

## DERECHOS SOCIALES EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL: AVANCES Y ASPECTOS POR AFINAR

- La consagración de derechos sociales es un elemento central dentro del Estado social y democrático de derecho, nueva forma de organización del Estado que debe contemplar la propuesta de nueva Constitución de acuerdo a las bases institucionales del proceso.
- En esta línea, el anteproyecto elaborado por la Comisión Experta contempla el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la vivienda y al agua y al saneamiento.
- Las prestaciones específicas que se consagren a nivel legal para la satisfacción de estos derechos serán exigibles ante los tribunales de justicia, extendiéndose la acción de protección respecto de ellos, solo bajo ciertas circunstancias.
- Si bien estos derechos son abordados de manera razonable en el texto, se siguen comprendiendo con un enfoque más centrado en el Estado garante que como instrumentos que permiten a las personas alcanzar su propio proyecto personal.

Esta semana la Comisión Experta despachó el anteproyecto de nueva Constitución al Consejo Constitucional, órgano que, a partir de dicho texto, deberá redactar la propuesta que se someterá a plebiscito el 17 de diciembre de este año. Dicho anteproyecto, tal como lo mandata la Constitución vigente, se hace cargo de las 12 bases institucionales, dentro de las cuales se encuentra la cláusula de Estado social y democrático de derecho<sup>1</sup>, recogida en el artículo 1 de la propuesta de la Comisión Experta como una forma de organización del Estado<sup>2</sup>.

La cláusula está incluida en los Fundamentos del Orden Constitucional, guiando la forma en que se interpreta el resto de la Constitución, y contempla cuatro elementos:

---

<sup>1</sup> El artículo 154 N° 5 de la Constitución vigente dispone: “Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”. Esta base se encuentra recogida prácticamente en los mismos términos en el artículo 1° del Capítulo I “Fundamentos del Orden Constitucional”.

<sup>2</sup> Ver también Tema Público N°1589-2. “Estado social de derecho no implica crear monopolios estatales”, de 27 de abril de 2023.

(a) el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, (b) la promoción del desarrollo progresivo de los derechos sociales, (c) la sujeción al principio de responsabilidad fiscal y (d) la provisión a través de instituciones estatales y privadas.

De esta manera, la consagración de derechos sociales es un elemento central dentro de este nuevo marco social, siendo cinco los derechos que se pueden calificar de esta manera en la propuesta: derecho a la salud, a la educación y a la seguridad social, ya reconocidos en nuestro ordenamiento vigente, y los nuevos derechos a la vivienda, y al agua y al saneamiento. Las prestaciones específicas que se consagren a nivel legal para la satisfacción de estos derechos pasan a ser exigibles vía acción de protección ante los tribunales de justicia, cumpliendo ciertos requisitos, a saber: (a) tratarse de actos u omisiones ilegales; (b) que configuren una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones legales o discriminación en el acceso a las mismas.

Estos derechos, si bien se recogen de manera sobria frente a las extensas garantías de la propuesta de la antigua Convención Constitucional, se siguen comprendiendo con un enfoque más centrado en un Estado garante en vez de instrumentos que permiten a las personas alcanzar su propio proyecto personal, lo que se hace patente al no incluir respecto de algunos de ellos la libertad de elección. Esto debería ser corregido en la nueva etapa del proceso constitucional.

## **DERECHOS SOCIALES EN EL ANTEPROYECTO: ASPECTOS POR AFINAR**

### **a) Derecho a la salud**

El anteproyecto amplía el derecho a la salud, indicando que su protección comprende sus dimensiones “física, mental y social”, incorporando garantías de libertad, universalidad, igualdad y oportunidad respecto a las acciones de salud. Asimismo, se reconoce la ejecución de estas acciones a través de instituciones estatales o privadas, con un elemento novedoso respecto al fomento de las prácticas deportivas con el fin de mejorar la salud y calidad de vida de las personas.

Ahora bien, el texto no contempla la existencia de cotizaciones obligatorias, por lo que tampoco consagra la libertad de elección respecto a quien administre los recursos que cada persona destine para cuidar de su salud, como sí lo consagra el artículo 19 número 9 de la Constitución vigente, retrocediendo en una libertad con la que hoy cuentan los ciudadanos. En cambio, llama la atención que las cuatro letras que componen el numeral relativo a salud otorgan atribuciones al Estado en la materia.

### **b) Derecho a la educación**

En comparación a la Constitución vigente, el texto propuesto otorga al Estado un rol más protagónico en materia de educación. Esto se evidencia, por ejemplo, al indicar que “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”, al imponer el deber al Estado de “crear, sostener y coordinar una red nacional de establecimientos educacionales pluralista en todos los niveles de enseñanza”, así como también le corresponde asegurar la calidad de la educación en todos sus niveles. Si bien esto puede parecer positivo, el rol del Estado en materia educacional debe estar enfocado, en primer lugar, a fortalecer y apoyar a la propia sociedad organizada en la resolución de las necesidades educativas. Si bien la propuesta considera un numeral destinado exclusivamente a la libertad de enseñanza, no conversa el rol que se entrega al Estado en estas materias con el despliegue de dicha libertad. Además, el anteproyecto constitucional no consagra explícitamente que el Estado deba entregar recursos para financiar, por ejemplo, vía subvención escolar, la libertad de enseñanza que el mismo texto consagra, aspecto que debieran incluir los Consejeros Constitucionales en esta etapa del proceso.

### **c) Derecho a la seguridad social**

En materia de seguridad social, el anteproyecto mandata al Estado garantizar el “acceso a prestaciones básicas y uniformes, establecidas por ley, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”, siendo novedoso que se incluyan a nivel constitucional las contingencias respecto de las cuales las personas deben ser resguardadas<sup>3</sup>. Junto a lo anterior, se le reconoce al Estado un rol regulador, además de la supervigilancia del adecuado ejercicio de este derecho. También constituye una innovación la limitación del uso de los recursos con que se financie la seguridad social, los que sólo podrán destinarse al financiamiento y administración de sus prestaciones.

Ahora bien, en el texto propuesto por la Comisión Experta no se reconoce a los trabajadores la libertad de elección del administrador de los ahorros previsionales y de los fondos que se generen, lo que no se condice con la regulación legal vigente ni con la preferencia de la ciudadanía al respecto<sup>4</sup>. Tampoco se garantiza la propiedad, heredabilidad e inexpropiabilidad de los ahorros previsionales.

---

<sup>3</sup> Contingencias de vejez, discapacidad, muerte, enfermedad, embarazo, maternidad, paternidad, desempleo, accidentes y enfermedades laborales, sin perjuicio de otras establecidas en la ley.

<sup>4</sup> La encuesta CADEM de septiembre de 2022 señala que, frente a un eventual aumento en la cotización obligatoria, un 82% de los encuestados manifestó su deseo de elegir entre administración pública y privada para la gestión de sus ahorros, tendencia que se mantuvo a marzo de 2023, con un 79% de las preferencias.

Esto, aunque no se contempla expresamente en la Constitución actual, es un tema que ha tomado especial relevancia en los últimos años, fruto de las propuestas, tanto constitucionales como legales que han ido en contra de la propiedad y de la libertad de elección. Por ello, resulta esperable que el Consejo Constitucional consagre ambas garantías en la propuesta de nueva Constitución.

#### **d) Derecho a la vivienda**

Una de las novedades de la propuesta de texto es la incorporación del “derecho a la vivienda adecuada”<sup>5</sup>, donde se establece que el Estado promoverá, a través de instituciones públicas y privadas, acciones tendientes a la satisfacción progresiva de este derecho. Además, la norma dispone que el Estado adoptará las medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial, entregando un rol protagónico al Estado en la promoción y garantía del derecho.

#### **e) Derecho al agua y al saneamiento**

Otra de las novedades del texto propuesto por la Comisión Experta es que se eleva a rango constitucional el derecho al agua y al saneamiento, en una forma coherente con el recientemente reformado Código de Aguas, lo que es valorable frente a la propuesta maximalista de la fracasada Convención Constitucional. Así, la norma impone al Estado el deber de garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras y, además, establece que prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente.

### **EL RESGUARDO DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Para garantizar los derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la vivienda, al agua y al saneamiento, se mandata al Estado adoptar medidas adecuadas para su realización, atendiendo a una serie de directrices<sup>6</sup>:

- Primero, “el desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de estos derechos”. Esto, conocido en doctrina como “principio de progresividad”, implica la obligación del Estado de ir “avanzando en la cobertura de los derechos sociales prestacionales, de manera siempre incremental y sin posibilidad de derogar los logros

---

<sup>5</sup> Al respecto, al no conocerse el alcance del adjetivo “adecuada”, que no tiene su correlato en la legislación vigente -por ejemplo, en el DFL 458, de 13 de abril de 1976, que aprueba la Ley General de Urbanismo y Construcciones-, se podrían generar conflictos respecto a la determinación del derecho. No obstante ello, al indicarse que ello debe ser en “conformidad de la ley”, es esta la que debe dotar de contenido objetivo al concepto “adecuada”.

<sup>6</sup> Artículo 24 del anteproyecto de nueva Constitución.

alcanzados”<sup>7</sup>. La disposición, que es parte de las bases institucionales, aunque podría rigidizar la materialización de los derechos en políticas públicas cuya implementación ha demostrado ser poco efectiva, no impide un cambio de rumbo, aunque, sometida a un juicio de constitucionalidad, implica que el Estado deba demostrar, con datos suficientes, la conveniencia u oportunidad de las nuevas políticas públicas que se pretendan.

- Segundo, “el aseguramiento de un nivel adecuado de protección para cada derecho”, de la mano de “el empleo del máximo de recursos disponibles, con responsabilidad fiscal”. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha dispuesto que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”<sup>8</sup>, de modo que en la etapa de revisión del anteproyecto por el Consejo Constitucional debiera revisarse este mandato al Estado. Si se mantiene debe al menos interpretarse como se ha entendido internacionalmente: una obligación de garantizar contenidos mínimos supeditada a la limitación de recursos -y, en el caso del anteproyecto, además a la responsabilidad fiscal-, que, en caso de incumplirse, deba demostrarse que se ha realizado todo el esfuerzo para utilizar el máximo de recursos que estaban a disposición<sup>9</sup>. Si no se interpreta de esta manera, este mandato podría generar al Estado una presión sobre las arcas fiscales, en condiciones que debe velarse por la eficiencia del gasto público, considerando las múltiples necesidades que deben ser satisfechas con recursos escasos.

- Tercero, se exige al Estado “la no discriminación o diferenciación arbitraria”, un principio de igualdad formal o ante la ley; así como “la remoción de obstáculos para asegurar condiciones efectivas de igualdad”, un principio de igualdad material o de resultados, que podría llegar a ser contradictorio con el anterior, siendo este último el que debería primar<sup>10</sup>.

- Por último, “la satisfacción a través de instituciones estatales y privadas, según corresponda”, que se podría esgrimir para defender la libertad de elección respecto de los derechos sociales en general. Ahora bien, con el texto propuesto por la Comisión Experta la libertad de elección entre los prestadores se materializa de diferentes formas respecto de cada derecho. Por ejemplo, tratándose del derecho a la protección de la salud, y en la eventualidad que no hayan cotizaciones obligatorias

---

<sup>7</sup> Poyanco, Rodrigo. “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XXIII, Bogotá. P.338. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37891.pdf>

<sup>8</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3. Ávila, Ramiro y otros. “Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad”. Centro de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. P. 52. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28628.pdf>

<sup>9</sup> Principios de Limburgo, principios 25-28. *Ibíd.* P. 53.

<sup>10</sup> Véase en Libertad y Desarrollo. Actualidad Constitucional N°12, 26 de mayo de 2023.

para ello, es más bien el Estado quien mandata a la persona a elegir dentro de determinadas instituciones prestadoras de servicios de salud, mientras que, en el caso del derecho a la educación, la elección sobre el establecimiento educacional radica en las personas, sin que el Estado tenga mayor injerencia. En ese sentido, y de cara a la etapa siguiente en el proceso, sería conveniente explicitar que, en el caso del derecho a la protección de la salud, la decisión radique en la persona, al igual que en educación.

Además, como un elemento novedoso se incorpora una acción de protección respecto de las prestaciones sociales establecidas en la ley, cuestión no contemplada en la Constitución vigente, no obstante la judicialización que se ha llevado a cabo a través del recurso de protección invocando la vulneración de otros derechos sí cubiertos (por ejemplo, la vida para la obtención de medicamentos de alto costo).

La Comisión Experta propone una acción en los siguientes términos: “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, 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”.

De este modo, se vincula la acción de protección sólo respecto a actos u omisiones ilegales vinculadas a las prestaciones establecidas en la ley -sin perjuicio de que “prestaciones legales” puede ser un término que invite a equívocos-, radicando correctamente el conocimiento de las aspiraciones sociales en el foro político, representado por el Congreso Nacional y el Presidente de la República. Esto se refuerza con otra norma incluida también dentro del título de garantías de los derechos y libertades, que indica que las medidas adecuadas para la realización de los derechos sociales serán determinadas por la ley y las normas fundadas en ella, mientras que, en la aplicación e interpretación de esta norma, “los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas” que realizan tales derechos.

Tales resguardos parecen adecuados para evitar que se produzca una judicialización directa a partir del texto constitucional de los derechos sociales, con los conflictos de dejar la deliberación sobre la conveniencia y factibilidad de las políticas públicas en quienes están llamados a resolver caso a caso, con el correlativo menoscabo del

sistema de gobierno democrático y el principio de separación de poderes<sup>11</sup>. Ahora bien, la judicatura deberá respetar estas normas para evitar que, por vías indirectas, terminen siendo infructuosos estos esfuerzos.

Sin embargo, la norma dispone que, además de poder recurrir quien, a causa de una acción u omisión ilegal, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones legales, podrá ejercer la acción quien se vea discriminado en el acceso a las mismas, sin indicar que esta discriminación debe ser arbitraria para considerarse ilegítima. El término “arbitraria” es lo que hace reprochable las distinciones que pueden hacerse válidamente al implementar políticas públicas, siendo un adjetivo que suele acompañar a las prohibiciones de las discriminaciones, utilizándose no sólo en la Constitución vigente, sino también en algunas de las menciones de la discriminación en el anteproyecto, e, incluso, en la conocida “Ley Zamudio”<sup>12</sup>. Esta falta de precisión puede abrir las puertas al activismo judicial, ampliando en exceso las causales en que procede la acción<sup>13</sup>, por lo que debiera corregirse durante la discusión en el Consejo Constitucional.

### **CONCLUSIÓN: UN ESTADO PARA LAS PERSONAS**

Es necesario que la sociedad se haga cargo de resguardar que todas las personas tengan un cierto nivel de vida adecuado y coherente con el respeto a la dignidad humana -base del derecho y la justicia, según parte el anteproyecto de nueva Constitución-, en razón de lo cual los derechos sociales cumplen un rol fundamental. Sin embargo, esto no significa que el Estado sea el único responsable, ni que pueda monopolizar las formas en que estos derechos deban ser resguardados y satisfechos. Las familias -núcleo fundamental de la sociedad- y organizaciones sociales son las primeras llamadas a velar por cada uno de sus miembros, a las que el Estado debe apoyar en su tarea, en virtud del principio de servicialidad del Estado también recogido en la propuesta.

De este modo, si bien cabe elogiar el trabajo de la Comisión Experta para contener las pretensiones maximalistas que imperaron en el anterior proceso constitucional, estableciendo derechos y responsabilidades razonables, es necesario que en la nueva etapa el Consejo Constitucional ponga también, en materia de derechos sociales, a la persona al centro, incluyendo su libertad de elegir y su participación, en asociación con otros, en la provisión de los bienes sociales.

---

<sup>11</sup> Kangiser, Pablo. “Sobre los derechos sociales”. Disponible en <https://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2017/08/los-derechos-sociales/>

<sup>12</sup> Ley N°20.609, de 24 de julio de 2012, que establece medidas contra la discriminación.

<sup>13</sup> El Mercurio. “Recurso de protección y derechos sociales”. Editorial A3, 30 de mayo de 2023.