

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Anteproyecto de Nueva Constitución: del Estado subsidiario al Estado social y democrático de derecho

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor Titular, Facultad de Derecho Universidad de Chile

1. Antesala: Estado subsidiario como telón de fondo del decreto ley N°3464 de 1980

*“Pero es de esperar que el Estado sepa mantenerse dentro de los límites de su función de suplir a la empresa privada, que la siga, que la ayude cuando sea necesario, **pero que no la sustituya cuando pueda actuar con utilidad y buen éxito**. Entre los dos componentes del movimiento económico, las fuerzas del progreso y los elementos de organización, hay que mantener un equilibrio si no se quiere caer en la anarquía o el estancamiento” (Pío XII, 1956) [original en italiano, la traducción y el destacado son nuestros].¹*

Si bien la idea misma del Estado subsidiario se ancla en el principio homónimo, éste último, en los hechos, es plurisignificativo. A modo de iniciar su caracterización, no es casualidad el que la cita que inicia este trabajo, tan sintética en sí de la idea del Estado subsidiario, haya sido emitida por un papa católico romano hablando en torno a un conjunto de empresarios -la Confederación Italiana del Comercio- en un contexto como el de la postguerra italiana. Ello tiene directa relación con el hecho que el Estado subsidiario tiene su origen en la doctrina social de la iglesia católica romana, y adquiriendo con ello un basamento teológico-político, el cual ya brota de la clásica encíclica *Rerum Novarum* de LEÓN XIII (1890)

*“26. **No es justo, según hemos dicho, que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie**. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros. De la comunidad, porque la naturaleza confió su conservación a la suma potestad, hasta el punto que la custodia de la salud pública no es sólo la suprema ley, sino la razón total del poder; de los miembros, porque la administración del Estado debe tender por naturaleza no a la utilidad de aquellos a quienes se ha confiado, sino de los que se le confían, como unánimemente afirman la filosofía y la fe cristiana. Y, puesto que el poder proviene de Dios y es una cierta participación del poder infinito, deberá aplicarse a la manera de la potestad divina, que vela con solicitud paternal no menos de los individuos que de la totalidad de las cosas. Si, por tanto, se ha producido o amenaza algún daño al bien común o a los intereses de cada una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá afrontarlo el poder público.*

[...]

¹ Texto original: “Ma sia lecito di augurare che lo Stato sappia rimanere nei limiti della sua funzione di supplire alla intrapresa privata, che la segua, che al bisogno l'aiuti, ma che non si sostituisca ad essa, quando può agire con utilità e buon successo. Tra i due componenti del movimento economico, le forze di progresso e gli elementi di organizzazione, l'equilibrio deve essere mantenuto, se non si vuol cadere nella anarchia o nel ristagno.”

36. Recordamos aquí las diversas corporaciones, congregaciones y órdenes religiosas instituidas por la autoridad de la Iglesia y la piadosa voluntad de los fieles; la historia habla muy alto de los grandes beneficios que reportaron siempre a la humanidad sociedades de esta índole, al juicio de la sola razón, puesto que, instituidas con una finalidad honesta, es evidente que se han constituido conforme a derecho natural y que en lo que tienen de religión están sometidas exclusivamente a la potestad de la Iglesia. **Por consiguiente, las autoridades civiles no pueden arrogarse ningún derecho sobre ellas ni pueden en justicia alzarse con la administración de las mismas; antes bien, el Estado tiene el deber de respetarlas, conservarlas y, si se diera el caso, defenderlas de toda injuria.** Lo cual, sin embargo, vemos que se hace muy al contrario especialmente en los tiempos actuales: Son muchos los lugares en que los poderes públicos han violado comunidades de esta índole, y con múltiples injurias, ya asfixiándolas con el dogal de sus leyes civiles, ya despojándolas de su legítimo derecho de personas morales o despojándolas de sus bienes. Bienes en que tenía su derecho la Iglesia, el suyo cada uno de los miembros de tales comunidades, el suyo también quienes las habían consagrado a una determinada finalidad y el suyo, finalmente, todos aquellos a cuya utilidad y consuelo habían sido destinadas. Nos no podemos menos de quejarnos, por todo ello, de estos expolios injustos y nocivos, tanto más cuanto que se prohíben las asociaciones de hombres católicos, por demás pacíficos y beneficiosos para todos los órdenes sociales, precisamente cuando se proclama la licitud ante la ley del derecho de asociación y se da, en cambio, esa facultad, ciertamente sin limitaciones, a hombres que agitan propósitos destructores juntamente de la religión y del Estado.” [los destacados son nuestros]

Esta visión teologal de la sociedad terminó siendo transformada en principio jurídico por medio de la interpretación del iusfilósofo, teólogo y clérigo austríaco Johannes Messner (1891-1984), respecto del cual sintetiza apropiadamente Luis SÁNCHEZ AGESTA (1962: 101):

*“La misión del Estado al servicio del bien común es hacer posibles las tareas de todos los miembros de la comunidad bajo su propia responsabilidad y su propia autodeterminación. El principio de subsidiariedad enuncia la misma idea bajo una fórmula diversa: **lo que los miembros individuales o las sociedades miembros de una comunidad pueden hacer con sus propias fuerzas corresponde a su propia competencia.** El bien común y el principio de subsidiariedad muestran, pues, dos aspectos de la misma cosa”* [el destacado es nuestro]

Nociones que, por lo demás, permearon tempranamente en la educación universitaria impartida en las casas de estudio tuteladas por la curia católica, fuertemente influenciada por la denominada “doctrina social de la iglesia”, que tuviera como introductor en Chile a Juan Enrique CONCHA (1899: 22-23), quien en su tesis de grado, realiza una primera aproximación en materia desde la doctrina nacional:

“No habríamos hecho esta disgresión si á la palabra ficticia con que se califica á la persona jurídica, se le hubiese dado un significado en contraposición á persona física; más no es esa la inteligencia que legisladores y juristas le han asignado, pues ellos han negado, con tal calificativo, la facultad del individuo para constituir como verdadera persona de derecho á las fundaciones y corporaciones y han atribuido solamente esta facultad al poder supremo.

Desde luego podemos anticipar que con semejante intervención se confunde el orden público, á cuyo cuidado está el poder supremo, con el orden privado, que pertenece al individuo

exclusivamente, salvo el caso de violación de derechos de terceros en que interviene el poder judicial, ó de atentado contra el organismo político, ó ser del Estado, en cuyo caso debe intervenir la autoridad suprema.

A cada poder corresponde su esfera de acción, ambos independientes, pero subordinado en caso necesario el derecho privado, al público; caso que sólo se presenta cuando hay extralimitación y abuso de aquél, ó cuando el bien del Estado lo requiere, que es lo excepcional. En principio, pues, el orden privado es independiente del poder supremo; de manera que cuando el individuo no extralimita su propio derecho privado, debe permitírsele obrar libremente y reconocerle la ley, con su eficaz sanción, el ejercicio de dicha facultad.” [el destacado es nuestro]

La curia romana profundiza su opción por el rol subsidiario del Estado ya siendo pontífice Pío XI (1931). Precisamente en conmemoración de los cuarenta años de *Rerum Novarum* se publica *Quadragesimo Anno*, cuya médula en este sentido profesa:

“78. Y, al hablar de la reforma de las instituciones, se nos viene al pensamiento especialmente el Estado, no porque haya de esperarse de él la solución de todos los problemas, sino porque, a causa del vicio por Nos indicado del "individualismo", las cosas habían llegado a un extremo tal que, postrada o destruida casi por completo aquella exuberante y en otros tiempos evolucionada vida social por medio de asociaciones de la más diversa índole, habían quedado casi solos frente a frente los individuos y el Estado, con no pequeño perjuicio del Estado mismo, que, perdida la forma del régimen social y teniendo que soportar todas las cargas sobrellevadas antes por las extinguidas corporaciones, se veía oprimido por un sinfín de atenciones diversas.

79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, **sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria,** así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que **toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.**

80. **Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo,** con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.

Por lo tanto, **tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas**

asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación. ” [los destacados son nuestros]

Ahora bien, debe contextualizarse que Pío XI utilizó el término “*subsidium*” (ayuda social), no por querer indicar que el rol del Estado fuese supletorio o secundario, sino que definir, en el marco del principio de subsidiariedad, la naturaleza no del Estado en sí mismo, sino la naturaleza de sus relaciones con otras sociedades menores. El Estado actúa, ayuda para promover a éstas, según su concepción de este principio. Retomamos a SÁNCHEZ AGESTA (1962: 104) en este punto: no es que la comunidad-las comunidades decidan actuar por sí mismas prescindiendo en todo lo posible del Estado, sino que el principio de subsidiariedad busca la acción proactiva del Estado en el marco de la construcción de esta estructura política, dividiendo competencias:

*“En cuanto tal, es un principio de orden, fundado en la justicia, **que asigna a las diversas comunidades menores y al Estado sus misiones respectivas y la órbita de su acción.** Al señalar diversas esferas de acción, implica también una discriminación de esferas de poder. Es, por tanto, también, **un principio de división funcional del poder,** que asigna a cada comunidad el poder necesario para cumplir su misión y que contiene una definición de las relaciones de las esferas de poder y de acción del Estado y de los grupos que comprende”.* [los destacados son nuestros]

Más aún:

*“El principio de función subsidiaria **es un principio flexible que no traza fronteras inmutables entre las órbitas de competencia del Estado y de los grupos que se integran en su orden.** El principio exige atender en primer lugar al significado de la idea del bien común como un orden justo para la felicidad natural de una comunidad de personas, **atribuyendo al Estado cuanto es consecuencia natural de esta misión;** y de otra parte presupone una apreciación concreta de las funciones naturales de las comunidades que se comprenden en ese orden estatal. Pero además implica como una **cuestión de hecho,** que debe determinarse empíricamente en cada caso determinado, la posible insuficiencia de los grupos en el cumplimiento de su misión propia. La acción del Estado en función subsidiaria, bajo esta modalidad de la suplencia, **puede, por tanto, extenderse o restringirse en razón de las circunstancias concretas de un pueblo o por el desenvolvimiento mismo de las necesidades sociales**” (SÁNCHEZ AGESTA, 1962: 106) [el destacado con subrayado es nuestro, el destacado sin subrayado es del original]*

En su plurisignificación, el principio de subsidiariedad tiene una acepción que pervive a la disputa más ideológica; en el plano de la economía, es también un principio de competencia, que prefiere en la adopción de decisiones públicas a autoridades más próximas al objeto del problema, lo que es muy relevante en formas modernas de organización supranacional (en tránsito a la “*utopía*” federal): tal es el caso de la Unión Europea, en que así es reconocido en el Tratado de Maastricht de

1992² y posteriores, así como en el Protocolo N°2 sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.³

Es decir: el principio de subsidiariedad *stricto sensu* reconoce la necesidad de un Estado activo y proactivo, mas siempre en el entendido casuista de los requerimientos que se solicitan de éste en la sociedad respectiva en la cual se desenvuelve. De ello se deriva una de las dimensiones clave que le caracterizan: su incidencia en la construcción de una estructura de potestades públicas y/o autonomía normativa desde el Estado central hacia las regiones y otros tipos de comunidades y asociaciones que manifiesten pertenencia e identidad particulares, en un ejercicio descentralizador del poder público. En palabras de Augusto QUINTANA BENAVIDES (2014: 130-131),

“el principio de subsidiariedad propicia una efectiva descentralización política y administrativa. Para ello es menester asignarle atribuciones y funciones propias a entes entidades territoriales que cuenten con personalidad jurídica y patrimonio propias y, lo más importante, que la investidura de las autoridades de dichas entidades territoriales se ajuste al principio democrático.

*Creemos que en Chile están dadas las condiciones para una efectiva descentralización política y administrativa, para así dar cabida -al fin- al ideario de José Miguel Infante en los albores de nuestra vida republicana, truncado tempranamente en la batalla de Lircay del año 1830. **Esta descentralización apunta a una mayor realización de la libertad, en los mismos términos que la favorece el principio de subsidiariedad**”* [el destacado es nuestro]

Si volvemos al caso chileno, es posible ver como esta concepción teológico-ideológica de la subsidiariedad, en su dimensión activa en cuanto principio político de división de competencias, fue permeando durante la primera mitad del siglo XX, lo expuesto por Carlos ESTÉVEZ GAZMURI (1949: 41-42) en sus “*Elementos de Derecho Constitucional*”:

“Verdadero concepto del rol del Estado.- La verdad sobre la acción del Estado no se encuentra en las exageraciones ni de una ni de otra escuela, sino en un justo medio. Basta pensar para ello que el Estado representa a la sociedad toda y que comprende sus más

² Los Jefes de Estado de los países firmantes, “resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad” establecen en el párrafo final del artículo 2° del Tratado, relativo a los fines de la Unión Europea, que “Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.”, cuyo contenido actualmente en vigor es:

“**Artículo 5.-**

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

*En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, **la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros,** y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.” [el destacado es nuestro]

³ El texto íntegro del protocolo se encuentra disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A12008M%2FPRO%2F02%3AES%3AHTML> [consulta 12 julio 2023].

elevados intereses. **El fin del Estado no es otro que el fin de la sociedad misma: el objeto primordial del Estado es completar el perfeccionamiento del individuo, respetando su persona y sus derechos y armonizando su ejercicio con el bien común;** no pueden serle indiferentes los fines de perfeccionamiento social: el Estado no existe sólo para evitar el mal, sino más que eso, para realizar el bien colectivo. No puede negarse entonces al Estado aquellas atribuciones sin las cuales no podría natural y racionalmente llenar sus bienes” [el destacado con subrayado es nuestro, el destacado sin subrayado es del original]

Sin embargo, observamos que la concepción restrictiva del rol del Estado en el marco del principio de la subsidiariedad pasa directamente por el trabajo colectivo que emprendieron, en conjunto y conectados por la oposición al gobierno de la Unidad Popular, sectores del tradicionalismo conservador ligados a la Pontificia Universidad Católica de Chile, con aquellos elementos que, con sede en la misma casa de estudios, habían efectuado estudios de postgrado en la Universidad de Chicago y habían adoptado principios económicos de corte neoliberal. Ambos grupos, por lo demás, pertenecientes a familias de fuerte raigambre en la élite local. Fue en el proceso de construcción de “El Ladrillo”, informe redactado en 1972-1973, en que tal contubernio comenzó a anudarse, bajo la mirada dirigente de Jaime Guzmán Errázuriz, que había tomado un rol activo en el primero de tales grupos. Daniel MANSUY (2016: 509-510) sintetiza del siguiente modo cómo Guzmán entendía la subsidiariedad:

*“En cualquier caso, Guzmán hace suyo este principio anclado en la tradición, y sugiere una lectura singular. **En efecto, como veremos, propone una interpretación liberal del principio, que tiende a reducirlo a una cuestión binaria de intervención o abstención del Estado,** obviando que se trata -en primer término- de una cuestión de competencias que involucra a todos los estamentos sociales, y que está lejos de agotarse en la dialéctica Estado-mercado. Por lo mismo, **Guzmán tiende a sobredimensionar el aspecto negativo de no intervención, minimizando el aspecto positivo.** Esto le permite afirmar la libertad de movimiento de los cuerpos intermedios y, a la larga, de los individuos.¹² De hecho, hace escasa mención del contexto general que explica la subsidiariedad en el seno de la enseñanza católica: función social de la propiedad, rechazo del liberalismo económico extremo, conciencia de los riesgos del capitalismo. Nada de esto es casual: **a ojos de Guzmán, el principio de subsidiariedad permite oponerse con vigor a cualquier proyecto de hegemonía estatal. En ese sentido, la subsidiariedad tiene mucho de herramienta útil en la lucha contra el marxismo, y por eso Guzmán no teme distorsionarla si es necesario: a fin de cuentas, toda herramienta debe adaptarse a los fines que persigue.** Al mismo tiempo, su interpretación de la subsidiariedad le permite converger, con mínimas diferencias prácticas, con los economistas formados en Chicago. En el fondo, la subsidiariedad le permite a Guzmán fundamentar una economía convergente con la propuesta liberal desde la Doctrina Social de la Iglesia: es su propio punto de Arquímedes.” [los destacados son nuestros]*

Ahora bien, José Francisco GARCÍA (2020: 216-221), en un preclaro estudio doctrinario, va más allá y busca desentrañar el “*controversial enfoque de la subsidiariedad*” que tendría al respecto Guzmán. Tomando nota de la clara discrepancia en el foro al respecto, en la que hay posturas inclinadas hacia una subsidiariedad heterodoxa -tal es el caso del referido Daniel Mansuy, o de los diversos estudios de Renato CRISTI (2001; 2011) centrados en el pensamiento político de Guzmán, y que toman nota del avinamiento paradójal entre tradicionalistas ultracatólicos y neoliberales

libertarios que él simboliza bajo una lógica schmittiana- así como a una plena ortodoxia -reflejada en la opinión de discípulos directos de Guzmán. como Carlos FRONTAURA (2016: 98)⁴-, el autor toma postura por una “tercera vía” de opinión, que enfatiza el pragmatismo de Guzmán a la hora de afrontar estos constructos ideológicos:

“Con todo, como han destacado Moncada o el propio Mansuy, no debemos olvidar que estamos ante todo frente a un “animal político”, en la búsqueda de articular un discurso y una coalición política, existiendo buenos motivos para pensar que “su adhesión al liberalismo económico -a diferencia de los técnicos formados en Chicago- no es rigurosa ni doctrinaria, sino que responde más bien a un imperativo político”. Se trata de un programa económico funcional a su férreo antimarxismo y antiestatismo y que, además, satisface, ante los ojos de Pinochet y la junta, el ser “apolítico”, “antimarxista” y “no estar contaminado con los vicios de la vieja política” (GARCÍA, 2020: 221)

Con todo -y haciendo ver que el debate sintetizado está lejos de concluir-, es indudable que esta visión omisiva del rol del Estado termina permeando profundamente, por lo antes expuesto, el trabajo de la Comisión Ortúzar, en la cual Guzmán tuvo un rol gravitante desde el primer momento y que fuera estudiada con posterioridad por José Luis CEA EGAÑA (2008: 181) al hablar sobre el concepto y alcances del “bien común”:

*“El señor Guzmán expresa compartir la opinión del señor Evans, cual es fijar la misión del Estado, esto es, determinar que **el Estado no tiene sino una finalidad que es la de promover el bien común.***

Sobre el particular, estima que, a propósito de definir el bien común, todo lo demás fluye como consecuencia o como directriz para promoverlo. Por lo tanto, es de opinión de definir que se entiende por bien común.

A continuación, expresa que existe consenso en la Comisión en el concepto de bien común, cuyas definiciones pueden ser muchas, pero cuyo sentido fundamental es el de una creación de un conjunto de condiciones que le permitan a todos y a cada uno de sus miembros que componen la comunidad nacional acercarse, en la máxima medida posible, a su pleno desarrollo personal” [el destacado es nuestro]

Fue así que surgió el inciso 4° del artículo 1° del decreto ley 3.464 de 1980:

⁴ Frontaura señala al respecto que “En este contexto aparece, entonces, el énfasis que Guzmán pone en la faz negativa del principio de subsidiariedad y, por tanto, en la limitación del Estado en el ámbito que corresponde a las personas o a los cuerpos intermedios, remarcando la libre iniciativa como manifestación de este principio en el ámbito económico. Este acento es coherente con la visión de que el “Estado policía” del liberalismo, que no interviene en la vida social y económica, es un fantasma, ya que la cuestión actual es la del estatismo.

A pesar de esta preocupación, **Guzmán no olvida la responsabilidad del Estado y no se limita a mostrar sus restricciones, sino que también su ámbito de acción; lo hace de un modo más general, sin detalle y, varias veces, a propósito de su tema principal, pero en ningún caso está ausente.** Así, indica el papel del Estado en la dirección y consecución del bien común: su razón de ser está “en la impotencia de los seres humanos particulares para lograr plenamente la realización del bien común temporal” de modo que, según al pensamiento católico, no hay incompatibilidad entre la subsidiariedad y que “el Estado sea un activo gerente del Bien Común” [el destacado es nuestro].

*“El Estado está al servicio de la persona humana y **su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece**” [los destacados son nuestros]*

El mismo CEA EGAÑA (2008: 182) conecta esta visión con el principio de subsidiariedad aplicado al Estado subsidiario en Chile, conforme consta en el artículo 1° inciso 4° de la Carta otorgada de 1980:

*“[L]a respuesta que da el precepto citado yace en que el Estado se halla al servicio de la persona humana, ya que esta es, ontológica, deontológica e históricamente anterior y superior al Estado. Es decir, la institución estatal ha sido creada o establecida por las personas para satisfacer sus necesidades y aspiraciones colectivas. De modo que jamás tuvo, tiene ni puede lograr el Estado la autojustificación de su existencia. Servir a la persona humana es un deber trascendental, de ejecución permanente e interminable dentro del cual **se hallan la multitud de funciones y cometidos que, siguiendo el principio de subsidiariedad, corresponden al Estado como asociación para el gobierno de la comunidad pública**” [el destacado es nuestro]*

¿Y cómo ello se traduce en los hechos cotidianos, en el interactuar diario Estado-sociedad? Eduardo SOTO KLOSS (1986: 38-40) señaló, ya habiendo pasado cinco años de vigencia de la Carta otorgada, en un artículo construido en base -precisamente- a extractos de diversas encíclicas papales (incluidas, por cierto, *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno*), que:

“Pero la natural socialidad humana -ínsita en su propia naturaleza, y que no radica en un mero utilitarismo, referido a la exterior necesidad de los demás, sino que se afina en el ser mismo del hombre- lleva al ser humano a asociarse con sus congéneres en los innumerables ámbitos de su vida societaria, y para un mejor logro de sus fines.

*Estas sociedades o agrupaciones, frutos del natural derecho a asociarse con otros hombres, van formando un tejido asociativo que se extiende en el vasto panorama de los diferentes planos en que se mueve el hombre: **sociedades, cuerpos y asociaciones que constituyen ese campo intermedio entre la persona y su familia, por una parte, y el Estado por la otra.***

*Esa trama de sociedades, grupos o asociaciones, que conforman una comunidad civil o social ha, necesariamente, de poseer una unidad armónica y coherente, para que puedan tender todas ellas al bien común del Estado; **la genuina misión y peculiar del poder político consiste precisamente “en promover eficazmente esa armoniosa coordinación de todas las fuerzas sociales”***

Y es que toca al hombre ser artífice de su propio destino, dueño como es de sus propios actos, al ser libre y por ende responsable. Y es que toca a él, y a las asociaciones que él constituya el asociarse con sus semejantes, formarse su propio bienestar, perfeccionar las propias virtualidades que porta como persona, y progresar en su vida individual y social. [...]

La misión del Estado -bien común de la sociedad política- “es la de vigilar, ayudar y ordenar las actividades privadas e individuales de la vida nacional, para hacerlas converger

*armoniosamente hacia el bien común”; **no es su misión, en consecuencia, y en principio, “la de asumir directamente las funciones económicas, culturales y sociales que pertenecen a otras competencias”**, “porque si el Estado se atribuye y apropia las iniciativas privadas, estas iniciativas -que se rigen por múltiples normas peculiares y propias- pueden recibir daño, con detrimento del mismo bien público, por quedar arrancadas de su recta ordenación natural, que es la actividad privada responsable” [los destacados son nuestros]*

Este repaso histórico-jurídico -que como hemos podido ver, ha implicado aludir a una serie de hitos que tienen en común el constante recurso al iusnaturalismo de raigambre católica- es apropiada antesala para hacer una precisión necesaria: si bien el Estado subsidiario admite una acepción positiva/negativa y otra activa/pasiva -hacer o no hacer determinados roles, siempre en el marco de la predominancia de la acción privada autoorganizada en los denominados “*cuercos intermedios*”-, debe entenderse que -siguiendo a Messner- que opera ante todo como un esquema de relación Estado-el conjunto de la sociedad civil-las sociedades menores o “*cuercos intermedios*”.

Y como puede observarse en el esquema de relación derivado de la Carta otorgada de 1980, decreto ley iusfundamental de la dictadura cívico militar, el Estado subsidiario en Chile es la concepción claramente subyacente a este orden constitucional impuesto, antidemocrático y autoritario. Es una concepción abstencionista, de un Estado subsidiario o mínimo, unificado en un esquema de relación en que la subsidiariedad limita la actividad económica y social que pueda emprender y, en consecuencia, establece su contracara cual es la autonomía amplísima de los “*cuercos intermedios*”.

En una dimensión teórico-práctica, el Estado social emerge como la antítesis del Estado subsidiario, afincado en un principio de solidaridad y de compatibilidad público-privada en la relación economía-sociedad-Estado. Es decir, es un esquema de relación y reparto público-privado, con una preferencia pública (no necesariamente estatal) derivada del interés general que se encarna y los cometidos serviciales y de redistribución que se le asignan precisamente por los DESCA en cuanto reglas de competencia iusfundamentales. En este sentido, el Estado es fuerte, aunque no hiperburocrático, y en sus dimensiones funcionales (regular, gestor de servicios, de fomento y empresario) asume las directrices impuestas desde la responsabilidad fiscal, y en un horizonte temporal compatible con la formación y consolidación de un sistema de protección social (DA SILVA, 2003: 167-197). El Estado social se desenvuelve en una economía de mercado (capitalista), pero bajo su dirección, no bajo una mera cobertura del estatismo (BONAVIDES, 2014: 162-171). La Constitución y sus “*cláusulas económico-sociales*”, para el constitucionalismo social, vendrían a ser – parafraseando a GOMES CANOTILHO (1995: 9-23), una “Constitución dirigente”, moderada, que se toma en serio los DESCA que tiene incorporados.⁵

En consecuencia, de la referida reflexión teórica sobre el principio existe una reflexión práctica (como entendemos el principio de subsidiariedad y el modelo de Estado del que este deriva en las últimas cuatro décadas). Y si a ello sumamos la reflexión histórica que acabamos de emprender, observamos que en esta imposición autoritaria de la subsidiariedad surge de la amalgama entre el tradicionalismo católico conservador y el neoliberalismo de la denominada Escuela de Chicago, la

⁵ Véase igualmente un libro de época de GOMES CANOTILHO (2001), probablemente el constitucionalista más importante en América Latina, al inspirar una revolución del constitucionalismo social y democrático a fines del siglo XX.

cual se expresa nítidamente en el *Kronjurist* -a la usanza schmittiana- de la dictadura cívico militar: el previamente citado Jaime Guzmán Errázuriz, jurista clave en la génesis de la Carta otorgada de 1980, así como de la legislación irregular de este periodo.

Y por ello, debemos destacar algunas ideas claves en lo que respecta al marco histórico del contrapunto evidente al Estado subsidiario: la construcción de un Estado social y democrático de derecho. Este fenómeno se enraíza en tres modelos previos de orden institucional, desarrollados en la vorágine que caracterizó a la historia europea de la primera mitad del siglo XX: (1) el *Estado providencia*, idea fundacional desarrollada, a partir de la doctrina de los servicios públicos, por el jurista francés Léon DUGUIT (1975; 2011);⁶ (2) el *Estado social*, cuya raíz se encuentra en los trabajos del jurista alemán Hermann HELLER (1985),⁷ y; (3) el Estado de bienestar, que encuentra su origen

⁶ DUGUIT (1975: 37), luego de caracterizar la noción de servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”, señala que, en consecuencia, el Derecho Público “[n]o es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar; que determinan las relaciones de esta persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus súbditos. El Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido [...] El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos”

Lo anterior se conecta con lo que el jurista francés expresa, ante la confrontación de escuelas sobre la intervención del Estado en lo económico (estatalistas y liberales): “Una y otra doctrina se equivocan. En lo concierne a la intervención del Estado, no se debe y no se puede formular una regla general. La solución debe depender de las circunstancias, del medio, de las condiciones económicas y de cualquier otra clase que aparecen en tal o cual país; y la solución que deba darse aquí no es válida allí. Es una cuestión de observación y de experiencia política y social”

Más aún, “El único problema que no se plantea es el de las funciones jurídicas del Estado. Es la cuestión de saber cómo, desde el punto de vista de sus efectos en el mundo jurídico, se presentan los actos que debe ejecutar el Estado para asegurar la realización de sus funciones económicas. La cuestión ya no es saber cuáles son estas funciones [...] La cuestión es otra. Consiste en saber cuáles son los actos que el Estado debe hacer para alcanzar el cumplimiento de su misión económica, sea cual sea ésta, qué efectos tienen estos actos en el ámbito del Derecho. Ésta es, verdadera y exclusivamente, una cuestión jurídica” (DUGUIT, 2011: 112).

Por ello, “Cualquiera que sea el modo según el cual los servicios públicos se exploten, es preciso ver en ellos el elemento fundamental del Estado moderno, que descansa esencialmente en la noción de una cierta función social que se impone a los gobernantes. Por lo cual el servicio público es una institución de orden objetivo, sometida a una ley que se impone con el mismo rigor a los gobernantes que a los gobernados” (DUGUIT, 1975, p. 41) [los destacados son nuestros]

⁷ Sobre el Estado, HELLER (1985: 258-259) expone: “Llamamos Estado a la unidad de los actos que constituyen la instancia decisoria territorial [...] Esta unidad de decisión territorial universal se funda necesariamente en la “naturaleza sociable-insociable” del hombre, en sus dos propiedades naturales de diversidad y sociabilidad. [...] Por ello, la decisión universal y eficaz de ámbito territorial, sea cual sea la manera de llegarse a ella, es la conditio sine qua non no ya solo de la conservación física del hombre, sino también de la metafísica. [...] Toda política consiste así en la conformación y mantenimiento de esa unidad.”

Tomando nota de lo que sucede en su contexto histórico-jurídico, la crisis de la democracia liberal tiene como marco el hecho que “[l]a conciencia de sí mismo despierta en un proletariado constantemente creciente, lo que conduce a hacer suya en forma de democracia social la exigencia de la democracia burguesa. Organizado autónomamente en partidos y sindicatos logra imponer en el poder legislativo del Estado de Derecho su participación [...] De esta suerte, la invocación del principio democrático por el capitalismo ha dado pie a una situación que amenaza en su señorío a la burguesa creadora de aquél [...] La burguesía

en los delineamientos de reconstrucción planteados para Europa por el secretario de Estado estadounidense, general George Marshall, y que fuera conceptualizado por el sociólogo británico Thomas Humphrey MARSHALL (y BOTTOMORE, 2004) algunos años después, con base en la experiencia del gobierno laborista de la segunda postguerra.⁸

Fue precisamente que, por medio del constitucionalismo social de la segunda postguerra, se consolida este tercer modelo bajo condiciones muy específicas: (a) herencia de la guerra; (b) reconstrucción; (c) guerra fría Este-Oeste; (d) compromiso burgués-trabajador, y; (e) del sistema de partidos en orden a preservar el capitalismo y la democracia (MANILI, 2016: 21-44):⁹ ello se observa en los modelos comparados originados en la Europa de postguerra, la Constitución de la república

comienza ya a desesperar del ideal del Estado de Derecho y a renegar de su propio universo cultural” (HELLER, 1985: 287),

Por ello, HELLER (1985: 265) advierte: “*A nada conduce querer -apelando a la ética formal de la democracia- tranquilizarse a sí mismo o a otros. Sin duda la democracia política quiere garantizar a cada uno de los miembros del Estado, mediante el nombramiento de representantes, idéntica probabilidad de influir en la formación de una unidad política. Pero la disparidad social puede hacer de un summum ius una summa iniuria. Sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se torna la más radical desigualdad y la democracia formal, Dictadura de la clase dominante*” (p. 265).

Esta situación, a su juicio, abre la puerta a una dicotomía entre la muerte de la democracia liberal-burguesa y el paso a una democracia social en propiedad, o el advenimiento del fascismo, fenómeno al que caracteriza como la negación y vaciamiento de la idea del Estado de Derecho, en el marco de una aversión burguesa cada vez mayor a la ley y su actuar, de tintes derechamente “neofeudales”: “*Resumiendo cuanto hemos dicho debemos concluir que, frente al Estado de Derecho, resuelto a sujetar su imperio a la economía, la Dictadura no dispone otro medio que la violencia torpemente enmascarada por la ideología*” (HELLER, 1985: 299) mientras que “[e]l núcleo de ideas políticas del socialismo [...] es, sistemáticamente, idéntico al núcleo de ideas políticas de la Democracia social. En oposición a la Democracia liberal, que legitima la gobernación política “por la parte mejor del pueblo”, a saber, por “la inteligencia y la propiedad”, la Democracia social reconoce sólo al pueblo, en su totalidad socialmente solidario, como fundamento justificativo del Gobierno” (HELLER, 1985: 303) [los destacados son nuestros]

⁸ MARSHALL (y BOTTOMORE, 2004: 79) señala: “*No tenemos como objetivo la igualdad absoluta. Hay límites inherentes al movimiento igualitario. Pero el movimiento es doble: funciona en parte por la ciudadanía y en parte por el sistema económico. En ambos casos, el objetivo es eliminar las desigualdades que no se pueden considerar como legítimas, pero el estándar de legitimidad es diferente. En la primera es el estándar de la justicia social, en el segundo es la justicia social combinada con la necesidad económica. Es posible, así, que no coincidan las desigualdades permitidas por las dos mitades. Pueden sobrevivir distinciones de clase que no poseen una función económica apropiada, y diferencias económicas que no se corresponden con diferencias de clase aceptadas*”. [el destacado es nuestro].

⁹ Definiendo el contenido medular del constitucionalismo social, el autor expresa que: “*En este modelo de constitucionalismo se asumió que no hay una posibilidad de ejercer la libertad en serio, si su garantía formal no va acompañada de condiciones existenciales mínimas que hagan posible este ejercicio real. Así como el Estado liberal se sustentaba en la justicia conmutativa, el social se sustenta en la justicia distributiva, por cual el Estado:*

- A) *Deja de ser un mero gendarme para pasar a ejercer el poder de policía de la prosperidad;*
- B) *Deja de cumplir el rol pasivo que le asignaba el constitucionalismo clásico para ser un Estado activo, no solo brindando prestaciones, sino también mitigando desigualdades, interviniendo en los conflictos sociales, participando del curso de la economía, morigerando los efectos a veces nocivos del libre juego de la oferta y la demanda y neutralizando los efectos disfuncionales del desarrollo económico no controlado,*
- C) *Deja de ser un Estado legislador para ser un Estado gestor, ocupándose de la “procura existencial”.*
- D) *El Estado social hace de éste, a diferencia del Estado liberal, un Estado de contenido material y no puramente formal. Las formas siguen siendo importantes, pero necesitan sustancia, porque de lo contrario pueden albergar cualquiera, y los valores jurídicos no lo consienten.”* (MANILI, 2016: 36-37) [Los destacados son del original]

italiana de 1947 (cláusula Lelio Basso -art- 3.2-),¹⁰ la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (cláusula Schmid)¹¹ y la Constitución de la IV república francesa de 1947, inspirada en los ideales de la cultura jurídico-política de la resistencia. En la primera postguerra también son relevantes las “*modernas tendencias constitucionales*” (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1931; 2011),¹² que tuvieron recepción en las constituciones surgidas después de la desintegración de los imperios; en especial, la Constitución de la república alemana (Weimar, 1919) y la Constitución de la II república española (1931), en que se reconocen “*cláusulas económicas sociales*”, se racionaliza la democracia y se establecen poderes ejecutivos fuertes. En América Latina, por otra parte, es modélica la Constitución de los Estados

¹⁰ “Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.”

¹¹ Un relato del contenido de esta cláusula en ABENDROTH (1973: 286-287). Así: “*En el concepto del Estado de derecho democrático y social la democracia no se refiere sólo a la posición jurídica formal del ciudadano del estado, sino que se extiende también a todos sus ámbitos de vida, incluyendo el orden social y la regulación de las necesidades materiales y culturales del ser humano. Pues la idea de cooperación a la que se remite Erich Fechner no se puede apresar sino partiendo de la idea de una participación de todos con los mismos derechos. Sólo desde este punto de vista es posible reconciliar la garantía de los derechos individuales protegidos por decisiones judiciales neutras con la idea, materialmente entendida, de la igualdad ante la ley. Mas si se sigue el hilo de estas consideraciones, la democracia deja de ser constitución solo política y se convierte en constitución de toda la sociedad, que se determina a sí misma en el estado como máxima unidad de acción.*”

Respecto del consenso sobre su inclusión en la Ley Federal Alemana, ABENDROTH (1973: 287) señala: “*No se trata de afirmar que la Constitución se haya decidido inequívocamente por esta interpretación de su declaración de la estatalidad social. Mas se puede afirmar que **el principio jurídico del estado democrático y social se formuló sobre la base de un compromiso entre fuerzas políticas y sociales tendencialmente discordes.** Entre los grandes partidos que redactaron la Constitución había considerables oposiciones acerca del alcance y las consecuencias de la sumisión del proceso económico y social a la idea del estado social, contrapuesto al autoritario y al totalitario. **Pero todos los grupos que intervinieron en ese compromiso veían claramente que fuerzas políticas y sociales esenciales deseaban el paso a un estado social del bienestar que se tomara completamente en serio la idea de una democratización de la sociedad y del control de los que intervienen en el proceso de producción [...]***”

Como consecuencia de lo anterior, “[c]on la formulación del principio jurídico de la estatalidad de derecho democrática y social, la Constitución ha pretendido, sin duda, **asegurar efectivamente un mínimo de ideas sobre el contenido de aquel principio**, a saber, las ideas acerca de las cuales estaban directamente de acuerdo las fuerzas que intervinieron en el compromiso [...] Pero, además de eso, **la proclamación del principio tenía el sentido de mantener abierto el futuro desarrollo hacia la democracia social**, para que ésta se pueda realizar en la medida en que lo determinen las mayorías que se den en cada caso en los cuerpos legislativos” (ABENDROTH, 1973: 288) [los destacados son nuestros]

¹² El autor se refiere al hecho que “[l]as nuevas Constituciones han sido redactadas en una época en que ningún partido político podía ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho, no es sólo una doctrina, no es sólo una escuela jurídica, es la vida misma. También es más posible distinguir entre el individuo político y el individuo social; asistimos a la transformación, no solamente de la teoría general del Estado, sino también a la doctrina de los derechos individuales. **El Estado no puede limitarse al reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, debe crear un minimum de condiciones necesarias para asegurar su independencia social.** Hay, pues, dos procesos simultáneos: de una parte, entre los derechos individuales fundamentales va figurando poco a poco la defensa de la persona social, y de otra, a nombre de un principio objetivo, la solidaridad, el orden público, etc. (no queremos atribuir la comprobación del hecho a ninguna doctrina determinada). A nombre de ese principio social superior se asiste a una limitación de ciertos derechos fundamentales, en particular del derecho de propiedad que evoluciona visiblemente. Es decir, que existen a la vez extensión de los derechos individuales y ciertas limitaciones de estos derechos fundamentales anteriormente preconizados.” (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1931: 37; 2011: 76) [el destacado es nuestro].

Unidos Mexicanos de 1917, inspirada en el “*liberalismo social*” del constituyente de Querétaro y en base a la revolución de 1910.

En la actualidad, hemos transitado del Estado de bienestar al Estado de malestar (COTARELO, 1990; VON BEYME, 1994: 116-139); acicateado por la crisis fiscal del Estado (O’CONNOR, 1981) y la crisis financiera global de 2008, que generó un verdadero default de los sistemas de protección social en Occidente. Este escenario nos plantea un claro desafío: la construcción de un Estado social y democrático de derecho: moderno, eficiente y que optimice los presupuestos del Estado de derecho liberal y, en general, muy distante del “*new labour*” británico. El segundo desafío es que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs) tengan una garantía efectiva y un sistema de protección multinivel, respetuoso de la política estatal y de la responsabilidad fiscal.

Para poder graficar la viabilidad de este modelo de Estado, cabe señalar -como antecedente- que la fórmula contemporánea de Estado social y democrático de derecho -con la que trabajamos en Latinoamérica desde la década de 1980, y que recoge el Anteproyecto evacuado por la Comisión Experta, es aquella que fuera consagrada en la Constitución española de 1978, conforme a su artículo 1º:

“Artículo 1.-

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.”

Es este Estado social y democrático, valga la redundancia, primeramente un Estado social; en segundo lugar, un Estado democrático; y, en tercera voz, un Estado de derecho: gracias a la combinación efectiva de estos tres elementos es que este modelo de Estado no da cobertura a un estatismo desaforado, sino que permite una compatibilidad público-privada tanto en economía como en sociedad. Y, en consecuencia, el reconocimiento del Estado social y democrático de derecho en el artículo 1º del Anteproyecto,¹³ reforzado por nuestra propia cláusula Lelio Basso de su artículo 2º,¹⁴

¹³ “**Artículo 1**

1. La dignidad humana es inviolable y la base del derecho y la justicia. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización.

2. Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas. [el destacado es nuestro]

¹⁴ “**Artículo 2**

1. El Estado deberá servir a las personas y a la sociedad y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

2. El Estado promoverá las condiciones de justicia y solidaridad para que la libertad, derechos e igualdad de las personas se realicen, removiendo los obstáculos que lo impidan o dificulten. [el destacado es nuestro]

es completada por dos normas de principio: (1) el principio de colaboración público privada, y (2) el principio de responsabilidad fiscal. Esto significa que las políticas de protección social y los sistemas para dar cobertura a bienes y servicios públicos asociados a derechos sociales van a contar con la cooperación de la sociedad civil organizada y de elementos de política pública graduales, incrementales y con políticas de corto, mediano y largo plazo, por el logro de una efectiva protección de estos derechos.

Pues solo la “*ilusión del constitucionalista*” de la cual nos habla Norberto BOBBIO (1965) podría llevar a pensar que por la sola circunstancia de plasmar por escrito el Estado social y democrático de derecho y los DESCAs, estos pasarán a ser una realidad efectiva. En rigor, estas normas de principio y de derecho abren un horizonte de ciudadanía social.

Por tanto, y como conclusión preliminar antes de pasar al estudio de las normas que ha evacuado la Comisión Experta y sobre las cuales existe la “*llave*” que podría permitir el paso de un Estado subsidiario a uno que cumpla con las bases del Acuerdo por Chile -un Estado social y democrático de derecho- es que efectivamente en su dimensión práctica, conectado con su finalidad histórico-política, ambos conceptos son intrínsecamente opuestos. Verdaderas antípodas. El Estado social y democrático de derecho se construye sobre una reflexión teórica e ideológica que aspira precisamente a convertir éste en un elemento activo y participativo en la sociedad, sin superponerse ni anular la acción de la sociedad civil ni de sus elementos. Más aún, impulsándolos. Un “*Estado social subsidiario*” como el que ha sido postulado en ciertas oportunidades en el debate que enmarca este proceso constitucional (“3.0”)¹⁵ es el *gatopardo* personificado, una contradicción en sí misma.

2. Estado de la cuestión sobre las normas aprobadas por la Comisión Experta

Abordando el contenido propio de lo discutido y votado en los Plenos desde el 22 de mayo de 2023, hemos podido detectar que, entendidas las dificultades propias de construir hitos de partida al consenso constitucional en un período de tiempo muy acotado y en situación de empate técnico entre los expertos designados en representación de los partidos de gobierno y de oposición, sumado a las dificultades logísticas propias de contar con un cronograma muy estricto de tiempos, existen situaciones que deben ser resueltas no solo por razones propias de establecer una configuración coherente del sistema de derechos fundamentales y sus garantías asociadas, sino también en lo relativo a garantizar un cumplimiento cabal de la fórmula de Estado social y democrático de derecho fijada en las bases establecidas en el acuerdo de 15 de diciembre de 2023.

La “*cuestión constitucional*” no se ha abordado, en este sentido, con la sistematicidad coherente que debe existir para efectos de construir una arquitectura constitucional sólida, sino que se ha convertido en un ejercicio marcado más por un casuismo de oportunidad: es decir, por aquellos temas que, finalmente, se toman la agenda cotidiana en razón de los temas propios de la contingencia.

¹⁵ Una primera referencia en este sentido se encuentra en una columna del investigador del IES Pablo ORTÚZAR (2021) quien señaló en el marco de la derrota aplastante de los sectores de derecha en el plebiscito de entrada de mayo de 2021, que “*En esto hay un mensaje clave para la derecha política. La falta de ánimo reformista, la incapacidad de autocrítica y la incomprensión sociológica de la situación de la unidad doméstica de clase media le han pasado una gran cuenta. Todo esto debe ser corregido. El dogma Chicago- Gremialista está, fuera de un par de comunas adineradas, muerto y enterrado. Es la hora de una reforma intelectual que le permita ser arquitecta de un Estado social subsidiario, en vez de guardiana cadavérica del Estado mínimo.*” [el destacado es nuestro]

Concluida la reflexión teórico-práctica entre modelos de Estado y el engarce de este último con los DESCAs, se hace necesario precisar metodológicamente el tratamiento de éstos en este trabajo: una breve genealogía del reconocimiento de estos derechos en el texto del Anteproyecto emanado de la Comisión Experta, que recoja su formulación y los debates más significativos en el seno de ésta, así como las opiniones de especialistas invitados a exponer ante ella. Se prescinde en este trabajo de otras cuestiones teórico-metodológicas muy significativas, pero estándares sobre DESCAs: sujetos de derechos, objeto, estructura lógica (prestacionales y no prestacionales) y garantías, que serán abordadas en otro lugar y ocasión.¹⁶

Hemos estructurado este análisis abordando los capítulos pertinentes en la materia, incluyendo también a aquellos que, aun tratándose de materias orgánicas del Estado, es necesario tener presente su modificación en pos de, efectivamente, dar efectividad a los principios, derechos y garantías que van a nutrir a este cuerpo normativo. Ello se ve complementado por los temas incorporados en el anexo, expuestos ante la Subcomisión DESCAs de la Comisión Experta el 13 de abril de 2023, varios de los cuales han sido considerados en las modificaciones hechas al texto del anteproyecto original de 30 de marzo de 2023, y que se ha aprobado recientemente en la discusión y votación en particular.

3. Análisis del Catálogo de DESCAs en el capítulo IV (“Derechos Fundamentales, Libertades, Garantías y Deberes Constitucionales”)

El capítulo relativo a DESCAs fue votado íntegramente el día 24 de mayo de 2023. Se analizará, por su relevancia para las materias propias de este trabajo, artículo por artículo la norma aprobada por el Pleno de la Comisión, indicando cuáles deberían ser las mejores que deberían ser incluidas en la próxima etapa de trabajo, a cargo del Consejo Constitucional:

Artículo 16° - “La Constitución asegura a todas las personas: [...]”:

- **N°20 [antes N°15] (Derecho a un medio ambiente sano)**
Aprobado por unanimidad (23 votos).¹⁷

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

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

¹⁶ Por vía ejemplar, un tratamiento sistemático de derechos sociales en nuestro país lo efectúa Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2009: t. III). Una organización dogmática general está presente en la obra de Eduardo ALDUNATE (2008), mientras que un esquema general desde la diferencia francesa entre derechos fundamentales y libertades públicas ha sido planteado por Yves MADIOT (1991). También es una obra propedéutica muy conocida la del iusfilósofo español Gregorio PECES-BARBA (2004), situándose en la misma perspectiva general la monografía del jurista germano Dieter GRIMM (2006). Y en cuanto dogmática, cabe destacar los aportes de Javier JIMÉNEZ CAMPO (1999) y de Francisco José BASTIDA FREIJEDO et al (2004). De la doctrina trasandina, destacamos el trabajo de Germán BIDART CAMPOS (1993), Gerardo PISARELLO (2007) y Raúl Gustavo FERREYRA (2004).

¹⁷ En la votación estuvo ausente, por razones de fuerza mayor, la comisionada Natalia González. Por ello, la unanimidad consta de 23 votos.

- b) *De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.*”

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- Se propuso por parte de las y los comisionados representantes del Socialismo Democrático (en adelante, SD) y Apruebo Dignidad (en adelante, AD) en la Comisión, la frase “*ecológicamente equilibrado*”, aparte de la expresión consensuada “*medio ambiente sano*” (enmienda 93), lo cual finalmente fue desechado por incompatible. Los comisionados Cortés y Quezada, a pesar de reconocer la mayor precisión del concepto desechado, se mostraron igual conformes con el que se preservase una formulación que, partiendo de la actualmente vigente, incorporase las nociones de medio ambiente “*sano*” y “*sostenible*”, que toman nota de lo desarrollado en el sistema internacional de derechos humanos y en el capítulo XIII sobre medio ambiente, con lo cual concuerda la comisionada Krauss.
- Por su parte, las y los comisionados de Chile Seguro (CS), pusieron especial énfasis en lo establecido en el literal b), en relación a la certeza jurídica que se otorgaría al desarrollo productivo al derivar a la ley el desarrollo de una política ambiental y de las restricciones que ello podría conllevar (comisionada Horst, comisionado Ribera). Sin embargo, se plantea también la duda si efectivamente existe un medio ambiente “*libre de contaminación*” (comisionado Arancibia)
- Existe el consenso entre todos ellos sobre el hecho que este derecho en específico se centra ante todo en la preservación de las condiciones que permitan el desarrollo de la vida, salud y necesidades de las personas.

Comentario: Se debe hacer referencia a la idea de “*conservación*” además de “*preservación*” de la naturaleza: son conceptos distintos, con aceptación de unidades de manejo e intervención diferenciadas de la industria.

- **Nº21 [antes Nº16] (Derecho a la protección de la salud)**
Aprobado por unanimidad.

“El derecho a la protección de la salud en sus dimensiones física, mental y social.

- a) *El Estado protege el libre, universal, igualitario y oportuno acceso a las acciones de promoción, prevención, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de dichas acciones, asegurando su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, abordando sus determinantes sociales y ambientales, de conformidad a la ley.*
- b) *Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, a través de instituciones estatales o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley.*
- c) *El Estado deberá crear, preservar y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos y uniformes de calidad.*

- d) *El Estado fomentará la práctica deportiva con el fin de mejorar la salud y calidad de vida de las personas.*”

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- En sesión de 13 de abril, tuvimos la oportunidad, junto con el profesor Enrique Navarro Beltrán, de exponer ante la Comisión, abordando en nuestras intervenciones las dimensiones propias del derecho a la salud.
 - El profesor Navarro se centró en específicamente este derecho, *“dada la vastedad que tiene este tema”* (p. 72), señalando -nota aparte de hacer una comparativa respecto del alcance dado a este derecho por otras constituciones y en el derecho internacional, que:
 - *“Estimó lo anterior como 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, manifestó que 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. 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”* (p. 73)
 - A lo anterior, ante las inquietudes de los comisionados Ribera y Horst sobre un posible riesgo de hiperconstitucionalización en la materia y si era pertinente la extensión dada a este derecho, así como las consecuencias de la eliminación del actual artículo 19 N°26 respecto del sistema de prestaciones de salud o de elegir entre sistema público y privado:
 - *“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. 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 estimó 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. 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.” (p. 83)

- En nuestro caso, manifestamos que
 - *“respecto de la protección de la salud, manifestó que ella 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.*
 - *Expresó que, 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.*
 - *Seguidamente, se preguntó 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 en tercer lugar, la libertad de los prestadores privados y de las aseguradoras o compañías de seguros para ofrecer seguros complementarios al plan mínimo garantizado” (pp. 62-63).*
- El comisionado Quezada, en consonancia con lo anterior, expresó la necesidad que sea el legislador, en cuanto autoridad reglamentaria, quien determine la forma concreta de aplicación de este derecho respectivo -a diferencia del proceso anterior, que se extendió largamente sobre éste-. Al respecto, señala que *“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” (p. 80).* Hace referencia, igualmente a que:
 - *“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, y por eso es muy importante aclarar el punto técnicamente, es si vamos a atar de manos al legislador o no.*
 - *Remarcó que, 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, 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. Agregó que, 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.” (p. 84).*
- También hizo alusión a ello el comisionado Ribera, quien hizo referencia a que *“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;” (p. 81).*
- Lo cierto es que el alcance del derecho a la protección de la salud en relación con el régimen de ejecución de acciones de salud -instituciones estatales o privadas- y el deber preferente del Estado en garantizar la posibilidad de elegir entre prestadores, involucró buena parte del debate en la Subcomisión el precisar el alcance en esta materia. Ya en la fundamentación de los votos, es posible tomar como síntesis las siguientes opiniones:
 - El comisionado Quezada expuso en esta oportunidad que:
 - *“aquí hay un derecho a la salud que nosotros hemos consensuado luego de un arduo trabajo. Derecho que, tal como establecen las 12 bases constitucionales, incorpora -como debe ser- la posibilidad de que la ciudadanía pueda escoger sus prestadores de salud y, por tanto, no hay tampoco en esa materia, a mi juicio, una hoja en blanco.*
 - *Pero no solo eso, aquí no solo hay una debida consagración del derecho a la salud en lo que hemos podido consensuar como enmienda de unidad de propósitos, sino que, además, se enriquece este derecho y se establecen deberes al Estado de proteger el libre, universal, igualitario y oportuno acceso a las acciones de promoción, prevención, protección y recuperación de la salud, y de rehabilitación de la persona. [...]*
 - *Por tanto, tal como lo señalé, creo en esta amplitud del contenido del derecho a la salud que estamos proponiendo, puesto que se incluye algo que estuvimos debatiendo previamente, cual es el derecho a la alimentación adecuada, que, como señaló el comisionado Ribera, quedará como una de sus dimensiones.*
 - *Por otro lado, se establece también que el Estado tiene un deber preferente de garantizar la ejecución de acciones de salud y que este deber lo ejecutará a través de instituciones estatales o privadas. Es decir, tal como lo hemos señalado siempre en nuestro debate, aquí nunca ha estado en juego que las personas puedan optar por un prestador público o por uno privado, y será su libertad la que determine a cuál prestador acudirá. Evidentemente, dentro del marco –como no puede sino serlo- de la forma y las condiciones que determine la ley, puesto que así es hoy en día, al igual como ocurre en todo sistema de salud.*
 - *Como pueden ver, aquí hay un avance importante y consonante con la garantía del Estado social y democrático de derecho” (p. 287)*

- En contrapunto a lo anterior, la comisionada Horst:
 - *“Por eso, más allá de lo que hoy día se va a aprobar en esta Subcomisión, hay un aspecto que va a quedar rezagado, que no va a estar, una parte incompleta. Porque, si bien hoy día como unidad de propósitos está contemplada la libertad de elección a nivel de prestadores, eso no es completo, ya que hay dos elecciones cuando hablábamos en salud: una, del aseguramiento y, dos, de los proveedores.*
 - *Proveedores es donde uno va a atenderse y si tenemos un solo asegurador, por ejemplo, Fonasa, eso va a significar que Fonasa, el Estado, va a decidir dónde uno puede atenderse. Hay una decisión inicial desde el Estado, de acuerdo con sus parámetros y las políticas de turno, que definirá dónde las personas se podrán o no atender, cosa que hoy día no es un derecho, no es una libertad que tienen sobre todo los sectores de menores ingresos, que hoy día se atienden en Fonasa, donde no existe la modalidad de libre elección.[...]*
 - *Pero hay otra elección, hay otra libertad de elección que queda ausente y que quedará ausente, que es respecto de las familias, las personas, los cotizantes poder definir dónde acceder a la cobertura de este seguro de salud.*
 - *Y hoy día la idea no es con un nuevo texto constitucional perder libertades, sino que ampliar libertades para que la gente libremente pueda elegir si quiere ir a un asegurador estatal o a un asegurador privado.*
 - *Tenemos una discusión país hoy día, en general, de las normas que rigen hoy nuestro sector de aseguradores privados; en ningún caso, manteniendo la libertad de elección, implica constitucionalizar el modelo que actualmente tenemos.*
 - *Uno puede abrirse a nuevas regulaciones, a nuevas entidades, a nuevas organizaciones, a nuevas instituciones privadas, no estatales, que no sean un monopolio del Estado que precisamente entreguen ese servicio.*
 - *Por eso, Presidenta, finalmente como no hubo voluntad de poder asegurar, garantizar, como es hoy, la libertad de elección del destino de las cotizaciones de salud, es que hay una probabilidad alta que terminemos sin cotizaciones obligatorias, simplemente por el hecho de no querer apoyar lo que ya habíamos discutido en una etapa inicial cuando fue aprobado, en general.” (pp. 288-289)*

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

Nuevamente al Estado se le asigna rol de coordinador y control y más abajo al establecer el deber del Estado de tener una red de salud propia se fija que será con estándares “básicos”. Observamos una reminiscencia de Estado mínimo, presente en la menor medida posible y en acción solo para lo mínimamente esencial, a lo que se suma la reafirmación la actual libertad de adscribirse a sistema público o privado sin que se constitucionalice el deber de todos a contribuir al financiamiento de la salud pública; es decir, para el que opta por el sistema privado no hay aporte a la salud pública y, por ende, no contribuye a la solidaridad del sistema.

En tal orden, el actual sistema de seguros individuales -sin solidaridad ni contribución con el sistema público- que conforman las ISAPRES (o sus equivalentes a futuro) cuadra perfectamente con la norma propuesta, lo que dará pie a que se siga sosteniendo que es inconstitucional reformar el sistema

de ISAPRES (o su símil posterior) para introducir solidaridad y que éstas seguirán como eje alternativo a la salud pública desfinanciada por falta de cotizaciones de clientes de altos ingresos, tal cual es hoy. Es esencial fortalecer el rol y financiamiento de la salud pública en esta norma, introduciendo:

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

• Nº22 [antes Nº17] (Derecho a la educación)

Aprobado por unanimidad.

“El derecho a la educación.

- a) *La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, en el contexto de una sociedad democrática.*
- b) *La educación se rige por los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad, no discriminación y los demás que disponga la ley. El Estado tiene el deber ineludible de fortalecer la educación en todos sus niveles y fomentar su mejoramiento continuo, ejerciendo labores de promoción, regulación y supervigilancia. Los establecimientos educacionales creados o reconocidos por el Estado deberán cumplir estándares básicos y uniformes, de conformidad a la ley.*
- c) *Es deber del Estado promover la educación parvularia, para lo que financiará y coordinará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.*
- d) *La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar y coordinar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media la obligatoriedad se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.*
- e) *La asignación de recursos públicos deberá seguir criterios de razonabilidad.*
- f) *El Estado deberá crear, sostener y coordinar una red nacional de establecimientos educacionales pluralista en todos los niveles de enseñanza.*

- g) *Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación. Asimismo, corresponderá al Estado asegurar la calidad de la educación en todos sus niveles y fomentar la formación cívica, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.*
- h) *Los profesores son parte esencial del esfuerzo educativo de la Nación. Es deber del Estado y de toda comunidad educativa promover el desarrollo profesional y respeto de los docentes.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- En nuestra presentación, abordamos los siguientes puntos de relevancia:
 - *“Respecto del derecho a la educación, anunció que se referirá a dos aspectos: primero, a la limitación de la obligatoriedad de la educación media a los 21 años y el reconocimiento de ésta con este límite de edad que desconoce que en el mundo del trabajo hay personas de avanzada edad que prosiguen estudios medios y técnicos. Estimó que, esto último constituye una limitación etaria discriminatoria.*
 - *La segunda cuestión relativa al derecho a la educación dice relación con 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.” (p. 63)*
- Ya en el debate de las diversas unidades de propósitos ligadas a la educación, el convencional Quezada señaló que:
 - *“En primer lugar, incluye lo que se entienden son los principios que el Derecho internacional de los derechos humanos considera son los centrales o nucleares del derecho humano a la educación. Se innova en el texto constitucional actual al incorporar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Unido a ello, se incorpora también el principio de no discriminación. [...]*
 - *La propuesta que nosotros hacemos fortalece la no discriminación y la inclusión en un lugar muy importante para la construcción, como lo dice el propio texto, de una sociedad democrática. En ese sentido, creo que no deja de ser menor que se incluyan estos principios que son plenamente coherentes y concordantes con aquellos que nuestra democracia ya ha incorporado al sistema educacional en la Ley General de Educación, tal como el principio de inclusión y equidad, entre otros.*
 - *Al respecto, creo y espero que este sea un avance en robustecer la garantía que el Estado debe dar a todos y cada uno de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, a que en el seno de las escuelas encuentren un respeto y reconocimiento a la rica diversidad que hace de la escuela un lugar en el cual todos vamos a formarnos, como buenas personas y ciudadanos.*
 - *En ese sentido, entonces, se fortalecen los principios, se hace en concordancia con la observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas, como también en la observación general que en esta materia tiene el*

Comité de los Derechos del Niño, sobre educación. Por otro lado, también se mantienen avances que ha dado nuestro país en distintos momentos en las últimas décadas. Así, se mantienen la obligatoriedad y gratuidad en educación parvularia, se mantiene el avance que se hizo en su momento en la educación básica y media, y hay otro avance que yo no puedo no destacar, que la educación pública vuelva a la Constitución. La educación pública fue una materia constitucional en Chile desde la primera propuesta constitucional de que se tenga memoria. En el primer Congreso Nacional, en la propuesta de 1811, se incorporaban varias disposiciones sobre la educación pública. También fue así en las constituciones de 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, al igual que en la de 1925, mientras estuvo vigente.

- *Sé que esta norma quizás pueda ser escueta, pero su contenido no es menor, porque ahora hay una obligación que la Constitución impone al Estado de crear una red nacional de establecimientos públicos, que debe ser pluralista, es decir, acoger en sí la rica diversidad de nuestra sociedad. Además, el Estado tiene el deber de sostenerla y financiarla.*
- *El abandono que ha vivido durante las últimas décadas la educación pública hoy día no debiera tener respaldo constitucional, porque es el propio texto el que obliga al Estado a tener que sostenerla, mantenerla, preservarla y mejorarla, de conformidad con todos y cada uno de los principios que se están reconociendo en este derecho. Hay, aquí, entonces, un reencuentro muy valioso con el constitucionalismo social chileno, con aquel que tiene su origen en las primeras constituciones de nuestro país, que se fue desarrollando y robusteciendo en tiempos republicanos y democráticos, y que en esta enmienda de unidad de propósitos se vuelve a proponer que se mantenga en el texto constitucional. [...]*
- *En resumen, creo que en este derecho hay un avance importante, y no puedo sino destacar -reitero- que la educación pública vuelva a la Constitución, como siempre lo estuvo en tiempos republicanos y democráticos. Además, se reconoce, por fin y como corresponde, de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el rol de los profesores y profesoras en nuestro país” (pp. 217-219)*
- El comisionado Ribera señaló querer “referirme a algunos temas que pueden servirle al intérprete a futuro para ilustrarse mejor cuando tenga que leer este numeral y este derecho.”. Entre ellos, hace alusión a que:
 - *“El literal b) de este derecho señala que la educación se rige por diversos principios y uno de ellos es la no discriminación. Inicialmente, habíamos incorporado la expresión “arbitraria”, para establecer que la discriminación no podía ocurrir con ese carácter; pero, luego, tanto en este caso como en otros numerales que nos tocó eliminar, procuramos sacar la expresión “arbitraria” y entender que la discriminación siempre conlleva arbitrariedad. Por tanto, cuando el intérprete lo considere no debe ver en la ausencia de la expresión “arbitraria” un consentimiento por parte de los profesores que han elaborado este texto constitucional.*
 - *Igualmente, se ha establecido en el literal b) que el Estado tiene el deber ineludible de fortalecer la educación en todos sus niveles. Hubo diversas opiniones respecto de si el concepto adecuado era “preferente” o “ineludible”, pero se quiso colocar este último*

porque al plantear que era un deber preferente podía surgir el tema de la preferencia de un derecho por sobre el otro. En consecuencia, consideramos que 220 era preferible emplear el vocablo “ineludible” para establecer este deber del Estado, sin relación con otros derechos que puedan ser considerados.

- *Asimismo, en el literal h), se consideró que el Estado debe crear, sostener y coordinar una red nacional de establecimientos educacionales pluralistas, en todos los niveles de enseñanza. Una de las normas que estuvimos debatiendo era si el Estado debía estar o no en todo el territorio nacional; sin embargo, esa norma se terminó bajando, porque nos pareció que obligar al Estado a estar presente en todo el territorio nacional, con prescindencia de la demanda de educación que tenga un lugar por la presencia de niños, podía imponer al Estado una obligación indebida, sin fundamento alguno y que constituyera un derroche de los recursos públicos.*
- *Como señala el texto que proponemos, el Estado debe crear, sostener y coordinar una red nacional de establecimientos educacionales. Esta red nacional, siguiendo una de las bases que tenemos, puede ser constituida mediante establecimientos estatales o privados, pero lo que nos interesa es que el acceso a la educación se pueda plasmar en todo Chile, para lo cual el Estado ha de tener un deber ineludible en ello, ya sea que esta red la establezca de una u otra manera.*
- *Finalmente, incorporamos un literal j), referente a los profesores. Primero, cabe señalar que este artículo no debe ser observado o mirado solo como un reconocimiento a los profesores, sino también como una ratificación de que el eje de la educación debe estar en el aula.*
- *Es fácil construir nuevos establecimientos o contar con nuevos talleres y laboratorios; lo difícil es aportar con buenos profesores. Cuando aquí estamos hablando de que el Estado y la comunidad deben promover el desarrollo profesional y el respeto a los docentes, nos referimos a que estos son elementos que se deben fortalecer ante el cuestionamiento que existe respecto del rol del profesor en el proceso educativo.” (pp. 219-220).*
- *Su parecer fue complementado por el comisionado Arancibia (“En particular, quisiera destacar que cuando nos referimos al principio de no discriminación, es importante entender que no implica solamente aplicar criterios de no discriminación, sino también comprender que estamos en un ámbito en el que es necesario aplicar la inclusión” (p. 220)) y la comisionada Horst:*
 - *“Así como es importante que la Constitución refleje las sensibilidades de aquellos sectores para los cuales la educación estatal es prioritaria, también es importante que se reflejen las de aquellos sectores donde la educación es administrada por privados -no obstante que cuenten con financiamiento estatal-, pues, para ellos, también es prioritaria la libertad de elección, tal como ha sido para la inmensa mayoría de los hogares en nuestro país, donde los padres eligen enviar a sus hijos a la educación particular subvencionada.*
 - *Sabemos que en la discusión constitucional anterior se puso en serio riesgo esa libertad y esa obligación del Estado de seguir financiando también ese tipo de establecimientos educacionales, pero ahora se da certeza de que el Estado se hará cargo tanto de la educación estatal como de la educación particular subvencionada.” (p. 222)*

- Cabe señalar que se rechazaron -por empate- una serie de enmiendas propuestas por los comisionados SD-AD, relativas a señalar que:
 - “a) La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona el sentido de su dignidad, su participación efectiva en la democracia y la promoción de los derechos humanos y la paz.” (N°116 y 117)
 - “f) La educación superior técnica y universitaria será progresivamente gratuita, de conformidad a la ley,” (N°133)
 - “Sólo la educación gratuita, que no persiga fines de lucro, podrá recibir del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley.” (N°132)
 - “e) “Los académicos y profesionales de la educación son titulares de la libertad de cátedra, en el marco de los fines y principios de la educación.” (N°239)

Comentario: Se debe tomar nota de la definición construida en la Ley General de Educación actualmente vigente (N°20.370 de 12/09/2009).¹⁸ el cual debería tomar, en una propuesta normativa, nota de los siguientes puntos:

- La educación es un derecho de todas las personas. Corresponde preferentemente a los padres el derecho y el deber de educar a sus hijos; al Estado, el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho y, en general, a la comunidad, el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.
- La educación parvularia, básica y media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población, así como generar las condiciones para la permanencia en el mismo de conformidad a la ley.

¹⁸ En este sentido, es gráfico su artículo 2°, que expresa: “La educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país.

La educación se manifiesta a través de la enseñanza formal o regular, de la enseñanza no formal y de la educación informal.

La enseñanza formal o regular es aquella que está estructurada y se entrega de manera sistemática y secuencial. Está constituida por niveles y modalidades que aseguran la unidad del proceso educativo y facilitan la continuidad del mismo a lo largo de la vida de las personas.

La enseñanza no formal es todo proceso formativo, realizado por medio de un programa sistemático, no necesariamente evaluado y que puede ser reconocido y verificado como un aprendizaje de valor, pudiendo finalmente conducir a una certificación.

La educación informal es todo proceso vinculado con el desarrollo de las personas en la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros y sin la tuición del establecimiento educacional como agencia institucional educativa. Se obtiene en forma no estructurada y sistemática del núcleo familiar, de los medios de comunicación, de la experiencia laboral y, en general, del entorno en el cual está inserta la persona.”

- Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.
- El sistema de educación será de naturaleza mixta, incluyendo una de propiedad y administración del Estado o sus órganos, y otra particular, sea ésta subvencionada o pagada, asegurándole a los padres y apoderados la libertad de elegir el establecimiento educativo para sus hijos.
- Sin perjuicio de sus demás deberes, es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad, fundada en un proyecto educativo público, laico, esto es, respetuoso de toda expresión religiosa, y pluralista, que permita el acceso a él a toda la población y que promueva la inclusión social y la equidad.
- Es deber del Estado promover políticas educacionales que reconozcan y fortalezcan las culturas originarias.
- Es deber del Estado resguardar los derechos de los padres y alumnos, cualquiera sea la dependencia del establecimiento que elijan.
- Corresponde, asimismo, al Estado propender a asegurar la calidad de la educación, estableciendo las condiciones necesarias para ello y verificando permanentemente su cumplimiento; realizar supervisión, facilitar apoyo pedagógico a los establecimientos y promover el desarrollo profesional docente.
- Es deber del Estado mantener y proveer información desagregada sobre la calidad, cobertura y equidad del sistema y las instituciones educativas.
- Es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras.
- Nº23 [antes Nº18] (Libertad de enseñanza)
Aprobado por unanimidad.
“La libertad de enseñanza
a) *Las personas tienen el derecho de abrir, organizar, mantener y desarrollar establecimientos educacionales, sin otra limitación que las impuestas por el orden público y la seguridad del país.*
b) *La enseñanza estatal y la reconocida oficialmente no podrán orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.*
c) *Se reconoce el derecho y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos o pupilos, atendiendo a su interés superior.*

- d) *El Estado respetará la autonomía de las instituciones de educación superior, de conformidad a la ley.*”

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El comisionado Quezada impulsó el traslado de este acápite desde el final hasta su ubicación actual (unidad de propósitos 7), lo cual fue aprobado por unanimidad.
- Se vincula con este acápite la siguiente intervención del comisionado Arancibia, en el cual se hace referencia a un trabajo de coautoría del profesor José Ignacio Martínez Estay y de quien escribe:
 - *“En particular, quisiera destacar que cuando nos referimos al principio de no discriminación, es importante entender que no implica solamente aplicar criterios de no discriminación, sino también comprender que estamos en un ámbito en el que es necesario aplicar la inclusión.*
 - *En ese sentido, me referiré al modo como entiendo ese principio, contenido en el número 16, letra e), de la Observación General N° 13, que señala: “En el contexto de las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación y la igualdad, consiste en programas encaminados a promover la enseñanza destinada a las mujeres, las niñas, 221 los jóvenes no escolarizados, los jóvenes sin empleo, los hijos de trabajadores migrantes, los refugiados, las personas con discapacidad y otros grupos desfavorecidos.”. Me parece que es un buen modo de dotar de contenido a la no discriminación.*
 - *Dicho eso, quisiera destacar también la inclusión en el artículo 17, inciso decimoséptimo, de la letra g): “La asignación de recursos públicos deberá seguir criterios de calidad, respeto a la libertad de enseñanza y razonabilidad.”. De esta manera, se recoge un criterio muy importante de justicia distributiva, relativo a la distribución de recursos públicos por parte del Estado, particularmente en lo que dice relación con la razonabilidad, según como ha sido definida por la doctrina.*
 - *Hay un artículo muy interesante de los profesores Francisco Zúñiga y José Ignacio Martínez, sobre la razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el que entienden la razonabilidad sobre todo en lo que concierne a los criterios de igualdad y no discriminación con respecto a la distribución de recursos públicos que, en mi opinión, debería estar regida únicamente por criterios de calidad y cobertura” (pp. 220-221)*
-

Comentario: Debemos hacer referencia a un punto fuera de este acápite específico del artículo 17: La nueva letra a) dentro del N°10, sobre libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa, es inapropiada, puesto que aborda materias propias de la libertad de enseñanza, que deberían ser consideradas en el derecho a la educación: más aún, utiliza impropiamente el concepto de *“educación religiosa, espiritual y moral”* puesto que ello, finalmente, puede ser utilizado por los sostenedores particulares para intentar eludir las obligaciones que establecen los programas comunes pertinentes que establezca el Ministerio de Educación o la autoridad pertinente, amparándose en una interpretación maximalista de este derecho.

- **N°24 [antes N°19] (Derecho a la cultura)**

Aprobado por unanimidad.

“El derecho a la cultura.

- a) *El Estado resguarda el derecho a participar en la vida cultural y científica. Protege la libertad creativa y su libre ejercicio, promueve el desarrollo y la divulgación del conocimiento, de las artes, las ciencias, la tecnología, el patrimonio cultural y asegura el acceso a los bienes y servicios culturales.*
- b) *El Estado reconoce la función que este derecho cumple en la realización de la persona y en el desarrollo de la comunidad, promoviéndola a través de la colaboración entre el Estado y la sociedad civil.*
- c) *El Estado promueve, fomenta y garantiza la relación armónica y el respeto de todas las manifestaciones de la cultura bajo los principios de colaboración e interculturalidad.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El comisionado Quezada, en su argumentación, puso en valor este derecho, señalando que *“Lo que nos ha inspirado a plasmarlo en el texto es lograr ponerlo a la altura de los compromisos internacionales que nuestro país ha adquirido en esta materia.”*. Lo anterior se traduce en lo siguiente, a su parecer:
 - *“La innovación que se ha hecho es incluir lo que en el texto aprobado se había señalado de forma separada, esto es, la libertad creativa como una de las dimensiones del derecho a la cultura, porque, en efecto, esa libertad es una de las dimensiones de un derecho mayor.*
 - *Aquí al Estado se le impone el deber de resguardar que todas las personas puedan participar en la vida cultural y científica de nuestro país.*
 - *Asimismo, se protege, como en toda democracia, la libertad que tenemos todas las personas para crear, ocupar nuestra creatividad, y expresarla en distintas creaciones.*
 - *Del mismo modo, se asegura el acceso a los bienes y servicios culturales que hay en nuestro país. Además, se reconoce su íntima vinculación con otros derechos para hacer efectivo el resguardo de la dignidad humana -como se señala en el literal b)- y, como en todo Estado social, se expresa la colaboración que el Estado debe tener con la sociedad civil. Relevo la reiteración del principio –también establecido en otras normas ya aprobadas- de la interculturalidad, lo que permitirá enriquecer nuestra sociedad y la rica diversidad que la compone.” (p. 170).*
- En lo anterior concuerda el comisionado Arancibia, quien señala que *“es una innovación interesante el incorporar la libertad creativa como manifestación cultural”*, precisando que *“Al menos bajo esta norma y siendo importantes todas las manifestaciones de la cultura, tiendo a ver que el deber del Estado de promoverlas también implica hacerlo de un modo que no signifique una discriminación que pueda resultar inspirada en ideales distintos a los que supone la protección de todas las distintas manifestaciones de la cultura, con el objeto de evitar sesgos ideológicos que puedan afectarlas” (p. 269).*

Comentario: En este derecho se debe agregar el derecho de acceso, así como la noción de propiedad monumental, pues la norma viene en perspectiva de creación y desarrollo, más no de acceso.

- **N°25 [antes N°20] (Derecho al trabajo decente)**

Aprobado por unanimidad.

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

- a) El derecho al trabajo decente comprende el acceso a condiciones laborales equitativas, la seguridad y salud en el trabajo, así como a una remuneración justa, al descanso y la desconexión digital, con pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador en cuanto tal. La ley establecerá las condiciones para el ejercicio de este derecho.*
- b) Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Asimismo, se garantiza la igualdad salarial por trabajo de igual valor, especialmente entre hombres y mujeres, de conformidad a la ley.*
- c) Ninguna clase de trabajo está prohibida, salvo el trabajo infantil y aquellos que una ley declare opuestos a la moral, la seguridad, a la salubridad pública, o al interés de la Nación.*

Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.”

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- Los académicos convocados a la sesión de 4 de mayo de 2023 se refirieron latamente a la dimensión del trabajo decente.
 - En la exposición del profesor Francisco Tapia (4 de mayo de 2023), éste sostuvo lo siguiente:
 - *“Sostuvo que es necesario reconocimiento de los derechos fundamentales debe ir acompañado de principios fundamentales de política laboral, con el objeto de que se promuevan las condiciones necesarias para, en el marco de la libertad de empresa, se promueva la creación de trabajo decente.*
 - *Se refirió a dos de esas propuestas que parece, no se contienen en el texto elaborado por la Sub-Comisión.*
 - *La primera, en cuanto la Constitución debe reconocer y proteger las distintas formas y modalidades del trabajo de la persona, con prescindencia de su calificación jurídica, especialmente cuando las profundas transformaciones que impone la tecnología llevan a nuevos estatutos laborales, en los que resulta*

posible reconocer el reconocimiento y aplicación de los derechos fundamentales. [...]

- *Expresó que es necesario se extienda el catálogo de los derechos fundamentales a los trabajadores del sector público, sin otra diferencia que aquella que la naturaleza de la relación de empleo provoque.*
- *La segunda, el compromiso del Estado para el efectivo ejercicio de los derechos, a través de políticas que promuevan la actividad económica que generen trabajo decente, como de aquellas otras que se ocupen de la protección social, especialmente tratándose de aquellos colectivos más vulnerables. [...]*
- *Relató que, de este modo, cree que deben acompañar al catálogo de derechos, los principios fundamentales que impliquen la obligación del Estado de implementar las políticas públicas que favorezcan la creación del trabajo decente y aunque en Chile es menor que en otras experiencias nacionales, el tránsito desde la economía informal a la economía formal. Ello, en el marco también de las políticas de protección social.” (pp. 114-115).*
- *Por su parte, Francisco del Río Correa manifiesta sus discrepancias con lo propuesto por los comisionados de SD, AD y DC, en relación que “introducen como garantías constitucionales materias que son propias de ley, como al descanso, a la disminución progresiva de la jornada laboral, a vacaciones remuneradas, la desconexión digital. Todos estos aspectos, pueden ser englobados por el concepto de una relación laboral justa y equitativa en respeto por los derechos fundamentales del trabajador.” (p. 117)*
- *El comisionado Quezada señala que el trabajo decente es, precisamente, uno de los “elementos que permiten que el texto que se proponga sea efectivamente una nueva Constitución. Agregó que, una nueva Constitución no es transcribir un texto o cambiarle las firmas, sino un nuevo pacto político.” (p. 120). En la antesala de la votación, expondrá que:*
 - *“Esta norma que se incorpora en la unidad de propósitos es una innovación en el derecho constitucional chileno, puesto que incorpora la expresión “trabajo decente”, acuñada en 1999 por el jurista chileno Juan Somavía, en su memoria como director general de la Organización Internacional del Trabajo.*
 - *En la redacción que hemos propuesto, se señala que el trabajo decente comprende el acceso a condiciones laborales equitativas, a la seguridad y a la salud en el trabajo, así como a una remuneración justa, al descanso y a la desconexión digital, con pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador en cuanto a tal.*
 - *Aquí es fundamental mencionar que se señala “comprende” y que luego se hace una enunciación no taxativa de elementos que son parte del trabajo decente. Esto es fundamental para este derecho, porque es un derecho en constante evolución, puesto que, tal como han expuesto aquí los expertos que invitamos para que nos ilustrasen, el mundo laboral está viviendo transformaciones muy importantes.*
 - *Por tanto, era necesario establecer una redacción que permitiese que un eventual texto constitucional pudiese ir evolucionando conjuntamente con lo que va haciendo el mundo del trabajo y la sociedad, en general.*

- *Con esta propuesta, el texto constitucional se pone a la altura de los compromisos internacionales que nuestro país ha celebrado, en especial con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.” (p. 232).*
- Con lo anterior coincidió el comisionado Cortés, enmarcándolo en que *“estamos avanzando hacia una Constitución que busca reconocer derechos que en el mundo se reconocen como tales, pero que, además, son fundamentales para la consagración real del Estado social y democrático de derecho” (p. 130).*
- El comisionado Ribera precisará que *“el concepto de trabajo decente, si bien ha sido utilizado por la Organización Internacional del Trabajo, es un término que está en formación, in fieri, el cual se irá desarrollando en las relaciones laborales al interior de la empresa, por lo que también en los organismos públicos.” (p. 233), señalando que “quiero recordar que este es uno de los objetivos del desarrollo sostenible, específicamente del Objetivo 8, que tiene como fin promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Vale decir, el trabajo decente es una característica y está fuertemente vinculado con el trabajo digno, con la dignidad del trabajador, con el ejercicio de sus funciones en un ambiente de dignidad, lo cual comprende un tratamiento digno, una exigencia digna y relaciones dignas al interior de la empresa” (p. 234).*
- El comisionado Arancibia mantiene algunas reservas:
 - *“El derecho que se consagra es el derecho al trabajo decente, pero antes de tener un trabajo decente es necesario consagrar el derecho a trabajar. ¿Por qué es tan importante el derecho que tiene cada persona a trabajar? Porque detrás del derecho a trabajar está el derecho a contribuir al bien común de la sociedad con el fruto de nuestro propio talento y trabajo, porque el trabajo es un modo de participar en el bien común.*
 - *No solo se trata del derecho a trabajar, sino de hacerlo en un trabajo decente, porque detrás de ese trabajo decente está el trabajo honesto, necesario, justo, debido.*
 - *A propósito del trabajo decente, quiero destacar las innovaciones que se introducen en el derecho al trabajo, como las relativas al descanso y a la desconexión digital. El mejor reflejo de que estamos reconociendo el derecho al trabajo en el siglo XXI es con el establecimiento de la desconexión digital.*
 - *Si hubiésemos puesto esto hace cien años, cuando se pensó por primera vez el derecho al trabajo, nadie habría entendido qué queríamos decir. Quizás, en el futuro, cuando se vuelva a revisar esta Constitución, aparecerá otro tipo de derecho, pero, por ahora, sabemos a lo que nos referimos con la desconexión digital.” (p. 235).*
- Que a su vez, se conectan con las manifestadas por la comisionada Horst:
 - *“En esta mirada, de que todos nos tenemos que ver reflejados en esta Constitución, sin duda, el tema del trabajo decente es un elemento central para el desarrollo de las familias, para el progreso, para la superación de la pobreza, para la conciliación de la clase media, etcétera.*
 - *Sí, quiero recordar que estas enmiendas solo atañen, cubren, a aquellos que tienen un empleo formal, que son una minoría dentro la población en edad de trabajar. Por lo*

mismo, los desafíos en materia de empleo, generación de empleo, buenos empleos y empleos formales son un imperativo para nosotros. La Constitución no tiene que afectar esa capacidad de desarrollo, de crecimiento de nuestro país.

- *Es importante entender que solo vamos a poder consagrar el derecho al trabajo decente si tenemos una economía, un sector productivo, un sector privado que logre generar más y mejores trabajos. Por eso, son tan importantes otras normas -que veremos más adelante y están en otros capítulos de esta Constitución-, porque buscan remover los obstáculos o impedimentos para que nuestro país pueda seguir desarrollándose y creciendo. Bien saben aquellos que han tenido pérdidas de empleo, cuán importante es para el futuro de sus hijos y para el desarrollo de sus sueños.” (pp. 235-236)*
- Es más entusiasta en su parecer, al cierre de las intervenciones en la Subcomisión, la comisionada Krauss:
 - *“Fundamento mi voto favorable. El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos; mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social; libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.*
 - *El trabajo decente es una lucha por la dignidad humana.*
 - *Esta es una norma -a mi juicio- fundamental, no solo para la vigencia del Estado social y democrático de derecho, sino para la vida misma en sociedad. El trabajo es una actividad que nos vincula con los demás. Representa lo que aportamos a la construcción de nuestra comunidad. El trabajo es la actividad que desplegamos un tercio del día, casi todos los días; una porción importante de nuestras vidas. El trabajo también es generación de riqueza.*
 - *¿Cómo la Constitución no va a poder determinar bajo qué condiciones se ejerce? No puedo pensar en una respuesta negativa a esa pregunta. Es un deber del Estado determinar dichas condiciones, exigir las, fiscalizarlas y sancionarlas en caso de vulneración, como lo hacemos en la consagración de otros derechos y de otras materias en este texto constitucional.*
 - *La norma que proponemos usa el término de “trabajo decente”, acuñado por la OIT, que significa acceder a todas las condiciones que permitan una vida laboral digna -así lo hemos referido con quienes me han precedido-, concepto que además va a impregnar la interpretación del derecho del trabajo. Esta comprende el acceso a trabajos adecuadamente remunerados, socialmente protegidos por la legislación, resguardados de sus derechos fundamentales, en cuanto al trabajador, sin discriminación alguna.” (p. 236).*

Comentario: En esta materia se debe señalar, como una letra d) final, que el derecho material ético profesional que apliquen los tribunales para los profesionales no colegiados será el vigente para los profesionales agremiados.

- Nº26 [antes Nº21] **(Libertad sindical)**

Aprobado por unanimidad.

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

- a) El derecho a la sindicalización comprende la facultad de los trabajadores de constituir las organizaciones sindicales y afiliarse a la de su elección, en cualquier nivel, de carácter nacional e internacional y de ejercer en dichas organizaciones la adecuada autonomía para dar cumplimiento a sus fines propios y de conformidad a la ley.*
- b) Nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafilarse de una organización sindical. Los trabajadores gozarán de una adecuada protección en contra de los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo.*
- c) La Constitución garantiza el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses laborales. Este derecho será ejercido con las limitaciones fijadas por una ley de quórum calificado.*
- d) Los funcionarios públicos serán titulares de los derechos que comprende la libertad sindical, en conformidad a una ley de quorum calificado.*
- e) No podrán sindicalizarse, negociar colectivamente ni ejercer el derecho a la huelga quienes integren las Fuerzas de Orden y Seguridad y las Fuerzas Armadas.*
- f) Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas, en conformidad a la ley.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- Manifestamos ante la Subcomisión en su minuto que:
 - *“Advirtió, que el derecho al trabajo y a la libertad sindical, 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.*
 - *Señaló que, eso debería estar abordado en la Constitución con motivo de reconocer el derecho al trabajo y la libertad sindical. Estimó que, estos derechos pueden hacer mucho más por la justicia social que el solo reconocimiento de los derechos sociales prestacionales.*
 - *Hizo presente que, existe 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.” (pp. 61-62)

- *“En materia de libertad sindical, observó que, el derecho de huelga está circunscrito solo a la negociación colectiva. Asimismo, se señala 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.*
- *Luego, recordó que, el Tribunal Constitucional en el año 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. Lo anterior, afirmó, constituye la clave para generar simetría entre el mundo del capital y del trabajo” (p. 63)*
- En sesión de 4 de mayo, la académica Romina Urzúa señaló que la propuesta de norma, en conformidad con los Convenios 87 y 98 de la OIT -que establecen algunas y muy concretas limitaciones a estos derechos-
 - *“en principio consagra los tres institutos que la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento laboral internacional han señalado como constitutivos del Derecho a la Libertad Sindical, esto es el derecho a sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga.” (p. 111)*
- A su vez, el abogado Francisco del Río realizó las siguientes observaciones:
 - *“Se sitúa en forma errada, a mi juicio, el derecho de huelga junto o en paralelo con los derechos de sindicalización y negociación colectiva como parte integrante de la libertad sindical, por cuanto la huelga no es un derecho en sí mismo, sino que es uno de los elementos constitutivos de la negociación o un medio que incide en la solución de los conflictos en el marco de la regulación legal que, en Chile al igual que en muchos países, es la negociación colectiva.*
 - *Sin embargo, en el literal c) de dicho numeral, se retoma la doctrina de sujeción de la huelga a la negociación colectiva, por lo que aparecen como dos normas contradictorias, o bien la consagración de dos tipos de derechos de huelga: la huelga libre y la huelga dentro de la negociación colectiva.*
 - *Esta dicotomía se puede resolver de dos maneras: o eliminando la referencia a la huelga en el epígrafe, o bien, o reemplazando la expresión “y a la huelga”, por la siguiente frase: “que incluye el derecho a huelga en conformidad con lo dispuesto en la letra c)”.* (p. 119)
- Las normas relativas a libertad sindical fueron objeto de un amplio debate en el marco de las enmiendas propuestas, las cuales, por el lado de las y los comisionados de SD-AD, buscaban *“recoger la norma que ya existía en la Constitución de 1925, más el estatuto de garantías democráticas. Por lo tanto, se trata de recuperar una tradición democrática histórica del constitucionalismo chileno y que cumple de mejor forma el espíritu que está detrás de la norma originalmente propuesta.”* (p. 121) en palabras del comisionado Cortés respecto de la enmienda 153, relativa a prácticas antisindicales; mientras que los comisionados de CV, más el Partido

Republicano y el Partido de la Gente, buscaban mantener el arbitraje obligatorio a cargo de tribunales especiales de expertos, como constaba en la enmienda 156. Otro punto de controversia se generó en relación a las enmiendas 159 y 165, relativas al derecho de huelga -el cual no se encuentra expresamente consagrado en la Carta otorgada de 1980- y sus limitantes -vía ley de quórum calificado- y su separación de la negociación colectiva, así como la postulación, por parte de los comisionados de CV-PREP-PDG de la obligatoriedad de la negociación colectiva.

- La comisionada Krauss, respecto del derecho a la huelga, hace la siguiente precisión, sobre la cual se exployó posteriormente en su voto respectivo:
 - *“Comentó que, en el año 2022 se llevaron a cabo 3.156 negociaciones colectivas. De estas, solo se aprobaron, lo cual no significa el inicio de una huelga, ya que, una vez aprobada la huelga, viene el proceso de mediación ante la Inspección del Trabajo, conocida antiguamente como “los buenos oficios”. De este total de negociaciones colectivas, se aprobaron solo 636 huelgas, y se ejecutaron, vale decir, se iniciaron, 93; esto es, el 14,6 por ciento.*
 - *Reconoció que, los temores existen, pero la realidad da cuenta, los trabajadores y trabajadoras de nuestro país no quieren afectar a su empleador, porque es su fuente de trabajo.*
 - *En consecuencia, tienen un diálogo que enriquece, lo que no significa que no haya momentos de conflicto, no resolverlos, no tener cuestionamientos; pero esa es la verdadera dimensión de este derecho, que es fundamental, y que lo es porque desde todos los argumentos, que tanto los profesores nos han dado como los que aquí cada uno ha explicitado desde la teoría constitucional, desde la regulación del derecho al trabajo, en todas sus dimensiones, abordan y buscan la igualdad material.*
 - *Agregó que, no se debe construir un texto constitucional a partir de temores. Al contrario, debemos suponer la dignidad de los trabajadores y las trabajadoras de nuestro país, y de todo lo que significa la concreción real de esta igualdad material, que supone la dignidad en el ámbito del trabajo.” (p. 127)*
 - *“La fundamentación de mi voto, junto con reconocer lo que han expresado anteriormente quienes han intervenido, particularmente la valorización que se ha hecho del debate que hemos tenido en torno a la debida consagración de la libertad sindical que suscribo absolutamente, y particularmente porque abordar la libertad sindical en la regulación constitucional es especialmente complejo en nuestro país, como ha sido el debate en torno a la legislación laboral, desde incluso el retorno a la democracia, en donde lo sindical ha sido objeto de sistemáticas restricciones, ya sea desde la propia regulación jurídica o por las desconfianzas existentes.*
 - *Se deben superar enormes vallas culturales ideológicas de desconfianzas históricas y, por cierto, de intereses económicos. No existe una cabal comprensión por parte de la mayoría de los actores del rol institucional que cabe a las organizaciones sindicales en el desarrollo y profundización democrática de un sistema de relaciones laborales más colaborativo y acorde con las exigencias de mayor adaptabilidad y competitividad. Esto sí ha sido entendido por los países donde sus democracias son más estables.*

- *La calidad de las democracias también está relacionada con el fortalecimiento de las relaciones laborales colectivas. La profundización de la democracia en el ámbito laboral requiere necesariamente la libertad sindical. No podía ser que, a pesar de los años transcurridos -más de cuarenta- no lográramos superar nuestros miedos, exclusiones a otros y no reconociéramos debidamente los derechos colectivos de los trabajadores.*
- *La propuesta que hoy se vota es todo un sistema normativo. No es posible abordarla en forma aislada: y así lo entendimos.” (p. 243-244)*
- En la votación también, previamente el comisionado Cortés señaló la relevancia de la dimensión otorgada a la libertad sindical en este punto:
 - *“Me parece particularmente importante que esta libertad sindical no solo sea comprendida en términos de la interrelación, sino también en la independencia y autonomía que tienen cada uno de los derechos que la componen, en específico, el de la huelga.*
 - *La huelga no debe ser circunscrita únicamente a la negociación colectiva; creo que la redacción avanza en eso; no obstante, establece las restricciones esperables en el contexto de la ley. Porque no solo el derecho internacional y el derecho comparado así lo consideran -no existe ninguna Constitución en el mundo que circunscriba la huelga a la negociación colectiva-, sino que, además, nuestra propia jurisprudencia así lo ha hecho con las sentencias de las cortes de apelaciones y, en particular, de la Corte Suprema.*
 - *Siendo así, estamos avanzando en una sociedad más justa, más solidaria, donde los derechos de los trabajadores y trabajadoras podrán ser respetados de mejor manera y, en la medida en que estos derechos se consagren, podremos no solo vivir en una sociedad más justa, sino evitar también ciertas -diría- tragedias que han enlutado a nuestro país.” (p. 239)*
- Lo cual fue reforzado por el comisionado Quezada:
 - *“La unidad de propósitos que hemos logrado consensuar constituye también una innovación para el constitucionalismo chileno, ya que incorpora expresamente la libertad sindical con sus tres componentes: derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga. Esto no es menor; porque este derecho, tal como lo he señalado en otras ocasiones, es un pilar fundamental de un Estado social.*
 - *En un Estado social existen derechos económicos que se garantizan: libertad para emprender; derecho de propiedad, como también ciertas garantías tributarias, y así se corrobora en nuestra unidad de propósitos. Es decir, hay una Constitución económica que permite un desarrollo económico que permite sostener el Estado social. Paralelamente, también hay derechos laborales robustos”. (p. 240)*
- Por parte de los comisionados de CV, el comisionado Ribera se refirió a las limitaciones que tiene el derecho a huelga respecto de los funcionarios públicos -por medio de un estatuto legal particularizado-, lo cual fue profundizado por la comisionada Horst en lo relativo a las limitaciones vía ley de quórum calificado por la comisionada Horst y el comisionado Arancibia, quien señaló:

- *“Efectivamente, comparto el avance que el derecho constitucional chileno realiza en torno al reconocimiento de un derecho fundamental de carácter individual, pero de ejercicio colectivo, como es la huelga, porque, estando ya reconocidas en la mayoría de los textos o cartas magnas del mundo, el hecho de que la nuestra no lo reconociera como merece, era efectivamente una falencia.*
- *Es un derecho que en lo personal concibo como un elemento necesario para la justicia conmutativa que tiene que existir en las relaciones entre el empleador y los trabajadores, precisamente para asegurar esa asimetría o intercambio justo de bienes o servicios en que consiste o estriba la justicia conmutativa, como definía Aristóteles.*
- *Naturalmente, como todo derecho, puede ser ejercido de modo abusivo; me parece que el marco constitucional, como ocurre también con otros derechos, establece también las bases para que ese derecho sea ejercicio de modo legítimo.*
- *En ese sentido, me parece que el hecho de que se trate de un derecho para la defensa de intereses laborales precisamente permite acotar que este instrumento, el de la huelga, sea solo para efectos de defender aquellos intereses que dicen relación con las condiciones o aspectos laborales de los trabajadores.” (p. 243)*

Comentario: En relación a la libertad sindical, se debe señalar que el derecho de huelga corresponde a *“los trabajadores organizados”*

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

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

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

- **N°27 [antes N°22] (Derecho a la seguridad social)**
Aprobado por unanimidad.¹⁹

“El derecho a la seguridad social.

- a) *El Estado garantiza el acceso a prestaciones básicas y uniformes, establecidas por la ley, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, resguardando a las personas de las contingencias de vejez, discapacidad, muerte, enfermedad, embarazo, maternidad, paternidad, desempleo, accidentes y enfermedades laborales, sin*

¹⁹ Se rechazó en esta oportunidad una enmienda renovada relativa a la propiedad de las pensiones, por 11 votos a favor y 12 en contra.

perjuicio del establecimiento de otras contingencias o circunstancias por ley. El legislador podrá establecer cotizaciones obligatorias.

- b) Los recursos con que se financie la seguridad social sólo podrán destinarse al financiamiento y administración de sus prestaciones.*
- c) El Estado regulará y supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, de conformidad a la ley.*
- d) Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quorum calificado.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El comisionado Cortés hizo, en su intervención inicial en el debate preliminar, una contextualización respecto de la noción de Estado social y democrático de derecho, ciudadanía y seguridad social:
 - *“El Estado social y democrático de derecho supone también que la realización de la ciudadanía se encuentra en estos derechos sociales, culturales, ambientales, económicos que se establezcan y que, por lo tanto, la relación de las personas con quien es el principal responsable de garantizarlos, en este caso se da mediante esa condición, que es la condición de ciudadanía, no de usuario, no de consumidores, sino de ser ciudadanos.*
 - *Se es ciudadano no solo por el derecho a voto, sino porque también se posee el derecho a la educación, a la salud, a una salud integral, es decir, no al estado de no enfermedad, sino incluyendo todos sus componentes, a una educación amplia, que permita la realización de otras libertades, como la libertad de conciencia, que los distintos proyectos educativos puedan pluralizarse. Implica también tener derecho a la seguridad social, o sea, que el riesgo de vivir en sociedad cómo se enfrenta de modo colectivo, no solo con la capacidad individual que tengamos de enfrentar las distintas circunstancias.”*
(p. 7)
- Respectivamente, en nuestra exposición, pusimos hincapié en los siguientes puntos:
 - *“En materia de seguridad social, consideró que hay avances muy importantes respecto de las contingencias señaladas. La amplitud e incluso el reenvío al legislador en este campo constituyen 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 probablemente va a ameritar mucha más discusión, pero advirtió que no tiene claridad si está suficientemente despejada la diferencia entre el sistema y la provisión de los bienes públicos, porque 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 64 el rol que los prestadores tienen en el sistema y la libertad de elegir prestadores. Son cosas, que deberían ser diferenciados.*

- *Lo otro es la necesidad, en materia de seguridad social, de identificar cuáles son los pilares de financiación del sistema: contribución o ahorro individual, aporte estatal y solidaridad.” (pp. 64-65)*
- Ante la consulta del comisionado Ribera sobre limitantes para cambiar la norma sobre cotizaciones obligatorias, expresamos que:
 - *“El tema de las cotizaciones obligatorias ha estado ligado históricamente a la existencia de dos sistemas. En seguridad social y en salud previsional 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.*
 - *Sostuvo que, la cotización obligatoria, pensando en la existencia de un plan garantizado universal, es lo clave, y esto no tiene que ver con el prestador, sino 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.*
 - *Aclaró que, la cobertura de GES la proveen prestadores públicos y privados, por poner un ejemplo. Las cotizaciones obligatorias son claves; porque, de lo contrario, lo único que hacemos es agravar aún más el problema de la financiación.*
 - *El comisionado señor Ribera preguntó si aquello significa que, el Estado, por ejemplo, podría incrementar las cotizaciones obligatorias, o disminuirlas, vía de algún tributo general de financiamiento.*
 - *El profesor Zúñiga expresó que, tanto las cotizaciones del seguro social como de salud previsional son un guarismo, y la ley determina ese guarismo. Consideró difícil pensar en disminuir esos guarismos. De hecho, la discusión en materia de seguridad social es qué hacemos para incrementar el guarismo.*
 - *Estimó 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.” (pp. 68-69)*
- Ante la consulta de la comisionada Horst sobre cómo incluir el financiamiento vía impuestos generales a ciertos derechos sociales, propusimos que
 - *“se haga explícito que el financiamiento de los sistemas de salud previsional reconozca, 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. Agregó que, lo 72 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.” (pp. 71-72)

- Hubo dos exposiciones relativas a la Seguridad Social el día 3 de mayo de 2023, por parte de los académicos Hugo Cifuentes y Cecilia Cifuentes: mientras el primero realizó un análisis comparativo tanto respecto de otros ordenamientos como de nuestra historia constitucional, la segunda se centró en la necesidad de contribuir a la seguridad social, así como a los requisitos que, a su parecer, debían tener las políticas públicas a ella remitidas:
 - *“El derecho a la seguridad social debe ser un derecho constitucional, que asegure ciertos mínimos, aunque un tema relevante es que ese derecho debe relacionarse de alguna forma con el deber de contribuir al sistema de seguridad social, lo que es cada vez más relevante debido al rápido cambio de las formas de trabajo. El ejercicio de este derecho dice relación con el deber de contribuir en la medida de las posibilidades de cada uno, el Estado puede imponer cotizaciones obligatorias, cuyo objetivo, más que destino, debe ser el financiamiento de prestaciones de seguridad social.” (p. 110)*
 - *“Deben asegurarse condiciones de competencia entre los prestadores que participen de la seguridad social, utilizando mecanismos que cumplan este objetivo, de tal forma de evitar conflictos de interés y tráfico de influencias.*
 - *Dada la demografía, en función del objetivo de mejores pensiones, un sistema de capitalización es superior a un sistema de reparto, precisamente porque el ahorro de los trabajadores permite desarrollo del mercado de capitales, aumentos de inversión, nuevos empleos y mejores salarios. Ese stock de ahorro debe ser manejado con el criterio de maximizar el mix de riesgo retorno, lo que se logra de mejor manera con la administración privada de los fondos.*
 - *El derecho de propiedad y heredabilidad de los fondos contribuye en forma positiva al incentivo a ahorrar.*
 - *Mencionó que la PGU, que se pudo implementar sin problemas bajo la actual Constitución, es una buena política pública, que evita la situación de pobreza en la vejez, y que es financiada de una forma menos distorsionadora que un sistema de reparto con cotizaciones.” (p. 111)*
- Ya en el debate en particular, el comisionado Quezada quiso poner en valor la construcción normativa que se sometería a votación:
 - *“Presidenta, sé que en esta Subcomisión varios de los temas abordados han suscitado desacuerdos que a veces han sido difíciles de procesar. No obstante, quiero destacar que en este derecho tan medular de un Estado social no fue el caso, ya que fue uno de los primeros que pudimos trabajar en nuestro diálogo para la construcción de la unidad de propósitos.*
 - *En ese sentido, quiero relevar, por tanto, el carácter de derecho humano y cómo concitó apoyo de todos quienes estamos aquí, el contenido de este derecho, que está también en el texto vigente; en ese sentido, no hay una gran innovación, salvo que ahora este*

derecho está en un contexto, como lo señaló anteriormente el comisionado Ribera, que en los textos constitucionales no se interpretan las normas de forma aislada, sino que en su conjunto, hoy este derecho está en un contexto distinto, de un Estado social, de un Estado que va a tener también un compromiso por la sostenibilidad social, económica y ambiental. En tal sentido, el derecho a la seguridad social, de aquí a un futuro, también deberá interpretarse en ese contexto. Solo quería decir aquello, porque me parece importante relevarlo.” (p. 245)

- El comisionado Cortés aborda, a su vez, la dimensión colectiva que ella conlleva:
 - *“Vivir en sociedad supone que uno es susceptible de enfrentar determinadas contingencias. Pero vivir en sociedad, también, supone la existencia de espacios de solidaridad, que nos permitan darle seguridad a nuestras propias vidas ante ello.*
 - *Y acá, creo que se ha avanzado en establecer claramente cuáles son esas contingencias, cuáles son los roles, cuál es el papel del Estado, el papel regulador; pero, también, garantizar que este derecho sea cumplido y creo que nos permite, si bien no ata las manos del legislador; al contrario, habilita al legislador democrático para que pueda establecer el mejor sistema posible y no inconstitucionaliza ningún modelo, creo que sí permite ir avanzando hacia un verdadero sistema de seguridad social, particularmente en pensiones, que es donde tenemos la mayor deuda, donde más bien lo que hemos establecido es un sistema de ahorro forzoso que está más en línea de esta privatización del riesgo social.” (p. 246).*
- El comisionado Arancibia, por su parte, hizo referencia al hecho a que *“Se trata de un elemento esencial del Estado social de derecho, pero se podría decir a la chilena. y ¿qué significa la chilena? Significa que se trata de un esfuerzo de un Estado social en el que se contribuye a la red de prestaciones sociales a través de instituciones estatales y privadas. Se asegura, por lo tanto, una provisión mixta, como ha sido, también, en esta materia, en general en materia de Estado social de derecho desde inicios del Chile republicano.” (p. 247)*

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

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

La no consagración del principio de solidaridad a propósito del financiamiento y de las cotizaciones es un déficit grave: sin ello no hay Estado social, y se armonizan con la propuesta de Constitución las bases del sistema actual, centrado en el individuo o usuario del sistema, y sin consagrar la solidaridad

seguirá vigente en nuestro medio el discurso de la propiedad sobre las cotizaciones, tratadas como ahorros individuales, con el consecuente predicamento acerca de la inconstitucionalidad de modificar el sistema por haber propiedad que se interviene en términos regulatorios.

La norma que dispone "*Los recursos con que se financie la seguridad social solo podrán destinarse al financiamiento y administración de sus prestaciones*" parece ser un avance en materia de afectación de cotizaciones, pero es insuficiente. Por ello, debe existir una declaración expresa en relación a que los pilares de la financiación del sistema basados en ahorro individual, aporte estatal y solidaridad.

- **Nº28 [antes Nº23] (Derecho a la vivienda adecuada)**

Aprobado por unanimidad.

“El derecho a la vivienda adecuada.

- a) *El Estado promoverá, a través de instituciones públicas y privadas, acciones tendientes a la satisfacción progresiva de este derecho, con preferencia de acceso a la vivienda propia, de conformidad a la ley.*
- b) *El Estado adoptará medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- En nuestra presentación, abordamos el hecho que *“el reconocimiento de este derecho está un poco contaminado por la discusión que hubo sobre la materia en el proceso anterior. 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”* (p. 64)
- No hubo con posterioridad mayor debate por parte de la Subcomisión.

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

- **Nº29 [antes Nº24] (Derecho al agua)**

Aprobado por unanimidad.

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

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

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El debate en relación a este derecho se centró, ante todo, en el marco de los derechos de aprovechamiento de aguas y cómo ambas normas debían interpretarse coherentemente, en consonancia con la protección del medioambiente. Al respecto, véase el acápite referido a derecho de propiedad.

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

- **Nº30 [antes Nº25] (Igual repartición de los tributos)**

Aprobado por unanimidad.

“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición y proporcionalidad de las demás cargas públicas legales.

- a) *La ley no podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.*
- b) *Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.*
- c) *Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, la ley podrá autorizar que determinados tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- En la votación, el comisionado Quezada efectuó el siguiente análisis de contexto:
 - *“En este derecho no hay quizás a primera vista una gran innovación, pero, insisto, tal como lo señalé con respecto de otros derechos, las normas no se leen de forma aislada, sino en el contexto de todo el texto constitucional.*
 - *En esta Subcomisión, tal como se ha desarrollado en el trabajo de la Subcomisión 3, se está consagrando un Estado social y, en ese sentido, un derecho que no solo garantiza, en cierta medida, la igualdad ante las cargas públicas, sino que también impone un deber en materia tributaria. Entiendo que eso se está discutiendo en la Subcomisión 3, de modo que debemos entender todo esto de forma sistemática y armónica.*
 - *A propósito del literal a), dado que apareció en nuestras discusiones, quisiera relevar que en algún momento estuvimos analizando la posibilidad de explicitar una característica: que uno de los tributos prohibidos sería aquel de tipo retroactivo; vale decir, se prohibiría al legislador establecer tributos retroactivos.*
 - *Sin embargo, me pareció que no era necesario hacer aquella explicitación, puesto que, sin duda, un impuesto de esas características que estableciese el legislador sería injusto.*

- *Por lo tanto, creo que debe entenderse que esa categoría está incluida dentro de esa expresión.” (p. 253)*
- Concordó con lo anterior el comisionado Arancibia, explayándose en el hecho que
 - *“respecto de ese tipo de cargas, por ejemplo, las regulatorias, las de contribución, etcétera, o gravámenes, la Constitución avanza, porque asegura no solo la igual repartición, lo cual podría ser el principio cardinal de la justicia distributiva -que es la igual repartición-, sino que, además, incorpora dos elementos que me parecen relevantes.*
 - *El primero es la legalidad de la carga pública, por eso ahora se habla de cargas públicas legales, aunque ya se suponía por el Código Civil que habla de que las fuentes de las obligaciones están en la ley; pero, ahora se explicita a nivel constitucional.*
 - *Lo segundo es la proporcionalidad de las cargas públicas, porque en esto sí que estábamos atrasados a nivel constitucional. El principio de proporcionalidad, en sentido estricto en materia de gravámenes, fue reconocido a lo largo del siglo XX por el Tribunal Constitucional alemán y luego por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo.*
 - *Fíjense que la palabra proporcionalidad, en el sentido de que no se puede ir más allá que el objetivo público perseguido al momento de impedir un gravamen, no estaba reconocida como tal en el texto constitucional vigente. Por eso, pese a que pueda resultar un tecnicismo o un preciosismo más del gusto de profesores de derecho administrativo, me parece que nuestra Constitución se pone a la vanguardia en el reconocimiento de un criterio de proporcionalidad que es muy importante, sobre todo en materia de sanciones administrativas, donde el legislador y la jurisprudencia han ido reconociendo que la sanción administrativa y el ejercicio de poderes correctivos tienen que estar sujetos al principio de proporcionalidad.*
 - *Por ello, el hecho de que ahora se explicita me parece que es un avance relevante.” (p. 254).*

Comentario: El texto aprobado mantiene la estructura del artículo 19 N°20 de la Constitución otorgada.

- **N°31 [antes N°26] (Libertad económica y Estado empresario)**
Aprobado por unanimidad.

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

Una ley de quorum calificado podrá autorizar al Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas. Estas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca dicha ley.”

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El exministro Jaime Mañalich, en exposición ante la Subcomisión (14 de abril de 2023) conectó este derecho con el relativo a la protección al medio ambiente, señalando que *“Esta iniciativa parece suficiente para limitar el desarrollo de actividades industriales o de cualquier índole que produzcan deterioro de la situación sanitaria.”* (p. 91)
- Ya en la votación, el comisionado Quezada contextualizó el alcance de este derecho:
 - *“Señora Presidenta, si bien es cierto que este texto es similar al que está en la Constitución vigente, al igual que el anterior debe interpretarse en el contexto general de un Estado democrático y social de derecho.*
 - *Tal como quedó en constancia en nuestros debates, mi intención era permitir una mayor apertura hacia las distintas visiones que existen en nuestra sociedad sobre las materias económicas, trasladando estas normas al Capítulo XIII, en un epígrafe nuevo sobre “Desarrollo y Sostenibilidad”. Lamentablemente, esa idea no concitó el apoyo de los demás comisionados o el quorum suficiente, por lo que esta enmienda se mantiene aquí.*
 - *Ahora bien, basándome en el estudio que hice para preparar esta votación, puedo señalar que no conozco otra Constitución en el mundo que aborde el Estado empresario con estas características en el texto constitucional. La mayoría de los países tienen estas normas a nivel legal.*
 - *Pero, como lo señalaba previamente, todas estas normas no solo deben interpretarse en el contexto de la Constitución de un Estado social y democrático de derecho, sino también en un compromiso que tiene el texto, y que fue lo que acabamos de despachar hoy en la primera parte de nuestra sesión, con la sostenibilidad.*
 - *Es decir, que la actividad económica sea sostenible no solo socialmente, por ello tenemos un conjunto de derechos sociales y laborales, sino también ambientalmente. Por ello se elevan las exigencias constitucionales en esta materia y, por lo mismo, insisto, si bien en este derecho se mantienen ciertas garantías y una particularidad del derecho constitucional chileno en la materia, debe interpretarse en ese contexto más amplio, de manera tal que el día de mañana también el legislador podrá tener un margen más amplio para abordar estas y otras materias a la hora de desarrollar la Constitución económica.”* (p. 256).

Comentario: La norma de libertad económica y la subsidiariedad del Estado empresario autorizado por ley y con la misma normativa de la competencia privada (N°26) sigue exactamente igual, es decir, uno de los pilares del sistema económico de Estado subsidiario no se toca, herencia del neoliberalismo económico que buscó constitucionalizar el libre mercado.

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

- **N°32 [antes N°27] (Derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica)**
Aprobado por unanimidad.

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

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

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- En nuestra intervención ante la Subcomisión, señalamos que en esta materia *“debe haber una cláusula abierta a las acciones afirmativas o a la discriminación compensatoria para 66 sectores de la sociedad desaventajados. No hay una cláusula sobre acciones afirmativas o discriminación compensatoria explícita en el texto.”* (pp. 65-66).
- El comisionado Quezada, por su parte, manifestó su oposición a consagrar este derecho:
 - *“porque creo que es una redundancia; ya existe una norma general, se acaba de aprobar en la Subcomisión 3, respecto de la no discriminación, y esta sería una reiteración de esa garantía sobre aquellos que desarrollan actividades económicas. En tanto garantía de derecho subjetivo me parece redundante, sin perjuicio de que el inciso segundo es algo que estamos abiertos a mantener, por tanto, en el mismo sentido de otras enmiendas, habíamos propuesto trasladarlo al Capítulo XIII en el contexto de abordar la Constitución económica en aquel capítulo.*
 - *No obstante, no me parece adecuado tratar en el Capítulo II esta materia y que es redundante la garantía, pues hubiera preferido una garantía de no discriminación amplia para aquellos que en los hechos ven impedidos el efectivo ejercicio de sus derechos por obstáculos que en la realidad material acontecen en nuestra sociedad; pienso en niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, la diversidad sexual, miembros de pueblos indígenas, entre otros; pero, dado que también es parte del acuerdo, obviamente lo voy a apoyar.”* (pp. 257-258).

Comentario: Al abordar la legalidad tributaria (Nº27, inciso 2º), se observa que sigue concibiéndose en su visión clásica, manteniendo la afectación de defensa y regiones, agregando la tributación comunal: estas dos últimas, en marcos y bandas establecidas por ley.

Es decir, la ley establecerá los impuestos regionales, ¿es una recentralización de lo que se permite constitucionalmente hoy a nivel regional?

Como observación, el principio viene redactado en clave liberal; reserva de ley de tributos, hecho gravado, tasa y base de cálculo, dejando a salvo impuestos progresivos. Un Estado social requiere más que eso, pues se echa de menos la consagración del *"deber de contribuir"* a los gastos y expensas necesarias de la comunidad nacional en la medida de sus ingresos y rentas, recordando que tal deber ya estaba enunciado que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Esta sugerencia no es testimonial, pues al ser un deber, da piso constitucional a normas anti elusión, ya que no se podrá decir que los entramados societarios hechos para eludir son legítimo ejercicio de la libertad económica (no olvidemos que ello se dice en nuestro medio), al haber un fin constitucionalmente legítimo en su investigación y proscripción, cual es el cumplimiento del deber

de contribuir, lo cual es, además, piso constitucional para fortalecer al Servicio de Impuestos Internos y a la Tesorería General de la República.

- **Nº33 [antes Nº28] (Libertad de adquirir bienes)**

Aprobado por unanimidad.

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

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

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El comisionado Quezada precisa lo siguiente respecto del alcance de este artículo:
 - *“Si bien mantiene parte importante de la redacción actual, se establece una pequeña innovación que, en conversaciones que tuvimos, tiene por finalidad habilitar a que el legislador pueda establecer prohibiciones a la adquisición del dominio de ciertos bienes, siempre y cuando así lo exija el interés nacional.*
 - *Hemos entendido que la expresión “interés nacional” es lo suficientemente amplia como para incorporar otros bienes constitucionales relevantes en el texto que estamos elaborando. Y así, por ejemplo, por razones de protección al medio ambiente y a la naturaleza, seguirá siendo no solo perfectamente legítimo, sino que tendrá ya sustento constitucional, prohibiciones como las de las bolsas plásticas que dañan tan gravemente a la naturaleza.*
 - *Como también, por ejemplo, podría ser la prohibición de ciertos tipos de armas en estas políticas que se están impulsando y que son también transversalmente apoyadas, de sacar de nuestra sociedad armas que son utilizadas por bandas criminales.*
 - *En suma, Presidenta, es una pequeña innovación, pero que, en este sentido y tal como en otras normas, tiene por finalidad abrir nuestra democracia a la hora de que permitirá al legislador abordar con mejores herramientas los problemas sociales que tiene nuestra sociedad.” (p. 258)*

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

- **Nº34 [antes Nº29] (Derecho de propiedad)**

Aprobado por unanimidad.²⁰

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

- a) Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad públicas, la conservación del patrimonio ambiental y el desarrollo sostenible.*
- b) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.*
- c) La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.*
- d) El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.*
- e) Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que deberá ser aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para*

²⁰ El literal i), sobre propiedad de aguas, se votó de manera separada: hubo 22 votos a favor y 1 en contra (la comisionada Bettina Horst)

el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

- f) Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir a la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.*
- g) El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este numeral.*
- h) La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.*
- i) El agua, en cualquiera de sus estados, es un bien nacional de uso público. Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- Tuvimos igualmente oportunidad de referirnos sobre ello en la exposición realizada ante la Subcomisión: ante la interrogante del comisionado Arancibia sobre las compensaciones en materia de limitaciones al dominio y la jurisprudencia variable sobre la materia hasta ahora, señalamos que:
 - “Aquí hay varios planos. Hoy día, las limitaciones indemnizables están previstas a propósito del estado de asamblea y del estado de catástrofe, y 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. Estimó que, en ese caso la quiebra de la igualdad ante las cargas públicas es la respuesta. Cuando la limitación es ablatoria 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.

- *Concluyó que, normalmente, las intervenciones regulatorias causan daño patrimonial, pero no siempre ese daño es inconstitucional, no siempre ese daño infringe el principio de igualdad.” (p. 70)*
- También hicimos alusión al hecho que:
 - *“la 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.*
 - *Reconoció que, el texto al que ha llegado esta Subcomisión en materia de derechos económicos es bastante satisfactorio.*
 - *Consideró 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.” (p. 71)*
- Ya en el debate interno de los comisionados, el comisionado Quezada señala la anomalía que significa la frondosidad de esta regulación en el constitucionalismo chileno:
 - *“Si uno mira las diversas constituciones en el mundo, ninguna le dedica tantas redacciones al derecho de propiedad como esta, pero tal como se siguió en el debate que nosotros tuvimos, se explica, en parte, por nuestra historia, lo cual explica también esta propuesta que, si bien consta por ciertas cosas que he escrito -soy partidario de, quizá, una visión más normalizada a nivel del derecho constitucional comparado de este derecho-, en primer lugar, queda en cierta medida equiparado; es decir, es un derecho que tiene una protección importante, pero avanzamos en el mismo sentido con derechos laborales y con derechos sociales, tal y como lo conversamos previamente, y se reflejó así también en nuestras votaciones, pero no solo hay mantención de la protección de este derecho, sino también ciertas innovaciones que quiero destacar.*
 - *Aunque fui partidario de innovar -lo que se sigue de las enmiendas que presenté- ampliando la función social a una de índole ecológica, es decir, una función social y ecológica, si bien aquella idea lamentablemente no prosperó, sí hemos innovado en ampliar la función social incluyendo la expresión “desarrollo sostenible”, que, si bien*

serán solo dos palabras, creo que son una innovación importante y que puede abrir -ya que amplía, al igual como mencioné previamente- nuestra democracia, puesto que deberá entenderse en consonancia con el Capítulo XIII, que mandata a nuestro Estado, entre un conjunto de deberes, a impulsar un desarrollo sostenible, especialmente en materia medioambiental, es decir, la protección del medio ambiente y de la naturaleza y su biodiversidad sin duda también estarán incorporadas aquí, robusteciendo la conservación del patrimonio ambiental, algo que ya existe actualmente, unido a ello que la expresión “sostenible”, tal como se ha desarrollado en nuestra jurisprudencia por nuestros autores en la legislación chilena, no se reduce solo a lo ambiental, sino que también incorpora lo social. En ese sentido, no podrá tampoco sino interpretarse, dado que es un elemento de la función social que también lo incorpora” (pp. 261-262)

- El debate decantó en este punto hacia el reconocimiento del estatuto del agua y al régimen de aprovechamiento de las aguas, pues en este sentido, siguiendo nuevamente al comisionado Quezada, *“el régimen de aprovechamiento del agua deberá entenderse en un análisis sistemático con el derecho humano al agua que incorporamos en esta propuesta.”* (p. 262), tomando en nota el cuidado respectivo para los equilibrios ecológicos y la protección de la naturaleza. El comisionado Arancibia dirá, finalmente, que se constitucionalizan disposiciones actualmente contempladas por la ley, señalando que:
 - *“Ahora, en esta discusión no hay que confundir “propiedad” con “perpetuidad”, porque la propiedad puede ser indefinida o puede ser definida, e incluso puede estar sujeta a causales o limitaciones que pueden implicar la pérdida por razones de caducidad, por o incumplimiento de obligaciones o plazos, etcétera.*
 - *Por lo tanto, el hecho de que la propiedad sobre este derecho real sea temporal no significa que uno pueda igualmente hablar de propiedad, porque la propiedad puede estar sujeta a límites, entre los cuales puede haber causales de caducidad, pérdida o extinción.*
 - *Lo interesante con respecto a la diferencia con el Código de Aguas es que este define el derecho real que recae sobre las aguas como “uso y goce temporal de ellas”; en cambio, el texto que estamos aprobando simplemente dice que es “es un derecho real que recae sobre las aguas y que confiere a su titular el uso y goce de ellas”, no se menciona “temporal”.*
 - *¿Por qué no se menciona “temporal”? Precisamente porque la temporalidad es un límite que puede imponer el legislador, como ya lo hace el Código de Aguas en la actualidad, aun cuando eso no obsta para que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen distinto respecto de esa temporalidad, y de ese modo ese régimen distinto no sería contrario al texto constitucional que estamos aprobando.*
 - *En definitiva, me parece que la actual redacción establece un equilibrio y una clarificación para efectos de relevar la naturaleza de esta realidad jurídica tal cual como se la concibe.”* (p. 263)

Comentario: En la norma propuesta son variados los puntos de controversia:

- Se mantiene la estructura y fraseo del artículo 19 N°24 de la actual Constitución, incluido el previo pago contado en la expropiación, por lo cual las incongruencias entre el decreto ley N°2186 y la Constitución siguen presentes.
- No existe distinción en el estatuto de expropiación de muebles e inmuebles, sin precisar qué es daño patrimonial efectivamente causado, por lo que también seguirán iguales los conflictos sobre lucro cesante, derechos de arrendatarios, derechos de llaves, etc.
- También no sufre cambios la normativa de minería, sin ajustes de precisar qué es "*desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público*" del otorgamiento de la concesión, abriendo la puerta para que se siga manteniendo en la ley. A su vez, se mantiene la norma que impide crear causas de término de la concesión con posterioridad a su otorgamiento. No se limita constitucionalmente la duración de la concesión, abriendo la puerta a que sigan siendo indefinidas y perpetuas. En síntesis, la norma no fortalece al Estado empresario en materia minera.
- En materia de aguas, si bien se introduce el carácter de bien nacional de uso público, se mantiene la norma que otorga "*propiedad*" sobre los derechos constituidos sobre las aguas. Es decir, se mantiene lo que hay, sin introducir en la Constitución un rol ordenador del Estado en la materia y, peor aún, sin introducir el deber del legislador de determinar temporalidad de los derechos de agua ni menos las bases constitucionales de un sistema de caducidad o pago de patente por no uso, ni tampoco el deber constitucional de ejecutar obras para los derechos de aguas que se adquieran. Es esta norma la que sería idónea para constitucionalizar la sustentabilidad, la protección de glaciares y el caudal ecológico de los cursos de aguas. Se extraña., asimismo, una norma relativa a los desafíos específicos de uso y conservación de las aguas subterráneas.
- N°35 [antes N°30] (Derecho de autor)
Aprobado por unanimidad.

“El derecho de autor sobre sus obras.

- a) El Estado reconoce el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales, artísticas y científicas, el que comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad y por el tiempo que señale la ley, el que no será inferior al de la vida del titular, y los derechos conexos que la ley asegure.*
- b) Se garantiza, también la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos industriales, diseños u otras creaciones análogas que determine la ley, por el tiempo que ésta establezca.*
- c) Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en el inciso 27 precedente sobre el derecho de propiedad.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El comisionado Quezada tuvo una breve intervención reconociendo su aporte en pos de ajustar el texto propuesto: nota aparte de quedar concordado apropiadamente con el derecho de propiedad

-en la dimensión de propiedad intelectual e industrial-, señala que el objetivo de sus enmiendas fue “poner al día el contenido de este derecho con los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito en esta materia, como también la legislación que existe”, en lo relativo a que “la libertad creativa, en tanto es una dimensión del derecho a la cultura, del texto aprobado en general se incorpora a aquel, por tanto, queda resguardado en un derecho distinto, autónomo, el derecho que tiene el autor respecto de sus creaciones intelectuales, artísticas y científicas” (p. 270)

Comentario: Es una norma análoga a la actualmente establecida, que remite a la ley su contenido en específico -los denominados “derechos conexos”

- **Nº36 [antes Nº31] (Derecho de los consumidores)**

Aprobado por unanimidad.

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

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

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

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- No existió en este punto mayor debate en la votación, como consta en el Informe Final, en razón de haber consenso en la formulación original de la unidad de propósitos.

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

Lo acá enunciado, de todos modos, es de total relevancia al incluir expresamente la protección estatal ante las prácticas abusivas, así como tener deberes de fomento de la educación, salud y seguridad en el consumo.

También es una novedad favorable el deber del Estado de promover y defender la libre competencia en las actividades económicas, lo cual otorga soporte a lo dispuesto en el decreto ley Nº211 de 1973, actual decreto con fuerza de ley Nº1 de Economía, del año 2005.

4. “De las Garantías de los Derechos y Libertades” – Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos

El texto del anteproyecto emanado de la Comisión Experta consagra garantías normativas, procesales y límites de los derechos, los cuales fueron tratados por la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, que se pasan a consignar y comentar sumariamente:

- Artículo 23 [antes 24 bis] (Regulación de los DDF)

Aprobado por unanimidad.

1. *“La ley podrá regular, limitar o complementar el ejercicio de los derechos fundamentales.*
2. *Los derechos consagrados en esta Constitución sólo estarán sujetos a aquellos límites que sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática.*
3. *En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia, ni se le podrá imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- La comisionada Undurraga se refirió al respecto en el marco de las enmiendas 90, 91 y 265, del siguiente modo:
 - *Detalló que los derechos no son absolutos y pueden ser limitados en ciertas circunstancias. Entre los motivos para limitar los derechos que mencionó, se encuentra el respeto a los derechos de otras personas y la búsqueda de objetivos legítimos e importantes establecidos por el Estado.*
 - *Puntualizó sobre las cuatro formas en las que las constituciones abordan los límites a los derechos. En primer término, mencionó la regulación específica por derecho; luego la cláusula general de derechos con criterios; enseguida una combinación de cláusula general y normas específicas, y, por último, la ausencia de cláusula de derechos que deja la interpretación a los tribunales.*
 - *En tal sentido, realzó la importancia del principio de reserva legal e hizo hincapié en el principio de proporcionalidad como un criterio para justificar las limitaciones a los derechos. Particularmente, sostuvo que este principio busca asegurar 151 que las limitaciones sean necesarias y proporcionales para alcanzar un objetivo legítimo, añadiendo que el Tribunal Constitucional chileno utiliza este principio en su jurisprudencia.” (pp. 150-151).*
- A su vez, la comisionada Lagos:
 - *“resaltó la importancia del principio de proporcionalidad y explicó que esta implica considerar diversos criterios, como la naturaleza del derecho, la importancia de la finalidad de la limitación, la naturaleza y extensión de la limitación, la relación entre la limitación y su propósito, y los medios menos restrictivos para lograr dicho propósito. En esa línea, arguyó que la proporcionalidad ofrece un mecanismo para justificar las decisiones públicas y otorga coherencia en el razonamiento constitucional. A su entender, permite interpretar cláusulas ambiguas sobre asuntos controvertidos y ofrece legitimidad a las decisiones, sin eliminar la apertura y la incertidumbre propias del ámbito constitucional.” (p. 151).*
- Mientras el comisionado Pavez “consultó si se trata de una garantía para las personas o una habilitación al legislador democrático con la menor cantidad de barreras posibles”, la

comisionada Undurraga señaló que *“en otras constituciones, esta cláusula se presenta como una disposición relacionada con los derechos, no como un derecho en sí mismo.”*, tomando nota del artículo 19 N°26 de la Carta actualmente vigente.

- A su vez, la comisionada Peredo:
 - *“expresó su preocupación respecto a las cláusulas de limitación de derechos, porque las consideró una garantía en sí mismas. En tal contexto, enfatizó que existe un espacio permitido para la regulación legislativa de los derechos, pero esta regulación no puede desnaturalizarlos ni afectar su esencia.*
 - *Enseguida, manifestó sus aprensiones en relación a la ponderación como método de balance de derechos, ya que consideró que puede llevar a la desnaturalización de los mismos. Argumentó que los derechos deben subsumirse dentro de su contenido protegido por la Constitución y que la ponderación puede llevar a la privación del contenido de un derecho.”* (p. 152).
- Tema al cual también se refirió el comisionado Frontaura:
 - *“destacó el acuerdo sustantivo existente respecto a que los derechos no son absolutos. Resaltó la importancia de que la tarea de ponderar y establecer regulaciones recaiga en los órganos democráticos, como el poder Ejecutivo y Legislativo, que, a su entender, son responsables de considerar el bien común y las necesidades de la sociedad en diferentes dimensiones. Sobre ese punto, manifestó su preocupación por la expansión de las atribuciones de los tribunales en este ámbito y resaltó la separación de funciones entre los órganos de gobierno y los órganos jurisdiccionales.”* (p. 152)
- Cabe destacar que la comisionada Undurraga sostuvo que
 - *“el concepto utilizado en la indicación 265/2 sobre “regulaciones”, debe tomarse en un sentido amplio para abarcar cualquier forma de regulación, complementación o configuración que pueda limitar los derechos. Destacó que las normas fundadas en la ley autorizadora de la limitación también deben considerarse como parte de las regulaciones previstas por la ley.*
 - *En cuanto al concepto de esencialidad, adujo que su aplicación puede ser difícil y estar sujeta a la discrecionalidad del juez. En cambio, consideró que la fórmula propuesta en la enmienda 265/2, reduce el grado de discrecionalidad al recoger el contenido desarrollado en el derecho comparado e internacional.*
 - *Por otro lado, señaló que, si bien el Tribunal Constitucional ha utilizado el criterio de esencialidad, también ha incorporado cada vez más el criterio de proporcionalidad, al igual que los tribunales ordinarios. Propuso, de tal manera, que se puedan combinar ambos elementos en una cláusula que delimite el criterio de ponderación estricta, en el cual la esencialidad ayudaría a definir la proporcionalidad en los casos en que la medida estatal sea desproporcionada en relación con los derechos afectados.”* (p. 152)
- El comisionado Pavez, por su parte,
 - *“reflexionó sobre la importancia de defender el principio que subyace en la arquitectura institucional vigente, en relación al contenido esencial de los derechos. Valoró la norma*

del artículo 19 N°26, de la Constitución actual como un consenso histórico sobre los límites de la regulación legislativa en relación a los derechos. Consideró que, en ese sentido, si bien los derechos pueden ser interpretados ampliamente, no pueden ser distorsionados o afectados en aras de su regulación.

- *A continuación, hizo presente que la determinación del contenido esencial de los derechos corresponde al constituyente, complementado por la jurisprudencia, la legislación y la doctrina. Reiteró, de esta manera, que el límite a la regulación legislativa es la esencia del derecho, evocando el espíritu original de la garantía, siendo el legislador, junto con el Ejecutivo, los responsables de regular y limitar los derechos” (pp. 152-153).*

Comentario: Es una disposición que consagra la garantía normativa de reserva de ley como expresión del principio de legalidad, reconociendo que la configuración y desarrollo de derechos, garantías y deberes corresponde a la ley parlamentaria. Asimismo, se consagra la garantía normativa de contenido esencial de los derechos (lo cual habrá que entender que se extiende, igualmente, a garantías y deberes) y presupone la identificación de una posible “*esencia*” de derechos, lo que de suyo es problemático, como lo devela la tesis doctoral de Peter Häberle.

- **Artículo 24 [antes 24 ter] (Derechos de carácter progresivo)**

Aprobado por unanimidad.

“El Estado deberá adoptar medidas adecuadas para realizar los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación, atendiendo a:

a) El desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de estos derechos.

b) El aseguramiento de un nivel adecuado de protección para cada derecho.

c) La no discriminación o diferenciación arbitraria.

d) La remoción de obstáculos para asegurar condiciones efectivas de igualdad.

e) El empleo del máximo de recursos disponibles, con responsabilidad fiscal.

f) La satisfacción a través de instituciones estatales y privadas, según corresponda.”

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- Fue planteada la idea de desarrollo progresivo de los derechos sociales, en un primer momento, por la exposición del profesor Arturo Ferandois, en la sesión de 14 de marzo de 2023.
- En 20 de marzo, Zarko Luksic vincula esta noción con el Estado Social y Democrático de Derecho:
 - *“Respecto del Estado social y democrático de derecho, sostuvo que contiene un mínimo horizonte utópico con valores políticos metajurídicos que son fronterizos con el derecho y la moral. Así, por lo menos, lo han entendido las interpretaciones en España y en la Constitución alemana, que lo ven como un proyecto, refiriéndose a su desarrollo*

progresivo. Son progresivos, porque permiten su ampliación en protección, contenido y eficacia. Este principio implica la no regresividad en el reconocimiento de la garantía de los derechos.” (p. 45)

- La comisionada Lagos, ya en el debate, hizo referencia a que:
 - *“en lo que refiere al Estado social y democrático de derecho, anunció que, en principio, la Subcomisión estaría por mantener la redacción del artículo 154, N° 5 de la Constitución vigente, el cual señala que Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales con su sujeción al principio responsabilidad fiscal, a través de instituciones estatales y privadas.” (p. 68)*
- Acuerdo con el que se manifestó conforme la comisionada Peredo:
 - *“valoró el acuerdo alcanzado en materia de Estado social y democrático de derecho, sosteniendo que promueve un desarrollo progresivo de los derechos sociales, conforme al principio de responsabilidad fiscal y que permite que este se desarrolle a través de instituciones estatales y privadas” (p. 69)*
- La comisionada Undurraga manifestó que:
 - *“se debe asegurar un nivel adecuado de protección de cada derecho. Se trata de un estándar básico que, a medida que la sociedad vaya siendo más desarrollada y teniendo mayores recursos, va a ir subiendo.” (p. 85)*
 - *“Respecto de derechos sociales, son los principios de implementación razonable, materialización progresiva, no regresividad y asegurar un nivel adecuado de protección del derecho -o sea, un nivel básico y necesario-, avanzar en condiciones de mayor justicia social y económica, y la necesidad de garantizar políticas gubernamentales fiscalmente responsables, o sea, que deben cumplir con estos principios, pero también con la necesaria deferencia hacia los poderes democráticos en las formas de satisfacción de estos derechos.*
 - *Esto último es muy importante, porque, a partir de la experiencia comparada, se ha aprendido que la intervención judicial tiene que señalar los déficits en el cumplimiento de los derechos, pero no las formas específicas que correspondan a políticas públicas sobre cómo satisfacer dichos déficits. En el fondo, es un método dialogante, dialógico, que busca señalar los déficits, pero dejándole a los poderes democráticos la posibilidad de determinar la forma de satisfacción de esos derechos, y solo hay una supervisión para que se cumplan los objetivos, pero no una forma para determinar los medios que permitan satisfacer esos objetivos.” (p. 87)*

Comentario: Es una interesante disposición que refiere a derechos sociales prestacionales, y que tienen garantías de exigibilidad normadas -en particular, la garantía de responsabilidad fiscal-, que hacen de contrabalance a la progresividad y políticas públicas asociadas a bienes y servicios de provisión pública-estatal.

- **Artículo 25 [antes 24 quater]** **(Políticas públicas sobre DDDF)**

Aprobado por unanimidad.

Las medidas adecuadas para la realización de los derechos arriba indicados, serán determinadas por la ley y las normas fundadas en ella. En la aplicación e interpretación de las disposiciones de este artículo, los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas que realicen los derechos individualizados en el artículo precedente.

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- La comisionada Undurraga sintetizó el objeto de incluir esta norma en específico:
 - *“Respecto de prestaciones sociales vinculadas a derechos fundamentales, se inserta un modelo de control judicial, pero que funcione solo como respaldo. Esto está inspirado en un trabajo publicado en el Centro de Estudios Públicos, escrito por la profesora Rosalind Dixon y el profesor Sergio Verdugo. Ellos lo llaman modelo de control judicial débil-fuerte, en el que existe un elemento de judicialización, que entra en una etapa posterior, cuando ha habido una inercia legislativa o un bloqueo en la intervención de los órganos democráticos, que son los llamados a hacer efectivos los derechos sociales mediante el diseño y la implementación de políticas públicas.*
 - *Entonces, con este modelo se puede fomentar que los poderes democráticos -el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo- sean productivos en el desarrollo de normas que luego hagan efectivos los derechos constitucionales, aprovechando esta capacidad de los tribunales de dictar decisiones que deben cumplirse, pero, a la vez, respetando los principios que deben guiar a toda la legislación regulatoria.*
 - *Sostuvo que se justifica para legitimar un nuevo orden constitucional que busca reconocer un Estado social y democrático de derecho, que implica no solo reconocer declarativamente derechos sociales, sino asegurar su provisión mediante un mecanismo de exigibilidad que, a la vez, respete en su diseño la diferencia de funciones entre los órganos democráticos y el Poder Judicial, que no es el órgano que está naturalmente capacitado para diseñar, implementar ni evaluar políticas públicas.” (p. 85)*
- Con lo cual coincidió el comisionado Frontaura:
 - *“recordó que el profesor Cea señalaba que uno de los grandes déficits de la Constitución de 1925 fue que consagró una serie de derechos sociales, pero que en la práctica pudieron ser objeto de manipulación, porque se habían convertido en meras declamaciones debido a la ausencia de acciones, de distinta naturaleza, que permitieran hacerlos efectivo.*
 - *Entonces, dado que se va a proclamar un Estado social y democrático de derecho, por esta vía, con cualquier fórmula, es uno de los nudos críticos que se deben resolver para que no se convierta en algo meramente declarativo, porque, en definitiva, al final lo que ocurre es que los países, o los jueces, van encontrando fórmulas alternativas, muchas veces pasando por encima de las políticas públicas, de la deliberación democrática o de cualquiera de esas figuras, para poder satisfacer necesidades concretas de justicia.” (pp. 89-90)*

Comentario: La disposición constitucional reserva la cristalización de las garantías en materia de derechos sociales prestacionales al legislador y a las normas que se dicten en cumplimiento de la ley,

quedando vedado a los tribunales definir o diseñar políticas públicas, a pretexto de la protección de tales derechos.

- **Artículo 26 (antes 24 quinquies) (Acción de protección)**

1. *“El que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 17 de esta Constitución, con exclusión de los derechos dispuestos en el inciso siguiente, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, procederá esta acción cuando éste sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.*
2. *Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 17 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones legales o discriminación en el acceso a las mismas, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho.*
3. *Una ley regulará el procedimiento de estas acciones, cuya tramitación será breve y concentrada, y gozará de preferencia para su vista y fallo.*
4. *El tribunal, antes de conocer la acción, podrá adoptar cualquier medida provisional urgente.*
5. *Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, en caso de que la Corte desestimare la acción por considerar que el asunto es de lato conocimiento o no tiene naturaleza cautelar, indicará el procedimiento que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.*
6. *La decisión será apelable para ante la Corte Suprema, la que conocerá y resolverá el recurso, pudiendo decidir fundadamente agrupar recursos de la misma naturaleza.”*

Fundamentos en el informe de la Subcomisión:

- El comisionado Pavez señaló que es conveniente “desarrollar en un mismo lugar las acciones constitucionales de forma orgánica” y que, en este caso en específico, previene que:
 - “no se incluyen grandes cambios desde el punto de vista de cómo se concibe la acción, sin embargo, sostuvo que el desafío formulado es evitar que la acción cautelar sea un camino para que los tribunales de justicia terminen sustituyendo la labor del legislador democrático. De esta manera, subrayó que la propuesta se dirige a profundizar la idea de que la acción de protección sea un lugar de restablecimiento del imperio del derecho

ante el ejercicio de una garantía por una privación, perturbación o amenaza, dejando expresamente vedada la posibilidad de que a través de una sentencia se pueda ir más allá de las causales establecidas” (p. 83).

- Ello está en sintonía con lo expuesto por la comisionada Undurraga, quien
 - *explicó que la propuesta refuerza el carácter cautelar de la acción de protección. Una vez obtenido el propósito cautelar, si el asunto 85 puede ser resuelto en conformidad a un procedimiento de lato conocimiento, la Corte remite el asunto al juez competente. El cambio es que el recurso de protección se amplía esta vez a todos los derechos establecidos en la Constitución, pero se le da un tratamiento diferenciado para casos de prestaciones sociales vinculadas a derechos fundamentales.*
 - *Añadió que también se mantiene que la decisión de la Corte de Apelaciones puede ser apelable a la Corte Suprema. Se agrega que la Corte Suprema puede agrupar recursos de la misma naturaleza para fallarlos juntos, porque hay veces que se dan recursos parecidos y sirve para tener algún tipo de uniformidad.” (pp. 84-85)*
 -
- Profundizará sobre su alcance normativo en esta propuesta del siguiente modo:
 - *“El cuarto elemento es la aplicabilidad de esta acción de protección con resguardos. Se establece un plazo de tres años a los poderes colegisladores para que, en una instancia conjunta de trabajo, el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional revisen normas existentes, identifiquen modificaciones legales y reglamentarias necesarias, y dicten las modificaciones legales para hacer efectivos los derechos sociales. Mientras transcurre ese período de revisión de la legislación, solo se podrá obligar al Estado a otorgar aquellas prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales que estén expresamente contemplados en la legislación vigente.*
 - *Si los poderes democráticos cumplen, la acción de protección sería para acceder a las prestaciones que están legalmente contempladas. Si, en cambio, hay inercia legislativa o de implementación, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema podrán ordenar a los órganos del Estado el cumplimiento de estos derechos, teniendo en consideración los principios de interpretación y aplicación de derechos, teniendo en consideración también la necesaria deferencia a los poderes democráticos en la determinación de la forma de satisfacción de estos derechos.*
 - *Por último, se establece una norma de cierre, que cada diez años, contados desde el vencimiento del plazo de tres años señalados, se repetiría este proceso de revisión. En caso de incumplimiento, vuelve a activarse este control judicial más fuerte.” (p. 86)*

Comentario: Incorporada en esta etapa -no había sido incluida en el primer borrador de 30 de marzo-, su redacción es en su gran parte idónea para el objeto que busca: ser un mecanismo de tutela general de derechos fundamentales. Sin embargo, debe ser objeto de algunas precisiones clave:

- Es una disposición bien lograda, porque recoge la configuración tradicional del recurso de protección, que se remite al Acta Constitucional N°3 de 1977;
- Extiende, igualmente, la tutela del proceso de amparo, en principio, a la totalidad de los derechos fundamentales. Ello amerita señalar que se excluyen los derechos denominados *prestacionales*,

establecidos en el numeral 2° del artículo 24 quinquies (a la salud, a la vivienda, al agua y saneamiento, a la seguridad social y a la educación), los cuales quedan referidos a “*las prestaciones sociales*” de fuente legal y de la eventual discriminación en el acceso de estos, lo que importa reconocer el rol que al Gobierno, las administraciones públicas y el Congreso Nacional tienen en materia de políticas públicas y derechos prestacionales;

- La Constitución dispone que es la ley la fuente formal de enjuiciamiento de la acción de protección, excluyendo la práctica inconstitucional de regir esta materia por la vía de autosacordados;
- Además, se incorpora una tutela cautelar, bajo la fórmula “*cualquier medida provisional urgente*”, y;
- Finalmente, se establece una regla para el caso en que la Corte desestimare la acción de protección, cuando el asunto fuera de lato conocimiento o no tuviera naturaleza cautelar, debiendo indicarse por la Corte el procedimiento que en derecho corresponda, para la tutela judicial de éste.

a. Disposiciones transitorias

“Artículo primero transitorio. *En virtud de lo dispuesto en el literal c) inciso decimoséptimo del artículo 17 de esta Constitución, la obligatoriedad del segundo nivel de transición y el deber del Estado de financiar un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a este y sus niveles superiores, entrará en vigencia gradualmente, en la forma que disponga la ley.*

Artículo segundo transitorio. *La gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, nacionalizadas en virtud de lo prescrito en la disposición decimoséptima transitoria de la Constitución Política de 1925, ratificada por la disposición tercera transitoria de la Constitución Política de 1980, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 100, de 22 de septiembre de 2005, continuarán rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de esta Constitución.*

Artículo tercero transitorio. *Los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos, reconocidos o regularizados desde la entrada en vigencia de la ley N° 21.435 se regirán por las normas establecidas en el Código de Aguas. Los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos, reconocidos o regularizados con anterioridad a la publicación de dicha ley, se regirán por el artículo primero transitorio de la misma.*

5. DESCA en un catálogo mínimo de garantías

A modo de síntesis, consideramos como ejes clave para un catálogo mínimo de garantías en materia de DESCA, los siguientes hitos:

- i. Principio de solidaridad e integración social como eje transversal de todo el orden iusfundamental:

- ii. Catálogo de deberes constitucionales que sirva como refuerzo activo al principio referido en el punto anterior;
- iii. Protección especial al subsistema de cuidados, como un derecho social nuevo;
- iv. Cláusula abierta a acciones afirmativas o discriminación compensatoria para sectores discriminados, postergados o desaventajados;
- v. Acción de protección de amplia cobertura y cláusula que circunscribe la tutela de amparo de los DESCA a la universalidad y no discriminación en la cobertura de bienes y servicios públicos.

6. Conclusiones: hacia la verdadera operatividad de un Estado social y democrático de derecho

En una perspectiva crítica tiene que orientarse no solo el trabajo de los órganos del proceso constitucional “3.0” hoy en curso, sino también desde el apoyo que desde la sociedad civil y las organizaciones académicas se puede prestar a éste: la necesidad de poner el foco en la eficacia normativa u operatividad de la arquitectura constitucional, sobremanera en lo relativo a las cláusulas “*económicas y sociales*” que, en buena parte, han provocado el desfonde del constructo de Estado subsidiario construido por la institucionalidad de la dictadura cívico-militar. La “cuestión constitucional” va más allá de un mero cambio normativo o estético, sino en la construcción de un sistema normativo que sirva como base de un marco general iusfundamental, que permita proyectar hacia el desarrollo infraconstitucional por los poderes públicos, por el desarrollo de las políticas públicas por el Gobierno y la Administración, de las reformas institucionales por medio de la labor legislativa y del ejercicio de la jurisdicción en los casos que corresponda por los tribunales competentes.

Nuevamente, retornamos a palabras pasadas, esta vez dichas en el marco del proceso constituyente inmediatamente anterior, pero que hoy siguen siendo igual de útiles como consejo para la hoja de ruta actual, puesto que la existencia de “[U]na estructura normativa interna y fines de la Constitución, que hacen de ésta un “marco abierto” o “abanico de posibilidades”, en razón de su extensión, polivalencia y diseño normativo iusfundamental” permite determinar “los alcances del desarrollo normativo infraconstitucional, de la hermenéutica constitucional y de cuándo debe entrar a tallar la reforma constitucional con sus órganos y procedimientos preestablecidos o “poder constituyente derivado” (ZÚÑIGA URBINA, 2021: 64). Ello permite finalmente que la Constitución, dinámica y adaptable a las realidades posibles, no termine siendo presa de sí misma y de sus desbalances, los cuales pueden derivar, entre otros, en autoritarismo de corte populista o en el denominado *lawfare* o judicialización de la política.

Pues la nueva Constitución debe aspirar a resolver la “cuestión constitucional”, no agudizarla o volverla un gatopardo en que de cambiar todo no termine cambiando nada.

Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang. (1973). *Sociedad antagónica y democracia política*. Traducción castellana de Manuel Sacristán. 1º edición. Barcelona: Grijalbo.
- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: LegalPublishing.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio y PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- BIDART CAMPOS, Germán (1993). *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BOBBIO, Norberto (1965). *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- BONAVIDES, Paulo (2014). *Del Estado liberal al Estado Social*. Buenos Aires: Astrea.
- CEA EGAÑA, José Luis (2008). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Segunda edición actualizada. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile – Ediciones UC.
- CONCHA, Juan Enrique (1899). *Cuestiones obreras*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes. Santiago: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona. Disponible en: <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-588642.html> [consulta 10 julio 2023]
- COTARELO, Ramón (1990). *Del Estado de Bienestar al Estado del malestar*. 2º edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CRISTI, Renato (2000). *El pensamiento jurídico de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad*. 1º Edición. Santiago: LOM Ediciones.
- CRISTI, Renato (2011). *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. 2º Edición. Santiago: LOM Ediciones.
- DUGUIT, Léon (1975). *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta.
- [...].- (2011). *Lecciones de Derecho público general impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926*. Madrid: Marcial Pons.
- ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos (1949). *Elementos de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERREYRA, Raúl Gustavo (2004). *Investigaciones sobre derechos constitucionales*. Buenos Aires: La Ley.
- FRONTAURA, Carlos (2000). “Algunas notas sobre el pensamiento de Jaime Guzmán y la subsidiariedad”. En Claudio Arquer y Álvaro Iriarte (editores), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad*. Santiago: Instituto Res Pública – Fundación Jaime Guzmán. Disponible en:

- <https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2020/07/6-may-16-Libro-Subsidiariedd-v.-jacosta.pdf> [consulta 10 julio 2023]
- GARCÍA, José Francisco (2020). *La tradición constitucional de la P. Universidad Católica de Chile*. Vol. II (1967-2019). Ramificación – Refinamiento – Reconciliación. Santiago: Ediciones UC.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (1995). “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (43): 9-23. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79530> [consulta 12 julio 2023]
- [...].- (2001). *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2º Edición. Coímbra: Coímbra Editores.
- GRIMM, Dieter (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- HELLER, Hermann (1985). *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Universidad.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- LEÓN XIII (1891). *Rerum Novarum*. Disponible en: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html [consulta 10 julio 2023]
- MADIOT, Yves (1991). *Droits de l’homme*. 2º Edición. París: Masson.
- MANILL, Pablo Luis (2016). *Constitucionalismo social*. Prólogo de Carlos S. Fayt. 1º Edición. Buenos Aires: Astrea.
- MANSUY, Daniel (2016). “Notas sobre política y subsidiariedad en el pensamiento de Jaime Guzmán”. *Revista de Ciencias Políticas (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, 36(2): 503-521. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2016000200005 [consulta 10 julio 2023]
- MARSHALL, Thomas Humphrey. y BOTTOMORE, Tom (2004). *Ciudadanía y clase social*. Traducción de Antonio Bonnano. Buenos Aires: Losada.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris (1931). “Estudio preliminar”; en *Las nuevas constituciones del mundo*. Madrid: Editorial España.
- [...].- (2011). *Modernas tendencias del derecho constitucional*. Madrid: Reus.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. 4 t. Santiago: Librotecnia.
- O’CONNOR, James (1981). *La crisis fiscal del Estado*. Barcelona: Ediciones Península.
- ORTÚZAR, Pablo (2021). “La vida ardua”. *La Tercera*, 17 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/columna-de-pablo-ortuzar-la-vida-ardua/PUXB56ODUZESPIGN2CUNI5N6PI/>
- PECES-BARBA, Gregorio (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

- Pío XI (1931). *Quadragesimo Anno*. Disponible en: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html [consulta 10 julio 2023]
- Pío XII (1931). *Discorso di Sua Santità Pio PP. XII ai partecipanti al Convegno Nazionale dei Dirigenti della Confederazione Generale del Commercio*. Venerdì, 17 febbraio 1956. Disponible en: https://www.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1956/documents/hf_p-xii_spe_19560217_confederaz-commercio.html [consulta 10 julio 2023]
- PISARELLO, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- QUINTANA BENAVIDES, Augusto (2014). “El principio de subsidiariedad”. *Revista de Derecho Público*, (Edición Especial Marzo): 125-136. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/31682/33454> [consulta 11 julio 2023]
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1962). *Los principios cristianos del orden político*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- DA SILVA, Jose Afonso (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. México: UNAM.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1986). “Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad (Una aproximación)”. *Revista de Derecho Público*, (39-40): 32-49. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43680/45699> [consulta 11 julio 2023]
- VON BEYME, K. (1994). *Teoría política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad*. Madrid: Alianza, pp. 116-139.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2021). “Constitución: El Estado Social y las “cláusulas económicas y sociales””. En Asociación Chilena de Derecho Constitucional (coordinador), *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución*. Valencia (España): Tirant Lo Blanch, 57-80.