien la de sanidad animal tiene cuarenta o cincuenta años, la de protección vegetal es una ley dictada al amparo del **(inaudible)**, es decir, creo que esto es perfectamente posible de ser abordado por el legislador sin previsión constitucional expresa.

Ahora, si usted quisiese tener una previsión legal expresa, en armonía con disposiciones análogas a las de los artículos 6° y 7° de la Constitución en sus incisos finales, que hablan de responsabilidades y de sanciones, valdría la pena pensar en regular el sistema de responsabilidad, no solo el de la administración por falta de servicio, tal cual viene en la propuesta, sino también pensar en la posibilidad de abrir el título de imputabilidad al servicio judicial.

Hay un fallo reciente de la Corte Suprema en sede de casación que abre la posibilidad de que el servicio judicial sea objeto de calificación de antijuridicidad, y de que el justiciable sea compensado por falta de servicio, ya no solo por error judicial, que sabemos que son hipótesis bien límites, pero el



ciudadano no está protegido de un mal servicio judicial, y quizás valdría la pena pensar en un conjunto de normas que disciplinen la responsabilidad patrimonial del Estado frente a sus distintas actividades potestativas.

El señor **JAIME ARANCIBIA**. - Voy a omitir la segunda pregunta, para dar espacio a los demás comisionados a intervenir.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el comisionado Alexis Cortés.

El señor **ALEXIS CORTÉS**.- Señora Presidenta, aprovecho de saludar a todos los presentes en la sala.

Quiero agradecer la intervención del profesor Zúñiga. Además, por su propia intervención y por otros comentarios y observaciones que se han recibido por parte de distintos especialistas, de distintas sensibilidades políticas, creo que esta exposición, en particular, refuerza la necesidad de nuestro compromiso por enmendar y perfeccionar lo más posible el texto. Creo que ese es el espíritu que todos hemos compartido.

Quiero aprovechar de hacer una pequeña reacción al comentario del comisionado Ribera respecto de la consideración de recomendaciones internacionales. Si bien no estoy de acuerdo con esa premisa, estoy de acuerdo con que debemos considerar la propia jurisprudencia nacional. Quiero recordar que hay una sentencia de la Corte de Apelaciones, de octubre de 2015, donde se señala que se podrá ejercer válidamente la huelga para amparar intereses económicos, con la exigencia de aumentos



salariales, ya sea en el marco de negociación reglada como también para amparar intereses sociales, laborales, como la denuncia de incumplimientos contractuales o legales del empleador.

Finalmente, quiero hacer una pregunta, que no la haría si no hubiese sido un tema que apareció válidamente, creo, en los debates de la Comisión Experta, aunque debo reconocer que me sorprendió que fuera un asunto, que es respecto de la categoría de determinados derechos o libertades en tanto derechos económicos.

Entonces, mi pregunta es si, respecto de derechos como el de la propiedad, la libertad de emprendimiento o, incluso, de la libertad sindical, existe alguna literatura que indique que no sean considerables como derechos económicos.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Libertad de adquirir bienes, no discriminación en materia económica, propiedad industrial e intelectual, amparadas por la garantía del derecho de propiedad, son derechos económicos.

Tradicionalmente, las constituciones los abordaban como derechos civiles de contenido patrimonial; pero modernamente son derechos económicos.

Ahora, voy a ser muy franco. A mi juicio, el texto al que ha llegado esta Subcomisión en materia de derechos económicos es bastante satisfactorio.

Considero que es necesario asegurar la propiedad; es decir, sin riqueza, no hay Estado de bienestar -para que nos entendamos-; sin reparto de riqueza, no hay Estado de bienestar. Por lo tanto, tiene que haber derechos que aseguren



la riqueza, la circulación de la riqueza y la explotación de recursos naturales, guardando la sostenibilidad de estos.

Por eso, la sugerencia, la propuesta, en orden a darle recepción a las regalías, a propósito del uso especial y aprovechamiento de recursos de dominio público, estatal.

Y no lo digo en frío. Tengo el recuerdo del gobierno del Presidente Lagos, cuando se mandó el primer proyecto de *royalty* minero, el cual era un proyecto de *royalty*, no un proyecto de tributos. Lo que se aprobó, finalmente, fue el segundo proyecto, que era un proyecto de tributos, porque la común opinión -yo era disidente de esa común opinión de los expertos- era que la invariabilidad tributaria y la garantía de la inversión extranjera impedían la imposición de un gravamen que fuera un *royalty*.

Por lo tanto, el reconocimiento de la posibilidad de que el Estado legislador pueda establecer exacciones no tributarias, por el uso especial y aprovechamiento de recursos naturales de dominio estatal que ameritan, además, aseguramiento de sostenibilidad, es del todo necesaria.

Creo que nos permite obviar discusiones sobre la constitucionalidad y la discusión acerca de si es tributario o no el *royalty*, porque no es tributario, aunque sea una exacción.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Profesor, ¿es posible que disponga de unos minutos más para que la comisionada Horst le haga una pregunta breve?

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Sí.



La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra la comisionada Horst.

La señora **BETTINA HORST**. - Señora Presidenta, voy a circunscribirme a lo esencial. Usted, profesor Zúñiga, relevó mucho el tema de la necesidad de un financiamiento estable, que ha sido la lección que nos deja Estado social, Estado de bienestar, etcétera, los modelos europeos.

Tomando eso en consideración, respecto de los derechos de salud y de seguridad social, usted también planteó en dos oportunidades el tema de que no contempla otras normas de financiamiento o complemento, etcétera. Al respecto, quiero entender bien, desde su óptica, tanto del texto vigente o, más bien, las normas que hemos aprobado en general en esta Subcomisión y en el Pleno también, ¿qué normas imposibilitan hoy un mayor aporte fiscal?

Porque con el texto vigente se pudo implementar una política pública en materia de seguridad social, la pensión garantizada universal, que hoy es la política social más onerosa para las arcas fiscales y que ha sido compatible con la actual situación. Asimismo, en materia de salud, el 82 por ciento de los recursos que administra Fonasa vienen de impuestos generales; o sea, es una fuente de financiamiento.

Entonces, para entenderlo bien a usted, ¿plantea, quizás, incorporar en estas normas el deber del Estado de -en caso de ser necesario- concurrir con financiamiento estatal, de aporte fiscal?



Porque, en la práctica, hoy lo hace. Y como hemos tenido la discusión respecto del financiamiento de régimen privado, estatal, etcétera, y el destino del famoso 7 por ciento, hoy estudios que demuestran que, si se establece un único sistema estatal de recaudación de las provisiones del 7 por ciento, el sistema estatal se desfinancia aún más, porque hoy el Estado, dados los niveles de eficiencia, de cobertura, etcétera, necesita aportar más recursos por afiliado al sistema estatal.

Entonces, para entender bien, porque quizás por llevarnos el 7 por ciento o por no darle protección constitucional a la libertad de la persona de elegir el destino de su 7 por ciento, puede llevarnos a desfinanciar aún más al Estado si no se acompaña con mayores recursos.

Por lo tanto, cuando usted plantea la seguridad social, ¿esto es incluir en la Constitución algo que hoy en la práctica se hace, como es el financiamiento, a través de impuestos generales, a ciertos derechos sociales?

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Sí, voy a dejar la minuta de mi intervención, en todo caso; pero la propuesta que sugiero es que simplemente se haga explícito que la financiación de los sistemas de salud previsional reconozcan cuáles son las fuentes; naturalmente, no a la carga.

¿Por qué? Porque uno podría decir que vamos a aumentar la contribución del 7 por ciento a 10 por ciento y del 10 por ciento al 15 por ciento. Pero, claro, eso también significa encarecer el empleo y tiene un efecto en la economía, y cuando uno encarece el empleo, también encarece las desvinculaciones de empleo, y lo que hace es precarizar el empleo, finalmente.



Por lo tanto, hay que tener cuidado en la ecuación práctica de cómo abordar esta materia y, por ende, tiene que haber un margen en el legislador para establecer cuáles son los guarismos adecuados, cuál es el esfuerzo fiscal efectivo.

Lo de Fonasa es un buen ejemplo de a qué se destina la cotización obligatoria y la insuficiencia de la cotización obligatoria de los imponentes de Fonasa, para financiar lo que el Estado hace en materia de salud; pero este es, de algún modo, el sino del Estado de bienestar hoy: lidiar con recursos escasos.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Sin duda, agradecemos su tiempo y disposición, profesor Zúñiga.

Probablemente, nos ha abierto varios motivos de reflexión a unos y otros, a propósito del financiamiento del sistema público de salud, donde está el 80 por ciento de afiliados, pero son quienes tienen las remuneraciones más bajas del país. Esto es así. Solo el 20 por ciento está en las isapres y son los que tienen las remuneraciones más altas del país, pero de 550 mil pesos o 600 mil pesos hacia arriba en promedio; sin embargo, las isapres deben 580 millones de dólares.

El señor **FRANCISCO ZÚÑIGA** (expositor). - Solo a prestadores.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Sí, solo a prestadores.

La señora **BETTINA HORST**.- (*Inaudible*)



La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - No, estoy pensando en este subsistema, a propósito del financiamiento y la preocupación de...

La señora **BETTINA HORST**. - Solo quiero precisar que las isapres son un sector tremendamente regulado, pero no en la Constitución. Hoy hay un problema en la regulación, cuestión que hay que mejorar como política pública.

Acá no se está hablando de proteger a un sistema de isapres, sino que a un sistema de libre elección del individuo.

Respecto de la adscripción al sistema estatal o sistema privado, hoy de la gente que está obligada a cotizar, que son casi 5.500.000 afiliados, una tercera parte elige libremente el sistema de salud privado. Imagino que acá muchos también elegimos el sistema de salud privado.

Habría que preguntarse por qué para muchos de los que estamos acá no es una opción el sistema estatal, y eso queremos mejorar. Por eso es importante que entre el texto que se propuso y el texto vigente, no se genere ningún impedimento para que eso suceda.

Lo que me queda claro de la exposición es que hay un tema de recursos, sin duda; pero no hay a nivel constitucional una imposibilidad del Estado de ser eficiente, mejorar y entregar mejor salud estatal.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Despedimos al profesor Francisco Zúñiga.

Se suspende la sesión.



-Transcurrido el tiempo de suspensión:

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Continúa la sesión.

Solo para efectos de consignarlo en el acta, porque todos conocemos al profesor Enrique Navarro, debo señalar que es abogado, fue ministro del Tribunal Constitucional, autor de numerosos libros en Chile y en el extranjero y de más de un centenar de artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Económico e Historia de las Instituciones, tanto en revistas nacionales como extranjeras.

Asimismo, es profesor de la Universidad de Chile y de la Universidad Finis Terrae.

Muchas gracias por asistir, profesor.

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Muchas gracias, Presidenta.

Agradezco la invitación. Es un privilegio y un honor poder estar con usted y compartir con tan destacados colegas, con quienes nos conocemos largo tiempo desde la universidad; no digamos cuánto, pero es un tiempo suficiente.

Pensé: ¿sobre qué voy a reflexionar en veinte o quince minutos, que sea más o menos lógico, coherente y adecuado? Entonces, me quise concentrar en un derecho específico, que es el derecho a la protección de la salud, dada la vastedad que tiene este tema.

Si uno revisa los últimos cien años, puede observar que en las constituciones del siglo XIX no hay referencias sobre esta



materia, dado que estos derechos eran más bien de carácter programático, aunque sí hay referencias en materia de educación y, por consiguiente, a ciertos mandatos. No obstante, me quiero referir al ámbito de la salud.

Recién la Constitución de 1925, con sus modificaciones posteriores, establece el deber estatal de velar por la salud pública y por el bienestar higiénico del país, obligando a destinar anualmente un presupuesto para un servicio nacional de salubridad.

La Constitución vigente establece una serie de principios generales, pero, como sabemos, en el ámbito de la salud, establece el libre e igualitario acceso a las acciones, promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Del mismo modo, la coordinación y control de las acciones realizadas con la salud y el deber preferente del Estado a garantizar la ejecución de estas acciones, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, precisando que cada persona tiene el derecho individual de elegir el sistema de salud, sea este público o privado. Como sabemos, este es el único inciso que está tutelado con el recurso de protección, pero después quiero hacer una referencia a su aplicación práctica.

En la propuesta que ustedes han elaborado se establece, en primer lugar, el derecho a la protección de la salud física y mental. Me parece muy adecuado, porque está en concordancia con lo que establece la Organización Mundial de la Salud (OMS), que precisamente entiende la salud como un estado completo de bienestar físico, mental, social, y no solo como la ausencia de enfermedad.



Del mismo modo, se establece que es deber del Estado proteger el libre, igualitario y oportuno acceso a las acciones de salud, correspondiéndole al Estado la coordinación y control de dichas acciones. Se agrega el acceso a los medicamentos, en conformidad con la ley -algo más diré inmediatamente, con ocasión de la jurisprudencia de nuestros tribunales-. Del mismo modo, es deber del Estado crear, preservar y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos, uniformes y de calidad. Y, por último, que la ley pueda establecer cotizaciones obligatorias, pudiendo cada persona elegir el régimen de salud al cual desee adscribirse, sea estatal o privado. Eso también está en armonía con las bases o principios generales que significan el mandato que tiene esta comisión.

No es del caso aquí profundizar acerca de la naturaleza de estos derechos: si son disposiciones programáticas -los famosos debates de Smith y **Ford Hope**-; si son fuentes de normas, de fines, para el Estado, en la concepción de **Someran**; un mandato objetivo, como lo plantea **Beckeforde**; derechos definitivos o derechos *prima facie*, en la concepción de Alexy. Pero, evidentemente, estas son prestaciones que tienen costos; aunque, como también sabemos, todo derecho trae aparejado un costo.

Ahora, en América, sobre el tema de la salud, yo me siento muy cercano a él, primero, porque soy un sobreviviente de cáncer, hace treinta años, de manera que lo miro con simpatía; pero también porque es una materia que requiere, creo yo, fundamental atención. En América, en Iberoamérica, se ha hecho exigible, en particular, a las cortes constitucionales, a



través de diversos medios, y también ha tenido una relevancia el amparo constitucional mexicano que, como sabemos, tiene más de 150 años.

Ahora, como dice el propio Bobbio, el foro político debe ser el lugar donde decidir cómo distribuir las cargas y los beneficios en la sociedad, siempre que esté garantizada la participación política efectiva de todos sus miembros. O sea, son los colegisladores, el legislador democrático, el llamado a resolver este punto. Y si observamos lo que ocurre en las constituciones comparadas, tanto europeas como americanas, podemos encontrar lo siguiente: la Constitución italiana, por ejemplo, de 1947, establece por primera vez este *diritto alla salute*, indicando que "La República protege la salud como derecho fundamental de la persona y como interés de la colectividad, y garantiza la asistencia gratuita a los indigentes.". Y, agrega: "Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana.". Ahí está el tema de la dignidad humana.

Está norma también ha tenido un desarrollo importante por la Corte Constitucional, porque se vincula indisolublemente con la dignidad de la persona. Mientras que la Constitución alemana, los alemanes siempre son más precisos, establece, en la ley fundamental, que se mantiene vigente, con todas las reformas: ha tenido más de medio centenar, que es materia de ley regular aquellas que se refieren a las enfermedades humanas y a la admisión y ejercicio de las distintas profesiones, como,



igualmente el financiamiento del sistema hospitalario y la regulación de las tarifas.

En Francia, en cambio, es bien curioso, como saben ustedes, porque la Constitución de De Gaulle, de 1958, establece lo que se denomina el "bloque de constitucionalidad", y dentro de ella incluye el preámbulo de la Constitución de 1946 como válido, y ese establece que "la Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo", agregando que la Nación "garantiza a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud...". Ese el concepto que acuña la jurisprudencia y que también ha tenido algunas decisiones por parte del Consejo Constitucional francés.

España, como decíamos, en la Constitución de 1978, lo establece como un derecho, inspirado en la Constitución italiana, y también como un mandato a los poderes públicos, para "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto."

Ahora, ¿qué ocurre en América? En América, como sabemos, hay una tendencia, tenemos la tendencia a escribir, a veces, en exceso. Hay una suerte de realismo mágico en nuestra zona.

Bueno, en la Constitución de Brasil ya de 1988, se establece la salud como un derecho de todos y el deber del gobierno de garantizar ciertas políticas sociales.

Después, la Constitución Política de Colombia, de 1991, establece un mayor desarrollo, pues dispone que "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado."



Me tocó estar en varias oportunidades en la Corte Constitucional de Colombia y ellos mismos me contaban los almuerzos que habían tenido con la autoridad ejecutiva, particularmente, por ejemplo, con el Presidente Santos, quien les señalaba cuáles eran las consecuencias económicas de cada decisión que había adoptado la Corte Constitucional, que tenía implicancias muy relevantes.

La Constitución de Perú, que sigue vigente, la de 1993, establece que "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa."

En Argentina, la reforma de 1994, estableció la protección de la salud dentro de la protección a los consumidores. Es una referencia muy genérica.

En Venezuela, la salud es un derecho esencial, vinculado a la vida, y se establece que la salud "... es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida."

También hay un desarrollo en Ecuador y en Bolivia, como un derecho. Pero me quiero concentrar probablemente, en los pactos internacionales, que también nos generan un parámetro.

El número 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...", mientras que el número 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que "Los Estados Partes en el



presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”, añadiendo algunas medidas que puede adoptar el Estado, se refiere a aquellas que tengan por objeto la reducción de la mortandad, el mejoramiento de la higiene, la prevención y tratamiento de enfermedades y, en general, la asistencia médica. La Corte Interamericana, en sus últimas decisiones, incluso, ha establecido que este un derecho fundamental, independizado del derecho a la vida.

Ahora, ¿qué ocurre en el texto constitucional vigente?

En general, se estableció que el recurso de protección no podía hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen, para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades de la población cultural, como sucede, por ejemplo, con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social.

Sin embargo, nuestros tribunales, a partir de los años noventa, en concordancia con lo que, además, ha ocurrido en los tribunales europeos y americanos, le han dado una tutela indirecta, recurriendo al derecho a la vida, a la igualdad ante la ley y a los conflictos asociados al derecho de propiedad, lo que ha significado que ciertos autores hablen de la propietarización de los derechos. Pero -reitero- esta no es una creación nuestra, nosotros no hemos creado nada. Esto está tomado, evidentemente, de esta jurisprudencia comparada.

Ahora, ¿qué ocurre con la protección de la salud?

Al principio de los años ochenta, los recursos de protección se rechazaban, porque decían que este es un tema contractual, así que tiene que resolverlo un árbitro.



A partir de los 90, en cambio, la jurisprudencia comenzó a modificarse y hoy vemos miles de recursos de protección en esta materia, asociados a los términos unilaterales de los contratos: alzas injustificadas de planes, negativa a otorgar cobertura, entre otros.

A ello hay que agregar que el Tribunal Constitucional en agosto de 2010, declaró la inconstitucionalidad de una disposición, el 38 ter. En realidad, no es de la tabla completa, sino de ciertas atribuciones de la Superintendencia de Salud para fijar criterios en relación a sexo y edad. Y ahí hay un tema que es importante destacar, y es que en nuestro sistema no tenemos una regulación respecto de las omisiones legislativas. O sea, cuando el constituyente exhorta o, en este caso, el sentenciador exhorta a legislar, y no se cumple, lo que es muy usual en Europa, el tribunal constitucional alemán lo hace, el austríaco fija un plazo, y allá se cumple, en Alemania se cumple. Solo está regulada la omisión legislativa -que yo recuerde- en Portugal o en Brasil. Es un tema bien importante, porque muchas veces el tribunal constitucional no declara inconstitucional una norma, sino que exhorta a resolver un determinado punto, y eso también queda sin ejecución práctica.

Si vemos los últimos cinco años, en el ámbito de la resolución de conflictos, en materia de salud hay numerosas decisiones, por ejemplo, vinculadas a negativas de acceso a admisión a las instituciones de salud, alzas injustificadas de los planes, acceso a tratamiento médico, etcétera.

En este sentido, la Corte Suprema señaló, en un fallo que fue muy comentado, que el excesivo valor de un medicamento no



es un argumento coherente con la Convención de Derechos del Niño, debiendo prevalecer los compromisos adquiridos, por tanto, por los tratados internacionales, para asegurar la atención médica del menor, y que las razones económicas para no otorgar un medicamento, que puede asegurar la sobrevivencia del menor, afecta la garantía a la vida.

En realidad, las decisiones que ha adoptado la Corte Suprema las ha vinculado especialmente con el derecho a la vida o, en otros casos, como vamos a ver, con falta de motivación. Por ejemplo, cuando se niega una determinada prestación, sin señalar razones o justificaciones. Ahí, como se establece la prohibición debe establecer, a su vez, diferencias arbitrarias por parte de la autoridad, también es una consecuencia de afectación de esta materia.

Pero, del mismo modo, la Corte Suprema, y esto es interesante -después les puedo enviar la presentación, porque son centenares de decisiones las que he recopilado-, ha dicho que se han brindado las adecuadas prestaciones de salud a un menor, por ejemplo, e, incluso, que puede ser operado en el propio país, por lo que no se puede exigir una determinada prestación médica que, en este caso, incluso, era fuera del país, como ya ha ocurrido en algunos países como Colombia.

Del mismo modo, ha señalado que los tratamientos médicos y la preocupación por ciertas pandemias justifican las medidas adoptadas.

Si recopiláramos más o menos un centenar de sentencias que se han dictado en los últimos dos años, con ocasión de la pandemia, diríamos, como señalarían algunos autores, que hay bastante deferencia técnica, en general, hacia la autoridad,



porque hubo muchos casos, si ustedes recuerdan, en que se presentaron recursos de protección solicitando que se declararan las zonas en cuarentena y que se adoptaran determinadas medidas. En general, la corte siempre dijo que se trataba de materias privativas del Ejecutivo, de carácter técnico, profesionales, decisiones políticas que estaban fuera de su esfera de competencia, sin perjuicio de que hubo algunos casos -recordarán ustedes- de decisiones de medidas específicas que se consideraron, primero, que atentaban en un caso contra la libertad de conciencia y de culto, y en segundo lugar, también otra, que era sobre una diferencia arbitraria, porque había una falta de justificación en la decisión concreta en las prohibiciones impuestas a ciertos establecimientos comerciales.

Las decisiones de la Corte Suprema en los últimos años han motivado, como sabemos, miles de recursos de protección. Creo que este punto, más que atribuirlo a responsabilidad judicial, se debe -reitero- a la omisión del legislador. El legislador, a partir de 2010, no ha regulado adecuada y satisfactoriamente esta materia. Y este es un punto que está dentro de las políticas que le corresponde al mismo.

Ahora, en los últimos dieciséis años, particularmente con la reforma de 2005, que entró en vigencia en febrero del 2006, el Tribunal Constitucional -como señalábamos- se pronunció en diversas oportunidades, por ejemplo, sobre la constitucionalidad de la tabla de factores y sobre la posibilidad de que esta estableciera diferencias por edad o sexo, y que se le consideraran como contrarias a la igualdad ante la ley. Aquí se hizo presente el carácter de derecho



social que tiene la protección de la salud, materializándolo a través de un mandato y no de una norma de carácter programático. O sea, el Tribunal Constitucional insiste en que la actual no es una norma de carácter programático, sino una que exige adoptar determinadas medidas por aplicación directa de la Constitución, porque, como sabemos, la gran diferencia entre el siglo XX y XXI es que en el XX las constituciones muchas veces eran declaraciones programáticas. En cambio, acá, hoy día, la Constitución no se piensa sino como un texto de aplicación directa, inmediata, que no puede quedar sujeto a lo que determinen libremente los poderes.

Incluso, hay un núcleo esencial que se señala -siguiendo a la doctrina alemana- que debe permanecer y preservarse. En general, ha señalado que tanto la doctrina como la jurisprudencia precisan que los derechos sociales requieren, obviamente, una concretización legal de contenido, realizando sí que hay un núcleo esencial, indisponible, que está fijado por el constituyente, que es el mandato al legislador.

Las atribuciones de la Superintendencia de Salud y la actuación, dentro de la determinación, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, siguiendo también la doctrina europea, ha señalado que debe aplicarse el principio de proporcionalidad, o sea, que las medidas sean adecuadas a los fines e indispensables para alcanzarlos, no debiendo ser especialmente gravosas.

Ahora, también el Tribunal ha tomado decisiones en que ha señalado que esta norma -el otorgamiento de cobertura y la tabla de factores- podía entenderse dentro de un sistema coherente que permite el constituyente. En suma, el Tribunal



establece que el derecho de protección a la salud es un deber que se impone al Estado, pero también es impuesto en interés general a la colectividad. Este es un tema muy debatido en relación al alcance, obviamente, de los derechos sociales. Se trata de deberes preferentes del Estado, lo que significa que el Estado, en esta materia, es el principal, y los privados, subsidiarios. Así lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal. Ustedes saben que la subsidiariedad es una creación más bien doctrinaria y jurisprudencial.

En tercer lugar, la Constitución utiliza la expresión "garantizar", lo que quiere decir que busca dar certeza al titular del derecho de que las prestaciones efectivamente se llevarán a la práctica.

Finalmente, este deber preferente del Estado se materializa en la forma y las condiciones que determine la ley. Ese es el grado de autonomía que tiene el legislador, precisamente, para configurarlo.

La Constitución vigente -ha dicho el Tribunal- adhiere a un concepto amplio, además de la salud, que no se limita a la mera recuperación, sino también a las acciones preventivas, a la promoción y a la prevención. La Constitución sigue una tendencia -ha dicho la jurisprudencia internacional- que estima que el derecho a la salud incluye cuidados preventivos de salud, promoción y acciones propositivas que deben otorgarse.

Entonces, nos encontramos frente a un derecho social desarrollado muy jurisprudencialmente, íntima e indisolublemente vinculado al derecho a la vida, pero cuya regulación se encuentra reservada al legislador, como todos los derechos, y ese es un tema fundamental. En la propuesta



que han elaborado ustedes, se confirma la reserva legal de los derechos fundamentales e, incluso, agregando también el derecho a reunión, que se mantenía todavía como una vetusta norma.

Para concluir, Presidenta, excediéndome en el tiempo, quiero referirme a un par de temas adicionales, como la protección de algunos derechos que están indisolublemente vinculados a lo anterior, los llamados "neuroderechos".

La Reforma Constitucional de 2021, que fue aprobada -hay ediciones que aún no incluyen esto-, incluye la protección de la integridad y la indemnidad mental en relación al avance de la neurotecnología. O sea, se plasmó en el texto constitucional elementos fundamentales para la protección de los derechos humanos ante el desarrollo de la neurotecnología.

Esto también fue muy debatido en su alcance, incluso el proyecto terminó -como sabemos- en una comisión mixta. Y el texto final, aprobado por el Congreso, incorporado en el artículo 19, número 1º, en el último inciso, que trata sobre el derecho a la vida, del siguiente tenor: "El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella."

Estos son los llamados derechos de cuarta generación, que tienen tanta relevancia hoy, y que se planteó, incluso, un debate sobre los límites que tienen como derecho fundamental, enfatizando el deber de resguardar la actividad cerebral e incorporando también una referencia a que las restricciones



que pudieran establecerse en esta materia solo pueden ser desarrolladas por el legislador.

Del mismo modo, se enfatizó la importancia que tiene el consentimiento de las personas afectadas por estas actividades neurotecnológicas. Se trata aquí de un ámbito en donde están los derechos fundamentales, derechos indisponibles, vinculados a la dignidad y a la esencia de las personas. Y la ley, se dijo, es la llamada a establecer cuáles son las condiciones y requisitos para la aplicación de las neurotecnologías, dentro de las cuales se encuentra, obviamente, el consentimiento.

Por último, si observamos las normativas legales que fueron revisadas por el Tribunal Constitucional, hubo casos muy relevantes, como la ley de donación de órganos, que permitió la precisión de la muerte cerebral, como un momento en el cual se faculta adecuadamente y permite la donación de órganos; del mismo modo, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre otras disposiciones. Pero, en particular, me quiero centrar en la ley de derechos de los pacientes, que fue una materia donde el Tribunal revisó ciertos aspectos. Me correspondió también estar en el Tribunal, revisar aspectos de carácter orgánico.

Esa ley establece una serie de principios que parece importante tener presentes, partiendo de la base de que la Constitución es una norma de carácter general, que establece, en principio, valores y estos derechos: la dignidad, la libertad y la autonomía; el otorgamiento de prestaciones oportunas y no discriminatorias; el respeto y protección a la vida privada, honra y confidencialidad; el derecho a compañía y asistencia; el derecho a ser informado por el prestador de manera suficiente, oportuna, veraz y comprensible, y el derecho



a recibir, finalizada la hospitalización, tratamiento, diagnóstico y medicamentos, a la vez que la reserva de la información contenida en la ficha, y el derecho a un consentimiento informado, libre, voluntario y expreso. Además, obviamente, de los mecanismos de reclamación de salud.

Por último, existe también una ley de cuidados paliativos, la ley N° 21.375. En dicha ley, se establecen como derechos básicos de personas que padecen enfermedades terminales o graves, los cuidados paliativos, que hoy tienen un amplio desarrollo en la legislación -reglamentaria, también-, en la forma en que establezcan las normas reglamentarias; aquí hay una tendencia del legislador a delegar en el propio reglamento lo que debiera ser propio de la esfera legal, y el derecho a ser informado en forma oportuna, y el acompañamiento por sus familiares o por las personas que integran su núcleo.

En suma, si revisamos la jurisprudencia constitucional chilena en los últimos treinta años, quince años, la doctrina y el derecho comparado, más los antecedentes, en general, se puede observar la tendencia a fortalecer la protección del derecho a la salud, mandar al legislador a que regule los aspectos esenciales de este régimen, y, por otra parte, proteger el libre e igualitario acceso a las prestaciones que se deben otorgar por entes públicos y privados.

Pero hago presente -esto requiere mayor desarrollo- que muchas de las decisiones de las cortes constitucionales -me refiero a las europeas, porque, reitero, en América los tribunales son bastante más osados-, pero las cortes europeas, en general, se refieren a la vinculación de este derecho indisolublemente con la dignidad de la persona, y también, como



ha señalado el Tribunal Constitucional, con la aplicación del principio de proporcionalidad. Entonces, en los casos en que le corresponda intervenir al legislador, es importante que tenga también en consideración esto.

En suma, Presidenta, agradeciendo la invitación, he preferido hacer una revisión particular de este derecho por la vastedad que tiene esta materia, y me comprometo a enviarles el artículo, con las notas a pie de página, de la jurisprudencia de la doctrina.

Reitero el agradecimiento por la invitación y quedo atento a vuestras inquietudes.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Muchísimas gracias, profesor Navarro.

En verdad, usted no podría imaginarse cuánto enriquece nuestro debate y reflexión para la adecuada consagración de una de las bases, que es la consagración del Estado social y democrático de derecho, con progresividad y responsabilidad fiscal, la provisión mixta de estos derechos.

En consecuencia, agradezco muchísimo su visión global, no solo de lo que ha sido la jurisprudencia, trayectoria y fortalecimiento de este derecho, sino, además, la mirada de las cortes constitucionales europeas.

Particularmente, le agradezco la conclusión o síntesis al final, cuando usted señala cómo se ha ido desarrollando esta debida protección del derecho a la salud. Específicamente, un elemento que ha sido de mucha reflexión y debate al interior de esta Subcomisión: ¿cuánto se debe mandar al legislador



para resolver las características de estos sistemas? Por lo mismo, le agradezco muchísimo.

Abro la ronda de preguntas e inquietudes. Debemos aprovechar, porque no todos los días podemos tener este espacio de diálogo con el profesor Navarro.

Tiene la palabra el comisionado Jaime Arancibia.

El señor **JAIME ARANCIBIA.** - Señora Presidenta, por su intermedio aprovecho de saludar al profesor Enrique Navarro y agradecer también su interesante exposición.

He tenido la oportunidad de seguir de cerca los trabajos académicos del profesor Enrique Navarro, sobre todo lo que dice relación con el análisis profundo que ha hecho de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Entonces, aunque ya algo esbozó, me gustaría tener una mayor claridad respecto de tres sentencias del Tribunal Constitucional, relativas a materias que le corresponde ver a esta Subcomisión, y que han sido esgrimidas, en algunos casos, como sentencias que ameritan un cambio en la Constitución, precisamente para evitar que se vuelvan a producir sentencias de ese tipo. Me refiero a la sentencia de gratuidad en educación, a la sentencia en materia de negociación colectiva y huelga y a la sentencia de planes de salud.

La pregunta es si a él le parece que son buenas sentencias, en el sentido que de la Constitución impedía lo que finalmente el Tribunal declaró que estaba prohibido. Porque también cabe la alternativa de pensar que no son buenas sentencias, porque, en el fondo, el Tribunal Constitucional puede haber interpretado de un modo que no se comparte el texto de la



Constitución y, por lo tanto, no sería necesaria la modificación de la Constitución para resolver el problema que se nos plantea.

Hay dos modos de entenderlo y quisiera que él pudiera darnos su opinión sobre esas sentencias.

Muchas gracias.

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Muchas gracias, don Jaime Arancibia.

A mí me correspondió estar en el Tribunal Constitucional, cuando lo integraban juristas como Juan Colombo, José Luis Cea, Hernán Vodanovic, Mario Fernández, Marcos Libedinsky. Era un Tribunal compuesto por muy destacadas personas, y varios de los temas se conversaban y se analizaban muchas veces para tratar de encontrar la decisión más razonable, pero que también reuniera mayoría, ojalá unanimidad. En eso, es muy importante el trabajo que ustedes están realizando.

Una sentencia que pueda ser adoptada por un voto más, un voto menos, no va a cumplir un propósito. Por eso, Zagrebelsky nos comentaba que, muchas veces, en la Corte Constitucional italiana, cuando no había acuerdo, se volvía a discutir esto medio año más -no había plazos- hasta que se consensuaba una mayor decisión.

Muchas veces, algunas de las decisiones del Tribunal, por la circunstancia de que hay un plazo de diez días, prorrogable por diez más, en los requerimientos del legislador o del Ejecutivo, es bastante exiguo. Creo que debiera tener una mayor tranquilidad para resolver el conflicto.



Yo ya no estaba cuando se vieron estas sentencias, pero sí tengo mi opinión.

En el caso de la gratuidad, es evidente que el Tribunal Constitucional hizo un adecuado análisis en cuanto a que los iguales son los alumnos vulnerables y que, por tanto, no puede haber una diferencia a nivel de instituciones, y que la igualdad tiene que estar enfatizada, por lo tanto, en esos alumnos que son los que deben recibir esa gratuidad. En consecuencia, creo que se efectuó un adecuado análisis por parte de esa jurisprudencia.

En cuanto a la negociación colectiva -la Presidenta conoce muy bien esta materia-, sí hay un tema específico del texto constitucional. Porque el texto constitucional no establece el monopolio en la negociación colectiva respecto de los sindicatos y, por tanto, si la ley lo otorgaba, hay un tema de que, junto con la igualdad ante la ley, se engarzaba con lo que establece hoy día el texto constitucional. Por lo tanto, también, me guste o no me guste, esa es la norma que establecía la Constitución y considero que el Tribunal actuó adecuadamente.

En el otro, sobre las alzas, debo señalar que siempre fui voto disidente, entonces tengo que tener una consecuencia. ¿Por qué? Porque me parecía que los temas que se resolvían eran propios del juez de la instancia y no de la norma de carácter legal. Así lo manifesté y permanentemente fui voto disidente; tanto que, en algunos casos, incluso el Tribunal acogía inaplicabilidad y después la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema señalaban que la norma no era aplicable -que era mi tesis-. Pero, en el fondo, este es un tema del juez de la



instancia. Ahora, el legislador tiene que cumplir adecuadamente con estas disposiciones.

Este es un tema, en la inconstitucionalidad de la tabla de factores, que es más complejo, y también fui voto disidente, pues me parecía que la inconstitucionalidad no estaba conteste con las anteriores inaplicabilidades, no había un deber, una adecuada congruencia, no era el mismo conflicto. Por eso, lo manifesté señalando que, caso a caso, tenía que resolver el juez de la instancia.

Esas decisiones son, en general, absolutamente adecuadas o razonables, y uno esperaría -reitero- que en todo órgano se actúe con una importante adhesión de unanimidad o de mayoría, porque, en definitiva, eso le da fuerza a la decisión. En general, esas sentencias apuntan a derechos como la igualdad, la diferencia arbitraria, el establecimiento de mecanismos de adecuada impugnación, el debido proceso y, por lo tanto, se ajustan plenamente, incluso podrían ser falladas de igual manera con un texto como el actual.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el comisionado Flavio Quezada.

El señor **FLAVIO QUEZADA**. - Señora Presidenta, por su intermedio quiero agradecer al expositor, el profesor Enrique Navarro, por su clara y completa exposición de hoy, y, en particular, porque él fue mi profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile, así que para mí son especialmente significativas sus exposiciones y explicaciones.



Aquí, el profesor y exjuez del Tribunal Constitucional, nos mencionó que un problema de las constituciones latinoamericanas, a diferencia de las europeas, era escribir en exceso, y que este era un error. También dijo que estas materias, de los derechos sociales, debían ser desarrolladas por el legislador, en la misma línea de lo que nos planteó antes el profesor Francisco Zúñiga.

Esto me trajo a la mente una jurisprudencia del Consejo Constitucional francés que dice exactamente lo mismo, razona como buen juez constitucional, como los jueces constitucionales franceses, que dicen -a propósito de que solamente la Constitución de ellos señala que se garantiza la protección de la salud- que corresponde al legislador, como autoridad reglamentaria, determinar la forma en que concretamente se aplica este derecho. Hay una jurisprudencia ya asentada de varias décadas, entiendo que este criterio es de los años noventa.

Ese error, como lo ejemplificaba en la amplia exposición que hizo de constituciones latinoamericanas, fue un error que cometió, a mi juicio, la Convención en el proceso anterior. Fue un error, porque en esta materia no hay que atar de manos al legislador, no hay que imponer cerrojos, sino recuperar la libertad de escoger democráticamente el sistema de salud que queremos para garantizar efectivamente el derecho a la salud, que es un derecho humano.

En ese sentido, luego de la exposición que hacía de constituciones -porque he estado estudiando bien el punto-, el texto que se aprobó para la discusión en particular contiene -como mencioné previamente- una norma que es muy similar al



texto constitucional vigente, que es el inciso final, número 9°, del artículo 19.

Es bien curiosa esta norma, porque si uno estudia la historia de esa norma no hay antecedentes. Lo único que hay es un oficio que, en 1976, desde el Ministerio Salud, desde la junta de gobierno de aquella época, se envió y fue acogido. No hubo discusión, no se sabe de dónde salió, año 1976.

Esta norma ha tenido cierta práctica, y si uno estudia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un pronunciamiento reciente, en 2020, señala que implica que debe existir algo así. Tiene varias implicaciones, dice la sentencia, varias dimensiones, señala. Una de ellas es en relación con el tipo de aseguramiento al cual se está afiliado, Fonasa o Isapre -lo que dice el Tribunal Constitucional-. Puede, obviamente, cambiársele el nombre; el punto de la jurisprudencia es que tiene que existir una u otra.

Fue un modelo de esas características, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, es manifestación de lo que, en Chile, hasta el día de hoy, se entiende como el principio de subsidiariedad, que es lo mismo, si uno lee la historia, por ejemplo, de la ley AUGE, de quienes intervinieron en él.

Se ha entendido como una limitación... Por ejemplo, en ese proyecto se discutió la posibilidad de un fondo compensatorio solidario. No se pudo prosperar en ello, porque hubo reserva de constitucionalidad, fundada precisamente en esta misma norma. Esa política, que en muchos otros países existe, Estados sociales, es como el pilar de la salud en los Estados sociales, en Chile fue excluida del debate democrático sobre la base de esa norma.



Entonces, es una norma muy curiosa, cuya historia desconocemos, porque surge de un oficio de la junta de gobierno, en 1976.

Creo que se ha escrito en exceso en esa norma. Un error en las constituciones latinoamericanas. Vemos dónde está la francesa... Entonces, mi duda surge, porque no conozco ninguna otra Constitución que tenga una norma así.

Entonces, mi pregunta es si existe algún otro país -en especial, que tenga un Estado social, con Estado de derecho y régimen democrático, que es lo que nos imponen las bases- que tenga una norma de esa naturaleza. Sería interesante saber no solo desde una perspectiva histórica, dogmática, para entender de dónde aparece esto, sino también a propósito de los debates que hemos tenido en nuestra Subcomisión. Eso es lo primero.

Lo segundo, aquí el profesor ha hecho una excelente exposición sobre la jurisprudencia que hay en esta materia.

Entonces, otro de los aspectos que acá se ha conversado bastante, y que el profesor Francisco Zúñiga también abordó en su exposición, es el tema la justiciabilidad. Mi duda es cuál debiera ser el rol de los jueces, ante el juez constitucional como del juez ordinario, en la efectividad del derecho a la salud.

Eso es todo, Presidenta.

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Muchas gracias, comisionado Flavio Quezada.

Efectivamente, en las constituciones latinoamericanas tendemos a escribir en exceso; son el doble o el triple del



promedio, normalmente, de las constituciones de la OCDE, según algunos estudios.

Pero, además, como dice **Matías Hardegger**, una Constitución no puede consagrar algo que el Estado no está en condiciones de preservar o asegurar, porque se transforma simplemente en una quimera, y el texto constitucional tiene que ser de aplicación inmediata. El gran conflicto, el gran inconveniente que tuvo la Constitución de 1925 fue precisamente que establecía muchas normas de carácter programático, tal como ocurría en el error judicial, en el contencioso-administrativo, por mencionar algunos, o en las famosas asambleas provinciales, en donde nunca se dictó la respectiva legislación.

Por eso, creo que es adecuado mirar lo que señalan los textos constitucionales europeos. Nosotros, en general, nos hemos inspirado bastante en la Constitución española; a su vez, los españoles, en la Constitución alemana. En ese sentido, hay bastantes posibilidades de consensuar algo que sea adecuado y razonable.

La subsidiariedad, como ha sido planteada, se entiende en un sentido positivo y en un sentido negativo; tiene una doble percepción, que ya viene de tiempos de Aristóteles, en cuanto a que también debo ejecutar actos como ocurre, por ejemplo, durante tiempos de la pandemia. Es una concreción, evidentemente, de este principio de la subsidiariedad.

Ahora, el gran debate efectivamente es si estos derechos son o no justiciables. Me parece, en general, que si no son justiciables no tiene un mayor sentido su reconocimiento; pero su ejercicio debe quedar desarrollado en los términos en que establezca el legislador. El legislador debe señalar de qué



forma las prestaciones públicas y privadas tienen que materializarse, y, en consecuencia, eso es parte de su desarrollo básico y esencial que debe amparar el ordenamiento jurídico.

Me parece que, en general, y así yo lo sostuve en algunas sentencias, la Constitución vigente no establece un modelo específico, lo que establece es un conjunto de mandatos para que el legislador los ejecute, pero debe preservar el núcleo esencial de este derecho, que está asociado a estas acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación, que permitan un adecuado cumplimiento de la protección de la persona, de su dignidad y su afectación completa.

Por lo tanto, lo que es inconveniente es que el juez se transforme en legislador o que el juez resuelva políticas públicas, lo que se ha producido necesariamente en muchos de nuestros países por una omisión -reitero- del legislador; el ejemplo más palmario es la ley del bosque nativo.

A mí me correspondió participar en la redacción y había una situación completamente anómala desde el momento en que la Conaf, que es una corporación de derecho privado, aplica sanciones; entonces, se exhortó al legislador a resolver esta materia y eso todavía está pendiente; la sentencia es de 2007. En los casos que mencionábamos de la tabla de factores de 2010, y no ha habido una adecuada resolución por parte del legislador en esta materia, pero si ustedes me preguntan qué pasa en nuestros países americanos, los jueces americanos, me refiero a las cortes supremas desde el sur de México hasta acá, habitualmente se reúnen en seminarios y jornadas convocadas por las cortes españolas o normalmente la Fundación Konrad



Adenauer, que cita, y lo que se observa en todas esas reuniones es una tendencia muy fuerte, en Iberoamérica, de transformar al juez en el que debe resolver estos casos, y como los derechos, ni más ni menos, que se ven afectados es el de la vida, por ejemplo, la sala constitucional le pregunta al relator de la causa si está en peligro o no la vida, y que, de acuerdo con los antecedentes, lo que informa es tal o cual medida. Entonces, dice: "yo no estoy inmiscuyéndome, si yo quiero resolver un tema", pero creo que eso debiera estar dentro de la esfera propia de los legisladores, manteniendo, por supuesto, el núcleo esencial de este derecho, y preservando, como veíamos, estos principios generales que establecieron también las bases y su provisión, a través de instituciones públicas y privadas.

Muchas gracias, señora Presidenta.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Muchas gracias, profesor Navarro.

Tiene la palabra el comisionado Teodoro Ribera.

El señor **TEODORO RIBERA**. - Señora Presidenta, por su intermedio doy los agradecimientos al profesor Navarro.

Un tema que nos ha seguido es si, en definitiva, el texto constitucional permite una organización diversa para resguardar el derecho a la protección de la salud o, en realidad, el sistema actualmente vigente de seguros privados, más un servicio público, Fonasa, es el único posible. Ese es un tema que nos ha perseguido en más de una sesión.



En otras palabras, me parece que no hay un cuestionamiento respecto de la libertad que tienen las personas de escoger el régimen de salud, pero el tema que se plantea es que las cotizaciones obligatorias no sean de destino o de definición del destino del cotizante o de la persona misma, sino que vayan necesariamente a ser parte de recursos estatales, que luego el Estado derive a un sistema público que podría cohabitar con un sistema privado.

Entonces, el tema no es la elección, es si las cotizaciones obligatorias deben ir a fondo privado, por vía solidaridad o por fondo general de la nación. Y el tema más de fondo es si este es el único sistema posible dentro del texto constitucional o efectivamente podrían ser otras opciones posibles; por ejemplo, que el Estado decidiera -voy a ir a una situación extrema, que económicamente no es viable- que no hubiera cotizaciones obligatorias, porque la Constitución dice que el Estado podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado podría decir que no establece las cotizaciones obligatorias, luego ofrece un sistema público gratuito, el que quiera irse al privado, decidirá esa opción; es una opción que está dentro del texto condicional.

Entonces, la pregunta al profesor Navarro es cuán restringido está el sistema. ¿Podríamos tener movilidad, no nosotros, sino que el legislador, a futuro?

En dos o tres oportunidades, el profesor se ha referido al contenido esencial de los derechos. Si se eliminara el artículo 19, N° 26, de la actual Constitución, ¿cómo esto podría afectar el derecho a la protección de la salud y otros derechos, al no tener una concepción del contenido esencial de los derechos?



¿Cómo podría evolucionar? ¿Cuál sería el efecto, a nivel no solo dogmático, sino jurisprudencial?

Muchas gracias, señora Presidenta.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el señor Enrique Navarro.

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Muchas gracias, señora Presidenta.

Efectivamente, el texto constitucional en los términos que hoy establece y que también se proponen, alude, en mi opinión, a un núcleo esencial como es la protección de la salud en su amplio sentido, físico, psíquico y social, a la circunstancia de que debe haber prestaciones de salud, tanto preventivas como *a posteriori*, que se otorguen por instituciones públicas y por privados. En mi opinión, el legislador no puede cercenar esa facultad y, por tanto, establecer un monopolio de un solo sistema, y es la ley la llamada a regular la materia al indicarse que puede establecer cotizaciones obligatorias, teniendo, pero siempre, y eso está indisolublemente ligado, el cotizante o la persona sometida al régimen, la facultad para perseverar o mantenerse en el sistema público o privado.

Creo que no hay en la Constitución -y así lo he sostenido, por lo menos, en alguna sentencia- un reconocimiento explícito de un sistema específico, es decir, el legislador tiene un cierto margen de desarrollo, pero debe preservar la posibilidad de elegir siempre, debe establecer la posibilidad de que estas personas adecuadamente puedan elegir uno u otro sistema y



cumplir las prestaciones básicas que establece el ordenamiento jurídico.

Ahora, ¿cuál es la modalidad más adecuada y de qué forma se lleva a la práctica? Me parece que, en principio, el legislador tiene una esfera de libertad, pero esa libertad no puede dirigirse en términos tales su accionar al punto que afecte lo que la doctrina y el Tribunal Constitucional español y el alemán, apuntaban al núcleo esencial de este derecho, aquello que no puede ser afectado.

Si se cercena esa libertad, si se afecta la posibilidad de acceder a prestaciones o indirectamente se obliga a adoptar una determinada posesión, obviamente eso podría ser contrario a la normativa constitucional desde el momento que existe la facultad para adscribirse a un determinado sistema.

Por tanto, reitero, creo que eso está dentro del margen de apreciación que tiene el legislador sin que afecte el contenido esencial de este derecho.

El señor **TEODORO RIBERA**. - La segunda pregunta está motivada por el profesor Zúñiga, quien nos acompañó. Fue muy interesante mi coterráneo.

El profesor Zúñiga, entre sus ideas, planteó que podría haber un sistema básico y uniforme de prestaciones.

Pregunta: ¿podría estar dentro del marco constitucional que el legislador generara un sistema básico y uniforme, que fuera válido para el sistema público y el privado y que en función de ese sistema se generase una mayor competencia?

¿Podría eso estar dentro del marco constitucional? Porque lo que hoy estamos debatiendo es la libertad de elección de la



persona, que es una mirada. Quiero salirme de ese marco e irme a la libertad que podría tener el prestador e ir de una negociación individual a una base que podría ser un sistema básico y uniforme sobre el cual uno construiría un sistema conjunto sobrepuesto entre prestadores públicos y privados, con una base mínima de servicio.

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Sí. No tengo ninguna duda de que eso perfectamente podría encuadrar dentro de lo que establecen la norma constitucional y la propuesta y las bases.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra la comisionada Horst.

La señora **BETTINA HORST**. - Gracias, profesor, por su tiempo y por estar acá con nosotros.

Tengo una pregunta, porque hay un tema que ha surgido ya varias veces respecto de las extensiones, y quizás algunos pudieran plantear, de la sobrerregulación o sobrecarga del texto constitucional, ¿no es cierto? Y tal vez, para muchos, varias de las normas debiesen estar a nivel legislativo y no en la Constitución. Y pareciera ser que es, no sé si una mala práctica, una forma del constitucionalismo de Latinoamérica, a diferencia de países desarrollados, lo que también refleja en algo la cultura. Al respecto, va mi pregunta.

En lo personal, comparto que hay ciertas materias que hoy en el texto la Constitución vigente, en las cosas que hemos venido aprobando por unanimidad en el Pleno, ya llevamos más de



doscientos artículos. O sea, está la tentación y, además, faltan cosas, que todos sabemos que faltan todavía por ir perfeccionando y agregando. Entonces, claramente vamos a terminar con una propuesta, con un anteproyecto bastante extenso.

Pero, a su vez, eso también obedece al momento de la discusión, porque, por ejemplo, en materia de derecho de propiedad, en el texto vigente, sin duda, el derecho comparado pareciera ser bastante extenso. Pero obedece a un momento de la historia económica y política de nuestro país, en que era necesario dar esas señales para recuperar la capacidad de crecimiento e inversión, y, probablemente, cuarenta años después hasta hace tres años, estaba bastante más claro o se sentía que en la sociedad, en su conjunto, había una mayor protección del derecho de propiedad y quizás a nivel constitucional uno podía acotar esa reglamentación, porque existía un consenso.

Pero después de la discusión del proceso fallido, del texto rechazado, se vuelven a abrir ciertas discusiones que una pensaba que, como país, habíamos dejado atrás, respecto del cuestionamiento del derecho de propiedad, de la libertad de elección, etcétera.

Entonces, sin ser abogada, siento que muchas de las cosas que hoy día de nuevo estamos debatiendo también son fruto de ese proceso fallido de hace dos años, que cuestiona muchas de las cosas que una quizás pensaba que estaban más instaladas, que tenían una mirada más compartida.

Al respecto, comparto con el comisionado Flavio Quezada, que, para mí, uno de los tantos errores del proceso pasado fue



probablemente -ahí tenemos un matiz- el de sobre definir, detallar la política pública.

Entonces, cuando hablamos en materias de salud y hoy día se plantea que estamos quizás volviendo a colocar muchos aspectos en este artículo, eso también obedece a una expresión rechazada que llevaba a un sistema estatal único, que ahogaba la libertad de elección.

Frente a eso, en los momentos en que se va escribiendo el texto constitucional, uno también se tiene que hacer cargo de eso. Entonces, cómo a futuro podemos lograr -probablemente los que estamos acá, no vamos a estar vivos para ese entonces- tener un contexto desde el cual uno pueda transitar a una Constitución más parecida a la de los países desarrollados, con un articulado de menor extensión. Pero eso implica dejar fantasmas del pasado en el pasado, y obviamente situaciones de discusión reciente, como fue el proceso fallido, el proceso rechazado, que volvieron a instalar ciertos temores, como es la provisión, una entrada estatal única a un sistema de salud; como es afectar el derecho de propiedad; como son los prejuicios que ese texto constitucional podía generar sobre la economía, etcétera.

Entonces, ¿cómo se sale de eso? ¿Cómo uno puede avanzar en esa línea?

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Muchas gracias.

Hoy día, en general, en el derecho constitucional hay autores italianos -Pegoraro y otros- que hablan de la hiperconstitucionalización; o sea, la tendencia que existe de consagrar en la Constitución materias que a veces son de



carácter reglamentario; ni siquiera de ley, sino de carácter reglamentario.

El ejemplo más palmario, en mi opinión, se vio en el caso de los retiros, el que se hizo a través de una reforma constitucional. A todas luces, ese es un ejercicio desviado de una función, que no es propio materializarla. Además, hay un tema de iniciativa exclusiva, que para bien o para mal, en los últimos cien años, el sistema constitucional chileno lo tiene.

Ahora, ¿cómo buscar un adecuado sistema? Chile es un país bastante legalista. García Márquez decía que le llamaba la atención que, incluso, en Chile se vendía la ley en la calle - no sabemos si se cumple o no; pero se vende en el Paseo Ahumada-; eso le llamaba mucho la atención.

Sin embargo, también hay una tendencia a desconocer los textos. Siempre he contado la anécdota de cuando el gran historiador Barros Arana emprende su obra titánica de la Historia de Chile, de muchos tomos, y le pide consejos a don Andrés Bello, y don Andrés Bello le dice sabiamente: "Escriba sin miedo, don Diego; en Chile nadie lee nada. De manera que, con absoluta tranquilidad, usted puede escribir lo que quiera".

La verdad es que yo creo que el texto anterior era extremadamente deficiente, con incoherencias manifiestas. Tuve la oportunidad de asistir a un par de sesiones, y observé que había mucha preocupación por los aplausos, lo que siempre es peligroso, porque estos temas deben consensuarse y requieren estudio y análisis. Creo que eso no se materializó en una adecuada aspiración. Realmente, la Constitución no puede ser un conjunto de deseos, de árboles de todos, con 150 derechos. A todas luces, eso es una quimera.



Por otro lado, efectivamente, como se señala, las constituciones para bien o para mal son herederas de su tiempo. La del 80 es una Constitución en plena Guerra Fría, en donde hay percepciones distintas y en donde evidentemente había una desconfianza absoluta hacia el legislador en materia de propiedad, porque en los años sesenta se permitieron abusivamente pagos de hasta treinta años a plazo. Entonces, por eso se regula.

Claro, la Constitución alemana tiene tres incisos; pero nadie duda acerca de esos principios generales. En la nuestra, en cambio, es mucho más extensa, porque ha sido objeto de un debate muy fuerte el tema del derecho de propiedad.

Ahora, yo creo que hoy día el gran debate, más que en la privación del derecho de propiedad, está en las limitaciones, lo que también tiene una consecuencia inequívoca con la protección de la salud, que se establece con unos límites.

Yo creo que ese es el tema que hoy día tiene más desarrollo, y si vemos las decisiones de los últimos tribunales constitucionales y de las cortes en los últimos dos años, nos daremos cuenta de que apuntaron a la constitucionalidad de una serie de medidas que podían afectar la libertad de las personas, la dignidad de las mismas o incluso imponerles una serie de situaciones de gravámenes inconvenientes.

Entonces, en ese sentido me parece adecuada la propuesta de incisos que se ha indicado, incluyendo el deber estatal de preservar y coordinar una red de establecimientos de salud, junto con el acceso a medicamentos, que podría ser acceso a tratamientos y a medicamentos, de conformidad con la ley, y ahí me parece que es el legislador el llamado a determinar,



pero siempre debe preservar, como dijimos, el núcleo esencial y la libertad de las personas; porque, a veces, sobre la base de ciertas regulaciones lo que estoy afectando es el núcleo esencial de ese derecho y, por lo tanto, obligando a seguir un solo sistema. Esto tiene que quedar suficientemente preservado, porque ese fue, sin duda, uno de los puntos fundamentales por los cuales los ciudadanos manifestaron y fortalecieron este derecho de la elección por parte del prestador público o privado.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Gracias, señor Enrique Navarro.

Solo quiero comentar, no voy a hacer preguntas, porque iba en el mismo sentido que la pregunta de la comisionada Bettina Horst, a propósito de que las constituciones son obras de su tiempo, y probablemente ahí es donde nos enfrentamos hoy día a estas definiciones que, obviamente, son distintas a las de 1980 y, sin duda, a las de 1973, porque probablemente hoy día, atendido el desarrollo del país y su crecimiento, parece necesario revalorizar lo público, por ejemplo, y ahí viene esta competencia entre público y privado.

En consecuencia, quería hacer un comentario respecto de las constituciones de su época y agregar, a propósito de lo que planteó el comisionado Teodoro Ribera y la forma de consagración de este plan universal, pensé que estábamos retrocediendo a americanizar nuestra Constitución y llegar a un detalle que me parecía más bien entregado al legislador, pero el profesor Navarro ha sido tremendamente claro respecto



de los principios generales que debiéramos tener en esta materia.

Tiene la palabra el comisionado Flavio Quezada.

El señor **FLAVIO QUEZADA**. - Señora Presidenta, quiero hacer una precisión; pero antes quiero agradecer el tiempo que nos ha brindado el señor Enrique Navarro con su exposición tan ilustrada y las respuestas que ha dado, que nos han permitido aclarar varios puntos.

Presidenta, esta es una comisión experta; en consecuencia, es muy importante ser técnicamente muy precisos, y por ello me parece necesario aclarar este debate, respecto de esta norma que todavía no conocemos: el inciso final, del número 9º, del artículo 19, que, en una formulación más o menos similar, se mantiene en su propuesta para discutirse en particular, que no sabemos de dónde proviene, no conocemos su origen, no tiene parangón en el derecho comparado ni en la historia constitucional chilena.

Es importante ser muy precisos técnicamente, porque aquí no está en juego ni estará la libertad de escoger prestadores públicos o privados. Aquí no ha estado ni estará en juego ni en discusión la libertad de escoger de las personas, entre tener seguros públicos o tener seguros privados. Aquí simplemente lo que está en juego, Presidenta, y por eso es muy importante aclarar el punto técnicamente, es si vamos a atar de manos al legislador o no.

Todos sabemos cuáles son las consecuencias de la redacción que tiene el texto vigente, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la práctica legislativa que ha



tenido, qué políticas públicas ha impedido. Eso es de público conocimiento y para una Comisión Experta de seguro, también.

Entonces, lo que está en juego, Presidenta, es que Chile vuelva a recuperar la libertad de escoger, democráticamente, cómo garantizar, a través de un sistema de salud, el derecho humano a la salud.

No es ni la elección del derecho a escoger prestadores públicos o privados, que no ha estado ni estará en discusión; es parte de las bases, y todos lo vamos a respetar; ni tampoco la posibilidad de tener seguros privados, porque eso se sigue de las bases, y no ha estado ni estará en discusión.

Eso quería precisar, Presidenta.

Muchas gracias.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Gracias, comisionado Flavio Quezada. Recibo con agrado su aclaración.

Quiero informar que nos quedan once minutos para el término de la sesión. Le di la palabra al comisionado Alexis Cortés. En caso de ser necesario extender la sesión, tendré que pedir la aprobación de todos los comisionados y, sin duda, la del profesor Enrique Navarro, porque su exposición estaba comprometida hasta las 12:00 horas.

La señora **BETTINA HORST**. - Perdón. Yo no tenía una pregunta. En realidad, era un comentario sobre su intervención. Pero, por respeto al invitado, no voy a hacer más preguntas.

Gracias.



El señor **JAIME ARANCIBIA**. - Señora Presidenta, quizás convenga no hacer preguntas, sino comentarios; a lo mejor, una vez que terminemos la ronda de preguntas, podemos liberar al señor Enrique Navarro, sin perjuicio de que después nosotros podemos seguir conversando lo que sea necesario.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Perfecto. Acojo la propuesta del comisionado Arancibia.

Tiene la palabra el comisionado Alexis Cortés.

El señor **ALEXIS CORTÉS**. - Señora Presidenta, por su intermedio agradezco la presentación del señor Enrique Navarro. Una excelente presentación y muy útil, además, para ilustrar este debate. Quiero ser enfático al respecto.

También quiero hacer un comentario y luego un par de preguntas.

Comparto el espíritu de lo que se ha señalado acá respecto de la necesidad de aprendizaje. Creo que particularmente la redacción sobre el tema de salud debería ser bien coherente con el hecho de que estamos intentando escribir un anteproyecto pospandemia, y eso debería dejar una traza mayor en la redacción, en este compromiso de enmendar y perfeccionar el texto que logramos acordar para esta fase.

Además, no puedo discordar de la necesidad de aprender del proceso anterior y, al mismo tiempo, vale la pena recordar que tenemos que aprender del proceso que llevó a la redacción del texto vigente, sacar lecciones de eso y evitar cualquier tipo de redacción que termine por cerrar el juego democrático, la política, con candados que impidan al legislador democrático



buscar la mejor manera de llevar a la práctica la consagración de estos derechos. Digo esto como comentario general, no solo para el tema de la salud.

Tengo un par de preguntas para el señor Navarro. Frente a la consulta del comisionado Jaime Arancibia, respecto de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, el señor Enrique Navarro iba a hacer mención a las sentencias referentes al Sernac. Me gustaría que tuviera la oportunidad de referirse a esa sentencia, a la luz de la propuesta que se ha presentado para esta nueva fase de perfeccionamiento.

También, a propósito de este barroquismo latinoamericano, sin pretender desmerecer nuestra tradición constitucional regional, que me parece altamente valorable; porque, además, hay trabajos que demuestran que ha influido en el propio debate europeo -estoy pensando sobre todo en la Constitución mexicana-; pero, a propósito de esta idea de la quimera, hay que tratar de buscar redacciones sin quimeras y, tal vez, sin fantasmas. Pero, a propósito de la quimera, tengo una consulta que está relacionada con el tema de salud, pero está en otro derecho, en el derecho a un medio ambiente libre de contaminación. La pregunta es si puede algún Estado asegurar una vida moderna y un ambiente libre de contaminación. No sé si usted tiene alguna observación al respecto.

Creo que uno de los aspectos en los que el profesor fue muy enfático y que es atendible, es la idea de que, si los derechos no son justiciables, no tiene tanto sentido consagrarlos; pero, al mismo tiempo, mostrando su preocupación y la alerta respecto de evitar que sean los jueces quienes terminen reemplazando al



legislador democrático o terminen reemplazando al productor de políticas públicas.

Entonces, la pregunta es qué hacer con el incumplimiento eventual de los plazos. Sugiero que esta Subcomisión avance hacia algún tipo de normativa que permita tomar alguna resolución que sea más certera y efectiva para que el legislador pueda operar y, tal vez, si eso se pueda asociar eventualmente a la propia capacidad que tenga el Poder Judicial de pronunciarse, por ejemplo, si no se cumple el plazo de una misma sentencia que ya le estableció el legislador. ¿Qué medidas se puede tomar en contra de esa ausencia?

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Tiene la palabra el señor Enrique Navarro.

El señor **ENRIQUE NAVARRO** (expositor). - Gracias por las preguntas.

Respecto de la sentencia del Sernac, formalmente la sentencia tiene algunos inconvenientes en su construcción, que después motivó una rectificación y aclaración. Pero el proyecto del Sernac, en mi opinión, era un verdadero Frankenstein, y así se planteó durante la tramitación.

Hubo varios profesores, entre los que estaba Francisco Zúñiga, que estuvo hace un rato, que manifestaron la absoluta inconstitucionalidad del proyecto de ley del Sernac, en que un mismo órgano ejercía funciones de intermediario, de mediador; por otra parte, de representante de ciertos derechos que pudiesen ser afectados. Además, ejercía funciones pseudojudiciales; entonces, desde el punto de vista del debido



proceso -ese era el punto de vista esencial-, había una equivocada concepción por parte del legislador, es decir, estaba mal construido el proyecto. Probablemente, yo habría concurrido a declarar su inconstitucionalidad, pero enfatizando ese aspecto.

Respecto del medio ambiente, tengo varias cosas escritas y publicadas, pero creo que la protección en materia ambiental, hace muchos años en Chile ha tenido decisiones por parte de las cortes bastante relevantes. En algunos casos, uno podrá compartirlas, porque la Constitución establece la protección del medio ambiente, es imposible que todo el medio ambiente esté preservado, pero tienen que adoptarse a las medidas adecuadas para que eso se ejecute, y muchas veces, como en los casos de contaminación de ciertas zonas, la Corte ordena adoptar determinadas medidas y que después se dé cuenta de las mismas. Y ahí, engarzando con lo anterior, está el tema de las omisiones. Como les comentaba, las omisiones legislativas están reguladas expresamente en Portugal, en Brasil, y ese es un tema que habría que analizar. Si los tribunales se encuentran facultados para fijar un plazo, pero ¿cuáles son las consecuencias que podría derivar de ese incumplimiento? Porque si no hay una consecuencia no tendría mayor efecto.

En muchos casos, como se estableció en la ley de Presupuestos por el Presidente Alessandri, se dijo que había un plazo tácito para aprobarlo, y si no se aprueba se entiende tácitamente cumplida esa aprobación. Aquí sería evidentemente una situación distinta, pero los temas medioambientales tampoco pueden ser resueltos por sí mismos por el texto constitucional, porque las leyes y las normas deben poner esto en movimiento.



Yo les señalo un ejemplo que también da cuenta de la precariedad. En 2001, o sea, hace más de veinte años, el Tribunal Constitucional, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el decreto de restricción vehicular. Hizo presente que esta materia podía, excepcionalmente, regularse por vía de un decreto, un acto administrativo, dado que estaba en peligro la vida de la persona y el derecho del medio ambiente, pero exhortaba a resolver esta materia; sin embargo, han pasado veinte años y todavía no se ha resuelto porque es una materia que tendría que estar regulada en la ley.

En este sentido -creo que es un tema fundamental-, el legislador debe cumplir sus mandatos en estricta concordancia con la Constitución, pues no estoy de acuerdo, por ejemplo, con la potestad reglamentaria autónoma. El legislador debe tener un mandato muy claro y preciso sobre qué debe regularse en la potestad reglamentaria y cuáles son los márgenes que le corresponde a la potestad reglamentaria, y eso debe ser adecuadamente fiscalizado, supervisado y revisado. Sin embargo, reitero, en algunos casos va a ser posible buscar estas soluciones; en otros, creo que lamentablemente, a veces, el texto tiene que tener un conjunto básico de principios.

El Tribunal Constitucional alemán ya en los años 50 decía que la Constitución más que escribir un modelo específico establece parámetros, prohibiendo excesos, por así decirlo. En ese sentido, la jurisprudencia alemana aparece adecuada y razonable, preservando -como decíamos- el núcleo esencial de este derecho y también perfeccionando las políticas públicas, pero que les corresponde a los colegisladores ejecutar, siempre y cuando no desatiendan estos derechos fundamentales, siempre



y cuando no importe una diferencia arbitraria, una infracción al debido proceso o, como dijimos, al contenido esencial de los derechos y, en general, como se indicaba en algunas de estas sentencias, lamentablemente en esos casos, ha existido una diferencia.

Ahora bien, uno esperaría -reitero- que las sentencias y las decisiones fueran más mayoritarias y ojalá unánimes porque eso le dan una consolidación.

Por eso, Presidenta, junto con agradecer la invitación, creo que el rol institucional que ustedes tienen es muy importante y en la medida en que se trabaje un texto consensuado y logrando mayorías relevantes, incluso la unanimidad, ese sería un gran servicio para la República.

La señora **ALEJANDRA KRAUSS** (Presidenta). - Atendida la hora, doy por terminada la sesión, no sin antes reiterar los agradecimientos al profesor Navarro y señalar que su recomendación última sobre la búsqueda de consensos máximos le hace bien, sin duda, a la República y a la patria.

Por haber cumplido con su objeto, se levanta la sesión.

-Se levantó la sesión a las 12:00 horas.

MAURICIO CÉSPED MORA,
Coordinador de Redacción.