



**Los derechos económicos, sociales,  
culturales y ambientales**



---

**DERECHOS SOCIALES Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE CHILE:  
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional**

---



**DERECHOS SOCIALES Y  
EL MOMENTO CONSTITUYENTE  
DE CHILE:**

---

*Perspectivas globales y locales  
para el debate constitucional*

---

**Tomo III: Los derechos económicos, sociales y ambientales**



## • EDITORES •

---

Valentina Contreras Orrego · Vicente Silva · Koldo Casla

Pedro Cisterna Gaete · Verónica Delgado Schneider · Magdalena Sepúlveda

---

## • TRADUCCIÓN •

---

Amy Echeto

## • REVISIÓN DE TEXTO •

---

Verónica Cadavid · Valentina Contreras

## • DISEÑO Y COMPOSICIÓN •

---

Felipe Mery · Jorge Llantén

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0; <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

**Cita sugerida:** Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (2021) Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo I: chile, desigualdad y derechos sociales. Santiago, Chile: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights. DOI: 10.53110/BVOF9600.

---

Derechos sociales y el momento constituyente de Chile:  
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional

Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales

Santiago de Chile, septiembre 2021

DOI: 10.53110/MWKB2533





# • INDICE

---

## *sección A*

### SEGURIDAD SOCIAL

## *sección B*

### TRABAJO

## *sección C*

### SALUD

1. La consagración del derecho a la seguridad social en la constitución: implicancias y oportunidades

---

Alexandra Barrantes

13

2. Trabajo y Constitución: Análisis, crítica y propuestas al modelo constitucional laboral chileno

---

Álvaro Domínguez Montoya

31

3. Constitucionalizando el derecho a la salud para todos

---

Judith Bueno de Mesquita y Octávio Luiz Motta Ferraz

47

4. Una propuesta de adjudicación de recursos sanitarios para la Nueva Constitución chilena

---

Alejandra Zúñiga Fajuri

67

# • INDICE

---

## D *sección*

### VIVIENDA COMO ESTÁNDAR DE VIDA ADECUADO

5. Tomando el derecho a una vivienda adecuada en serio en la próxima constitución chilena: Un derecho en construcción desde cero

---

79

Dr. Koldo Casla y Verónica Valenzuela

6. La ciudad y los DESCA

---

95

Ana Sugranyes Bickel y Maricarmen Tapia Gómez

## E *sección*

### EDUCACIÓN

7. El derecho a la educación: evolución, nudos críticos y perspectivas de futuro

---

113

Alfonso Henríquez R

8. Constitucionalizando los *Principios de Abiyán* sobre el derecho a la educación: Claves para el proceso chileno

---

129

Valentina Contreras Orrego, Vicente Silva y Delphine Dorsi

## F *sección*

### AGUA Y SANEAMIENTO

9. El derecho humano al agua y saneamiento: La priorización del uso ecosistémico como un presupuesto necesario

---

151

Verónica Delgado Schneider y Juan Francisco Zapata Hassi

# • INDICE

## *sección* G

### MEDIO AMBIENTE SANO

10. Nueva Constitución y Medio Ambiente

Verónica Delgado y Dominique Hervé

171

11. Derechos humanos para la incorporación  
del cambio climático en la Nueva constitución

Pedro Cisterna y Ezio Costa

189

# A sección

## “Seguridad social”







## La consagración del derecho a la seguridad social en la constitución: implicancias y oportunidades

Alexandra Barrantes<sup>1</sup>

DOI: 10.53110/DMCY3518

**A. Introducción:** En el contexto actual de un gran descontento social de la sociedad chilena, este capítulo busca indagar en las oportunidades que podría brindar la incorporación del derecho a la seguridad social en la nueva Constitución de Chile. Detalla el cuestionamiento de la sociedad chilena en relación a la seguridad social, y su vinculación con las demandas por justicia social y un acceso universal, equitativo y digno a servicios públicos. A su vez, se busca analizar el papel que la seguridad social puede cumplir en una sociedad, ya que, debido a su carácter redistributivo, puede contribuir en la reducción y mitigación de la pobreza, la prevención de la exclusión social y la promoción de la inclusión social<sup>2</sup>. Se enfatiza la importancia del derecho a la seguridad social universal, de un enfoque de derechos en esta materia, y del valor de la incorporación de este derecho en la nueva Constitución chilena. Para ello, se realiza también una comparación con otras constituciones a nivel global, para luego brindar algunas recomendaciones específicas para el caso chileno.

<sup>1</sup> Alexandra N. Barrantes, MA in International Development, Social Policy Unit Head, Development Pathways, UK.

<sup>2</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008.

## Contexto chileno: cuestionamiento del contrato social y el rol de la segu- ridad social

Chile se ha enfrentado en los últimos años a un generalizado descontento social, un fuerte cuestionamiento a la legitimidad del contrato social existente, y a la necesidad de replantearse la relación de los chilenos con el Estado y sus instituciones.

Ya anteriormente a octubre de 2019 la sociedad chilena cuestionaba la legitimidad de su actual sistema de seguridad social con esquemas de pensiones basados en la capitalización individual, así como otros de los esquemas existentes<sup>3</sup>. Uno de los puntos de tensión giraba en torno a dos de los principios de la seguridad social contributiva en Chile, fruto de su actual marco constitucional: el principio de la propiedad privada y el basado en el individuo<sup>4</sup>. Una de las principales problemáticas del actual sistema de seguridad social de Chile se puede describir de esta manera:

“ ”

*El pilar contributivo del sistema de pensiones en Chile fue diseñado con un componente principal de ahorro individual basado en la premisa de asegurar que el trabajador es el “propietario” de sus ahorros. Dicha premisa se contrapone con el principio de seguridad social que supone asegurar ingresos en la vejez distribuyendo el riesgo socialmente. El componente contributivo del sistema de pensiones chileno, al basarse en la capitalización individual con cotizaciones sólo de los trabajadores para el “riesgo de vejez” carece de solidaridad y arreglos inter e intra generacionales que distribuyan este riesgo social.”*

generacionales que distribuyan este riesgo social”<sup>5</sup>.

Una serie de consultas realizadas en Chile pone de manifiesto también un panorama preocupante respecto al contrato social existente con el Estado, reflejando el cansancio por la falta de cambios<sup>6</sup>. El informe de estas

“El pilar contributivo del sistema de pensiones en Chile fue diseñado con un componente principal de ahorro individual basado en la premisa de asegurar que el trabajador es el “propietario” de sus ahorros. Dicha premisa se contrapone con el principio de seguridad social que supone asegurar ingresos en la vejez distribuyendo el riesgo socialmente. El componente contributivo del sistema de pensiones chileno, al basarse en la capitalización individual con cotizaciones sólo de los trabajadores para el “riesgo de vejez” carece de solidaridad y arreglos inter e intra

<sup>3</sup> Organización Internacional del Trabajo, 2020.

<sup>4</sup> Ibíd.

<sup>5</sup> Ibíd., p. 3.

<sup>6</sup> Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Tenemos que Hablar de Chile, 2020.

consultas refleja la necesidad de un Estado más sensible, en particular en lo que concierne al ámbito social. En particular, identifica una demanda social por una mejor protección de los derechos sociales, la aspiración a un Estado responsable de atender los riesgos que las personas experimentan a lo largo de su ciclo de vida, y de transformar la relación entre el Estado y los ciudadanos.

El descontento social y los impactos económico-sociales de la pandemia han traído a la luz serios cuestionamientos a la desigualdad existente, y al estado de cohesión social en Chile. Un estudio del Ministerio de Desarrollo Social y Familia<sup>7</sup> sobre este tema resalta el cuestionamiento respecto a la capacidad de respuesta del Estado y de las instituciones en general a las necesidades de la sociedad. El estudio sugiere que la ciudadanía percibe que no siempre recibe un trato digno por parte de las instituciones que brindan servicios públicos, y se observa una caída de la confianza en las instituciones, un aumento en la percepción de injusticia social, un acceso diferenciado a derechos sociales dependiendo de la clase social y la sensación de que el esfuerzo no es recompensado ni en términos laborales ni en lo referente a jubilaciones y pensiones. Se destaca “un quiebre con las expectativas de movilidad social”<sup>8</sup> respecto al sistema de previsión social y el sistema de pensiones, y un descontento con los montos de dichas pensiones.

En una encuesta realizada a la ciudadanía chilena sobre las percepciones de los derechos humanos, los resultados en materia de seguridad social resultan preocupantes.<sup>9</sup> Por un lado, el estudio indica que un 22% y un 19,3% de los encuestados están al tanto de sus derechos a la salud y a la educación, respectivamente, pero solamente un 5,9% sobre el derecho a una jubilación y pensión digna. Por otro lado, al ser preguntados sobre las percepciones respecto a los derechos más vulnerados, el 20,7% identificó a la salud en primer término; el siguiente derecho más vulnerado (16,8%) fue el derecho a una jubilación y pensión digna. Al evaluarse la percepción acerca de la protección de derechos, encontramos respecto al derecho a una jubilación y pensión digna que un 12,8% percibe que este derecho se protege totalmente, un 52,6% considera que se protege algo, y un 34,7% entiende que no se respeta en absoluto.

Ante este descontento social, se visibiliza la incapacidad del sistema político institucional chileno para canalizar en forma adecuada estas demandas, lo cual a su vez ha debilitado el sentido de pertenencia de la sociedad chilena<sup>10</sup>. **El marco constitucional chileno, basado en una óptica**

---

<sup>7</sup> Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2020.

<sup>8</sup> Ibíd.

<sup>9</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos y ClioDinamcia Consulting, 2018.

<sup>10</sup> Lobos Palacios, 2020.

individual y privatizada en lo que concierne al derecho a la seguridad social, ha sido en parte culpable de esta incapacidad de respuesta del Estado, en particular por: el papel subsidiario del Estado y provisión de servicios a través del sistema privado, y la ausencia clara de principios de la seguridad social, como lo son la universalidad, suficiencia, solidaridad e igualdad, entre otros.<sup>11</sup> Cabe resaltar que la Constitución de Chile no es neutral, ya que en su artículo primero ya se esboza un modelo de Estado subsidiario “que incide en la manera en que el destinatario de los derechos cumple con el deber de satisfacer las prestaciones de seguridad social, salud y educación”.<sup>12</sup>

## C.

### **Derecho a la seguridad social y su rol en una sociedad**

Desde la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, establecida en el año 1919, proclamando la necesidad de asegurar a los individuos por riesgos y vulnerabilidades, la seguridad social se ha constituido en un instrumento crucial del desarrollo socioeconómico de un país, para la cohesión social, el fortalecimiento de las democracias, y en una función esencial de los denominados Estados de Bienestar europeos.<sup>13</sup> De allí que muchos países hayan incorporado este derecho a sus constituciones. Al estar basada en principios de justicia social, la seguridad social promueve la solidaridad entre los miembros activos e inactivos de una sociedad, así como entre personas de altos y bajos ingresos, y de manera intergeneracional, contribuyendo de esta manera también a la dignidad humana, a la equidad, a la inclusión social, al empoderamiento y a democracias más estables.<sup>14</sup>

El derecho a la seguridad social<sup>15</sup> se encuentra consagrado en marcos de derechos humanos tanto universales como regionales. Éstos incluyen los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>16</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (artículos 9 y 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 26), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, artículo 9), y la Recomendación 202 de

---

<sup>11</sup> Ibíd.

<sup>12</sup> Henríquez, 2020.

<sup>13</sup> Egorov, 2016.

<sup>14</sup> Ibíd.

<sup>15</sup> Para este trabajo se toma la interpretación de Sepúlveda (2014), derivado del trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considerando los conceptos de “seguridad social” y “protección social” como sinónimos.

<sup>16</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

la Organización Internacional del Trabajo sobre Pisos de Protección Social. Sobre este último instrumento, las recomendaciones relativas a los pisos de protección social han enfatizado que “las garantías básicas de seguridad social deberían establecerse por ley” y se reconoce “la responsabilidad general y principal del Estado de poner en práctica”<sup>17</sup> los principios de la Recomendación, incluyendo la “universalidad de la protección, basada en la solidaridad social”.<sup>18</sup>

La historia de muchos de los Estados de Bienestar de Europa occidental muestra que la inversión en servicios públicos del Estado como la educación, la salud, y la seguridad social, fue una apuesta hacia mayor justicia social, una paz duradera, y democracias más fuertes.<sup>19</sup> Ello a su vez incrementó la confianza de los ciudadanos en sus gobiernos, y permitió a los países incrementar el pilar solidario de los sistemas de seguridad social, fortaleciendo el círculo virtuoso de mayor inversión social, mayor bienestar, mayor confianza en los gobiernos en cuanto a su capacidad de atender los riesgos y vulnerabilidades que todos experimentan en el curso de sus vidas.

Lo cierto es que un marco normativo sólido, que parte del reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social, proporciona los principios y fundamentos sobre los que un Estado puede, como garante de derechos, establecer su sistema de seguridad social. De igual forma, puede resultar crucial para la expansión de la cobertura del sistema social de un país, y permitirle al Estado de este modo avanzar progresivamente hacia la universalidad.

Un enfoque de derechos en seguridad social implica enmarcar los debates y las decisiones políticas sobre la materia en torno a derechos y a principios de igualdad y solidaridad, entre otros.<sup>20</sup> Este enfoque brinda los marcos conceptuales y normativos necesarios para encaminar sistemas de protección social integrales y universales, contrastando significativamente con una protección social encarada desde la responsabilidad del individuo, sistemas previsionales mayoritariamente privados, y una fragmentación de servicios que deja a muchos por fuera. Se trata de dos paradigmas de la protección social: uno basado en derechos y ciudadanía que protege a los sujetos de derecho a lo largo de su vida, versus un sistema fragmentado basado en la caridad y la provisión de asistencia social para los “otros”, “los

## D.

### ***Principios del derecho a la seguridad social e importancia del enfoque de derechos***

<sup>17</sup> Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012.

<sup>18</sup> Ibíd.

<sup>19</sup> Op. Cit., Egorov, 2016.

<sup>20</sup> Barrantes, 2020.

pobres”, o los “mercedores”.<sup>21</sup>

Para adoptar los principios fundamentales de un marco de derechos humanos al ámbito de la protección social, se debería contemplar el asegurar un marco legal e institucional adecuado y adoptar estrategias de largo plazo; adoptar políticas integrales, coherentes y coordinadas; y respetar los principios de equidad y no-discriminación, entre otras consideraciones.<sup>22</sup> Ahora bien, la aplicación de derechos humanos en protección social va más allá de una mera retórica: la provisión de servicios y programas debería operar respetando los estándares de derechos en base a las obligaciones contraídas por los Estados.

Más allá del hecho inevitable de que los derechos sociales son legalmente vinculantes, lo cierto es que las consideraciones de derechos son fundamentales para construir sistemas de protección social inclusivos basados en el ciclo de vida por varios motivos.<sup>23</sup> Por un lado, los derechos humanos proporcionan normas y principios rectores, brindando un marco tanto para el diseño como para la implementación de programas y servicios de protección social a través de principios y estándares.

A su vez, al establecer un contrato social entre el Estado y los individuos, un enfoque de derechos humanos puede mejorar la cohesión social y colocar a la dignidad humana en el centro mismo de esta relación. Como titulares de derechos, los individuos deben verse como activos agentes de cambio, en lugar de considerarse meramente beneficiarios pasivos de servicios y/o programas de seguridad social.

Las consideraciones de derechos humanos permiten también al Estado incorporar la perspectiva del ciclo de vida, dado que los individuos de todas las edades son titulares de derechos y pueden enfrentarse a vulnerabilidades y riesgos a lo largo de la misma. A diferencia de un enfoque de la seguridad social basado en la austeridad fiscal, focalizado en los “más pobres de los pobres” o “el otro”, un enfoque de derechos requiere que los Estados maximicen el uso de los recursos disponibles y la realización progresiva del derecho a la protección social para todos, apuntando así a mayor inclusión.

De igual forma, la naturaleza inclusiva de los esquemas de seguridad social que responden a un enfoque de ciclo de vida, junto a la mayor cobertura de ciertos sectores de la población, coadyuvan para dar respuesta más eficaz a los riesgos externos, permitiendo brindar apoyo a una alta proporción de la población afectada.<sup>24</sup> Estos esquemas alcanzan a una mayor proporción de hogares vulnerables y permiten acceder a información actua-

---

<sup>24</sup> Kidd, 2017.

<sup>22</sup> Sepúlveda y Nyst, 2012.

<sup>23</sup> Barrantes, 2020.

<sup>24</sup> Kidd y Sibun, 2020.

lizada, lo que hace posible una rápida implementación y ampliación de la cobertura, si fuese necesario, de las transferencias y/o servicios. Además, en el contexto de una pandemia, la cuestión del quienes sean “merecedores” de recibir transferencias u otro tipo de apoyo del gobierno es cuestionable.<sup>25</sup>

Por último, un enfoque basado en los derechos nos permite apreciar el proceso de políticas en su conjunto, en lugar de contemplar sólo los resultados deseados de las políticas públicas de seguridad social. Como tal, “las obligaciones de los Estados también se aplican al contenido de sus políticas de protección social, así como al proceso mediante el cual las implementan”.<sup>26</sup> Esto incluye desde el diseño y la regulación de programas y servicios de seguridad social, hasta la implementación en terreno. El quid de la cuestión es que todo el proceso incorpore principios como la dignidad y la no discriminación, en lugar de centrarse únicamente en la eficiencia para alcanzar los resultados previstos.

Siguiendo el hilo conceptual de lo discutido en secciones anteriores, cabe resaltar la importancia de contar con un marco constitucional que resguarde el derecho a la seguridad social. La inclusión de un derecho a nivel constitucional refleja los valores y creencias fundamentales de una sociedad<sup>27</sup> y en el caso del derecho a la seguridad social, puede brindar un fundamento para las políticas sociales en esta materia.<sup>28</sup> La incorporación del derecho a la seguridad social a nivel constitucional concede a este derecho una fuerte dimensión moral en cuanto a la prevención de la negación injusta de la dignidad humana junto con los ingresos.<sup>29</sup>

El reconocimiento constitucional de derechos impone a su vez obligaciones al Estado, la necesidad de coordinar la articulación de instituciones del Estado responsables, de desarrollar las normas legislativas correspondientes, así como las acciones judiciales necesarias.<sup>30</sup> Las garantías constitucionales brindan también una base para la protección de los derechos a través de mecanismos institucionales, lo que permite dar seguimiento al cumplimiento de estos derechos y proteger a los sujetos de derechos de políticas regresivas de austeridad fiscal, que tienen un impacto negativo en el ejercicio de derechos sociales.<sup>31</sup> Adicionalmente, el marco normativo de un

## E.

### **Breve resumen comparativo del derecho a la seguridad social en constituciones a nivel global**

<sup>25</sup> Ravallion, 2020.

<sup>26</sup> Sepúlveda y Nyst, 2012.

<sup>27</sup> Ben-Bassat y Momi, 2008

<sup>28</sup> Montt y Coddou, 2020.

<sup>29</sup> Op. Cit., Egorov, 2016.

<sup>30</sup> Ibíd.

<sup>31</sup> Ibíd.

país puede posicionar los instrumentos internacionales vinculantes que ha firmado por encima de su orden constitucional.

**Una base constitucional que reconozca el derecho a la seguridad social –desde el Estado como garante de derechos- es también importante para el contrato social, en particular para captar el apoyo de la mayoría de la ciudadanía (no solamente de los beneficiarios actuales de los servicios y prestaciones de seguridad social existentes).**

Ahora bien, a nivel global existe una amplia gama de ejemplos de cómo se ha integrado el derecho a la seguridad social en diferentes constituciones. En términos generales, los compromisos constitucionales en materia de seguridad social han tomado forma de provisiones muy específicas por un lado, o de declaraciones muy generales por el otro.<sup>32</sup> De allí que se ve un patrón en cuanto a la garantía de la protección social en las constituciones: un primer abordaje que busca afirmar la seguridad social como un derecho individual del ser humano; un enfoque que define la responsabilidad social del Estado en las disposiciones de seguridad social; y finalmente un enfoque que coloca a la seguridad social entre los principios rectores de la política estatal.<sup>33</sup>

La mayoría de las constituciones se refieren a algún tipo de prestación de servicios de seguridad social que responda a un riesgo o vulnerabilidad particular que los individuos de cualquier sociedad puedan sufrir, como es el caso de la seguridad social de forma general, seguro social, asistencia social, y prestaciones tales como servicios sociales.<sup>34</sup> En menor medida, otras constituciones hacen referencia a conceptos de seguridad de ingresos, ingreso mínimo, y/o pensiones sociales.<sup>35</sup>

Un estudio global<sup>36</sup> sobre la incorporación de los derechos económicos, sociales, y culturales en constituciones identificó diferentes niveles de inclusión: en el 69.1% de países el derecho a la seguridad se encuentra presente; en un 42.8% el derecho es justiciable; y un 26.3% lo hacen a nivel de aspiración. En el caso de este último grupo de países, el derecho a la seguridad social no es jurídicamente vinculante, sino que “se articula a través de directrices generales que orientan a las políticas públicas”.<sup>37</sup>

**Algunas de las constituciones de los países de América Latina se encuentran entre las más avanzadas y detalladas en cuestiones de seguridad social (aún más notable en el caso de las constituciones más recientes), y la**

---

<sup>32</sup> Ibíd.

<sup>33</sup> International Labour Conference, 2011.

<sup>34</sup> Op. Cit., Egorov, 2016.

<sup>35</sup> Ibíd.

<sup>36</sup> Rosevear et al., 2019, pp. 37-65.

<sup>37</sup> Op. Cit., Montt y Coddou, 2020.

mayoría de los países de la región han incorporado amplias disposiciones en materia de seguridad social.<sup>38</sup> Además de contar con disposiciones de cobertura de seguridad social para varios riesgos a lo largo del ciclo de vida, las constituciones de la región presentan una tendencia hacia una mayor responsabilidad social del Estado y mayor inclusión de dichos sistemas de seguridad social, como es el caso de trabajadores domésticos y/o rurales.<sup>39</sup>

A modo de ejemplo, en el caso de la Argentina, su Constitución consagra el derecho a la seguridad social desde las reformas de 1957 y 1994 (artículo 14 bis), y en línea con el intervencionismo estatal keynesiano, las políticas sociales argentinas fueron de carácter más universal y apoyadas también en derechos colectivos.<sup>40</sup> Además, la Constitución argentina otorga prioridad a los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre su propia legislación nacional.

Otro ejemplo lo constituye el caso de Ecuador y su proceso de reforma constitucional más reciente (2008). Dicha Constitución establece en su artículo 34 el derecho a la seguridad social y establece que el mismo se regirá por principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, y equidad, entre otros. A su vez, el Estado se compromete a garantizar este derecho y hace particular mención a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, y trabajadores autónomos.<sup>41</sup> Este último ejemplo denota la tendencia de una mayor inclusión en el sistema de seguridad social en cuanto a cobertura, y establece de igual modo algunos de los principios fundamentales de la seguridad social.

En el caso chileno, el marco constitucional existente no garantiza a sus ciudadanos un acceso equitativo y universal al derecho a la seguridad social. En términos generales, la Constitución chilena tiene “incrustado el modelo económico neoliberal, lo cual hace muy difícil el ejercicio de los derechos sociales”.<sup>42</sup> De allí que no le correspondería al Estado chileno garantizar el derecho a la seguridad social, sino que “el Estado debe satisfacer la necesidad de contar con un sistema de superintendencias de seguridad social, a la cual los ciudadanos pueden reclamar administrativamente faltas a las normas reglamentarias y/o legales, más no a la norma constitucional”<sup>43</sup>

La Constitución chilena vigente (artículo 19) contempla a la seguridad social no desde la universalidad del derecho, sino desde el derecho a la propiedad privada, desde una lógica según la cual los individuos tienen la libertad de elegir entre la prestación de servicios de seguridad social desde

---

<sup>38</sup> Op. Cit., International Labour Conference, 2011.

<sup>39</sup> Ibíd.

<sup>40</sup> Halperín et al., 2008.

<sup>41</sup> Constitución de La República Del Ecuador, 2008.

<sup>42</sup> Uprimni, 2020.

<sup>43</sup> Op. Cit., Montt y Coddou, 2020.

el ámbito privado o público y no desde el derecho propiamente como tal, y donde esta concepción del derecho a la seguridad social conlleva a la precarización en el ejercicio de los derechos.<sup>44</sup> Esta visión, a su vez, en lugar de alentar una mayor integración y/o cohesión social por medio del acceso a prestaciones y servicios de seguridad social, es conducente a una segregación social y/o fragmentación en la prestación de servicios por parte del Estado.<sup>45</sup> Igualmente, dada esta conceptualización limitada del derecho a la seguridad social, lo establecido en este artículo 19 de la Constitución chilena no contribuye a promover el concepto de solidaridad necesario para la financiación de sistemas de seguridad social universales.

Más allá del reconocimiento de los derechos sociales en el marco constitucional de una nación, el bienestar de la población depende en definitiva del ejercicio material del acceso a tales derechos, lo cual en el caso de la seguridad social chilena no puede darse de forma acabada por todo lo mencionado anteriormente.

## F. Conclusión

A modo de conclusión, la incorporación del derecho a la seguridad social en la nueva Constitución de Chile basado en los principios mencionados a lo largo de este Capítulo, podría contribuir a la sociedad chilena en los aspectos mencionados a continuación.

*La consagración de la seguridad social y la dignidad humana en la máxima ley de cualquier país, su Constitución, en base a los conceptos de la solidaridad, universalidad, equidad y sustentabilidad constituyen una prioridad para reformular un nuevo contrato social.* El actual descontento social, las desigualdades existentes, y la desconfianza en el Estado y en sus políticas de seguridad social podrían de tal modo ser canalizados en pos de un mayor grado de pertenencia, mayor justicia social y a una mejor interacción con el Estado. En el contexto de Chile, el grado de cohesión social dependerá de cómo se reformule el sistema de seguridad social de una forma más inclusiva, dada la fragmentación y segmentación del sistema actual.<sup>46</sup> A su vez, el impacto negativo de la pandemia podría constituirse “en una oportunidad para refundar un pacto social en el que converjan las distintas visiones en materia de pensiones”<sup>47</sup> y que haga eco de las profundas críticas de la sociedad chilena.

La crisis actual brinda también la oportunidad de reformular el sistema de seguridad social chileno basado en los principios de solidaridad,

---

<sup>44</sup> Bassa, 2020.

<sup>45</sup> Ibíd.

<sup>46</sup> Op. Cit., Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2020.

<sup>47</sup> Op. Cit., Organización Internacional del Trabajo, 2020.

equidad, universalidad, adecuación y previsibilidad de las prestaciones, no discriminación e igualdad, inclusión social, respeto de los derechos y la dignidad de las personas, sostenibilidad, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad, la administración transparente y la participación.<sup>48</sup> Todo esto respondería -al menos en lo que al derecho a la seguridad concierne- al clamor de la sociedad por un sistema más justo, más accesible, y más digno que acompañe a los sujetos de derecho a lo largo de su ciclo de vida.

Igualmente, la incorporación de este derecho como universal en la nueva Constitución chilena constituiría un paso fundamental para avanzar de manera progresiva a una mayor cobertura del sistema de protección social.

Finalmente, y teniendo en cuenta el impacto negativo que la pandemia de la enfermedad COVID-19 ha tenido en la sociedad chilena, cabe recordar que un sistema de seguridad social inclusivo y basado en el ciclo de vida de los individuos, se encuentra también mucho mejor preparado para responder a los desastres naturales, o a una emergencia sanitaria, social y económica como la actual. Esta última ha puesto en evidencia que muchos segmentos de la sociedad, más allá de aquellos considerados “pobres”, están convergiendo en un destino común de inseguridad de sus ingresos y alta vulnerabilidad. De allí que un sistema de seguridad social universal y basado en derechos configura la mejor respuesta a este tipo de riesgos.

---

<sup>48</sup> Op. Cit., Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012.

# BIBLIOGRAFIA •

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006)  
El Umbral de La Ciudadanía. El Significado de Los Derechos Sociales En El Estado Social Constitucional. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Corporación Gráfica.
- GBarrantes, A. (2019)  
‘Hacia Sistemas Integrales de Protección Social?’, en Cimadomore, A. et al. (eds.) Estados de Bienestar, Derechos e Ingresos Básicos en América Latina. Ciudad de México: La Cuestión Social, Siglo XXI Editores.
- Barrantes, A. (2019)  
‘The Golden Rule, Applied to Social Protection, Development Pathways Blogs. Disponible en: <https://www.developmentpathways.co.uk/blog/the-golden-rule-applied-to-social-protection/> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Barrantes, A. (2020)  
‘Why Are Human Rights Considerations Fundamental to Inclusive and Lifecycle Social Protection Systems?, Pathways Perspectives. Disponible en: <https://www.developmentpathways.co.uk/publications/why-are-human-rights-considerations-fundamental-to-inclusive-and-lifecycle-social-protection-systems/> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Bassa, J. (2020)  
Seguridad social y proceso constituyente: hacia un pacto social inclusivo. Serie de conversatorios ‘Derechos sociales y proceso constituyente: re(imaginando) el Chile del siglo XXI’. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?t=2563s&v=FgrbydBDIM4> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Ben-Bassat, A. y Dahan, M. (2008)  
‘Social Rights in the Constitution and in Practice’, Journal of Comparative Economics, 36(1):103–119.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008)  
Observación General No 19: El Derecho a La Seguridad Social (Artículo 9). Documento No. E/C.12/GC/19. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/publisher,CESCR,GENERAL,,47d6667f2,0.html> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Constitución Nacional Argentina, 1994.  
Disponible en: <https://www.casarosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf> (Consulta: 10 agosto 2021).

Constitución de La República Del Ecuador, 2008.

Disponible en: [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).

Constitución Política de la Republica de Chile, 1980.

Disponible en: <https://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/senado/2012-01-16/093048.html> (Consulta: 10 agosto 2021).

Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1948.

Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights (2020) Derechos sociales en Chile: obstáculos y oportunidades constitucionales. Serie de conversatorios ‘Derechos sociales y proceso constituyente: re (imaginando) el Chile del siglo XXI’. Disponible en: <https://www.gi-escr.org/activities-chile/webinar-3-social-security-and-the-constitutional-process-towards-an-inclusive-social-pact> (Consulta: 10 agosto 2021).

Egorov, A. (2016)

The Right to Social Security in the Constitutions of the World. Broadening the Moral and Legal Space for Social Justice. Vol. 1, ILO Global Study. Geneva: ILO. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/-normes/documents/publication/wcms\\_518153.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_518153.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).

Halperín, L. et al. (2008)

Políticas Sociales En La Argentina: Entre La Ciudadanía Plena y El Asistencialismo Focalizado En La Contención Del Pauverismo. Universidad de Buenos Aires, Cuadernos del CEPED, No. 10. Disponible en: [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/ceped-uba/20161206031846/pdf\\_418.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/ceped-uba/20161206031846/pdf_418.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).

Henríquez, M. (2020)

‘La actual Constitución no es compatible con las demandas sociales’, Ciper Académico, 4 Febrero. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/02/04/la-actual-constitucion-no-es-compatible-con-las-demandas-sociales/> (Cosnulta: 10 agosto 2021).

International Labour Conference (2011)

Social Security and the Rule of Law: General Survey Concerning Social Security Instruments in Light of the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. Geneva: International Labour Office. } Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_152602.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_152602.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).

Instituto Nacional de Derechos Humanos y ClioDinamcia Consulting (1028)

Resultados de la IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Chile. Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/11/Presentacion-INDH-2018-version-corta.pdf> (Consulta: 10 agosto 2021).

- Jung, C., Hirschl, R. y Rosevear, E. (2014)  
‘Economic and Social Rights in National Constitutions’, American Journal of Comparative Law, 62(4):1043–1094. Disponible en:<https://doi.org/10.5131/ajcl.2014.0030> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Kidd, S. (2017)  
‘Citizenship or Charity: The Two Paradigms of Social Protection’, Pathways Perspectives, 25. Disponible en: <https://www.development-pathways.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/Citizenship-or-Charity-PP25-1-1.pdf> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Kidd, S. y Sibun, D. (2020)  
‘What has the Covid-19 crisis taught us about social protection?’, Pathways Perspectives, 29. Disponible en: <https://www.development-pathways.co.uk/wp-content/uploads/2020/04/Pathways-Perspectives-Covid-19-5.pdf> (Consulta: 10 agosto 2021).
- Lobos Palacios, M. (2020)  
Panel Derechos Sociales y Una Nueva Constitución. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/presentacion\\_mlobos\\_25112020.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/presentacion_mlobos_25112020.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).
- Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2020)  
Informe Final Consejo Asesor para la Cohesión Social. Diagnóstico } para una aproximación a la cohesión social en Chile y recomendaciones para fortalecer el aporte de la política social. Santiago, Chile.
- Montt, G. y Coddou, A. (2020)  
‘El Derecho a La Seguridad Social En Chile y El Mundo: Análisis Comparado Para Una Nueva Constitución’, Informes Técnicos, OIT Cono Sur, 14. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-santiago/documents/publication/wcms\\_749292.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-santiago/documents/publication/wcms_749292.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1988)  
Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.
- Organización Internacional del Trabajo (2020)  
Nota Informativa. Consideraciones sobre seguridad social, seguridad de ingresos, pensiones y el 10% de ahorros de los trabajadores en las AFP en el contexto de la COVID-19 en Chile. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-santiago/documents/publication/wcms\\_751253.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-santiago/documents/publication/wcms_751253.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).
- Organización Internacional del Trabajo (2012)  
Recomendación sobre los pisos de protección social, 202. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R202](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202) (Consulta: 10 agosto 2021).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Ravallion, M. (2020) 'On the virus and poor people in the world', The Economics of Poverty, 2 de abril. Disponible en: <https://economicandsandpoverty.com/2020/04/02/on-the-virus-and-poor-people-intheworld/> (Consulta: 10 agosto 2021).

Rosevear, E., Hirschl, R., & Jung, C. (2019)

'Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions', en Sen, A. y Young, K., The Future of Economic and Social Rights. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 37-65. DOI: 10.1017/9781108284653.003.

Uprimi, R. (2020)

Derechos sociales en Chile: obstáculos y oportunidades constitucionales. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_mOM-8bAx5dA](https://www.youtube.com/watch?v=_mOM-8bAx5dA) (Consulta: 10 agosto 2021).

Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Tenemos que Hablar de Chile (2020)

'Resultados Preliminares: Seis Hallazgos de Los Primeros 1.000 Diálogos'. Santiago, Chile. Disponible en: [https://static1.squarespace.com/static/5e790bc9f3c2fc727c1fe1a8/t/5fc81a4a-0b42e3566a8ee37/1607172573630/Resumen+Ejecutivo\\_ChileEscala.pdf](https://static1.squarespace.com/static/5e790bc9f3c2fc727c1fe1a8/t/5fc81a4a-0b42e3566a8ee37/1607172573630/Resumen+Ejecutivo_ChileEscala.pdf) (Consulta: 10 agosto 2021).

Sepúlveda, M. y Nyst, C. (2012)

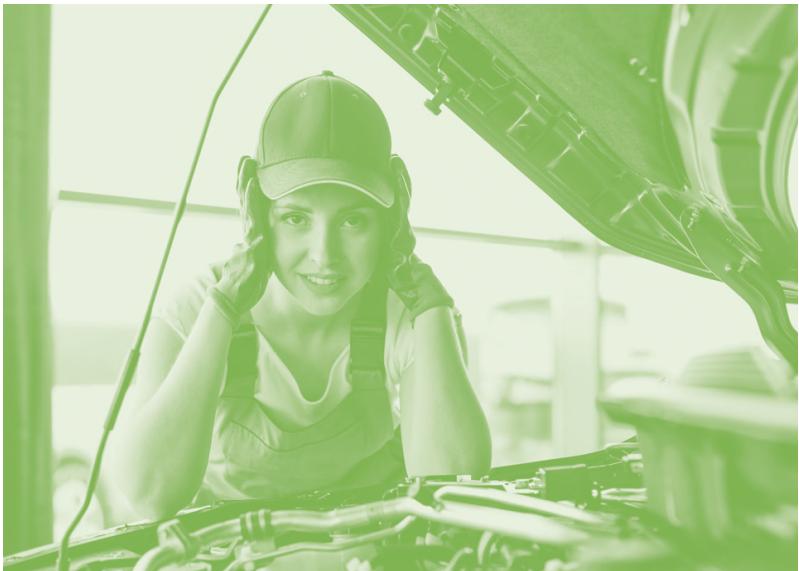
The Human Rights Approach to Social Protection. Helsinki, Finland: Ministry for Foreign Affairs of Finland.

# B

*sección*

**“Trabajo”**









## Trabajo y Constitución: Análisis, crítica y propuestas al modelo constitucional laboral chileno

Álvaro Domínguez Montoya<sup>49</sup>

DOI: 10.53110/VNVY5328

### A. El conflicto social y el derecho del trabajo

El conflicto y cambio son aspectos inseparables de las relaciones industriales<sup>50</sup> en atención a que son consecuencias de nuestro modelo de sociedad.<sup>51</sup> Sus actores pertenecen a clases con intereses y expectativas diferenciadas,<sup>52</sup> donde los trabajadores se encuentran en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores, en que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa.<sup>53</sup>

En este contexto, los modelos de relaciones colectivas de trabajo se inclinan por la aceptación y canalización del conflicto, mediante instrumentos y mecanismos que permiten su desarrollo adecuado. Por lo mismo, en sociedades de organización política democrática se impone un modelo de “pluralismo conflictual”, que lo reconoce como una

<sup>49</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. Máster en Drets Sociolaborals y Doctor en Derecho por la Universitat Autónoma de Barcelona. Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Casilla electrónica adominguez@udec.cl

<sup>50</sup> Hyman, 1981, p. 38.

<sup>51</sup> Kahn-Freund, 1987, p. 65.

<sup>52</sup> Ibíd., p. 112.

<sup>53</sup> Baylos, 2009, p. 11.

característica esencial de la misma y lo considera como un valor positivo, institucionalizándolo como medio de integración y de progreso del sistema social, en base a ciertas condiciones y definición de criterios razonables.<sup>54</sup>

En este escenario, la Libertad Sindical tiene un rol central, por cuanto implica no tan sólo el reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, sino también la importancia del diálogo social y la necesidad de afinidad entre los diversos intereses sociales. En cualquier sistema de derecho colectivo, su conformación recae en la contraposición de las expectativas de empresarios y trabajadores, como también, en las soluciones para resolverlos, ya sea mediante mecanismos institucionales, o bien, derivados de la propia autonomía colectiva, conciliando modelos basados en la heterocomposición y autocomposición.

Sin embargo, la legislación laboral, en general, reconoce y privilegia los mecanismos autocompositivos, empoderando a la parte débil mediante la actuación colectiva, dotándola de autotutela, como es el reconocimiento de la negociación colectiva como instancia de diálogo y la huelga como mecanismos de solución de los conflictos.<sup>55</sup>

Frente a lo anterior, la pregunta es si nuestra Constitución Política de la República fija un marco político de convivencia democrática ante la contradicción de intereses en las relaciones de trabajo mediante el reconocimiento de la Libertad Sindical en sus dimensiones orgánica y funcional.

## B.

### *Libertad sindical y constitución en Chile: radiografía crítica*

Como indica ROJAS, el principio universal de la Libertad Sindical acoge como derechos fundamentales los de Sindicación, de Negociación Colectiva y de Huelga, existiendo un acuerdo internacional de que la vigencia de estos derechos constituye una exigencia de los sistemas de gobiernos democráticos y pluralistas.<sup>56</sup>

En este contexto, lo correspondiente es observar en qué medida se reconocen estos derechos colectivos en nuestro modelo constitucional, y determinar sus límites y alcances en vistas de un sistema de valores y consensos políticos. Esto es de suma relevancia por cuanto en nuestro país la estructura de las relaciones de trabajo en su variante colectiva se encuentra limitada por el modelo ideológico de relaciones laborales que la dictadura cívico militar impuso hacia fines de la década del setenta y que se ha mantenido en las reformas de los gobiernos de transición democrática.

---

<sup>54</sup> Gamonal, 2011, p. 57.

<sup>55</sup> Caballero, 2018, p. 59.

<sup>56</sup> Rojas, 2017.

Esta cuestión influye decisivamente en las propuestas reguladoras de los modelos de relaciones colectivas de trabajo a nivel político y legal. Chile es un buen ejemplo a propósito de la normatividad impuesta durante el régimen militar de la época y que conocemos comúnmente como Plan Laboral,<sup>57</sup> que tuvo como objeto el limitar el poder sindical y la manifestación de la autonomía colectiva en sus diversas dimensiones.<sup>58</sup>

El Derecho de Sindicalización se encuentra consagrado en el artículo 19 número 19 de la Constitución Política de la República, reconduciendo su regulación al legislador en lo relativo a sus condiciones de ejercicio y requisitos. En este contexto se subordina la autonomía de las organizaciones a la ley, resguardando que la afiliación sindical siempre sea voluntaria.

La Constitución señala que las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

En una primera lectura, se observa una concepción restringida e incompleta de este derecho, por cuanto no se contienen sus elementos esenciales, sin perjuicio de que la regulación legal de los requisitos y forma de la afiliación, los niveles de organización y la estructura de funcionamiento se encuentra regulada en el Código del Trabajo. Esta formula no dialoga con la noción amplia de la Libertad Sindical contenida en el Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicalización de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>59</sup>

De la misma forma, el texto constitucional al someter el desarrollo de este derecho fundamental a la ley, entrega la eficacia del derecho a un modelo normativo que no garantiza efectivamente los elementos instrumentales para la gestión de la actividad sindical reconocidos en el Convenio 135<sup>60</sup> y Recomendación 143<sup>61</sup> sobre los representantes de los trabajadores

## C.

### **El Derecho a Sindicalización: entre restricciones y exclusiones de participación política**

<sup>57</sup> Para una mayor profundización sobre el punto ver: Irureta, 2009; Caamaño, 2008; Rojas, 2007.

<sup>58</sup> Rojas, 2007, pp. 202 y ss.

<sup>59</sup> Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicalización de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en San Francisco, 31<sup>a</sup> reunión CIT (09 julio 1948), entrando en vigor el 4 de julio de 1950, ratificado por Chile el 1 de febrero de 1999.

<sup>60</sup> Convenio 135 Convenio sobre los representantes de los trabajadores, adoptado en Ginebra, 56<sup>a</sup> reunión CIT (23 junio 1971), ratificado por Chile el 13 de septiembre de 1999.

<sup>61</sup> Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, adoptado en Ginebra, 56<sup>a</sup> reunión CIT (23 junio 1971).

de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>62</sup>

Por ejemplo, respecto del crédito horario,<sup>63</sup> a nivel legislativo se limita su tiempo y remuneración,<sup>64</sup> lo que impide, en términos prácticos, que los representantes de los trabajadores en la empresa gocen de protección eficaz en su actividad sindical, no disponiendo de facilidades apropiadas que permitan una compatibilidad efectiva de sus funciones de representación con su trabajo.

La misma situación ocurre respecto del Derecho de Información, donde si bien han existido avances en la materia, sustantivamente se mantiene un modelo tasado y circunscrito a cuestiones económicas y financieras dentro del contexto de negociación colectiva, excluyendo otras materias de interés para el ejercicio de las funciones sindicales y representación de intereses laborales.

Similar escenario ocurre respecto del Derecho de Consulta, el que no encuentra desarrollo ni cabida en nuestro modelo sindical para el ejercicio de las funciones de representación laboral.

Como corolario de lo anterior, en la Constitución actual se establece una prohibición y limitación de las organizaciones sindicales de intervenir en actividades partidistas,<sup>65</sup> fijando incompatibilidades de cargo de directores superiores de organizaciones gremiales con cargos políticos<sup>66</sup> y para ser candidatos a diputados o senadores, proscribiendo la actividad sindical de la política institucional.

## D.

### *El Derecho a la Negociación Colectiva: fragmentos y limitaciones de sujetos y niveles*

En general, la Negociación Colectiva regulada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, es estudiada desde dos perspectivas: como un pro-

---

<sup>62</sup> Esto último sin perjuicio de una lectura explícita e interpretativa a la luz de tratados internacionales sobre la materia. Al respecto Vid. Rojas, 2017, pp. 20 y 21.

<sup>63</sup> Materia regulada en el artículo 249 del Código del Trabajo.

<sup>64</sup> Las “horas sindicales” no podrán ser inferiores a seis horas semanales por cada director, ni a ocho tratándose de directores de organizaciones sindicales con 250 o más trabajadores, pudiendo acumularse y distribuirse entre éstos. No obstante, la remuneración será de cargo del sindicato respectivo y el pago de las remuneraciones, beneficios y cotizaciones previsionales de cargo del empleador que puedan corresponder a aquéllos durante el tiempo de permiso.

<sup>65</sup> Artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>66</sup> Artículo 23 inciso 1º, frase 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>67</sup> Artículo 57 N° 7 de la Constitución Política.

cedimiento, o bien como un derecho fundamental.<sup>68</sup>

En un primer punto de vista, es un procedimiento mediante el cual uno o más empleadores, con uno o más sindicatos, acuerdan condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado mediante un instrumento colectivo.<sup>69</sup>

Desde un segundo punto de vista, la Negociación Colectiva puede ser enfocada desde la perspectiva de un derecho fundamental, ya sea como parte como parte del derecho a la libertad de trabajo y su protección<sup>70</sup> o bien desde la perspectiva de la Libertad Sindical.<sup>71</sup>

En un contexto general, este derecho fundamental cumple con una triple función: como medio de solución de conflictos; instrumentos de gobierno del sistema de relaciones laborales en su conjunto y fuente de creación de normas laborales.<sup>72</sup> En este esquema, la negociación colectiva persigue armonizar los intereses contradictorios de los actores laborales, para que, de común acuerdo y con plena autonomía, fijen los salarios y condiciones de trabajo en conformidad a los procedimientos que establece la ley.<sup>73</sup>

En cuanto a su contenido, sin perjuicio de sus distintas interpretaciones,<sup>74</sup> se observa de su texto expreso que ésta se encuentra limitada en su titularidad y cobertura a un derecho de los trabajadores en el ámbito de la empresa.

En la misma línea, la Constitución remite a la ley las modalidades de la Negociación Colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. De igual manera, remite al legislador la definición de los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos. A partir de esta regulación, dos son los principales problemas del alcance de

---

<sup>68</sup> Caballero, 2018, p. 58.

<sup>69</sup> No obstante el Tribunal Constitucional resolvió que la negociación colectiva es el derecho de cada trabajador de manifestarse de forma grupal para la consecución de un interés colectivo consistente en negociar con su empleador condiciones de trabajo, entre ellas la más importante, la retribución por su trabajo, de manera tal que no radica exclusivamente en los sindicatos la titularidad de la misma, pudiendo por tanto asumir la titularidad de la misma otras formas de organización sindical, como los grupos negociadores o coaliciones transitorias. Vid. Sentencia Tribunal Constitucional N° 3016(3026)-16-CPT, 9 de mayo de 2016.

<sup>70</sup> Lizama, 2017, p. 62.

<sup>71</sup> Caballero, 2018, p. 58.

<sup>72</sup> Gamonal, 2011, p. 213.

<sup>73</sup> Caamaño y Ugarte, 2008, p. 32.

<sup>74</sup> Sobre el punto hemos seguido la síntesis constitucional realizada por Rojas, 2017, pp. 21 y ss.

este derecho: la titularidad del derecho y los niveles de negociación.

Respecto de la titularidad, el debate se centra en dos polos: por una parte, en si el derecho a negociar colectivamente corresponde exclusivamente al sindicato, o bien, por otra, si este es un derecho individual que se ejerce de forma colectiva a través de las distintas formas de organización que asuman los trabajadores, ya sea mediante el sindicato o los grupos negociadores.

Este debate se produce por cuanto el Tribunal Constitucional<sup>75</sup> resolvió que el derecho a negociar colectivamente corresponde a todos y cada uno de los trabajadores. En otros términos, la activación o determinación originaria para ejercerlo o no, reside en los trabajadores individualmente considerados, aunque se ejerza de forma colectiva. En consecuencia, concluyó que la agrupación voluntaria de trabajadores para efectos de negociar colectivamente era una manifestación del derecho de asociación y por lo mismo la titularidad para negociar colectivamente no puede ser única, exclusiva y excluyente de los Sindicatos, por cuanto tales representan una sola forma de organización de los trabajadores.

A partir de lo anterior ha existido un intenso debate administrativo<sup>76</sup> y doctrinario respecto al alcance y titularidad de este derecho,<sup>77</sup> lo que mantiene en buena parte los vicios de fragmentación sindical y paralelismo heredados de la dictadura, que pese a lecturas progresistas integradas con tratados internacionales, reconoce de modo fragmentario e incompleto las manifestaciones del derecho a negociar colectivamente, en el que finalmente entregan su reconocimiento a la intervención de los tribunales de justicia, con las incertidumbres que lo anterior conlleva.

## E.

### **El Derecho a Huelga: un derecho sometido al reconocimiento y tutela judicial**

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición legal de huelga, siendo su conceptualización realizada por la doctrina y jurisprudencia.

En este contexto, la Constitución chilena consagra el derecho fundamental de la libertad sindical, pero no establece en forma expresa el derecho de huelga. Es más, se indica en el artículo 19 N° 16 inciso final, que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función,

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3016(3026)-16-CPT, 9 de mayo de 2016.

<sup>76</sup> Al respecto el Dictamen de la Dirección del Trabajo ORD N°1163/29 y ORD. N° 3938/33 de fecha 27 de julio de 2018.

<sup>77</sup> Entre otros: Irureta, 2016, pp. 13-37; Ugarte, 2017; Aylwin, 2017, p. 31.

que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. En este marco, se encarga a la ley el establecer los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso, lo que da a lugar distintas interpretaciones sobre su configuración, modalidades de ejercicio y extensión.

En este escenario, debido a que el tenor literal del precepto constitucional prohíbe la huelga en determinados supuestos, ¿cuál es el fundamento de su configuración como derecho? Como resume ROJAS, dos son las tesis enmarcadas en la problematización del reconocimiento expreso o implícito.<sup>78</sup> Por una parte, al entenderse que respecto de determinados supuestos está prohibida, a contrario sensu, corresponde entender que los demás trabajadores no incluidos en tal prohibición tienen el derecho a declarar y hacer efectiva la huelga.<sup>79</sup> Por otro lado, se plantea que el derecho a huelga se reconoce expresamente a partir de la idea de la autonomía sindical, en cuanto comprende todos los elementos de la libertad sindical.<sup>80</sup> Una última tesis reconoce la huelga, pero a partir de la idea del bloque de constitucionalidad, integrado por el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como también, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>81</sup>

Fuera cual sea la tesis sostenida, en todos los casos se reconoce como derecho fundamental.<sup>82</sup>

Por su parte, también la jurisprudencia administrativa<sup>83</sup> y judicial<sup>84</sup> ha entendido la configuración de la huelga en nuestro ordenamiento jurídico

---

<sup>78</sup> Rojas, 2017, p. 22. En similar sentido ver Gamonal, 2014, pp. 116 y ss.

<sup>79</sup> Macchiavelo, 1986, p. 443; Irureta, 2006, p. 187; Caamaño y Ugarte, 2008, p. 78.

<sup>80</sup> Gamonal, 2014, p. 121.

<sup>81</sup> Tapia, 2012.

<sup>82</sup> Op. Cit., Irureta, 2006, p. 188; Caamaño y Ugarte, 2008, p. 79; Gamonal, 2014, pp. 112 y ss.; Ugarte, 2016, pp. 91-101; Tapia, 2012, pp. 160-167; Varas, 2014, pp. 63 y ss.; Leyton, 2017, pp. 781-804.

<sup>83</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 5346/92 de 28 de octubre de 201; N° 441/7 de 25 de enero de 2017; N° 448/6 de 24 de enero de 2018.

<sup>84</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol 142-2014, 11 de marzo de 2014; Corte Suprema, rol 3.514-2.014, 4 de diciembre de 2014; Corte Suprema, rol 10.444-2014, 29 de enero de 2015; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N° 159-2011, 5 de enero de 2012; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 183-2014, Reforma Laboral, 9 de julio de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1144 – 2015, Reforma Laboral, 23 de octubre de 2015; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 91 – 2015, Reforma Laboral, 24 de septiembre de 2015; Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 154-2018, 5 de noviembre de 2018, entre otras.

<sup>85</sup> Vid. Corte Suprema, rol 3514-2014, 4 de diciembre de 2014; y Corte Suprema,

como expresión de la libertad sindical y derecho fundamental, desde la formulación tácita en nuestra Constitución a partir de una lectura integrada con los tratados internacionales vigentes en Chile.<sup>85</sup>

A nivel legal, el Código del Trabajo regula el ejercicio de la huelga en el marco de la negociación colectiva reglada en el Libro IV, Título IV, Capítulo VI, en los artículos 345 al 363, sin perjuicio de otras normas de tutela de ésta.

Pese a lo anterior, nuevamente aparecen limitaciones de orden constitucional que, al final del día, entregan la eficacia y reconocimiento de este derecho a un contexto de debilidad sindical y su tutela de los tribunales de justicia.

## F.

### **La Libertad Sindical y los funcionarios públicos: la negación de los derechos colectivos**

Si tratamos de ver cuál es la regulación de las distintas dimensiones de la libertad sindical de los funcionarios públicos podemos señalar, en general, que nuestra Constitución y legislación laboral prohíbe y niega el ejercicio de los derechos colectivos, por cuanto excluye a los trabajadores y trabajadoras del sector público de sus normas.

En efecto, la Constitución al entregar la regulación de los derechos de la libertad sindical a la ley, no asegura el efectivo derecho y desarrollo de éstos. En este esquema, las leyes 18.834<sup>86</sup> y 18.833<sup>87</sup> prohíben expresamente a los Funcionarios Públicos Municipales y de la Administración del Estado, organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la administración del Estado. Así también, dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos del Estado.

Es más, la huelga se prohíbe expresamente para los funcionarios del Estado y Municipales, según se desprende del artículo 19 Nº 16 inciso final de la Constitución Política de la República. Lo anterior se ve reforzado por sanciones penales ante toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituyendo tales actividades delito, siendo castigados con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Artículo 84 letra i).

<sup>87</sup> Artículo 84 letra i).

<sup>88</sup> Artículo 11 de la ley 12.927 sobre Seguridad del Estado.

No obstante, y como reconoce VARAS, pese a las claras prohibiciones, la realidad sindical ha desbordado estas limitaciones. En nuestro país, el sector público realiza numerosas negociaciones informales fruto de las cuales se firman diversos tipos de acuerdos, constitutivos de instrumentos colectivos atípicos. Incluso los funcionarios recurren al ejercicio del derecho de Huelga, por medio de la realización de movilizaciones y paralizaciones, para de esa forma equiparar su poder negociador ante la autoridad.<sup>89</sup> Por lo mismo, en los hechos, las Asociaciones de Funcionarios Públicos negocian colectivamente y ejercen el derecho a huelga, incluso con menos obstáculos y regulaciones que los trabajadores del sector privado.<sup>90</sup>

Lo anterior demuestra la necesidad de regular el derecho sindical armónicamente y de conformidad al Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo,<sup>91</sup> y adecuarlo a la realidad de nuestro país, reconociendo formalmente los diversos atributos de la Libertad Sindical en todas sus dimensiones.

En el debate actual por una nueva Constitución hemos iniciado el camino para su proceso de cambio. La pregunta es cómo definimos nuestro modelo político en sus distintas dimensiones y cuál es nuestro modelo de relaciones laborales colectivas que queremos.

En este esquema su discusión es importante, no tan sólo por cómo asumimos y otorgamos centralidad al trabajo socialmente, sino también, porque determina las estructuras sociales y las formas de equilibrar la relación de poder entre trabajadores y empleadores, lo que adquiere relevancia en un modelo que se caracteriza por su excesivo intervencionismo y su transgresión del principio de Libertad Sindical, entendido en su aceptación amplia y democrática. Pero ¿cuál es el modelo que queremos? ¿Cuáles son las propuestas?

Creemos que su orientación primaria debe ir en la línea de consagrarse una modelación desformalizada que otorgue centralidad política a la autonomía colectiva ante el conflicto social de trabajo y propiedad.

A nivel orgánico, debe consagrarse en términos igualitarios el derecho a sindicalización en el sector público y privado, en el que la constitución de sindicatos sea al nivel que autónomamente fijen los trabajadores, de-

## G.

### **Conclusiones: alternativas y propuestas**

<sup>89</sup> Varas, 2017, p. 88.

<sup>90</sup> Ibíd.

<sup>91</sup> Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, adoptado en Ginebra, 64<sup>a</sup> reunión CIT (27 junio 1978), ratificado por Chile el 17 de julio de 2000.

terminando a su vez los niveles de representación. En ese esquema, debe mantenerse la voluntariedad de la afiliación en cualquier nivel, ya sea para afiliarse como desafiliarse de un sindicato, eliminando las inhabilidades políticas y reconociendo facilidades y garantías instrumentales para el ejercicio de la función sindical, mediante derechos de información, consulta y crédito horario.

En su perspectiva funcional, la negociación colectiva debe tratarse de un derecho de ejercicio colectivo cuya titularidad recae en los trabajadores organizados en sindicatos, pudiendo negociar las organizaciones transitorias de trabajadores sólo si en la empresa no existen organizaciones sindicales, con la finalidad de evitar el paralelismo laboral.

En esta línea, serán las organizaciones sindicales en sus distintos niveles de representación los que definan y ejerzan el derecho de negociar colectivamente al nivel que estimen conveniente, pudiendo ser nacional, ramal o de empresa, según la representación que tengan en esos niveles, siendo competencia del legislador la definición de los mecanismos escalonados o graduados de extensión.

Respecto de la huelga, una alternativa es el reconocimiento de su titularidad universal, siendo un derecho de los trabajadores del sector privado y público, excluyendo a las Fuerzas Armadas, la policía y el Poder Judicial. En esto, las organizaciones sindicales tendrán autonomía para definir cuáles serán los intereses laborales que se defenderán a través del ejercicio del derecho a huelga, en el que el legislador no podrá restringir su ámbito de aplicación ni su contenido esencial, siendo su único límite aquellos casos en que se afecte la vida, la salud o la seguridad de la población.

# • BIBLIOGRAFIA

---

Aylwin, A. (2017)‘

‘Puede negociar colectivamente los grupos de trabajadores en el Código del Trabajo modificado por la ley 20.940?’, en Tapia, F., Negociación Colectiva: Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela. Santiago: Sociedad chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Baylos, A. (2009)

Sindicalismo y Derecho Sindical. Albacete: Bomarzo.

Caamaño, E. (2008)

‘Las materias objeto de negociación colectiva y la libertad sindical: el fantasma de los "Chicago Boys" a 30 años del plan laboral’, Estudios Laborales, 3:117-136.

Caamaño, E. y Ugarte, J. (2008)

Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Santiago: Legal Publishing.

Caballero, R. (2018)

Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago: DER.

Gamonal, S. (2011)

Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago: Legal Publishing.

Gamonal, S. (2014)

‘El derecho de Huelga en la Constitución chilena’, Revista de derecho (Coquimbo), 20(1).

Hymman, R. (1981)

Relaciones industriales: una introducción marxista. Madrid: Blume.

Irureta, P. (2006)

Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 No 16 de la Constitución chilena. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.

Irureta, P. (2009)

‘Regulación de la Libertad Sindical entre 1973-1990’, en Lira, E. y Rojas, H., Libertad Sindical y Derechos Humanos. Análisis de los Informes del Comité de Libertad Sindical de la OIT (1973-1990). Santiago: LOM.

Irureta, P. (2016)

‘El instrumento colectivo en la reforma laboral de 2016’, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, 7(14).

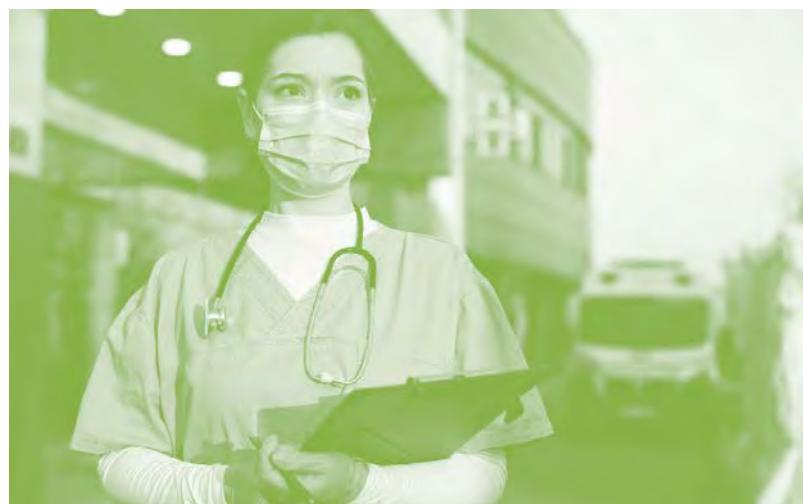
- Kahn-Freund, O. (1987)  
*Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Leyton, J. (2017)  
'El derecho a la huelga como un derecho humano fundamental: reconocimiento y limitaciones en el Derecho Internacional', *Revista Chilena de Derecho*, 44(3).
- Lizama, L. (2017)  
*La reforma laboral explicada y comentada*. Santiago: Luis Lizama Portal & CIA abogados. Disponible en: <http://lizamabogados.cl/wp-content/uploads/2019/07/Libro-Reforma-Laboral-vers%C3%B3n-Web.pdf> (Consulta: 17 agosto 2021).
- Macchiavelo, G. (1986)  
*Derecho Colectivo del Trabajo*. Santiago: FCU.
- Rojas, I. (2007)  
'Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral', *Revista Ius et Praxis*, 13(2):195-221.
- Rojas, I. (2017)  
'Los derechos de libertad sindical en la Constitución chilena', *Revista de Derecho de Valdivia*.
- Tapia, F. (2012)  
'El Reconocimiento Constitucional de la Libertad Sindical y el Derecho de Negociación Colectiva', en Gobierno de Chile, *Negociación Colectiva en Chile: la Debilidad de un Derecho Imprescindible*. Santiago: Dirección del Trabajo.
- Ugarte, J. (2016)  
*Huelga y Derecho*. Santiago: Thomson Reuters.
- Ugarte, J. (2017)  
'Negociación colectiva, huelga y reforma: una nueva cartografía', en Universidad Diego Portales, *Anuario de Derecho Público*. Santiago: UDP.
- Varas, K. (2014)  
'La huelga, un derecho fundamental', en Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Santiago: UDP.
- Varas, K. (2017)  
'El derecho a negociación colectiva en la administración del Estado', en Yañez, S. y Rojas, I., *Empleo Público en Chile: ¿trabajo decente en el estado? apuntes para el debate*. Santiago: FLACSO.



*sección*

## *“Salud”*







## Constitucionalizando el derecho a la salud para todos

Judith Bueno de Mesquita y  
Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>92</sup>

DOI: 10.53110/WZOE1533

**A. Introducción:** El reconocimiento del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud en una constitución nacional es una expresión jurídica fundamental y puede ser una herramienta esencial para respaldar y asegurar el sistema de salud como institución social básica en una democracia.<sup>93</sup> Las áreas de la atención médica y sanitaria y los determinantes sociales de la salud suelen estar en una disputa entre los derechos, la dignidad, el bienestar y la mercantilización promovida por los intereses comerciales y la gobernanza neoliberal. Dichos sectores están experimentando tensiones sin precedentes para la salud y el bienestar derivadas de la desigualdad y el COVID-19. En este momento crítico, con la población votando en un referéndum para adoptar una nueva Constitución, Chile tiene una oportunidad única y democrática para garantizar legalmente el derecho al más alto nivel posible de salud de su población en su norma suprema. Esta es la voluntad del pueblo chileno, con encuestas representativas a nivel nacional, realizadas en 2020, que destacan que el 93% de los ciudadanos chilenos está de acuerdo con la afirmación “el derecho a la salud debe estar garantizado

<sup>92</sup> Escuela de Derecho y Centro de Derechos Humanos, Universidad de Essex; Escuela de Derecho Dickson Poon, King's College London.

<sup>93</sup> Yamin, 2020.

por la Constitución”.<sup>94</sup>

Pero ¿qué significa que una Constitución proteja el derecho a la salud? ¿Cuál es el contenido preciso de este derecho humano, cuáles son sus fuentes en el derecho internacional y cuál ha sido la experiencia de constitucionalización en otros países? Este capítulo traza la evolución de la salud como derecho humano; destaca las principales fuentes normativas del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos; y subraya que este derecho fundamental abarca los derechos a la atención médica y los determinantes sociales de la salud, sobre la base de la igualdad y la no discriminación. A partir de una revisión de literatura especializada, normativa constitucional, casos emblemáticos y el análisis de los desafíos contemporáneos del sistema de salud, este capítulo destacará las buenas prácticas, las dificultades derivadas de las protecciones constitucionales y las experiencias que pueden orientar el proceso constitucional de Chile. Particularmente, se centrará en el debate de la garantía al derecho a la igualdad y no discriminación, y la necesidad de garantizar que las disposiciones constitucionales ofrezcan protección a las poblaciones más marginadas.

## B.

### *El afianzamiento jurídico del derecho a la salud en el ordenamiento internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional nacional*

El derecho al más alto nivel posible de salud goza de una amplia protección en la legislación internacional, regional y nacional sobre derechos humanos. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 fue el primer tratado internacional que articuló el derecho a la salud al declarar que el “goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”.<sup>95</sup> Dos años más tarde, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoció el derecho de toda persona a “un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (artículo 25).<sup>96</sup>

Desde entonces, la protección jurídica internacional del derecho a la salud se ha visto ampliamente reforzada mediante su inclusión sistemática en los principales tratados internacionales de derechos humanos, lo que ha reforzado su condición de derecho humano fundamental. Así, entre otros documentos, el derecho a la salud encuentra reconocimiento y protección legal en los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);<sup>97</sup> la Convención sobre la Eliminación de Todas

---

<sup>94</sup> Núñez, 2020.

<sup>95</sup> Organización Mundial de la Salud, 1946.

<sup>96</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

<sup>97</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

las Formas de Discriminación Racial (1969);<sup>98</sup> la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979);<sup>99</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño (1989);<sup>100</sup> y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).<sup>101</sup> Además, dicho derecho está protegido por declaraciones y tratados regionales, entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 10).<sup>102</sup> Chile ha ratificado todos estos tratados internacionales de derechos humanos, y es signatario, pero no ha ratificado, el Protocolo de San Salvador.

A nivel interno, más de dos tercios de las constituciones nacionales incluyen artículos sobre la salud o la asistencia médica y sanitaria, aunque, como analizaremos en la sección C, estas disposiciones son muy variadas en cuanto a su alcance normativo y forma de protección, ya que algunas constituciones otorgan a la salud un estatus de derecho fundamental justiciable y otras la reconocen como principio o directriz no justiciable de la política estatal.<sup>103</sup>

La actual Constitución de Chile incluye un capítulo de derechos y deberes que reconoce el "derecho a la protección de la salud" (artículo 9).<sup>104</sup> Sin embargo, en la práctica, este artículo no ha ampliado la protección plena del derecho a la salud por varias razones y, en particular, porque sólo es parcialmente justiciable en virtud de la Constitución. El derecho a recurrir a mecanismos judiciales (artículo 20) sólo se extiende a determinadas protecciones constitucionales y, en el caso del artículo 9, sólo al "derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

---

<sup>98</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

<sup>99</sup> Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

<sup>100</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

<sup>101</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

<sup>102</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1988.

<sup>103</sup> Kinney y Clark, 2004, p. 285.

<sup>104</sup> "Art. 19, 9º.- El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

Las dimensiones de los derechos sociales del artículo 19, incluido el “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, no son objeto de revisión judicial.

En su decisión de fondo en el caso de Martina Rebeca Vera Rojas vs. Chile, referente a la falta de acceso a un tratamiento adecuado para una niña con una condición de salud catastrófica (el Síndrome de Leigh), después de que una aseguradora de salud privada (ISAPRE) había retirado arbitrariamente el tratamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró que esta limitación contribuyó a las violaciones de los derechos a un juicio justo y a la protección judicial en el contexto del derecho a la salud.<sup>105</sup>

Como también puso de manifiesto este caso, más allá de la Constitución existen deficiencias institucionales más amplias para el disfrute del derecho a la salud sobre la base de la igualdad y la no discriminación en Chile, como por ejemplo, las disparidades en la prestación de servicios de salud por parte del sector público y privado; las disparidades regionales y la atención prestada a las poblaciones vulnerables; y la inadecuada regulación de los agentes privados. El pleno reconocimiento constitucional del derecho a la salud es un paso esencial hacia la realización del derecho a la salud, pero deberá aplicarse mediante reformas legislativas, reglamentarias y del sector sanitario para garantizarlo en la práctica.<sup>106</sup> Se han logrado algunos avances, especialmente la reciente despenalización del aborto en circunstancias específicas en Chile, un paso necesario para proteger el derecho a la salud de las mujeres sobre la base de la igualdad y la no discriminación. Estos cambios deberán continuar en el ámbito legislativo y político. El análisis de estos requisitos más amplios va más allá del propósito de este capítulo, pero lo que queremos decir es que **la protección constitucional es un punto de partida vital y puede actuar como impulsor de un cambio político, legislativo, económico y social más amplio.**

De hecho, la ley está ampliamente reconocida como un determinante de la salud. El derecho puede servir para promover y proteger, o actuar como un impedimento para la salud,<sup>107</sup> en la forma en que rige a las instituciones públicas y privadas, la conducta y la resolución de conflictos. Más allá de la protección internacional o constitucional de derechos, una variedad de leyes, reglamentos y jurisprudencia, así como otras ramas del derecho internacional, determinan la salud y el bienestar de la población en todos los países. La vacunación, la seguridad y la salud en el trabajo, el control del

---

<sup>105</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Martina Rebeca Vera Rojas*, 2018, pár. 81-90.

<sup>106</sup> Op. Cit., Núñez, 2020.

<sup>107</sup> Gostin et al., 2019, p. 1857.

tabaco y la regulación del tráfico y los vehículos de motor son algunos de los principales avances en materia de salud pública que han sido respaldados por la legislación nacional e internacional.<sup>108</sup>

Sin embargo, las leyes nacionales anticuadas y punitivas en áreas como la salud mental, la salud sexual y reproductiva, las infecciones de transmisión sexual, el trabajo sexual y el abuso de sustancias han perjudicado la salud individual y de la población en muchos países;<sup>109</sup> las restricciones sobre el aborto son un ejemplo bien conocido del impacto devastador que la ley puede tener en el disfrute del derecho a la salud de las mujeres y las niñas sobre la base de la igualdad.<sup>110</sup>

Como norma suprema del país, las protecciones constitucionales de los derechos humanos establecen las obligaciones del Estado respecto a los derechos que consagran. Al crear obligaciones legales vinculantes para el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, dichas protecciones forman otras leyes, reglamentos y políticas públicas. Así, el reconocimiento del derecho al más alto nivel posible de salud como derecho fundamental en la Constitución, que refleje normativamente la protección jurídica internacional del derecho a la salud, es el fundamento de la salud igualitaria, justa y sin discriminación. Ésta proporciona un mecanismo fundamental para abordar los sistemas de salud y los determinantes sociales de la salud como una cuestión de derechos y justicia social, en lugar de en función de los intereses, a veces contrapuestos, de la mercantilización y el beneficio comercial. Apoyando al Estado en su deber soberano de proteger la salud y la seguridad de la población; empodera a la población como demandante de su derecho a la salud; y aumenta la responsabilidad de los titulares de deberes.

En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la salud es un derecho humano de amplio alcance que da lugar a obligaciones de los Estados partes en diversos ámbitos. Esto se manifiesta en el artículo 12 del PIDESC, que establece:

**“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.**

**2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados**

## C.

### ***El alcance normativo de las libertades, derechos y obligaciones derivados del derecho a la salud***

<sup>108</sup> Yamin, 2017, pp. 341-368.

<sup>109</sup> Op. Cit., Gostin, et al., 2019, p. 1857.

<sup>110</sup> Véase, por ejemplo, Johnson et al, 2017, p. 524.

*Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".*

De este artículo se desprenden varias consideraciones conceptuales importantes y, en los párrafos siguientes, analizamos cuatro implicaciones importantes para la constitucionalización del derecho a la salud.

#### **i. El derecho a la salud no es un derecho a estar sano**

El derecho a la salud no es el derecho a estar sano, es un derecho al más alto nivel de salud posible. La Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre el derecho a la salud explica que ésta incluye tanto las libertades como los derechos para garantizar el más alto nivel posible de salud. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, autonomía corporal, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud.<sup>111</sup> Como parte de esta obligación, los Estados deben garantizar que las instalaciones, los bienes y los servicios sanitarios son:

- disponibles en cantidades suficientes;
- accesibles desde el punto de vista financiero, geográfico y de no discriminación;
- aceptables, incluso en términos de respeto al género y a la ética médica; y
- de buena calidad.

---

<sup>111</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, pár. 8.

## **ii. El derecho a la salud está sujeto a limitaciones de recursos y debe realizarse de forma equitativa**

Los Estados tienen la obligación de adoptar "medidas" para la plena realización del más alto nivel posible de salud. Este lenguaje es un reflejo de la naturaleza general de las obligaciones de los Estados partes, que se establece en el artículo 2.1 del PIDESC:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

El CDESC ha explicado que estas medidas deben ser "deliberadas, concretas y orientadas".<sup>112</sup> Sin embargo, la realización progresiva y la obligación de tomar medidas significan que el derecho a la salud no es un derecho ilimitado de todos los individuos a todos los bienes y servicios que puedan ser necesarios para optimizar su salud y bienestar. Los Estados se enfrentan a diversos grados de limitación de recursos y éstos determinan lo que se puede esperar legítimamente de cada Estado.

Desde las limitaciones de recursos hasta los principios de igualdad y no discriminación, la forma de distribuir los recursos se ha entendido como un componente clave de las obligaciones de los Estados. Tal y como ha afirmado el CESCR: "las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población".<sup>113</sup> Este principio se refleja en el concepto de obligaciones básicas -reconocido a su vez en algunas disposiciones constitucionales como



*"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".*

<sup>112</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990.

<sup>113</sup> Op. Cit., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, pár. 19.

el mínimo vital-, que son obligaciones inmediatas, entre ellas la de proporcionar bienes y servicios primarios básicos para la salud.

Esta referencia sobre garantías es indicativa de la obligación de los Estados de proporcionar instalaciones, bienes y servicios de manera que se tengan en cuenta y se aborden las desigualdades, incluidas las que se basan en los motivos prohibidos de discriminación. Por lo tanto, los Estados también tienen la obligación fundamental de: garantizar el acceso a los establecimientos, bienes y servicios sanitarios de forma no discriminatoria, especialmente para los grupos marginados y vulnerables; y garantizar la distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios sanitarios.<sup>114</sup> Para asignar los recursos, incluidos los presupuestarios, y determinar la disponibilidad de los servicios, los Estados deben tener en cuenta los derechos y las necesidades de los diferentes grupos, especialmente aquellos vulnerables y marginados, a la hora de decidir qué servicios prestar.<sup>115</sup> Por ejemplo, los Estados tienen la obligación de prestar los servicios de salud sexual y reproductiva que las mujeres necesiten, incluidos el aborto seguro y la atención obstétrica de urgencia, y “los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad”.<sup>116</sup>

Una de las preocupaciones sobre la protección constitucional del derecho a la salud es que podría dar pie a las demandas individuales de tratamientos costosos, sesgando las prioridades y militando en contra de un sistema sanitario equitativo y justo (véase c.ii más adelante).<sup>117</sup> Sin embargo, el enfoque del CDESC demuestra que, aunque el derecho a la salud se enmarca como un derecho individual, al igual que otros derechos económicos, sociales y culturales, tiene fuertes dimensiones colectivas.<sup>118</sup> Por lo tanto, cuando el derecho a la salud está constitucionalizado, al resolver las reclamaciones de asistencia sanitaria, los tribunales deben enmarcar el derecho a la salud y otros derechos relacionados con la salud en el contexto de obligaciones más amplias de igualdad y no discriminación, tomando en consideración los objetivos más amplios de equidad y solidaridad de un sis-

---

<sup>114</sup> Ibíd., pár. 43(a) y (e).

<sup>115</sup> Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 12(2); Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 1999, párrafo 30; Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2011b; Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2011a; Comité de Derechos Humanos, 2019, pár. 8.

<sup>116</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 25(b).

<sup>117</sup> Ferraz, 2021; Op. Cit., Gostin, et al., 2019, p. 1857.

<sup>118</sup> Chapman, 2016.

tema público de asistencia sanitaria.<sup>119</sup> Este enfoque previene el conflicto entre los litigios sobre el derecho a la salud y el establecimiento de prioridades equitativas y eficientes en el ámbito de la salud.<sup>120</sup>

### **iii. El derecho a la salud es un derecho a la asistencia sanitaria y a los determinantes sociales del derecho a la salud**

El derecho a la salud se extiende más allá de la asistencia médica y sanitaria, hacia otros determinantes de la salud, incluida la higiene "ambiental e industrial". La Observación General N° 14 aclara que el derecho a la salud se extiende al acceso al agua potable y a un saneamiento adecuado, a un suministro adecuado de alimentos seguros, nutrición, vivienda, condiciones laborales y medioambientales saludables y al acceso a la educación e información relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.<sup>121</sup> Estos determinantes de la salud pública también están protegidos como derechos humanos autónomos relacionados en la legislación internacional sobre derechos humanos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, demostrando cómo los derechos humanos están interconectados e interrelacionados.

Más recientemente, el CDESC ha destacado que el derecho a la salud incluye los "determinantes sociales de la salud", definidos por la OMS como las condiciones en las que las personas nacen, crecen, trabajan, viven y envejecen, y el conjunto más amplio de fuerzas y sistemas que conforman las condiciones de la vida cotidiana. Más allá de los determinantes inmediatos de la salud pública, estos determinantes sociales también abarcan fuerzas y sistemas más amplios que incluyen políticas y sistemas económicos, programas de desarrollo, normas y políticas sociales y sistemas políticos.<sup>122</sup> Esto significa que, para cumplir el derecho a la salud, se necesita una amplia gama de medidas en todos los sectores, no sólo para abordar los síntomas, sino también las causas evitables de la mala salud.

### **iv. Las obligaciones derivadas del derecho a la salud requieren una serie de medidas legislativas y de otro tipo**

Los Estados tienen tres tipos de obligaciones con respecto al derecho al más alto nivel posible de salud. Tienen la obligación de respetar el derecho a la salud (es decir, no hacer daño); proteger el derecho a la salud contra los daños causados por terceros, incluida la supervisión y regulación de los

---

<sup>119</sup> Op. Cit., Gostin, et al., 2019, p. 1857.

<sup>120</sup> Rumbold et al., 2017, p. 712.

<sup>121</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, pár. 11.

<sup>122</sup> Organización Mundial de la Salud, sin fecha.

agentes del sector sanitario privado; y garantizar el derecho a la salud, es decir, adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo, adecuadas para la plena realización del derecho a la salud. Dado que los determinantes sociales de la salud se ven afectados por la legislación y la formulación de políticas en ámbitos distintos del sanitario, esto pone de manifiesto la importancia de un proceso legislativo y político intersectorial conjunto que trate de hacer realidad el derecho a la salud en los distintos ámbitos de gobernanza.

El artículo 2.1 del PIDESC destaca que los Estados deben hacer realidad el derecho a la salud “por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. Sostenemos que la adopción de una protección constitucional integral del derecho a la salud es una parte importante de las obligaciones de Chile de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud, ya que la constitución es una medida legislativa clave, dada su posición jerárquica en el sistema jurídico chileno. Así, en 2015, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU recomendó a Chile que “garantice el reconocimiento integral y la protección jurídica necesaria de los derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo texto constitucional”.<sup>123</sup> Como se analiza en la siguiente sección, la protección constitucional del derecho a la salud por parte de los Estados ha adoptado muchas formas. Sin embargo, sostenemos que el reconocimiento de la salud como un derecho humano fundamental y justiciable puede tener un importante potencial transformador, proporcionando a las personas marginadas por motivos socioeconómicos y de otro tipo una importante herramienta para hacer que el Estado rinda cuentas de las necesidades esenciales para su bienestar.<sup>124</sup>

## D.

### **La constitucionalización del derecho a la salud**

#### **i. Un estudio de las protecciones constitucionales mundiales del derecho a la salud**

A nivel nacional, más de dos tercios de las constituciones (134 de 195) incluyen disposiciones sobre salud o asistencia sanitaria.<sup>125</sup> Un análisis de las disposiciones de estas 134 jurisdicciones muestra que los derechos a la salud se reconocen de diferentes maneras en todo el mundo. Retomando la doble clasificación utilizada por JUNG, HIRSCHL Y ROSEVEAR, el 41% de las constituciones reconocen el derecho a la salud como justiciable y el 28%

---

<sup>123</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015, pár. 7.

<sup>124</sup> Liebenberg, 2009, p. 21.

<sup>125</sup> Op. Cit., Kinney y Clark, 2004, p. 285.

como aspiracional.<sup>126</sup>

Cabe destacar la alta prevalencia de constituciones en América Latina que protegen el derecho a la salud de alguna manera (89%), siendo la región la segunda con mayor prevalencia de disposiciones justiciables en el mundo (78%). Esto se explica en gran parte por la larga tradición de reconocimiento de los derechos sociales en general en América Latina. Aunque la mayoría de estas constituciones son relativamente nuevas, los derechos sociales, económicos y culturales se han ido introduciendo progresivamente en las constituciones latinoamericanas desde la trascendental Constitución mexicana de 1917, que fue la primera en el mundo en incluir estos derechos, siendo pionera en lo que se conoce como "constitucionalismo social".<sup>127-128</sup> Brasil hizo lo mismo en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Ecuador y Guatemala en 1945; y Argentina y Costa Rica en 1949.<sup>129</sup>

## ii. Garantías constitucionales justiciables: aprender de la

---

<sup>126</sup> Jung, Hirsch y Rosevear, 2014, p. 1043- 1094. Para llegar a los datos actualizados hemos utilizado el conjunto de datos que los autores ponen a disposición en la página web de su proyecto <https://www.tiesr.org/publications-data> (consultado el 10.5.2021). Véase también Rosevear, Hirsch y Jung, 2019, donde demuestran que la tendencia hacia la inclusión y la justiciabilidad ha continuado hasta 2016.

<sup>127</sup> Incluye disposiciones detalladas sobre el trabajo, la reforma agraria y las dimensiones sociales de los derechos de propiedad. Como recuerda Carozza: "es la hermana mayor de una nueva familia de constituciones del siglo XX", ya que "otros catorce países latinoamericanos reescribieron sus documentos constitutivos en apenas un cuarto de siglo" (Bravo Lira, 1992, p. 116). Los artículos 27 y 123 de la Constitución de 1917 son los más conocidos. El primero establece, entre otras cosas, que: "La Nación tendrá en todo momento el derecho de imponer a la propiedad privada las limitaciones que exija el interés público" y otorga al gobierno la facultad de "tomar las medidas necesarias para dividir los grandes latifundios". El artículo 123 ocupa varias páginas con detalles de tipo estatutario sobre los derechos laborales y las condiciones de trabajo, incluida la regulación de la jornada laboral máxima, el trabajo infantil, la salud y la seguridad de los trabajadores, el derecho a organizarse y a la huelga, y el establecimiento de seguros de pensiones, desempleo y accidentes; es el único artículo que ocupa un capítulo entero de la Constitución por sí solo, titulado "Del trabajo y la previsión social". Sin embargo, como señaló Félix Palavicini en 1938: "La Constitución no fue una carta socialista, ciertamente, pero tampoco se mantuvo dentro de un sistema estrictamente individualista". "Navega por el estrecho camino entre el Escila de un capitalismo liberal brutalmente atomizado y el Caribdis del excesivo colectivismo socialista" (Carozza, 2003, p. 311).

<sup>128</sup> Gargarella, 2013.

<sup>129</sup> Ibíd.

## **experiencia**

Como hemos visto en la sección anterior, el derecho a la salud puede constitucionalizarse en muchas formas diferentes y con distinto estatus y fuerza. Esta sección se centrará en una forma particular de constitucionalización, a saber, el reconocimiento del derecho a la salud como una garantía constitucional fuerte y justiciable. Esta es la forma adoptada en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, que además es una de las regiones del mundo con mayor densidad de derechos sociales (trece derechos sociales en promedio).<sup>130</sup>

Pero esta forma de constitucionalización también ha suscitado cierta inquietud, como se ha mencionado antes, y es importante considerarla ahora con más detalle. Una vez que el derecho a la salud se reconoce en la constitución, proporciona una base para el litigio, lo que, además de efectos positivos, también puede llevar a otros negativos; a menudo denominados como "judicialización". Por ejemplo, las personas pueden acudir a los tribunales para exigir tratamientos costosos que no están disponibles en el sistema público por razones válidas de rentabilidad y equidad sanitaria. De este modo, la judicialización puede desviar las prioridades y tener un impacto negativo en el sistema de salud en términos de equidad sanitaria. Esta experiencia ha sido documentada en algunos países latinoamericanos, como Brasil, Colombia y Costa Rica, por lo que es importante que el tema sea considerado cuidadosamente por Chile en esta importante coyuntura de su historia constitucional, a la luz del contexto particular y la cultura judicial chilena.<sup>131</sup>

El problema surge de la combinación de dos factores: 1. una interpretación cuestionable del derecho a la salud por parte de los tribunales como un derecho a estar sano (véase la sección c.i); y 2. las desigualdades socioeconómicas históricas en América Latina —la región más desigual del mundo— que se traducen en graves dificultades para que los pobres accedan a la justicia. El ejemplo más estudiado y conocido es probablemente el de Brasil, donde en lugar de mejorar la disponibilidad de las prestaciones sanitarias que tanto necesitan los más desfavorecidos —como el saneamiento básico, el acceso razonable a la atención primaria de salud y los programas de vacunación— [los litigios] desvían recursos esenciales del presupuesto sanitario a la financiación de medicamentos, en su mayoría de alto coste, reclamados por personas que ya son privilegiadas en términos de condiciones y servi-

---

<sup>130</sup> Ferraz, 2021b.

<sup>131</sup> Ferraz, 2018, pp. 67-77.

cios de salud.<sup>132\_133\_134</sup> Este tipo de litigio también se ha producido en Colombia, Costa Rica y Uruguay.<sup>135</sup>

Sin embargo, esto no significa que deba evitarse la constitucionalización del derecho a la salud. Por el contrario, incluso en Brasil, los efectos generales de la constitucionalización han sido muy positivos, a pesar del impacto negativo de la judicialización. El reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución de 1988 (art. 196) de forma contundente, ha sido decisivo para inspirar y presionar al poder legislativo y ejecutivo para que actúen, lo que llevó a la creación del Sistema Nacional de Salud Pública (el SUS) y a otras políticas públicas que han contribuido a mejorar significativamente la salud de la población, por ejemplo, el Programa de Salud de la Familia, el Programa de Inmunización y el programa de VIH-SIDA, etc.<sup>136</sup>

Países como Chile, que actualmente está en proceso de reflexión sobre las cláusulas a incluir en su nueva constitución, pueden aprovechar la experiencia acumulada de judicialización en otros países latinoamericanos y tratar de evitar los mismos errores. Abordar los problemas señalados es una tarea compleja, pero no es imposible. En cuanto a la tendencia de los tribunales a interpretar erróneamente el derecho a la salud, existen algunas soluciones posibles: la formación de los jueces en materia de salud pública; salas especiales que se ocupen de las cuestiones de salud pública; y una formulación más precisa del derecho a la salud en la constitución, de manera que se equilibre el disfrute individual y colectivo del derecho a la salud mediante un enfoque basado en la igualdad y la no discriminación (véase la sugerencia en la conclusión). En cuanto al acceso a la justicia, algunos desarrollos como los de Costa Rica, donde cualquier persona puede presentar una petición a la Sala IV del Tribunal Constitucional, o la ampliación de la defensa pública vista en Brasil también pueden ayudar a minimizar el problema del acceso a la justicia.

Esperamos que el estudio de las fuentes internacionales y nacionales del derecho a la salud realizado en este artículo, así como la discusión de los beneficios y riesgos de la constitucionalización, puedan ser útiles para el debate sobre si la salud debe incluirse en la nueva constitución como un derecho y cómo hacerlo. En nuestra opinión, Chile no debería perder esta oportunidad única y debería reconocer el derecho a la salud en la nueva

## E.

### Conclusión

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> Ferraz, 2009, pp. 33-45.

<sup>134</sup> Ferraz, 2011, pp. 76-102

<sup>135</sup> Op. Cit., Ferraz, 2018.

<sup>136</sup> Ferraz, 2021a. En particular el capítulo 3, pp. 50-75.

constitución. Puede aprovechar la ya amplia experiencia acumulada en materia de constitucionalización en todo el mundo, en particular en América Latina, para adoptar una cláusula constitucional que, al mismo tiempo, proporcione una sólida protección del derecho a la salud y evite las dificultades de la judicialización no equitativa señalados anteriormente.

A modo de conclusión, sugerimos respetuosamente la siguiente formulación como plantilla para los debates que tendrán lugar en la asamblea constituyente.

***Artículo... La salud es un derecho de todos y todas y un deber del Estado.***

- 1. La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, no sólo la ausencia de enfermedades o dolencias.***
- 2. El derecho a la salud es un derecho al acceso universal y equitativo a los determinantes sociales de la salud y la atención médica y sanitaria.***
- 3. El Estado tiene el deber de adoptar políticas sociales, económicas y sanitarias, dentro de los máximos recursos disponibles, destinadas a la realización progresiva del derecho a la salud.***

# • BIBLIOGRAFIA

---

Asamblea General de la ONU (1948)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Documento No. G.A. Res. 217 A (III). Disponible en: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Consultada el 25 de abril de 2021).

Asamblea General de la ONU (1966)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Documento No. G.A. Res. 2106A (XX). Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (1966)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Documento No. A.G. Res. 2200A (XXI). Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (1979)

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Documento No. G.A. Res. 34/180. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw.htm> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (1989)

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Documento No. G.A. Res. 44/25. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (2006)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Resolución No. G.A. Res. 61/106. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/15.htm> (Consulta: 19 agosto 2021).

Bravo Lira, B. (1992)

El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811–1991. Mexico: Escuela Libre de Derecho.

Carozza, P. (2003)

'From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights', Human Rights Quarterly, 25:281–313.

- Chapman, A. (2016)  
Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal. Cambridge: Cambridge University Press.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018)  
*Martina Rebeca Vera Rojas v. Chile. Informe N° XX/18, Caso 13.039, Sentencia.*
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1990)  
*Observación general n.º 3: Naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes. Documento No. E/1991/23.*
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2000)  
*Observación general n.º 14: Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Documento No. E/C.12/2000/4.*
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2015)  
*Observaciones finales: Chile. Documento No. E/C.12/CHL/CO/4.*
- Comité de Derechos Humanos de la ONU (2019)  
*Observación general n.º 36: Derecho a la vida. Documento No. CCPR/C/GC/36.*
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1999)  
*Observación general n.º 24: La mujer y la salud. Documento No. A/54/38/Rev.1.*
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (2011a)  
*L.C. vs. Peru: Opiniones. Documento No. CEDAW/C/50/D/22/2009.*
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (2011b)  
*Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil: Opiniones. Documento No. CEDAW/C/49/D/17/2008.*
- Ferraz, O. (2009)  
'The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequalities?', *Health and Human Rights*, 11(2).
- Ferraz, O. (2011)  
'Health Inequalities, Rights, and Courts', en Yamin, A. y Gloppen, S., *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*. Cambridge, MA: Harvard University Press, pp. 76-102.
- Ferraz, O. (2018)  
'Health in the Courts of Latin America', *Health and human rights* , 20(1):67-77.

Ferraz, O. (2021a)  
Health as a Human Right: The Politics and Judicialisation of Health in Brazil. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferraz, O. (2021b)  
'Equality', en Hübner Mendes, C. y Gargarella, R., Oxford Handbook of Constitutions in Latin America. Oxford: Oxford University Press.

Gargarella, R. (2013)  
Latin American Constitutionalism: 1810–2010. Oxford: Oxford University Press.

Gostin, L. et al. (2019)  
'The Legal Determinants of Health: Harnessing the Power of Law for Global Health and Sustainable Development', *The Lancet*, 393(10183):1857-1910. DOI: 10.1016/S0140-6736(19)30233-8.

Hübner Mendes, C. y Gargarella, R. (2021)  
*Oxford Handbook of Constitutions in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.

Johnson, B. et al. (2017)  
'A Global Database of Abortion Laws, Policies, Health Standards and Guidelines', *Bulletin of the World Health Organization*, 95:524-544.

Johnson, B. et al. (2017)  
'A Global Database of Abortion Laws, Policies, Health Standards and Guidelines', *Bulletin of the World Health Organization*, 95:524. DOI:10.2471/BLT.17.197442.

Jung, C., Hirschl, R. y Rosevear, E. (2014)  
'Economic and Social Rights in National Constitutions', *American Journal of Comparative Law*, 62:1043-1094.

Kinney, E. y Clark, B. (2004)  
'Disposiciones sobre salud y asistencia sanitaria en las constituciones de los países del mundo', *Cornell International Law Journal*, 37:285- 355.

Liebenberg, S. (2009)  
'Reflections on Drafting a Bill of Rights: A South African Perspective', en Kersting, N., *Constitution in Transition*. Harare: GTZ y Friedrich-Ebert-Stiftung, pp. 21-45.

Nuñez, M.A. (2020)  
Chile's New Constitution, the Right to Health and Health System Reforms. Harvard Law School. Disponible en: <https://drclas.harvard.edu>

vard.edu/news/chile%E2%80%99s-new-constitution-right-health-and-health-system-reforms (Consulta: 18 agosto 2021).

Organización de los Estados Americanos (1988)

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html> (Consulta: 19 agosto 2021).

Organización Mundial de la Salud (1946)

Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Organización Mundial de la Salud (sin fecha)

Social determinants of health. Disponible en: [https://www.who.int/health-topics/social-determinants-of-health#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/social-determinants-of-health#tab=tab_1) (Consulta: 18 agosto 2021).

Rosevear, E., Hirschl, R. y Jung, C. (2019)

'Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions', en Young, K., The Future of Economic and Social Rights. Cambridge: Cambridge University Press.

Rumbold, B. et al. (2017)

'Universal Health Coverage, Priority Setting, and the Human Right to Health', The Lancet, 390(10095):712-714.

Yamin, A. (2017)

'Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts and Achieving Universal Health Coverage', Human Rights Quarterly, 39(2):341- 368.

Yamin, A. (2020)

'Regional Insights for Constitutionalizing the Right to Health in Chile', Harvard Law School. Disponible en: <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/about/> (Consulta: 18 agosto 2021).

Yamin, A. y Gloppen, S. (2011)

Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health? Cambridge MA: Harvard University Press.





---

## Una propuesta de adjudicación de recursos sanitarios para la Nueva Constitución chilena

---

Alejandra Zúñiga Fajuri<sup>137</sup>

DOI: 10.53110/QSZX1565

**A. Introducción:** Una de las discusiones emblemáticas que, en materia de derechos sociales, habrá de abordar la Convención Constitucional encargada de elaborar una nueva constitución para Chile será sobre el contenido y alcance del “derecho a cuidado sanitario”. La creencia de que una sociedad justa debe contar con una política equitativa y universal en salud es una creencia poderosa. Dicha política supone que todos los habitantes del Estado, independientemente de su clase social, origen étnico, discapacidad o género, tienen garantizado igual acceso a un conjunto de productos y servicios sanitarios básicos o, lo que es lo mismo, a un “mínimo sanitario decente”. Esta meta, desde hace mucho alcanzada por la mayoría de los países desarrollados y algunos en vías de desarrollo, sigue pendiente en Chile, incluso después de implementada la Reforma Sanitaria del AUGE el año 2005.

Para contribuir, con este artículo, a la discusión constitucional que se aproxima, defenderemos en primer lugar, la tesis de que los criterios de racionamiento sanitario propios de la economía de la salud -que persiguen maximizar los recursos escasos- sólo pueden aplicarse en el nivel

---

<sup>137</sup> Doctora en Derecho. Institución: Universidad de Valparaíso, Chile. Investigadora CIFDE (<http://cifde.cl/>). Fono: 32- 2507180- 250 7014. E-mail: alejandra.zuniga@uv.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9620-4910>.

macro-distributivo sanitario y no en el micro-distributivo, puesto que de lo contrario resulta imposible alcanzar estándares aceptables de equidad en el acceso a los recursos sanitarios básicos. Dicho de otro modo, los principios de eficiencia sanitaria tienen un espacio donde sería legítimo darles cabida y otro donde, en cambio, su utilización resulta cuestionable por desigualtaria, todo lo cual es susceptible de ser regulado en una Constitución.

En segundo lugar, una vez hecho el diagnóstico sobre la impertinencia de utilizar criterios de racionamiento de tipo ‘costo-beneficio’ en el nivel micro-distributivo, se propone un modelo de racionamiento de recursos sanitarios que permita implementar los cambios necesarios para alcanzar los objetivos de equidad y eficiencia que se pretende alcanzar con una Nueva Constitución. De la mano del análisis de la legislación comparada y de la literatura especializada podremos, finalmente, adelantar una posible propuesta de redacción sobre el “derecho a cuidado sanitario”.

## B.

### *Criterios de distribución de cuidado sanitario*

Para comprender la evolución que ha tenido el derecho a la protección de la salud en Chile debemos advertir, ante todo, que se trata de un derecho social particular en tanto nos exige confrontar enfermedades, discapacidades, desórdenes y retos con la muerte que muchas veces no pueden ser superados incluso invirtiendo el máximo esfuerzo y los mayores recursos. El enorme progreso científico, que se ha traducido en cambios tecnológicos sin precedentes en la historia de la medicina, sumado al envejecimiento de la población, las nuevas enfermedades, la prevalencia de enfermedades crónicas y una cierta concepción de la sanidad pública en los Estados de Bienestar, ha significado el aumento de los costos sanitarios a un punto difícilmente soportable por los presupuestos de los sistemas nacionales.<sup>138</sup> Durante los últimos cincuenta años, la atención sanitaria ha constituido una de las principales fuentes de inversión del producto nacional bruto de la mayoría de los países y durante el período de mayor progreso científico y tecnológico la participación del Estado en los asuntos de sanidad ha ido creciendo.<sup>139</sup>

Luego, dada la finitud de los recursos y los ilimitados posibles procedimientos médicos, las inversiones en cuidado sanitario deben tener en cuenta las probabilidades de éxito o fracaso o, lo que es lo mismo, la “eficiencia” de las prestaciones de salud. Esto significa que las inversiones deben ser acomodadas a aquello que comprobadamente da resultados y que, por lo mismo, forma parte del “mínimo sanitario decente”. Ahora, para poder construir un

---

<sup>138</sup> Daniels, 1985.

<sup>139</sup> Engelhardt, 1997.

sistema de protección de la salud justo y eficiente en la nueva Constitución, es fundamental comprender que los problemas de adjudicación de recursos sanitarios escasos tienen dos niveles distintos de análisis, conocidos como “dilemas trágicos de primer nivel y de segundo nivel”. En el primer nivel, el macrodistributivo, es necesario determinar cuánto de algo debe haber, es decir, qué producir y a qué costo. Aplicado a los sistemas sanitarios, ello requiere acordar una lista de prioridades sanitarias que habrán, en principio, de garantizarse como “mínimo sanitario” y que son determinadas en base a cálculos técnicos costo-eficientes.<sup>140</sup>

Para llegar a acuerdos en este primer nivel de distribución es necesario un consenso básico respecto de la naturaleza de los servicios de salud y su lugar en la organización general de la sociedad y el Estado. En esa línea, el consenso social predominante entiende que el cuidado sanitario universal es un bien social fundamental pues la mayoría de los servicios de salud curativos y preventivos de atención permiten generar, no sólo beneficios a las personas individuales, sino que también beneficios sociales con niveles de vida más altos y una mayor cohesión social.<sup>141</sup> Por ello, aunque la financiación y entrega del servicio varía considerablemente en los países desarrollados, los sistemas financiados con impuestos generales y basados en seguros sociales son los preferidos, pues se sustentan en el principio secular de solidaridad, que implica cinco tipos de subvenciones cruzadas: desde los sanos a los enfermos, de los hombres a las mujeres, desde los pudientes a los menos acomodados, desde los jóvenes a los viejos y de los individuos a las familias.<sup>142</sup>

En Chile, en línea con las recomendaciones de la OMS, el Sistema Nacional de Salud garantiza la cobertura de un cierto número de patologías, definidas como prioridades sanitarias, al ser los problemas de salud que causan mayor mortalidad y morbilidad en Chile. Esta lista de enfermedades prioritarias -con un tiempo máximo para recibir atención y un limitado gasto financiero para los pacientes- constituyen el núcleo del derecho constitucional a cuidado sanitario en el que, sin embargo, contrariamente a los principios de equidad que inspiraron el sistema, se ha permitido restringir el acceso a dichos servicios por criterios netamente discriminatorios, como lo es la edad del paciente.

A su turno, en el espacio de la microdistribución, el dilema es cómo asignar, distribuir, aquello que se ha producido. Estos dilemas trágicos de segundo nivel se relacionan con los criterios que pueden ser, con justicia, empleados a la hora de seleccionar pacientes para recibir la asistencia sa-

---

<sup>140</sup> Beauchamp y Childress, 1999, pp. 347-348.

<sup>141</sup> Saltman, 2002, p. 2.

<sup>142</sup> Ibíd.

nitaria a la que, en principio, tienen derecho. En este espacio, el principal criterio de priorización es el de la necesidad,<sup>143</sup> sin perjuicio de que puedan evaluarse otros (como el de la responsabilidad o la calidad y esperanza de vida)<sup>144</sup> a fin de responder cuestiones como ¿debemos priorizar siempre a los enfermos más graves? ¿es ético destinar todos los recursos disponibles en un anciano con una enfermedad terminal, con el fin de alargarle la vida unas pocas semanas, si eso implica negar el tratamiento médico a decenas de jóvenes con enfermedades graves pero tratables?<sup>145</sup>

## C.

### **Modelos de sistemas sanitarios**

¿Qué legislaciones han logrado los mejores resultados en materia de equidad sanitaria? Los sistemas sanitarios pueden clasificarse (en función de la capacidad de pago y el monto de los pagos por servicio) en “progresivos” y “regresivos”. El primer caso se presenta cuando la proporción de los recursos pagados para la asistencia sanitaria crece en la medida en que crecen los recursos de sus beneficiarios. Un sistema financiero es regresivo, en cambio, en el momento en que la proporción de recursos pagados cae en la medida en que los recursos de sus beneficiarios se incrementan.<sup>146</sup> Es, como se sabe, el caso del sistema sanitario estadounidense y el chileno.

Los estudios que analizan los parámetros de equidad de los distintos sistemas sanitarios concluyen que, mientras los impuestos generales son un medio típicamente progresivo, los seguros sociales son levemente regresivos y los seguros privados derechamente regresivos pues la contribución –las primas- no se mide en relación con los recursos disponibles de cada persona sino que se determina conforme a los índices de riesgo, de modo que las personas financieramente más pobres -que suelen ser más enfermizas- tienen primas que están negativamente relacionadas con sus ingresos.<sup>147</sup> La conclusión es que los sistemas sanitarios financiados con impuestos generales (como el sistema canadiense, el del Reino Unido o los países escandinavos) que tienden a ser progresivos y, por lo mismo, equitativos, debieran servirnos para la construcción de un modelo de adjudicación de recursos sanitarios justo.

Por otra parte, es posible reconocer a los llamados “modelos unificado” o los “modelos pluralistas” de adjudicación de recursos sanitarios, en base a la relación existente entre el sector privado y el público. Un ejemplo de modelo unificado fue el sistema sanitario canadiense, donde el sector privado

---

<sup>143</sup> Crisp, 2002, p. 134.

<sup>144</sup> Zúñiga-Fajuri, 2010.

<sup>145</sup> Puyol, 2009, p. 29.

<sup>146</sup> Wagstaff, Van Doorslaer & Paci, 1989.

<sup>147</sup> Ibíd.

estaba excluido por ley como entidad pagadora de la mayor parte de la asistencia sanitaria.<sup>148</sup> Aunque ello fue reformado, la función del sector privado se limita todavía a los servicios que no están cubiertos completamente por los programas de salud provinciales. Ahora, si bien la estrategia unificada está en retirada, la evidencia demostró que los sistemas de financiamiento único entregan un mejor servicio cuando no se permiten sistemas paralelos pues éstos últimos absorben recursos que son necesarios para que el sistema público pueda entregar a todos servicios oportunos y de calidad.<sup>149</sup>

En contraste, el modelo sanitario del Reino Unido es el ejemplo clásico de sistema sanitario pluralista que permite una serie variada de planes de salud, tanto lucrativos como no lucrativos, privados y públicos. Estos planes aspiran a incrementar tanto la utilidad como la justicia en el sistema. El Servicio Nacional de Salud británico (NHS) se fundó en 1948 sobre la base de tres principios: la universalidad, exhaustividad y acceso gratuito.<sup>150</sup> Esto significa proporcionar cuidado sanitario completo y gratuito a todas las personas, independiente de su edad, clase social, sexo, posición geográfica etc., de modo exhaustivo, todo lo cual se entiende como expresión del principio más fundamental de tratar a todos de acuerdo con su “necesidad sanitaria”.<sup>151</sup>

Finalmente, vale la pena mencionar el llamado “modelo de Bismarck” financiado en base a seguros sociales obligatorios, que se utiliza todavía en Alemania y, con algunas recientes reformas, en los Países bajos. Alemania posee un sistema legal de seguros sanitarios (llamados “fondos de enfermedad”) para la mayoría de la población y permite que el resto de las personas disponga de seguros privados, en la línea de los sistemas pluralistas. El sistema se financia a través de las aportaciones de los empleados y los empleadores, pudiendo los ciudadanos elegir su fondo de enfermedad y cambiar de fondo cada año. Los fondos de enfermedad definen sus propias primas, aunque el Ministerio de Sanidad tiene la capacidad de regular el techo de ingresos por esta vía. Los copagos de los pacientes se reglamentan por ley y los fondos y seguros deben ofrecer pólizas que cubran el paquete de asistencia básico definido en la legislación, sin discriminación.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> La Corte Suprema canadiense en la sentencia *Chaoulli v. Québec (Attorney General)* estimó que la normativa que sustenta el modelo unificado era “inconstitucional” pues en el caso de ciertos procedimientos quirúrgicos, las demoras derivadas de las listas de espera incrementan el riesgo de mortalidad o de daños en el paciente, resintiendo su calidad (2005 SCC 35; de 9 de junio 2005).

<sup>149</sup> Hurley, 2001, pp. 234-239.

<sup>150</sup> Hughes, 1999.

<sup>151</sup> Op. Cit., Crisp, 2002, p. 134.

<sup>152</sup> Lewis, Álvarez-Rosete & Mays, 2006.

## D.

### **Un modelo de adjudicación de recursos sanitarios para Chile**

Prácticamente todos los países de Europa occidental proveen a su población de un seguro médico de cobertura universal financiado por impuestos generales o por seguros sociales obligatorios. Esta cobertura se ha alcanzado a consecuencia de factores históricos que incluyen valores culturales como la solidaridad social y la universalidad. Por ello, cuando los comités europeos de operadores sanitarios requieren tomar decisiones de racionamiento en el nivel micro-distributivo, lo hacen sobre la base de asegurar, primero, el acceso igual a cuidado sanitario para todos, de modo que los principios de eficiencia fundados en los análisis costo-beneficio tienen, en general, baja prioridad o impacto.<sup>153</sup>

Si bien el establecimiento de prioridades sanitarias se produce en todos los niveles de cualquier sistema de salud, los marcos legales no son clínicamente precisos y, en general, son funcionales en la tarea de identificar lo que los operadores sanitarios (quienes toman decisiones de adjudicación) no deben hacer, más que cómo debieran funcionar. En general, la ley se focaliza en la razonabilidad de la adjudicación a la luz de los estandartes legales y los hechos epidemiológicos destacables, intentando ser fiel al mandato constitucional que prohíbe discriminar a las personas en razón de su sexo, edad, origen social, etc. De este modo, es posible identificar dos mecanismos de racionamiento en el nivel microdistributivo: el racionamiento por exclusión y el racionamiento por directrices.<sup>154</sup> El primero -rechazado en la gran mayoría de los países desarrollados- es el que existe en Chile, en lugar del segundo criterio, que supone especificar directrices para, fundamentalmente, administrar las listas de espera.

En esta línea, una nueva constitución debiera endosar el principio de equidad en materia sanitaria, tanto en el nivel macrodistributivo como microdistributivo, garantizando las prestaciones predefinidas como esenciales, por igual a todos los habitantes. Las restricciones de acceso discriminatorias que existen todavía en nuestro sistema -como la edad del paciente- deben ser eliminadas, manteniendo sólo los mecanismos igualitarios de racionamiento sanitario como el de las listas de espera, fenómeno inevitable en los sistemas sanitarios de tipo universal.<sup>155</sup> Así, el viejo aforismo “prior in tempore potior in iure”, criterio de ordenación que explica la regla de que el primero en llegar ha de ser el primero en ser atendido, junto con el criterio de la gravedad o la necesidad, son los únicos criterios que, legítimamente, se pueden aplicar en el espacio de la microdistribución.<sup>156</sup>

En fin, siguiendo a HARRIS podemos sostener que “cuando no hay recursos

---

<sup>153</sup> Op. Cit., Hughes, 1999.

<sup>154</sup> Ham & Honigsbaum, 1998, pp. 114-132.

<sup>155</sup> Sullivan y Baranek, 2002, pp. 63-64.

<sup>156</sup> De Lora y Zúñiga-Fajuri, 2009.

para salvarlos a todos, debemos elegir quienes no serán salvados de un modo que no parezca una preferencia injusta.<sup>157</sup> Luego, ni la edad del paciente ni su estatus económico pueden ser elementos a considerar a la hora de distribuir recursos, ni desplazar al criterio rector en el ámbito de la adjudicación sanitaria: el de la necesidad.

El modelo de adjudicación de recursos sanitarios que se ha venido sugiriendo se sustenta en criterios de equidad que apoyan políticas sanitarias construidas en base a principios que destacan, primero, que **el cuidado sanitario es un derecho humano básico que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos de modo universal por medio de un Sistema Nacional de Salud** que, siguiendo los modelos comparados, tienda a abandonar su carácter regresivo para, con la mejora de sus fuentes de financiamiento, lograr la redistribución de recursos con mecanismos de progresividad tributaria. A su vez, el Modelo busca que los criterios de distribución utilitaristas con fines de racionamiento sanitario costo-eficiente, y que se pueden aplicar en el nivel macro-distributivo, se reduzcan al máximo en el nivel micro-distributivo evitando la discriminación arbitraria en el acceso.

Dicho de otro modo, veda la utilización de criterios como la edad del paciente a la hora de definir las reglas de acceso a las garantías explícitas en salud, a fin de restringir los criterios de racionamiento de la economía de la salud al espacio macrodistributivo, donde sí es legítimo que los operadores sanitarios jerarquicen enfermedades a fin de determinar el “mínimo sanitario” que va a constituir el contenido del derecho constitucional. El nivel macrodistributivo, entonces, permite decidir el conjunto de prestaciones que un sistema sanitario racional y eficiente debe incluir en la lista que conformará el mínimo sanitario, y es en este nivel que los análisis costo-beneficio tienen cabida resolviendo qué tipo de servicios sanitarios se deben producir para ser asignados, y por qué razones.

**La Nueva Constitución, entonces, debiera reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal e igualitario y garantizar el acceso a un Seguro Universal de Salud sin discriminación.** También debiera establecer que es deber del Estado regular el funcionamiento de los servicios públicos y privados de salud, dejando a la ley la determinación de las prestaciones básicas uniformes de carácter universal con las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Por último, el financiamiento del derecho a cuidado sanitario debiera ser solidario, fortaleciéndose la atención primaria, una red integral de atención con enfoque familiar, intercultural, comunitario y preventivo.

## E.

### **A modo de conclusión: propuesta de contenido para una Nueva Constitución**

<sup>157</sup> Harris, 1999, pp. 86 y ss.

# BIBLIOGRAFIA •

- Beauchamp T. y Childress, J. (2009)  
Principles of Biomedical Ethics. Sixth Edition. New York: Oxford University Press.
- Crisp, R. (2002)  
'Treatment According to Need: Justice and the British National Health Service', en Rhodes, R., Battin, M. y Silvers, A. (eds.), Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care. Oxford: Oxford University Press.
- Daniels, N. (1985)  
Just Health Care. New York: Cambridge University Press.
- Engelhardt, H.T. (1997)  
'Freedom and Moral Diversity: The Moral Failure of Health Care in the Welfare State', Social Philosophy & Policy, 14(2).
- Harris, J. (1999)  
'Justice and Equal Opportunities in Health Care', Bioethics, 13(5):86 y ss.
- Hughes, C. (1999)  
Accidental Logics: The Dynamics of Change in the Health Care Arena in the United States, Britain, and Canada. New York: Oxford University Press.
- Hurley, J. (2001)  
'Ethics, Economics, and Public Financing of Health Care', Journal of Medical Ethics, 27:234-239.
- Lewis, R., Álvarez-Rosete, A. y Mays, N. (2006)  
¿Cómo puede regularse la asistencia sanitaria en Inglaterra? Una perspectiva internacional. Londres: King's Fund.
- Puyol, Á. (2009)  
'Ética y priorización en las listas de espera de la sanidad', en Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, Listas de espera: ¿lo podemos hacer mejor?, 18:29-48.
- Saltman, R. (2002)  
'The Western European Experience with Health Care Reform', The Eu-

ropean Observatory on Health Care Systems, pp. 2-11.

Wagstaff, A., Van Doorslaer, E. y Paci, P. (1989)

'Equity in the Finance and Delivery of Health Care: Some Tentative Cross-country Comparisons', Oxford Review of Economic Policy, 5(1).

Zúñiga-Fajuri, A. (2010)

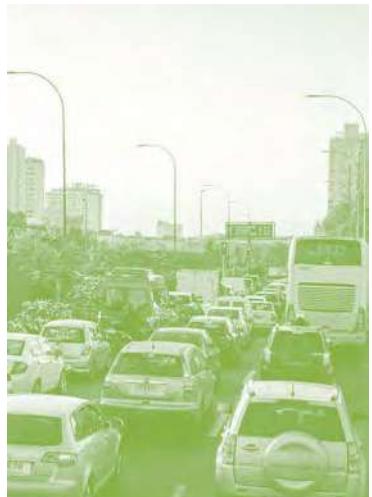
'Autonomía, salud y responsabilidad ¿Se puede responsabilizar al enfermo "culpable" de su enfermedad?', en Gascón, M., González, C. y Cantero, J. (eds.) Derecho sanitario y bioética (cuestiones actuales). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Zúñiga-Fajuri, A. y De Lora, P. (2009)

El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva. Madrid: IUSTEL.

# D sección

**“Vivienda como  
estándar de vida  
adecuado”**







---

## **Tomando el derecho a una vivienda adecuada en serio en la próxima constitución chilena: Un derecho en construcción desde cero**

---

Dr. Koldo Casla<sup>158</sup> y Verónica Valenzuela<sup>159</sup>

DOI: 10.53110/TINZ5472

**A. Introducción:** Este capítulo introduce el derecho a una vivienda adecuada como parte del derecho a una vida digna. La primera sección presenta el contenido y alcance de este derecho a la luz del derecho internacional y derecho comparado. A continuación, el capítulo explora algunas implicaciones jurídicas y políticas en el mejoramiento de la situación del derecho a una vivienda adecuada en la futura constitución chilena, específicamente en relación con las responsabilidades de las inmobiliarias, el reconocimiento legal de la función social de la vivienda y la propiedad, y la necesidad de proteger a los arrendatarios con firmes condiciones de habitabilidad y seguridad de la tenencia en el sector privado de arriendos. Tomarse el derecho a la vivienda en serio como parte del derecho a un nivel de vida adecuado contribuye a enfrentar las causas estructurales de la pobreza y la desigualdad en Chile.

---

<sup>158</sup> Profesor, Escuela de Derecho y Centro de los Derechos Humanos, Universidad de Essex, Reino Unido.

<sup>159</sup> Maestría en Derechos Humanos Internacionales, Universidad de Essex y abogada litigante en la Unidad Programa de Derecho Humanos, Subsecretaría de los Derechos Humanos, Chile.

**B.**

## **El derecho a una vivienda adecuada como parte del derecho a una vida digna: Una mirada al derecho internacional y la práctica comparativa**

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama en su primer párrafo que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

El derecho a una vivienda adecuada es, en este sentido, parte del derecho a un nivel de vida adecuada. Está reconocido en el artículo 11(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 27(4) de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5(e) del Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Todos estos tratados han sido firmados y ratificados por Chile, por lo tanto, el país debe acatarlos de buena fe como un asunto de derecho internacional.

De conformidad con el artículo 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, los países acuerdan esforzarse por lograr “una vivienda adecuada para todos los sectores de la población”.

En Europa, el artículo 31 de la Carta Social Europea Revisada de 1996 proclama el derecho a una vivienda adecuada. El Comité Europeo de Derechos Sociales supervisa el cumplimiento de los Estados con la Carta Social Europea, en sus distintas versiones y con sus protocolos adicionales. Entre otras cosas, este comité ha establecido que la protección legal, social y económica de las familias incluye una provisión adecuada de vivienda, la que se extiende a la protección sobre desahucios ilegales, donde las reglas de procedimiento no han sido respetadas o donde los derechos de las personas afectadas no son suficientemente protegidos.<sup>160</sup>

Aunque no esté explícitamente mencionado en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha interpretado que el derecho a una vivienda adecuada está implícito en la Carta Africana, ya que la esencia de ese derecho se deduce de otros derechos reconocidos en ésta, tales como el derecho a la salud, a la protección de la familia y el derecho de propiedad.<sup>161</sup>

El derecho a una vivienda está ciertamente vinculado con el derecho a la intimidad y vida familiar y el correspondiente derecho a la protección del domicilio. También proclamado en la Constitución de 1980 (artículos 19(4) y 19(5)), el derecho a una vivienda debe ser interpretado a la luz del derecho

---

<sup>160</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, 2004, pár. 24 y 51.

<sup>161</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2002, pár. 60.

internacional de los derechos humanos, incluyendo el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también ratificado por Chile. Al interpretar esta disposición, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha establecido que la prohibición de “injerencias arbitrarias” en el disfrute de nuestra vivienda “pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”.<sup>162</sup>

La vivienda es mucho más que un techo y mucho más que un simple producto. La vivienda, como observa el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Comité DESC) de la ONU, debe “considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”.<sup>163</sup> El Comité DESC ha identificado siete requisitos para determinar si una vivienda es adecuada: a) seguridad jurídica de la tenencia, incluyendo la protección de desahucios forzados, independientemente de del tipo de propiedad y duración (propietario, arrendatario, asentamiento irregular, etc.); b) disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, incluyendo el acceso a recursos naturales esenciales para la salud, seguridad, comodidad y nutrición; c) asequibilidad, incluyendo protección contra los niveles de renta desproporcionados, para así no dificultar o poner en peligro el cumplimiento y disfrute de otras necesidades y derechos esenciales; d) habitabilidad, en términos de protección del frío, humedad, calor, lluvia, viento y otras amenazas para la salud y la seguridad; e) accesibilidad, prestando particular atención a los requisitos de un colectivo o persona en riesgo, discriminación y marginación; f) una localización que permita el acceso a un empleo, a servicios médicos, escuelas, transporte y otras instalaciones, teniendo en cuenta también los problemas medioambientales; y g) adecuación cultural, usando materiales y herramientas que reconozcan y expresen apropiadamente la identidad cultural y la diversidad de la población.<sup>164</sup>

La práctica comparativa internacional demuestra que el progreso respecto al derecho a una vivienda adecuada puede resultar en políticas específicas que mejoren las condiciones de vida, particularmente de las personas en estado de vulnerabilidad. Comenzando por la evaluación de proporcionalidad, por ejemplo, en Escocia la ley distingue los motivos para el desahucio como obligatorio o discrecional, y en este último caso el propietario debe probar que ciertas circunstancias justifican el desahucio, por lo cual un juez decidirá la necesidad del desalojo, que podrá autorizar a partir del análisis de esas circunstancias.<sup>165</sup> Igualmente, tanto Alemania como los Países Bajos, conceden a los

---

<sup>162</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, 1988, pár. 4.

<sup>163</sup> Comité DESC, 1991, p. 7.

<sup>164</sup> Ibíd., pár. 8

<sup>165</sup> Private Housing (Tenancies) (Escocia) Ley 2016.

jueces el poder y la responsabilidad de prestar atención a las circunstancias personales de los arrendatarios, tomando en cuenta sus intereses legítimos junto a los del propietario.<sup>166</sup>

En el caso de Inglaterra, la Homelessness Reduction Act 2017 (Ley de la Reducción de la falta de hogar del 2017), en vigor desde abril del 2018, otorga a las autoridades más responsabilidades de las que ya existían desde 1970; Escocia y Gales cuentan con leyes similares. La normativa en el Reino Unido exige que los servicios sociales de las autoridades locales evalúen las causas y contextos en los que se puede presentar un potencial caso de pérdida del hogar, incluyendo las circunstancias y necesidades del núcleo familiar, particularmente si hay niños y/o niñas. Las autoridades locales deben intervenir con al menos 56 días de antelación al día en que pueda ocurrir la pérdida del hogar como resultado de un desahucio. Los servicios sociales pueden ofrecer ayuda económica para pagar el arriendo o pueden buscar viviendas alternativas en el sector inmobiliario público o privado de la zona.<sup>167</sup>

Entre el 2013 y 2017, muchas regiones en España reformaron sus leyes sobre vivienda para incluir incentivos fiscales y/o medidas sancionatorias dirigidas a propietarios con viviendas mantenidas vacías deliberadamente por un largo período de tiempo. Las nuevas normativas en esas regiones establecen que la propiedad de la vivienda debe servir la función social de satisfacer la necesidad de un hogar. Por lo tanto, las viviendas que se mantienen fuera del mercado no cumplen con el contenido legal esencial de la propiedad.<sup>168</sup> El Tribunal Constitucional Español concluyó que esas leyes autonómicas (regionales) eran un instrumento justo y admisible constitucionalmente para desarrollar el derecho a una vivienda adecuada, respetando al mismo tiempo el derecho a la propiedad privada, estando ambos derechos reconocidos en la Constitución española de 1978.<sup>169</sup>

En cuanto a la igualdad y la no discriminación, principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, hay dos ejemplos que conviene nombrar. A la luz del derecho internacional comparado y su práctica, en junio del 2020, la Suprema Corte de México exigió al Instituto Nacional de Estadísticas generar y recopilar información desglosada sobre la población viviendo en asentamientos irregulares. La Suprema Corte observó que estos datos darían una mejor información sobre el grado de pobreza en esos

---

<sup>166</sup> Vols, Kiehl y Sidoli del Ceno, 2015, p. 2.

<sup>167</sup> Ley de Vivienda de 1996, Parte VII: Homelessness, modified by Homelessness Reduction Act 2017.

<sup>168</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencias 93/2015 (Fundamento Jurídico n.º 13), 16/2018 (Fundamento Jurídico n.º 5) y 32/2019 (Fundamento Jurídico n.º 7).

<sup>169</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia 16/2018 (Fundamento Jurídico n.º 17).

asentamientos y el impacto que puede tener en la población la asignación de recursos públicos y otras ayudas.<sup>170</sup> Por su parte, el artículo 149 de la Ley de Igualdad del 2010 del Reino Unido, vigente en Gales, Escocia e Inglaterra, requiere que las autoridades públicas tengan en consideración la necesidad de eliminar la discriminación, acoso y victimización, fomenten la igualdad de oportunidades y promuevan buenas relaciones. Los órganos judiciales o quasi-judiciales que monitorean el cumplimiento de esta obligación normalmente requieren información desglosada con miras a eliminar la discriminación directa e indirecta.

La implementación de políticas específicas en las últimas cuatro décadas en todo el mundo provocó la caída en la inversión pública en vivienda, la privatización de la vivienda pública, la liberación del sector de la construcción y “creciente función y la posición dominante sin precedentes de los mercados financieros y las empresas en el sector de la vivienda”, dando como resultado la desconexión entre la vivienda y su función social, tratándola fundamentalmente como un activo financiero.<sup>171</sup> La mercantilización de la vivienda, es decir, tratar la vivienda como un producto y no como un derecho, ha tenido significantes consecuencias en Chile. En esta sección trataremos algunas de ellas.

### **i. El Estado y los promotores inmobiliarios privados: Los componentes de la desigualdad**

La vivienda no es sólo un derecho humano; también es el espacio físico donde las personas desarrollan su propia personalidad, donde las familias crecen y comparten su vida. El derecho a la vivienda está profundamente vinculado con otros derechos humanos. La localización de una vivienda afecta muchos otros derechos y servicios, incluyendo la educación, empleo y salud.

<sup>172</sup>

Chile enfrenta niveles extremos de “desigualdad económica y social”,<sup>173</sup> ya que el ingreso promedio del 10% de la población rica es 27 veces más que el 10% de la población pobre, excediendo notablemente el promedio de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).<sup>174</sup> El coeficiente de Gini en Chile en 2017 (últimos datos disponibles) era

**C.**

## **Constitucionalizar el derecho a una vivienda adecuada en Chile: Lo que puede significar en la práctica**

<sup>170</sup> Suprema Corte de México, 2020.

<sup>171</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, 2017, pár. 1.

<sup>172</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 32

<sup>173</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, 2016, pár. 13.

<sup>174</sup> Chapman, 2016, p. 87.

de 0.47, posicionando al país entre los más desiguales dentro de la OCDE.<sup>175</sup> El anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y Derechos Humanos, Philip Alston, observó que desde un punto de vista geográfico, Chile vive “grandes diferencias entre las regiones y dentro de las ciudades”;<sup>176</sup> personas viviendo en la misma área sufren grandes diferencias en sus niveles de ingreso.

En el caso de Chile, es innegable la relación entre políticas públicas sobre vivienda y la desigualdad estructural. Leilani Farha, anterior Relatora Especial sobre la Vivienda Adecuada, señaló que una serie de circunstancias históricas han motivado a que el país viva una “segregación geográfica de la población por niveles socioeconómicos, de modo que quienes cuentan con menos recursos viven en las afueras de las ciudades o en condiciones precarias”.<sup>177</sup>

El capítulo III de la actual Constitución consagra el derecho a la protección de la salud, el derecho y la libertad de educación y el derecho a la seguridad social; sin embargo, en “comparación con los tratados internacionales sobre la materia, los derechos sociales fundamentales se encuentran débilmente consignados en la Constitución chilena de 1980”,<sup>178</sup> tanto con el contenido de los derechos como en el mecanismo de rendición de cuentas de las autoridades. El derecho a una vivienda adecuada no está cubierto en la Carta de Derechos constitucional. La mayoría de los derechos sociales protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos “no está cabalmente resguardada o definida en el catálogo de derechos fundamentales” en Chile.<sup>179</sup> El borrador de derechos humanos constitucionales fue efectuado “en el contexto de la política radical de privatización de los beneficios sociales impulsada por Pinochet”.<sup>180</sup> Así, muchos beneficios relacionados con los derechos sociales, en gran medida, son proporcionados por empresas privadas mientras que el Estado juega un papel subsidiario.

A pesar de la carencia de arraigo constitucional del derecho a una vivienda adecuada, la anterior Relatora Especial sobre vivienda admitió que “Chile ha logrado reducir sustancialmente su déficit de vivienda en términos cuantitativos y, en cierta medida, también cualitativos, y ha puesto en marcha programas para diversificar los sistemas de tenencia”.<sup>181</sup> Sin embargo, Chile es una de las principales “economías privatizadas” en Latinoamérica y ha dependido de manera desproporcionada del mercado inmobiliario privado, “en que el Es-

---

<sup>175</sup> OECD, sin fecha.

<sup>176</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2016, pár. 14.

<sup>177</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 21.

<sup>178</sup> Bustos, 2015, p. 229.

<sup>179</sup> Schönsteiner et al., 2016, p. 7.

<sup>180</sup> Lovera, 2010, p. 226.

<sup>181</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 18.

tado desempeña una función subsidiaria”.<sup>182</sup> Así, las políticas públicas encargadas de la provisión de viviendas han sido desarrolladas en base al mercado privado y “su exclusivo vínculo con la propiedad privada”.<sup>183</sup> Tal estructura ha mostrado ser infructuosa en el cumplimiento del derecho a una vivienda adecuada según los estándares internacionales de derechos humanos.

El Estado Chileno ha financiado el mercado inmobiliario privado mediante subsidios públicos, de tal forma que los “principales actores en el sector de la vivienda son los constructores privados, los promotores inmobiliarios y las instituciones financieras, que cuentan con gran influencia”.<sup>184</sup> Las promotoras y empresas de construcción compran tierras a bajo precio, localizadas en las afueras de la ciudad para maximizar ganancias. Las familias y personas de bajos recursos, y otros grupos vulnerables sólo pueden acceder a viviendas en la periferia. Como otros países de la región y en todo el mundo, las políticas públicas de vivienda en Chile reflejan el “abandono por los Estados de los programas de vivienda social y la mayor dependencia de las soluciones ofrecidas por el mercado privado”.<sup>185</sup>

A través de las políticas de subsidios a la vivienda, Chile puede haber profundizado la discriminación, segregación y marginación de grupos vulnerables, como las personas pobres, las personas migrantes, los pueblos originarios y las mujeres. Como señaló la Relatora Especial de la ONU sobre la Vivienda Adecuada, un modelo así “constituye un incentivo para la segregación, ya que sigue promoviendo la concentración de viviendas subsidiadas en terrenos baratos, generalmente situados en la periferia de las ciudades, sin servicios ni oportunidades de empleo”.<sup>186</sup> Esta política pública ha tendido a discriminar a algunos grupos vulnerables que tienen acceso limitado a los subsidios de vivienda.

El contexto chileno en materia la vivienda plantea cuestiones acerca de la medida en que el mercado privado, en sí mismo, pueda proveer los recursos y mecanismos necesarios para satisfacer el acceso a una vivienda adecuada. Actualmente Chile “carece de directrices para una política nacional de planificación urbana basada en los derechos humanos”,<sup>187</sup> lo que perjudica aún más el cumplimiento del derecho a una vivienda adecuada toda vez que la ausencia de guías con enfoque en derechos humanos “parece haber originado fragmentación e incoherencias en los procesos de adopción de decisiones con respecto a la tierra, creando poderosos incentivos para que algunos gobiernos

---

<sup>182</sup> Ibíd., pár. 23.

<sup>183</sup> Silva et al., 2020, p. 30.

<sup>184</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 24.

<sup>185</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2017, pár. 10.

<sup>186</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 29- 30.

<sup>187</sup> Ibíd., pár. 34.

locales prefieran una concentración de residentes de altos ingresos”.<sup>188</sup> El actual paradigma sobre la vivienda requiere urgente revisión, ya que convierte a la vivienda en una mercancía, despojándola de su condición de derecho humano.

La constitucionalización del derecho a una vivienda adecuada ayudará a reducir la desigualdad material en Chile. No obstante, el reconocimiento constitucional de los derechos no es suficiente. El Estado debe adoptar otras medidas prácticas para asegurar el cumplimiento de este derecho. Se requiere un papel activo y compromiso del Estado para abordar las causas principales de la segregación en la vivienda, incluyendo la provisión pública de la vivienda para las personas que no pueden pagarla por sí mismas en el sector privado y el reconocimiento de la función social de la propiedad.

## **ii. La función social del derecho a la propiedad**

El artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980 garantiza el derecho a la propiedad privada. También, establece que sólo la ley puede establecer “limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, la que incluye el interés general de la nación, la seguridad nacional, las utilidades y la salud pública, y la conservación del medioambiente.

Mientras la Constitución establece la función social como posible limitación del derecho a la propiedad, no define a qué se refiere exactamente, sino que ofrece una serie de elementos que pueden ser enmarcados como constitutivos de dicha función social, los que han sido restrictivamente interpretados por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional chileno ha sostenido en su jurisprudencia que el derecho a la propiedad sólo puede ser objeto de limitaciones cuando se ven afectados elementos de la función social establecidos por la Constitución.<sup>189</sup> Además, cada uno de los elementos que pueden ser enmarcados como constitutivos de la función social han sido interpretados de manera restringida. Particularmente, la noción de interés general de la nación ha sido comprendida como “un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden”.<sup>190</sup>

La actual Constitución establece otras disposiciones cuya interpretación ha restringido aún más la posibilidad de limitar la propiedad privada bajo la

---

<sup>188</sup> Ibíd., pár. 34.

<sup>189</sup> Tribunal Constitucional chileno, rol 334/2001, considerando 21.

<sup>190</sup> Ibíd., considerando 22.

noción de función social de la propiedad. Para ello, el artículo 19 N° 24 inc. 4 de la Constitución dispone que “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”, solicitando una mayoría cualificada de senadores y diputados. Sin embargo, el artículo 19 N° 26 establece que “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limite limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia”. Así, cualquier política que involucre la privación de la propiedad, o de cualquiera de sus facultades esenciales, requiere la promulgación de una ley especial que debe ser aprobada por la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio de sus funciones. También, cualquiera de las facultades del dominio, esto es, el uso, goce y disposición, han sido consideradas como atributos fundamentales del dominio que no pueden ser afectados por la ley.<sup>191</sup>

De esta manera, el derecho a la propiedad en el dogma constitucional chileno es tratado prácticamente como un derecho absoluto, sujeto sólo a algunas limitaciones legalmente establecidas bajo circunstancias restrictivas. Así, “las iniciativas que surjan del Estado para democratizar el uso del suelo se ven incesantemente frenadas por la dogmática jurídica de la propiedad”.<sup>192</sup>

Igualmente, la ex Relatora Especial sobre la vivienda adecuada, Raquel Rolnik, señaló que la “propiedad tiene una función social fundamental, en particular el derecho a una vivienda adecuada para los pobres de las zonas urbanas”.<sup>193</sup> En este sentido, la nueva constitución chilena debe establecer que la función de vivienda es una parte esencial del contenido del derecho a la propiedad privada, mientras que los legisladores y agentes de políticas públicas deberían considerar explorar en el futuro distintas alternativas derivadas de la función social de la propiedad, tales como incentivos fiscales y sanciones a grandes empresas y/o dueños corporativos que deliberadamente mantengan propiedades vacías y fuera del mercado de arriendos residenciales.

### **iii. Seguridad de la tenencia y criterios de habitabilidad en el sector de arriendos de viviendas**

En el contexto chileno, las políticas públicas sobre vivienda tienden a enfocarse en la propiedad,<sup>194</sup> aunque en la última década el Estado introdujo

---

<sup>191</sup> Ibíd., fundamento Jurídico N° 25.

<sup>192</sup> Alarcón et al., 2016, p. 111.

<sup>193</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, 2013, pár. 5(4).

<sup>194</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 18.

políticas públicas dirigidas a mejorar el déficit cuantitativo de la vivienda. Sin embargo, la legislación relativa al sector de arriendos privados no se ha sometido a reformas que protejan adecuadamente la seguridad de la tenencia y establezcan criterios de habitabilidad adecuada.

En este caso, la propiedad privada está protegida no sólo mediante un remedio constitucional de emergencia, sino también a través de regulaciones y otros instrumentos jurídicos. La ley N° 18.101 de 1982, modificada en 2003, que establece reglas especiales sobre el arrendamiento de predios urbanos, dispone, en términos generales, que los propietarios pueden terminar el contrato de arrendamiento en cualquier momento, a menos que ambas partes acuerden lo contrario. Asimismo, la ley proporciona al arrendador un procedimiento abreviado para realizar desahucios.

En este sentido, las ordenes de desalojo en Chile son dictadas sin un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, lo que es contrario a los estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos que han sido voluntariamente aceptados por Chile. La Relatora Especial de la ONU sobre la Vivienda Adecuada lamentó que, cuando un desalojo está a punto de realizarse en Chile, “el Estado no está obligado a velar porque se disponga de alojamiento alternativo ni a cumplir otras obligaciones internacionales de derechos humanos”.<sup>195</sup> Por lo tanto, después de su misión oficial de la ONU en el país, la Relatora Especial recomendó al Estado que las órdenes de desalojo deberían “realizarse en estricto cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos y no pueden dar lugar a la falta de hogar”.<sup>196</sup>

La legislación actual no establece una regulación específica que obligue al arrendador a mantener la vivienda bajo ciertos niveles de habitabilidad. A este respecto, el artículo 1924 del Código Civil sólo establece la norma general de que el arrendador debe mantener la propiedad en el estado de servir para el fin para el que ha sido arrendada; norma que es de aplicación cuando las partes no han acordado nada en otro sentido.

La falta de legislación conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el sector del arriendos privado, ha hecho posible el abuso de grupos particularmente vulnerables y de bajos recursos. En este sentido, los inmigrantes tienden a acceder a viviendas mediante contratos de arrendamiento; incluso aquellos que han llegado recientemente al país tienen un acceso informal e inseguro a la vivienda, con poca o ninguna protección de la ley.<sup>197</sup> En un contexto como este, algunos inmigrantes han señalado ser “víctimas [de] prácticas abusivas en el mercado de vivienda privado por arrendadores que cobraban en exceso o que ofrecían condiciones de vida caras y

---

<sup>195</sup> Ibíd., pár. 52.

<sup>196</sup> Ibíd., pár. 86 (k).

<sup>197</sup> Roessler et al., 2020, p. 1.

precarias”.<sup>198</sup> Así, en Chile “muchos migrantes viven en condiciones de hacinamiento, insalubres y antihigiénicas”.<sup>199</sup>

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada recomendó a Chile “Modernizar la legislación relativa a las viviendas de alquiler a fin de proteger mejor los derechos de los arrendatarios, y establecer una regulación adecuada de los arrendadores privados”,<sup>200</sup> así como también “Asegurar la rendición de cuentas de los actores privados en relación con sus obligaciones de derechos humanos”.<sup>201</sup>

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2015 y la Relatoría Especial sobre la Extrema Pobreza y Derechos Humanos en 2016 expresaron su preocupación sobre la falta de reconocimiento adecuado de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a una vivienda adecuada, en la Constitución de 1980; y sobre la falta de mecanismos institucionales y judiciales satisfactorios que provean remedios y reparaciones para las personas para quienes el derecho a una vivienda adecuada es una promesa incumplida.<sup>202</sup>

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentó una lista de recomendaciones para hacer efectivo el derecho a la vivienda en Chile, con la visión de adoptar una estrategia integral de vivienda que diera prioridad a las personas más vulnerables, incluyendo aquellas viviendo en asentamientos informales, áreas rurales o condiciones inadecuadas; que protegiera contra desalojos forzados y asignara financiamiento adecuado, con efectivo monitoreo y rendición de cuentas.<sup>203</sup>

En este sentido, la adopción de una estrategia comprehensiva es esencial. Un nuevo paradigma debería transitar desde la confianza ciega en el mercado privado de vivienda hacia un rol y compromiso activo del Estado en la provisión de viviendas. Más aún, **un modelo tal debe estar basado en el principio de que la adquisición de viviendas es una forma especial de propiedad privada sobre un bien que existe para servir una función pública que es al menos tan**

## D.

### **Observaciones finales**

<sup>198</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 63.

<sup>199</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2016, pár. 63.

<sup>200</sup> Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 86 (j).

<sup>201</sup> Ibíd., pár. 86 (n).

<sup>202</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 2015, pár. 7; Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2016, pár. 25-26.

<sup>203</sup> Ibíd., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 2015, pár. 26; Op. Cit., Asamblea General de Naciones Unidas, 2018, pár. 84.

importante como la función privada: además de satisfacer el interés legítimo de un inversor, una casa existe para dar a las personas un lugar para vivir.

Chile tiene una oportunidad única de afianzar constitucionalmente el derecho a una vivienda adecuada. El silencio ensordecedor sobre la vivienda adecuada en la Constitución de 1980 ha contribuido al debilitamiento de este derecho en el orden doméstico en detrimento del pueblo chileno, particularmente de los hogares más vulnerables. Sería ingenuo pensar que adoptar una carta social constitucional asegurará su protección<sup>204</sup> por sí sola, pero la consagración constitucional de los derechos sociales tiene un rol subsidiario, aunque de importante apoyo, en el esquema multiinstitucional de protección de los derechos sociales.<sup>205</sup> El momento constitucional único y profundamente democrático de Chile provee una excelente oportunidad para construir el derecho a una vivienda adecuada desde cero.

---

<sup>204</sup> King, 2012, p. 2.

<sup>205</sup> Ibíd, p. 18.

# • BIBLIOGRAFIA

---

Alarcón, F. et al. (2016)

‘Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos’, en Vial, T. (rev.) Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, pp. 81-121.

Asamblea General de Naciones Unidas (2013)

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik. Documento No. A/HRC/25/54.

Asamblea General de Naciones Unidas (2016)

Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre su misión a Chile. Documento No. A/HRC/32/31/Add.1.

Asamblea General de Naciones Unidas (2017)

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. Documento No. A/HRC/34/51.

Asamblea General de Naciones Unidas (2018)

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada – Misión a Chile. Documento No. A/HRC/37/53/Add.1.

Bustos, R. (2015)

‘Nueva constitución y derechos sociales: Hacia un nuevo paradigma’, en Chía, E. y Quezada, F. (rev.) Propuestas para una nueva constitución (originada en democracia). Santiago: Fundación Igualdad, pp. 227-249.

Centro Europeo de Derechos de los Romaníes vs. Grecia (2004)

Comité Europeo de Derechos Sociales. Reclamaciones Colectivas Nº 15/2003, Resolución de Fondo, 8 de diciembre.

Comisión de Estudio para una Nueva Constitución (1977)

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 281. Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3768/2/Tomo\\_IX\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3768/2/Tomo_IX_Comision_Ortuzar.pdf) (Consulta: 28 septiembre 2020).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1991)

Observación general nº 4: Derecho a una vivienda adecuada. Documento No. E/1992/23.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2015)

Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile. Documento No. E/C.12/CHL/CO/4.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1988)

Observación general nº 16: Artículo 17 (Derecho a la intimidad) El derecho al respeto de la intimidad, la familia, el domicilio, correspondencia y la protección a la honra y reputación. Documento No. ONU HRI/GEN/1/Rev.1 at 21.

King, J. (2012)

Judging social rights. Londres. Cambridge University Press, 3ra edición.

Ley de Vivienda de 1996,

Parte VII: Homelessness, modificada por Homelessness Reduction Act 2017.

Lovera, D. (2010) ‘

Derechos Sociales en la Constitución del 80 (... y del 89, y del 2005)', en Fuentes, C. (rev.), En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Santiago: UDP and Fundación Böll, pp. 217-243.

OCDE Data (sin fecha)

Income inequality. Disponible en: <https://data.oecd.org/inequality/income-inequality.htm> (Consulta: 14 enero 2021).

Pérez Solano, J.A. (2016)

‘Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano’, Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, 8(16):176- 191.

Private Housing (Tenancies) (Escocia) Ley 2016.

Roessler P. et al. (2020)

Acceso a la vivienda y condiciones de habitabilidad de la población migrante en Chile. Santiago: Servicio Jesuita a Migrantes, Informe N° 3.

Schönsteiner, J. et al. (2016)

Conclusiones principales y recomendaciones estudio línea base en empresas y derechos humanos Chile. Encargado y financiado por: Instituto Danés de Derechos Humanos (DIHR). Santiago: Centro de

Derechos Humanos UDP.

Silva, I. et al. (2020)

Habitar en dignidad: hacia el derecho a la vivienda en la nueva Constitución. Santiago: Techo-CHILE, Fundación Vivienda y GI-ESCR.

Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria (2002)

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Comunicación No. 155/96, Resolución del 27 de mayo.

Techo Mexico vs. INEGI (2020)

Suprema Corte de México. Amparo en Revisión 635/2019, Sentencia, 17 de junio.

Tribunal Constitucional de Chile (2001)

Sentencia 334/2001, 21 de agosto.

Tribunal Constitucional de España (2015)

Sentencia 93/2015, 14 de mayo.

Tribunal Constitucional de España (2018)

Sentencia 16/2018, 22 de febrero.

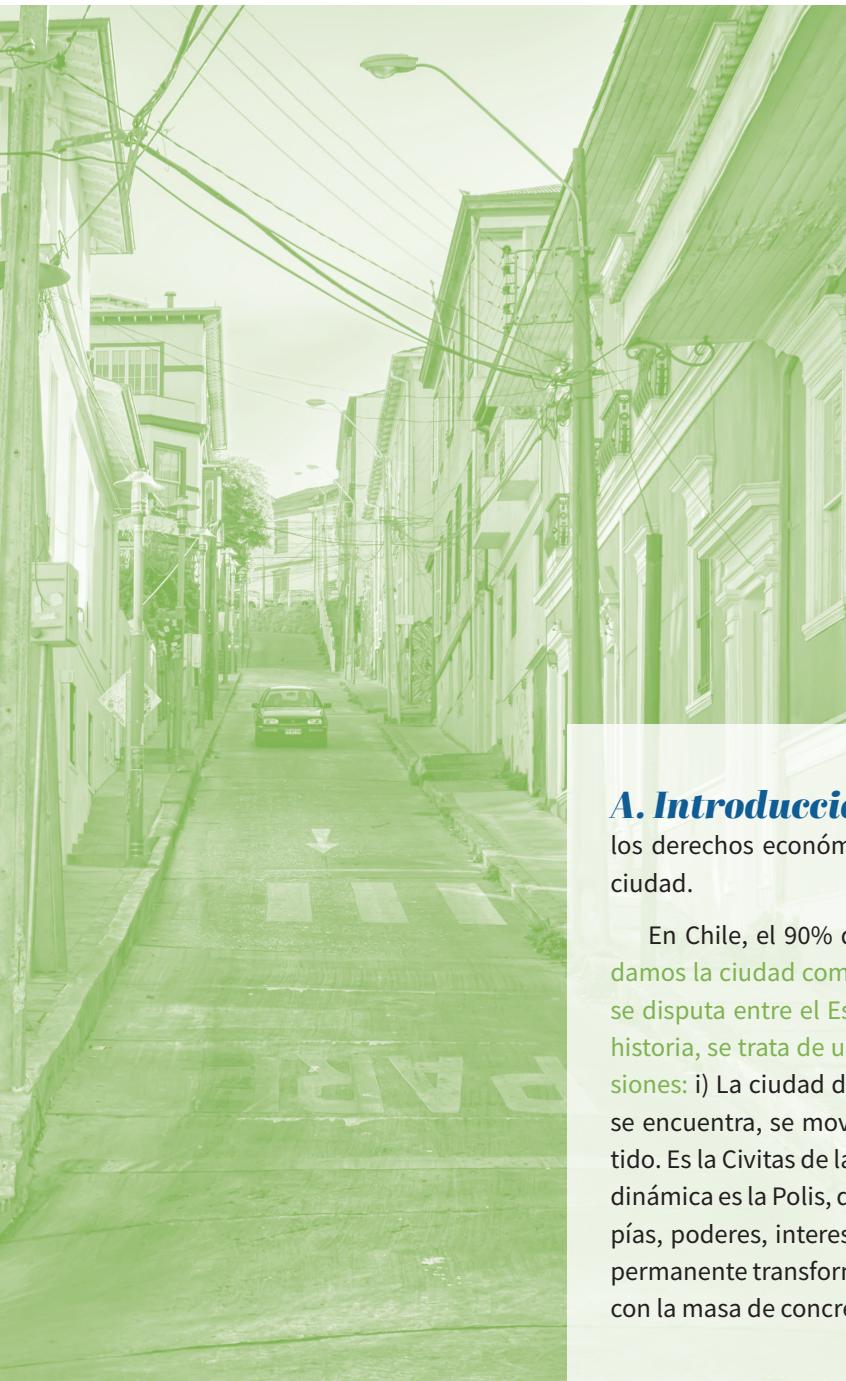
Tribunal Constitucional de España (2018)

Sentencia 32/2018, 12 de abril.

Vols, M., Kiehl, M. y Sidoli del Ceno, J. (2015)

'Human Rights and Protection against Eviction in Anti-social Behaviour Cases in the Netherlands and Germany', European Journal of Comparative Law and Governance, 2:156-181.





## La ciudad y los DESCA

Ana Sugranyes Bickel<sup>206</sup> y

Maricarmen Tapia Gómez<sup>207</sup>

DOI: 10.53110/HCBB5668

**A. Introducción:** El propósito de este capítulo es abordar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales desde la ciudad.

En Chile, el 90% de la población vive en espacios urbanos. Entendamos la ciudad como un espacio donde la democracia se construye y se disputa entre el Estado y la Ciudadanía. Como lo aprendimos en la historia, se trata de un espacio complejo, entrelazado de varias dimensiones: i) La ciudad de la gente que vive, habita, estudia, trabaja, goza, se encuentra, se moviliza, sufre, se aísla y muere en un lugar compartido. Es la Civitas de la ciudadanía. ii) La dimensión más compleja y más dinámica es la Polis, donde se concentran, atomizan y cruzan ideas, utopías, poderes, intereses, mercados, conflictos e institucionalidades en permanente transformación. iii) La más palpable, la dura, la construida, con la masa de concreto y el entramado de la infraestructura, en el aire,

<sup>206</sup> Arquitecta y doctora en urbanismo; presidenta de Housing and Land Rights Network (HIC-HLRN); defensora del derecho a la vivienda desde Ciudad Común y el Comité Hábitat del Colegio de Arq.

<sup>207</sup> Arquitecta y doctora en urbanismo; docente e investigadora en la Universidad de Santiago de Compostela y en la Universidad Diego Portales; directora de la Revista Crítica Urbana.

encima y debajo del suelo. Es la Urbs del urbanismo.<sup>208</sup>

El proceso constituyente, que el pueblo de Chile conquistó, ofrece la oportunidad política, no solamente de colocar los derechos humanos como principal pilar de la nueva constitución, sino de acordar los instrumentos necesarios para hacer cumplir los acuerdos, para cambiar leyes y normativas, para realizar políticas públicas que respondan a las demandas sociales, y para poder recurrir a la justicia en caso de violación de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, DESCAs.

Los derechos humanos en su integralidad se realizan en el ámbito de la ciudad, donde habita la gran mayoría de los sujetos de estos derechos. Por eso, a menudo hablamos de los derechos al hábitat, una denominación afín a las propuestas ecologistas de la ética del cohabitar el planeta.

Entre los derechos humanos más relacionados al hábitat, está el derecho humano a una vivienda adecuada, ratificado por el Estado de Chile mediante la suscripción de instrumentos internacionales en 14 ocasiones.<sup>209</sup> Sin embargo, este derecho no forma parte de los contenidos de ninguna legislación ni política relativa a urbanismo o vivienda.

El propósito de nuestra contribución es reflexionar sobre los entornos próximos y remotos – el barrio y la ciudad – que permiten la satisfacción y la realización de otros derechos. Lo señaló, de manera clara, el ex Relator Especial sobre este derecho, Miloon Kothari: “El derecho a la vivienda no es sólo el derecho al goce de un espacio habitable, a una morada; es también el derecho a un medio urbano digno y adecuado en el que se inserta tal vivienda”.<sup>210</sup>

El derecho a la vivienda no corresponde a un simple derecho individual, particular o privado, desvinculado del hábitat o del suelo en que se ejerce. El suelo habitable, con infraestructuras para llegar a ser urbanizado, es un bien escaso. De ahí que la regulación del uso del suelo debe acordarse

---

<sup>208</sup> Capel, 2003.

<sup>209</sup> Artículo 25.1 de Asamblea General de las Naciones Unidas 1948; Artículo 21 de Asamblea General de las Naciones Unidas 1951; Artículo 5 (E) (iii) de Asamblea General de las Naciones Unidas 1965; Artículo 11.1 de Asamblea General de las Naciones Unidas 1966a; Artículo 17 de Asamblea General de las Naciones Unidas 1966b; Artículo 14.2 (H) de Asamblea General de las Naciones Unidas 1979; Artículos 16.1 y 27.3 de Asamblea General de las Naciones Unidas 1989; Artículo 43.1 de Asamblea General de las Naciones Unidas 1990; Artículos 2, 5.3, 9.1.A, 19.A, 22.1, 28.1 y 28.2.D de Asamblea General de las Naciones Unidas 2008; Artículos 10, 21.1, 23, 26, 27, 28 y 32 de Asamblea General de las Naciones Unidas 2007; Artículo 5 (B) de Oficina Internacional del Trabajo (1985); Artículos 49, 53, 85 y 134 del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) 1949.

<sup>210</sup> Observatori DESC, 2008, p. 15.

entre todos y todas, desde el interés general, el bien común, el respeto de la naturaleza, la captación de las plusvalías y la oposición a la especulación inmobiliaria.

El presente documento propone alimentar el debate constituyente sobre los desafíos del cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales al hábitat, desde las actuales e históricas condiciones de segregación socio espacial de las ciudades chilenas. Este debate se está articulando desde 2015, por ejemplo, entre las campañas “Para la nueva constitución: Dignidad humana en el territorio y la ciudad” y “Por el derecho a la ciudad y el territorio”,<sup>211</sup> que se desarrollaron desde distintas instancias complementarias y que se fueron retroalimentando entre ellas. En 2020, se empezó a articular el espacio “Ciudad Constituyente”, en el cual convergen actores de las anteriores campañas y distintas organizaciones sociales y profesionales dedicadas a los temas del hábitat y de la ciudad.<sup>212</sup>

El principal desafío para sentar las bases –acuerdos de sociedad sobre principios y derechos– de una posible reversión de las tendencias reinantes de segregación urbana y desigualdad en el territorio, está en la capacidad de incidir desde los movimientos sociales, las organizaciones de la sociedad civil y la academia en el debate constituyente.

Para seguir colocando la ciudad en el debate constituyente, este capítulo empieza con un breve análisis de las mayores deficiencias y problemas que marcan las áreas urbanas en Chile, por los vacíos en lo referente a la planificación urbana y territorial y a la regulación del suelo. Explica las distintas formas de segregación urbana y la especulación del suelo. Esboza las distintas expresiones de precariedad habitacional que afectan a más de un tercio de la población. Una segunda sección aborda la implementación territorial de los derechos humanos, distingue las obligaciones del Estado de las aspiraciones de los pueblos, como en el caso del derecho a la ciudad. Explica metodologías para facilitar el entendimiento de los derechos sociales y ambientales desde la especificidad de cada territorio. Aborda una cuestión central que exige revisar la función social del derecho de propiedad a la luz de los derechos fundamentales; revisión sin la cual no podría haber propuesta de ordenamiento jurídico que permita la reversión de la segregación socio espacial, y a las mejoras en las políticas habitacionales.

---

<sup>211</sup> Ambas campañas reportadas en el sitio “Colegio de Arquitectos de Chile”: [http://colegioarquitectos.com/noticias/?page\\_id=12841](http://colegioarquitectos.com/noticias/?page_id=12841).

<sup>212</sup> Para más información, ver el sitio (en construcción) de la plataforma “Ciudad Constituyente”: <https://ciudadconstituyente.cl/somos/>.

En el proceso de ir acordando principios y derechos, desde la especificidad de cada barrio y cada ciudad, de manera sintética se presentan los principales conflictos relacionados con el modelo de desarrollo territorial en Chile.

## B.

# Principales problemas habitacionales, urbanos y territoriales en Chile

### i. Ausencia de principios y derechos colectivos

Casi 50 años de ideología neoliberal, con primacía del desarrollo de intereses privados, asociados al mercado inmobiliario por encima del bien común, se reflejan espacialmente en los procesos de ocupación y uso de las ciudades segregadas. El sistema legal, desarrollado a inicios de la dictadura, no cuenta ni en sus fundamentos ni en sus contenidos con los derechos humanos ni de las comunidades. Además de este problema de base, existen numerosos vacíos legales, situaciones no reguladas y falta de fiscalización. Por ejemplo, no se cuenta con ningún instrumento de regulación del suelo que permita una provisión de suelo adecuada para el desarrollo de políticas habitacionales o políticas dirigidas a revertir la desigualdad. Carencias que han facilitado y siguen facilitando situaciones de transgresión de derechos fundamentales, en procesos de especulación y corrupción.

Estas carencias configuran también el modelo de desarrollo y se extienden a la construcción de las infraestructuras, la planificación territorial, la urbanización, el acceso a la vivienda y la distribución inequitativa de bienes y servicios. Desde la experiencia internacional, estos conflictos son comunes; en Chile, el marco constitucional vigente –centrado en las condiciones de mercado– dificulta avances legislativos e impide poder recurrir a una capacidad de inspección o control público para resguardar el cumplimiento de los DESCA.

### ii. Centralismo

Las barreras a una regulación territorial sostenible y justa están marcadas por una herencia histórica fuertemente centralizada. Son pocos y lentos los pasos que se han dado en los temas de la descentralización. La modificación constitucional de 1991 incorporó la administración del Estado funcional y territorialmente descentralizada –o desconcentrada en su caso– y la promoción por el Estado del fortalecimiento de la regionalización y del desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Sin embargo, como lo destaca el estudio comparativo en curso, sobre “Ciudades en procesos Constituyentes de América Latina”,<sup>213</sup> las ciudades

---

<sup>213</sup> Flacso-Ecuador et al., 2021.

chilenas no cuentan con gobierno propio, son gobernadas por el Poder Ejecutivo con criterios sectorialistas, basados esencialmente en la focalización de los recursos y sin perspectiva territorial; las regiones no cuentan con capacidad de decisión efectiva sobre sus territorios ya que no pueden decidir los destinos de los presupuestos públicos, que están predeterminados por el poder central. Tampoco cuentan con capacidad efectiva de realizar un ordenamiento territorial; si bien existe el instrumento, éste no tiene un carácter vinculante.

### **iii. Especulación del suelo**

La especulación del suelo es otro conflicto mayor no atendido estructuralmente por el marco legal, con el consecuente sesgo de la satisfacción de intereses privados o sectoriales, sin un abordaje integral del territorio.

El mercado del suelo se diferencia de cualquier transacción mercantil de objetos muebles. Cada terreno es único; las personas propietarias definen si ofrecer, o no, una transacción en función de las perspectivas de ganancia por las construcciones que ahí se podrán realizar.

En las ciudades, la especulación del suelo se ve facilitada por la falta de mecanismos de control o de recuperación de las plusvalías. Algunas de las formas de especular utilizan información privilegiada, tráfico de influencias o corrupción para lograr cambios normativos de mayor edificabilidad o cambios de uso con mayores ganancias. Es especialmente relevante el cambio de uso de suelo de rural a urbano, que multiplica exponencialmente su precio. Ejemplo de ello son los terrenos eriazos (sin construir), “en engorde”, o en áreas urbanas, a través de interpretaciones intencionadamente sesgadas, o la redacción de normas urbanísticas que permiten construir buscando el máximo de rentabilidad, como en el caso de los “guetos verticales”<sup>214</sup> en muchas comunas de las grandes ciudades como Santiago o Valparaíso. **Es necesario contar con suelo adecuado en un entorno social y urbano que asegure el ejercicio de los DESCA.**

La especulación, por lo tanto, se traduce en una carencia de suelo bien localizado, por la fragmentación y segmentación del suelo. Está determinada por el mercado inmobiliario, con escasas herramientas y fuerte blo-

---

<sup>214</sup> En Chile, en los últimos 5 años, se han denominado ‘guetos verticales’ las construcciones de nano viviendas (de entre 17 y 25 metros cuadrados) en torres de hasta 40 pisos, en zonas centrales, proyectando densidades de 15 a 20 mil habitantes por hectárea. En esta misma lógica de máxima rentabilidad en el uso del suelo y al borde de la (i)legalidad, el subsidio habitacional ha facilitado la construcción de vastos guetos horizontales en la periferia de las ciudades entre los años 80 y 90 del siglo pasado.

queo político para avanzar en políticas o herramientas de regulación del uso de suelo, que permitan revertir la situación de segregación existente y dar una solución inclusiva territorialmente, por ejemplo, a los conjuntos de vivienda social y a las poblaciones tradicionales.

#### **iv. Inequidad en la distribución de bienes y servicios públicos**

Chile se caracteriza por una fuerte desigualdad social,<sup>215</sup> que se refleja en una estructura espacial de segregación socioeconómica, con una fuerte concentración de la minoría de la población con mayores rentas en determinados puntos de las ciudades grandes. Por otra parte, no existe hasta ahora una mirada integral y equitativa de implementación de los servicios públicos en las ciudades, acentuando la situación de segregación, en las áreas de población de menores rentas con la falta de servicios públicos de calidad como educación, salud, seguridad, áreas verdes y transporte.

#### **v. La precarización de las condiciones del hábitat**

Al reconocer la inadecuación de las medidas sanitarias en el tiempo de la pandemia, el Ministro de Salud de Chile dijo en una entrevista televisiva: “En Santiago hay un nivel de pobreza y hacinamiento del cual yo no tenía conciencia”.<sup>216</sup> Esta declaración de soberbia e ignorancia ejemplifica el principal desajuste de las políticas territoriales, urbanas y habitacionales.<sup>217</sup>

Los efectos económicos y sociales del estallido social y de la pandemia presagian mayores niveles de desigualdad a los ya evidenciados en los últimos 30 años de gobiernos democráticos.

Distintos autores<sup>218</sup> resaltan la progresiva exclusión de los sectores de menores ingresos del mercado formal: (i) por un gran aumento ‘demencial’ de los precios de las viviendas y del suelo en las ciudades; (ii) para sectores de menores ingresos, un aumento del total de unidades ofertadas con una oferta privada de arriendo de viviendas nuevas, de 20 metros cuadrados en edificios de 30 a 40 pisos; (iii) las personas y familias en situación de pobreza

---

<sup>215</sup> El Coeficiente de Gini: 0,46. Chile, el tercer país con mayor inequidad de la OCDE. En Pérez y Diego, 2020.

<sup>216</sup> Rodríguez y Sugranyes, 2020.

<sup>217</sup> La Casen de 2017 muestra que, en la Región de Tarapacá, 36% de la población vive en condiciones e infraestructura de precariedad; 32% en Antofagasta, 25% en la Región Metropolitana; el promedio nacional es de 22%. Desde el análisis en terreno, las proyecciones del porcentaje de población afectada por alguna forma de precariedad habitacional a nivel nacional al inicio de 2021 se estiman en 30 a 40%.

<sup>218</sup> Rodríguez, Rodríguez y Godoy, 2018; Vergara-Perucich y Aguirre, 2019.

son más que las contabilizadas en las cifras oficiales;<sup>219</sup> (iv) el gran flujo migratorio a las ciudades, particularmente Santiago, Antofagasta e Iquique;<sup>220</sup> (v) el mercado informal de la vivienda se ha convertido en un negocio importante, por medio del cual muchas personas incrementan su renta de manera considerable, o también aumentan sus escuálidas pensiones de jubilación; y (vi) cada vez son más extendidos los conflictos de comunidades frente a la contaminación del agua, aire y suelo, producidos por actividades económicas cercanas.

El desafío del momento constituyente es debatir públicamente, desde el enfoque de los derechos humanos, los problemas presentes e interdependientes en cada espacio y cada ciudad.<sup>221</sup> No se trata de cuestiones abstractas ni exclusivas de técnicos urbanistas o de constitucionalistas, sino del escenario de nuestra vida y necesidades básicas, de nuestro hábitat o formas de cohabitar la ciudad, con sus conflictos y anhelos, su concentración de poder político y económico, sus intereses particulares, colectivos y privados.

### i. El derecho a la ciudad

La bandera política del derecho a la ciudad es el reflejo de un derecho colectivo en construcción. Desde las demandas sociales está la propuesta de listar este derecho en la nueva constitución entre muchos otros.

Al respecto, conviene analizar brevemente cómo este derecho ha evolucionado a través de los años. Se forjó en una corriente revolucionaria. Se disertó desde algunos ámbitos académicos. Se consolidó entre movimientos sociales y prácticas de reforma urbana. Se transformó en la voz de resistencia de muchas y muchos en contra de todo tipo de desalojo y abuso inmobiliario, también de reivindicación por la vivienda digna en la ciudad justa. Llegó a traducirse en pactos de entendimiento entre reclamos ciudadanos y gobiernos locales y está presente en algunas constituciones recientes (Ecuador, 2008, y Ciudad de México, 2010). Ahora, está en riesgo

## C.

### Derechos humanos y ciudad

<sup>219</sup> Si se consideraba el nivel de ingresos autónomos, descontando bonos y subsidios y el alquiler imputado, la línea de la pobreza se situaba más arriba del 26%, cifra bastante superior al 11,7% oficial (Fundación SOL, 2017).

<sup>220</sup> El gobierno, en abril de 2018, estimaba que el total de inmigrantes superaba el millón de personas, considerando unas 250.000 a 300.000 personas que se encontraban en situación irregular.

<sup>221</sup> Ver una versión preliminar de esta sección en: Tapia Gómez y Sugranyes, 2015.

de transformarse en un eslogan en boga y defenderse como uno de los elementos de la agenda global urbana.<sup>222</sup>

Se puede entender entonces que, en cincuenta años desde su primera formulación, el derecho a la ciudad ha ido cambiando y entretejiéndose entre cuatro tendencias: i) la utopía, o bandera política de la ciudadanía; ii) la construcción del enfoque colectivo de los derechos humanos, especialmente los DESCA, entendiéndolo también como la ciudad sujeto de derechos; iii) un espacio de negociación entre demandas sociales y prácticas de buena gobernanza local; y iv) un proceso de institucionalización local, nacional e internacional.

Incluir el derecho a la ciudad en la nueva constitución es importante. Sin embargo, para ir avanzando hacia la práctica de una vivienda digna y de una ciudad justa, como lo demuestran otras experiencias constituyentes, se hacen indispensables los instrumentos constitucionales que definan la intervención del Estado social y las capacidades fiscalizadoras de la sociedad. Deben ser mecanismos asociados a una clara delimitación de la función social y ambiental de la propiedad y el suelo.

## **ii. Los derechos sociales y ambientales desde la especificidad de cada territorio**

Pensando el territorio, la ciudad, el barrio y la vivienda, la educación, la salud, la equidad de género, la diversidad –entre otros elementos geográficos, políticos, económicos, sociales y culturales que conforman las dimensiones del hábitat–, los análisis se refieren, por lo general, a las políticas públicas, la actividad inmobiliaria, la participación ciudadana, los conflictos urbanos o la apropiación del espacio; muy pocos los enfocan desde la perspectiva de los derechos humanos.

Las acciones sobre el territorio y las ciudades afectan directamente a mujeres y a hombres, no en un sentido abstracto, sino en el sentido de la dignidad con que éstas y éstos se desenvuelven y reproducen las relaciones a diario en el ámbito de su hábitat.

El marco constitucional debe evitar la lógica androcéntrica y patriarcal que reproduce exclusión e invisibilización de la mujer. Debe facilitar una configuración espacial adecuada a la complejidad de roles que hoy asume la mujer en cuestiones como la movilidad y la seguridad en el barrio y en la ciudad, el desempeño de los cuidados, además de su inserción social y laboral. Esto exige asegurar la no discriminación estructural que viven las

---

<sup>222</sup> Para más temas desarrollados sobre la evolución del derecho a la ciudad, véase Sugranyes y Bouza, 2016, pp. 235-241.

mujeres en la ciudad.

No se trata sólo de aspectos cuantitativos o cualitativos, correspondientes al tecnicismo urbanístico. Sugerimos más bien una mirada desde el enfoque de los derechos humanos, para entender a qué están favoreciendo estas ciudades y a quiénes están favoreciendo. Esto exige una revisión general de la responsabilidad de la acción e inversión pública en los patrones de discriminación en nuestras ciudades; evitando que las políticas públicas perpetúen situaciones de discriminación o, al contrario, trabajando contra la discriminación a través de la reparación y la inclusión social y urbana.

### **iii. La función social del derecho de propiedad**

El enfoque de los derechos humanos desde la especificidad territorial entra en conflicto con la definición cultural y política, muy arraigada, de la propiedad privada, como un derecho abstraído de su función social y ambiental; un derecho derivado y secundario que, en la constitución vigente, se ha consolidado como un derecho excluyente.<sup>223</sup> En los últimos cinco años, los debates para abordar la dignidad humana desde el territorio muestran cuán difícil resulta cuestionar la legitimidad y alcances del derecho de propiedad en función del bien común tan necesario para intervenir el sistema duro de la ciudad/urbs.

El poder inmobiliario<sup>224</sup> y sus tentáculos mediáticos demuestran acciones permanentes para capturar la discusión y desactivarla. Además, aparecen reacciones viscerales cada vez que alguien intente opinar públicamente sobre el derecho de propiedad, sobre los límites de derechos adquiridos a través de pre-proyectos aprobados, o para evitar la penalización urbanística. Ahora, en pleno proceso constituyente, apenas se puede abrir un espacio de debate público sobre la revisión necesaria de la función social y ambiental del suelo. Se trata de un desafío mayor, que encuentra importantes barreras.

Considerando la situación de nuestras ciudades, con su profunda segregación socio espacial y desigualdad territorial, es indispensable debatir y acordar principios y derechos, o bases comunes para el alcance que se le otorga a los derechos individuales y sociales –o de interés colectivo–. Para

---

<sup>223</sup> Ver la Constitución política de Chile, Capítulo III, Artículo 19, número 24º que, de forma extensa – en unos 70 renglones – define “el derecho de propiedad” así como las condiciones de mercado en caso de expropiaciones. Comparando: el numeral 8º del mismo Artículo 19 define el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en cuatro renglones; y el 18º define el derecho a la seguridad social en seis líneas.

<sup>224</sup> Para más información sobre el poder de este sector, ver Kornbluth, 2020.

ello es necesario que la nueva constitución incorpore la función social y ambiental de la propiedad en función de los DESCA.

El modelo de desarrollo no considera una asunción real de los derechos humanos. Además, los poderes políticos, económicos y mediáticos difunden conceptos, como: “los derechos humanos se contraponen al derecho de propiedad”.<sup>225</sup> **Teniendo en cuenta que el derecho de propiedad forma parte de los derechos humanos**,<sup>226</sup> es indispensable asumir que estos son indivisibles, interdependientes e inalienables. Es decir, el derecho de propiedad, como todos los derechos humanos, no prevalece sobre ningún otro. En este sentido, desde el enfoque de derechos, la función social de la propiedad debe contener el ejercicio de los derechos humanos.

Si una sociedad resuelve incorporar los derechos humanos a su ordenamiento jurídico interno, incluido por cierto el derecho ambiental, urbanístico y territorial, éste no puede permanecer impasible frente al fenómeno de la segregación socio espacial, pues atenta de manera directa contra las posibilidades de satisfacer necesidades esenciales para la vida de las personas, fundamento final de los derechos humanos, particularmente los DESCA, a los que pertenece el derecho a una vivienda adecuada.

En este sentido, la función social del derecho de propiedad exige, ahora, en este momento constitucional, una revisión de su alcance, a la luz de los derechos humanos en su totalidad, tanto desde los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales, culturales, comunitarios y ambientales.

## D. **Conclusión**

Proponemos incorporar la ciudad en la vida constitucional, como lo explica ANTONIO AZUELA.<sup>227</sup> Más que en la inserción de los derechos en el texto constitucional, interesa precisar los instrumentos necesarios para que la sociedad pueda dar seguimiento a los compromisos constitucionales. La complejidad de las distintas dimensiones de la ciudad exige entender los

---

<sup>225</sup> Estas reflexiones sobre el derecho de propiedad corresponden a un documento en proceso de formulación por el ‘Grupo de Derechos’ del ‘Foro Ciudad Política’ (enero 2021, no publicado), un espacio de encuentro entre unas doscientas personas – políticas, profesionales, académicas – dedicadas a temas relacionados al hábitat, a los servicios, a la movilidad y a la gobernanza de la ciudad. Constituyen otro ejercicio ciudadano para colocar la función social del derecho de propiedad en proceso constituyente.

<sup>226</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 17, “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

<sup>227</sup> Azuela, 2021.

procesos de decisión y la movilización de las instituciones jurídicas en estas decisiones.

Ahora, en el siglo XXI, el proceso constituyente de Chile tiene la posibilidad de abordar la complejidad de las distintas dimensiones entrelazadas de la ciudad con más precisión de lo alcanzado por Brasil (1988), Colombia (1991), Ecuador (1998 y 2008) y Ciudad de México (2010).

Considerando como temas transversales relacionados con procesos estructurales de discriminación –igualdad de género, derechos de los pueblos indígenas, inmigrantes y la conservación de la naturaleza, entre otros–, se propone una serie de contenidos que debieran ser incorporados en la nueva constitución de Chile:<sup>228</sup>

**El Estado de derecho y su rol en el respeto y garantía de los derechos humanos.** Proteger a los individuos y sus comunidades; promover las condiciones de igualdad y no discriminación. Un Estado con las atribuciones, instituciones e instrumentos necesarios para cumplir con la competencia exclusiva de ordenar, regular y planificar el territorio y las ciudades.

**La no discriminación y la igualdad para asegurar el uso y goce del patrimonio, bienes y servicios urbanos, recursos o espacios naturales.** Revertir la segregación socio espacial y transformar la estructura urbana y territorial exige el respeto a la diversidad y la no discriminación por clase, género o etnia.

**La función social y ambiental del derecho de propiedad** tiene un carácter crucial en el modelo territorial, el urbanismo y la vivienda, ya que actúa como principio regulador del suelo. Es decir, la propiedad, sin cambiar su naturaleza, tiene limitaciones basadas en el bien común.

**La distribución de competencias,** la geografía de la representación y la interacción entre los niveles de procedimientos deben apuntar a los llamados derechos vecinales.

**Regulación de las actividades económicas.** Asegurar que toda actividad económica o científica sea respetuosa con la naturaleza y los sistemas de vida, así como con la seguridad y salud de las personas. Y considerar la penalización de los delitos urbanísticos.

**El derecho a participar en las plusvalías,** generadas por las inversiones y decisiones públicas y privadas, como mecanismo de desarrollo local, justicia social, captación de recursos para revertir la segregación socio espacial, y de control de la especulación.

---

<sup>228</sup> Propuestas esbozadas por las autoras en Tapia Gómez y Sugranyes, 2020.

**El derecho a la información y la participación en la toma de decisiones que afectan al entorno en que se habita.** Revisar estructuralmente los débiles mecanismos existentes, actuando la participación como instancia fiscalizadora, evitando las situaciones de infracción de derechos humanos que se realiza por usos y actividades que afectan negativamente a las personas y el medioambiente.

**El derecho al agua y al saneamiento.** El agua es un elemento vital para la diversidad biológica y la existencia y salud de los seres humanos, por lo que debiera recuperar su rango constitucional de bien nacional de uso público, estableciéndose como un derecho de las personas su uso prioritario respecto a los usos productivos. En su uso se deberá asegurar un caudal ecológico, que permita la continuidad de los ciclos naturales y la subsistencia de la biodiversidad.

**Derecho al uso y goce del patrimonio natural.** Se relaciona con el derecho al disfrute de los bienes y recursos naturales, su protección y asegurar su goce colectivo, por ejemplo, el disfrute colectivo de las playas, bordes de lagos, pie de montaña o parques públicos.

**Derecho al patrimonio cultural,** como elemento sustancial de la memoria e identidad de los pueblos, incorporando toda su complejidad (material e inmaterial), con el fin de asegurar su protección, acrecentamiento y disfrute.

**Derecho a un medioambiente sano y seguro,** cuyo goce tiene implicancia en los usos del suelo y su localización, es decir en el tipo de actividad que allí se realiza, garantizando los usos compatibles entre sí, o la localización adecuada de la vivienda en lugares libres de riesgos y de contaminación. Permitiría reformular el modelo de organización y movilidad urbana, atendiendo a la alta exposición de la población a la contaminación atmosférica.

**El derecho a una vivienda adecuada,** cuyo cumplimiento guarda una relación directa con la segregación y exclusión social. Permite refundar la naturaleza del actual marco legal urbanístico y de las políticas de vivienda. Ello implica, entre otros, mecanismos para la integración social y urbana de los condominios sociales, de las poblaciones tradicionales y de los campamentos, con actuaciones de reversión de la segregación y mejora de la calidad de vida en la ciudad. Asimismo iniciar la construcción de vivienda pública, como mecanismo de regulación del mercado de la vivienda; y distintas modalidades de reconocimiento del protagonismo autogestionario de las comunidades en la producción y gestión del hábitat.

# • BIBLIOGRAFIA

---

Asamblea General de Naciones Unidas (2018)

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto relativo a su misión a Chile. Documento No. A/HRC/37/53/Add.1. Disponible en: <https://acnudh.org/experta-onu-sobre-vivienda-adecuada-presento-informe-sobre-chile/> (Consulta: 20 agosto 2021).

Kornbluth, D. (2020)

Neoliberalización y acumulación capitalista: el caso de la Cámara Chilena de la Construcción (1951-2018). Tesis de doctorado en Ciencias Sociales. Universidad de Chile.

Observatorio Ciudadano et al. (2020)

Informe sobre la situación de derechos humanos en el contexto del Covid-19. Disponible en: <https://observatorio.cl/organizaciones-de-sociedad-civil-presentan-informe-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-contexto-covid-19/> (Consulta: 20 agosto 2021).

Rodríguez, A. et al. (2018)

‘De insolventes e indocumentados: “No puedes darte el lujo de vivir en la ciudad”, Barómetro de política y equidad, 14(IX). Disponible en: <http://barometro.sitiosur.cl/barometros/pinera-ii-una-segunda-transicion-el-primer-ano-de-su-nueva-administracion> (Consulta: 20 agosto 2021).

Rodriguez, A. et al. (2018)

Con subsidio, sin derecho. La situación del derecho humano a una vivienda adecuada en Chile. Santiago de Chile: Ediciones SUR. Disponible en: <http://www.sitiosur.cl/para-descargar-con-subsidio-sin-derecho-la-situacion-del-derecho-a-una-vivienda-adecuada-en-chile/> (Consulta: 20 agosto 2021).

Sugranyes, A. y Bouza, J. (2016)

‘Evolución del derecho a la ciudad a lo largo de 50 años’, en Sebastia, J. y Corti, M., Ciudades para cambiar la vida. Una respuesta a Hábitat III. Quito, Flacso Ecuador; Córdoba, CdIC, pp. 235-241.

Sugranyes, A. y Jiménez, F. (2018)

‘El derecho humano a una vivienda adecuada’, en Rodríguez, A. et al., Con subsidio, sin derecho. La situación del derecho a una vivienda adecuada en Chile. Santiago de Chile: Ediciones SUR. 2a edición, pp. 17-44. Disponible en: <http://www.sitiosur.cl/r.php?id=941> (Consulta: 20 agosto 2021).

Tapia-Gómez, M. (2020)

Ciudades posibles. Apuntes para el debate sobre la Nueva Constitución en Chile. Coruña: Crítica Urbana. 1<sup>a</sup> edición. Disponible en: <https://criticaurbana.com/ciudades-posibles-apuntes-para-el-debate-sobre-la-nueva-constitucion-de-chile> (Consulta: 20 agosto 2021).

Tapia, M. y Sugranyes, A. (2015)

'El territorio y la ciudad en la nueva Constitución de Chile', Biblio3W, XX(1141):2-12. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-1141.pdf> (Consulta: 20 agosto 2021).

TECHO-Chile et al. (2020)

Habitar en dignidad: hacia el derecho a la vivienda en la nueva Constitución. Disponible en: <https://ceschile.org/wp-content/uploads/2020/11/Habitar-en-dignidad.pdf> (Consulta: 20 agosto 2021).

Vergara-Perucich, F. y Aguirre, C. (2019)

'Viviendas a precios demenciales: causas y responsables', Ciper Académico. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2019/07/12/viviendas-a-precios-demenciales-causas-y-responsables/> (Consulta: 20 agosto 2021).



# E

sección

## “Educación”









## El derecho a la educación: evolución, nudos críticos y perspectivas de futuro

Alfonso Henríquez R.<sup>229</sup>

DOI: 10.53110/IAUC4195

**A. Introducción:** En este trabajo aspiramos a ofrecer una visión general sobre las principales transformaciones que ha experimentado el derecho educacional chileno durante las últimas décadas. A este respecto, nos centraremos en tres hitos relevantes. En primer lugar, analizaremos los cambios que se instauraron durante la dictadura, colocando el énfasis, en aquellas transformaciones estructurales que van a marcar la discusión posterior. Posteriormente, haremos una mención a los elementos de continuidad que van a caracterizar a los primeros gobiernos de la Concertación. A continuación, reflexionaremos acerca del alcance de las modificaciones que se introdujeron durante los dos mandatos de la Presidenta Michelle Bachelet. Conocer esta evolución es clave para el debate constitucional que se está iniciando, puesto que nos ayudará a determinar cuáles son los orígenes del actual sistema que tenemos en nuestro país, sus puntos más problemáticos, y las razones que justifican las críticas que se le han formulado. Para finalizar, procederemos a entregar algunas propuestas que permitan fortalecer del rol que debe tener el Estado en esta materia, en tanto principal garante del derecho a la educación.

<sup>229</sup> Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Departamento de Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción, alfohenriquez@udec.cl.

**B.**

## **La educación y el mercado: orígenes y continuidad**

Para el constituyente de 1980, la provisión del derecho a la educación se inserta dentro de un contexto más amplio, fundado en la idea de Estado subsidiario. De acuerdo con este modelo, los derechos se entienden como límites a los poderes públicos, de manera que a la administración no le cabe más que asumir un rol pasivo y no intervenir en la esfera de libertad de la que sea titular cada persona. Esta forma de entender el Estado, va a generar varias consecuencias en relación con los derechos sociales, y en particular con el derecho a la educación.

En efecto, a partir de 1973, las autoridades entregaron a los privados un rol más protagónico en materia educacional, y redujeron el papel que debía jugar la administración como prestadora del servicio educativo. Para ello, crearon un nuevo sistema de financiamiento, consistente en un mecanismo de subvención a la demanda (subvención). En la práctica, esto significaba que el Estado se comprometía a entregar a los sostenedores, fuesen públicos o privados, un determinado monto mensual por cada alumno que asistiera efectivamente a clases. La idea era incentivar la inversión particular en nuevas escuelas, y fomentar la competencia entre establecimientos escolares. Así, como los fondos no estaban asegurados, los centros debían movilizar sus recursos para atraer a los alumnos a fin de recibir la respectiva subvención. Esto obligó a los sostenedores, incluso a los públicos, a tener que comercializar sus servicios educacionales, bajo una lógica más cercana a la idea de mercado.<sup>230</sup>

Para crear este modelo de provisión, la autoridad extendió el ámbito de protección de la libertad de enseñanza, flexibilizó el currículum y las leyes laborales docentes y creó un sistema universal y obligatorio de evaluación de logros de aprendizaje, que sirviera como parámetro para evaluar la calidad de la educación que entregaban los distintos oferentes.<sup>231</sup> El objetivo resultaba claro, terminar con el monopolio público de la educación y alentar la expansión correspondiente de los privados.

En este contexto, la idea de un Estado Docente resultaba contradictoria. En efecto, la función del Estado en el periodo previo, estaba ligada a la idea que la administración era la principal obligada en materia educacional, y, que, por tanto, sobre ella recaía el deber de crear la oferta pública correspondiente a dicho mandato. Sin embargo, y de acuerdo con el nuevo modelo, como el monto de la subvención se entregaba sin discriminación, esto es, sin tomar en cuenta si el sostenedor era público o privado, entonces expandir la educación pública, supondría atentar en contra de los objetivos que buscaba la dictadura con la instauración de este sistema.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> Salgado, 2015, p. 79.

<sup>231</sup> Bellei, 2018, p. 24.

<sup>232</sup> Op. Cit., Salgado, 2015, p. 80.

Por esta razón, y para evitar distorsiones en este nuevo mercado, las autoridades decidieron traspasar la administración de los establecimientos públicos, desde el Ministerio de Educación, hacia las municipalidades. Esto permitiría una gestión más eficiente de los recursos, al desburocratizar la administración educacional, y acercar la gestión hacia las necesidades y realidades locales. De esta forma, se generó un sistema híbrido, en el cual el Ministerio mantenía la responsabilidad de la asesoría y la orientación pedagógico-curricular de los establecimientos, y las municipalidades la administración del sistema.<sup>233</sup>

Todos estos cambios, terminaron por debilitar la educación pública, hasta el extremo que, hacia finales del período, la educación estatal disminuyó considerablemente su participación en la matrícula, mientras que la participación de la educación privada se duplicó.<sup>234</sup> Por último, estas regulaciones, también llevaron a una desvalorización de la formación docente y a su exclusión como actores sociales y educativos relevantes. Un buen ejemplo de lo anterior estuvo dado por la eliminación del carácter universitario de la profesión docente; y por el hecho que muchos profesores debieron regirse por la normativa establecida por el código del trabajo, perdiendo los derechos que habían obtenido con anterioridad.

Todas estas transformaciones fueron anunciadas en una serie de documentos, tales como la Directiva presidencial sobre educación nacional y en la Carta que Augusto Pinochet escribiera al Ministro de Educación de la época. En ambas, se hizo hincapié en la necesidad de reemplazar el Estado Docente por un Estado subsidiario y de avanzar hacia una regulación de tipo mercantil, fomentando la libertad de enseñanza y la libertad de elección de los padres.<sup>235</sup> Así, y bajo este modelo, dicha libertad fue entendida como una instancia que buscaba garantizar al sostenedor, un amplio margen de acción para poder configurar su proyecto educativo y definir los requisitos y condiciones de acceso, aspectos recogidos en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE).<sup>236</sup> Bajo esta conceptualización, los padres y estudiantes no tenían más alternativa que aceptar o rechazar las condiciones que imponía el establecimiento, al cual habían decidido libremente postular. Esto se justificaba, toda vez que la libertad de enseñanza hacía parte del concepto más amplio de libertad económica o de empresa, reconocido y garantizado en el art. 19 N° 21 de la actual Constitución, y a su vez, al hecho de que hundía sus raíces en la garantía general de libertad que inspiraba la Carta de 1980. Según estas ideas, el sostenedor podía establecer de forma unilateral las condiciones y requisitos de admisión, seleccionar alumnos, y

---

<sup>233</sup> Op. Cit., Bellei, 2018, p. 26.

<sup>234</sup> Ibíd., p. 27.

<sup>235</sup> Falabella, 2015, p. 703.

<sup>236</sup> Atria, 2014, p. 139.

descartar a aquellos estudiantes que no cumplieran con tales exigencias.<sup>237</sup>

Por su parte, los primeros gobiernos de la concertación mantuvieron subsistente este sistema, limitándose solamente a introducir algunos cambios que buscaban corregir sus deficiencias, sin cuestionar la lógica subsidiaria subyacente al mismo. En este sentido, las autoridades buscaron mejorar la equidad del sistema y reducir la desigualdad y los problemas de acceso mediante el desarrollo de algunos programas dirigidos a los sectores más vulnerables. A este respecto, podemos destacar el Programa de las 900 Escuelas, el cual se focalizó en el 10% de los colegios de educación básica con los resultados de aprendizaje más descendidos del país, a fin de renovar la planta física de dichos establecimientos, aumentar la dotación de bibliotecas, realizar talleres de capacitación a los docentes, y llevar a cabo intervenciones educativas en relación con los alumnos, entre otros objetivos;<sup>238</sup> el programa MECE-Básica (1992-1997) destinado a mejorar las condiciones de trabajo de las escuelas y a introducir innovaciones importantes en los procesos de aprendizaje; el Programa de Educación Básica Rural, focalizado en superar el aislamiento en el cual trabajan muchos profesores, a proveer textos y guías de estudio y a apoyar los aprendizajes de los alumnos; los Proyectos de Mejoramiento Educativo (PME), los cuales buscaban descentralizar la labor pedagógica y entregar mayores herramientas a los colegios para que pudieran desarrollar un trabajo más autónomo; y el Programa Enlaces, iniciativa que apuntaba a fomentar el desarrollo tecnológico e informático de los establecimientos.

A lo largo de este período, igualmente se aumentaron los montos y los tipos de subvención, a fin de mejorar el gasto respecto de los sectores más vulnerables, cuya formación no resultaba atractiva desde una lógica de mercado. Este hecho, visto en perspectiva, merece ser destacado, puesto que implicó que los Gobiernos de la Concertación terminaron por aceptar el sistema de financiamiento que se impuso durante la dictadura, consolidándose la idea relativa a que la competencia entre establecimientos constitúa el mejor incentivo para aumentar la calidad de la educación.<sup>239</sup>

Finalmente, durante esta época, también se introdujeron dos cambios relevantes: la jornada escolar completa y el sistema de financiamiento compartido. La jornada escolar completa, nació con el objetivo de ampliar y reestructurar el uso del tiempo en las escuelas, mejorar las prácticas docentes, la calidad de enseñanza, y la equidad en el acceso.<sup>240</sup> Por su parte, el sistema de financiamiento compartido, representó un mecanismo que

---

<sup>237</sup> Op. Cit., Salgado, 2015, p. 87.

<sup>238</sup> Picazo, 2013, p. 285.

<sup>239</sup> Ibíd., p. 298.

<sup>240</sup> Martinic, Huepe y Madrid, 2008, p. 125.

permitía a los establecimientos particulares subvencionados y municipales poder cobrar a las familias una suma complementaria por la formación que entregaban a sus hijos.<sup>241</sup> Tal como veremos más adelante, si bien esta fórmula permitió que muchos sectores pudieran acceder a una educación que el Estado no estaba en condiciones de ofrecer, al mismo tiempo, también generó un complejo proceso de segmentación y desigualdad.

Durante el año 2006, los estudiantes secundarios lideraron una serie de movilizaciones, enarbolando como bandera de lucha, la derogación de la LOCE, el fin de la municipalización, y la introducción de cambios en el acceso a la educación superior, entre otros objetivos. Este movimiento instaló en la agenda pública la necesidad de abandonar la lógica subsidiaria y el modelo privatizador propio de la dictadura, exigiendo modificaciones estructurales que permitieran avanzar hacia un modelo en el cual el Estado tuviera un rol más protagónico.<sup>242</sup> En este sentido, los estudiantes organizaron diversas marchas y tomas de establecimientos de enseñanza en distintas ciudades y regiones del país, las que se extendieron por varios meses, alcanzando una magnitud que autoridades no pudieron prever. Para responder a esta crisis, el Gobierno de la Michelle Bachelet, impulsó algunas transformaciones relevantes.

La más importante sin duda, fue la dictación de la Ley General de Educación (LGE), normativa que vino a reemplazar a la LOCE. Esta ley definió la educación de un modo bastante amplio, señalando que se trataba de una actividad que se debía enmarcar en el respeto y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 2); estableció que el alumno era titular de ciertos derechos, y que era deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, así como también, promover que se reduzcan las desigualdades que existen entre los estudiantes y que se deriven de sus circunstancias económicas, sociales o étnicas, entre otras (art. 10); limitó el ejercicio de la libertad de enseñanza, al prohibir por ejemplo, el establecimiento de requisitos de acceso discriminatorios (art. 13), y la imposición de sanciones basadas en el incumplimiento de compromisos financieros con el respectivo centro educativo (art. 11 inc. 4º). En este mismo orden de ideas, la LGE estableció que los sostenedores debían organizarse como personas jurídicas de derecho público o de derecho privado cuyo giro único debía ser la educación, ceñirse a las bases curriculares que definiera el MINEDUC, cumplir con los estándares nacionales de aprendizaje, y tener un reglamento interno que regulara las relaciones

## C.

### Transformaciones estructurales

<sup>241</sup> Atria, 2013, p. 40

<sup>242</sup> Rifo, 2013, p. 226.

entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar (art. 46).<sup>243</sup>

Otra novedad, fue la trasformación del Consejo Nacional de Educación (CNED), el cual pasó a tener como principal función, la de cautelar y promover la calidad de la educación parvularia, básica, media y terciaria en el marco de los sistemas de aseguramiento de la calidad de la educación escolar y superior. Este sistema fue completado con la creación de dos nuevas instituciones: la Agencia de Calidad encargada de evaluar y orientar la calidad de la enseñanza, y la Superintendencia de Educación, órgano competente para fiscalizar el adecuado cumplimiento de la normativa, y de los deberes y derechos de los actores educacionales. Este marco normativo consagró un sistema de reformas basado en estándares. Este se caracteriza por la generación por parte del Estado de ciertas exigencias de calidad dirigidas a los prestadores educacionales -evaluadas en muchos casos por medio de pruebas estandarizadas- y cuyo incumplimiento puede derivar en un conjunto de consecuencias para los centros educativos (incluido el cierre de éstos).<sup>244</sup>

No obstante, y a pesar de estos cambios, la normativa en estudio no modificó de manera sustancial el modelo educacional chileno, puesto que mantuvo vigente el principio de subsidiariedad, el financiamiento vía subvención, el copago, y la posibilidad de establecer mecanismos de selección escolar, además de no hacerse cargo de la necesidad de avanzar hacia el fortalecimiento del sistema público de educación, y de atender a las demandas de los docentes y directivos por mejorar sus condicionales laborales y de formación.<sup>245</sup>

Así las cosas, durante el año 2011, y en pleno Gobierno de Sebastián Piñera, los estudiantes y docentes volvieron a colocar en el centro de la discusión pública los problemas relacionados con la enseñanza. Este hecho motivó que la campaña presidencial del año 2013, estuviese marcada por el tema educacional. En efecto, la urgencia de contar con una reforma que se hiciera cargo de estas transformaciones, constituyó uno de los ejes del programa del segundo mandato de Michelle Bachelet, el cual se puso como objetivo garantizar el derecho a la educación, y terminar con su mercantilización. En este sentido, uno de sus proyectos más emblemáticos, fue la llamada ley de inclusión. En efecto, esta ley introdujo algunas novedades importantes, siendo las más relevantes, la prohibición de establecer procesos de selección en los colegios privados que recibieran fondos públicos, la eliminación gradual del sistema de financiamiento compartido, y el es-

---

<sup>243</sup> Henríquez, 2018, p. 322.

<sup>244</sup> Op. Cit., Bellei, 2018, p. 33.

<sup>245</sup> Ibíd., p. 34.

tablecimiento de una serie de condiciones para que los sostenedores pudieran solicitar el pago de la subvención escolar, entre ellas, la de destinar los recursos que recibieran por este concepto únicamente al mejoramiento de la enseñanza, evitando con ello el lucro en educación.

Estas modificaciones fueron objeto de un intenso debate, el cual incluso llegó al Tribunal Constitucional. En efecto, para algunos sectores políticos, estas medidas restringían de forma injustificada la libertad de enseñanza. Esto tenía sentido, dado que la selección y el copago se habían entendido tradicionalmente como parte del ámbito protegido por dicha libertad. Sin embargo, estos mecanismos resultaban problemáticos, puesto que le permitían al sostenedor poder elegir el tipo de alumno que quería educar, haciendo las veces de un verdadero dispositivo de exclusión y de discriminación. A su vez, esto tendía a aumentar la desigualdad y la segregación en el acceso a la educación, hecho que constitúa una barrera difícil de remover para las familias menos aventajadas.<sup>246</sup> Además, como la selección y el copago favorecían la segmentación socioeconómica de la oferta educativa, los estudiantes más vulnerables terminaban por concentrarse en aquellos establecimientos que resultaban menos atractivos para las familias que si podían pagar, lo cual restringía a la larga, sus posibilidades de aprendizaje y de desarrollo futuro (efecto composicional o por pares).<sup>247</sup> Como vemos, en este sistema la libertad de elegir no existía para todos, sino que solo para aquellas familias que estaban en condiciones de cumplir con los requisitos de selección y de matrícula que establecía de forma unilateral el respectivo sostenedor.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional razonó en base a la idea que el Estado tenía la obligación de evitar toda discriminación en el acceso a la educación, lo cual se traducía en la necesidad de velar porque el ejercicio de la libertad de enseñanza, no provocara disparidades extremas con respecto a algunos grupos de la sociedad.<sup>248</sup> Sobre esta base, entendió que las medidas que había establecido el legislador eran legítimas, y que la selección y el copago resultaban incompatibles con el principio de igualdad de oportunidades y con el desarrollo inclusivo de una sociedad democrática.<sup>249</sup> El Tribunal también señaló que el sistema de subvenciones no buscaba proteger la libertad de enseñanza, sino que asegurar la gratuidad de la educación, de manera que la afectación de estos fondos, a los fines específicos que prescribía la Carta Fundamental, no podía ser obviada por el legislador.<sup>250</sup> Final-

---

<sup>246</sup> Elacqua, Montt y Santos, 2013, p. 7.

<sup>247</sup> Bellei, 2013, p. 331.

<sup>248</sup> Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, Considerando 30°.

<sup>249</sup> Ibíd., Considerando 31°.

<sup>250</sup> Ibíd., Considerando 52°.

mente, recordó que, si el establecimiento optaba por una fórmula de financiamiento público, entonces debía someterse a los requisitos y condiciones que estableciera la ley, en especial, si ésta buscaba garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones.<sup>251</sup>

Además de este proyecto, el gobierno también introdujo una nueva regulación para la función docente. Esta reforma abarcó a todos los profesores del sistema escolar financiado por el Estado (escuelas públicas o privadas), bajo un modelo que buscaba mejorar su situación laboral, académica y económica. En este orden de ideas, y por vía de ejemplo, la ley otorgó carácter universitario a la profesión docente, estableció nuevas exigencias para quienes optaran por estudiar pedagogía, creó un sistema de desarrollo profesional basado en tramos de desempeño, definió un mecanismo de inducción y mentoría al inicio de la carrera profesional, mejoró de manera importante las remuneraciones de base de los profesores de aula, y disminuyó el máximo de horas lectivas, entre otras modificaciones y transformaciones.<sup>252</sup>

Finalmente, durante este período, se dictó la ley que creó el Nuevo Sistema de Educación Pública (NEP) normativa que introdujo una de las transformaciones más importantes que ha experimentado el derecho educacional chileno durante los últimos años. En efecto, esta ley se propuso un objetivo ambicioso, a saber, sentar las bases para renovar y fortalecer la escuela pública chilena.<sup>253</sup> En este sentido, la normativa en comento contempló la creación de tres entidades: la Dirección de Educación Pública (DEP), encargada de coordinar los Servicios Locales de Educación Pública, (SLE); los SLE, organismos intermedios que pasarían a reemplazar a las municipalidades como sostenedores de los establecimientos de enseñanza, y que asumirían la tarea de hacer más eficiente la gestión educativa, y de definir las mejores estrategias para asegurar la oferta de educación pública en el territorio bajo su dependencia;<sup>254</sup> y los Consejos Locales de Educación, unidades cuya función sería representar los intereses de las comunidades educativas.<sup>255</sup> Lo más característico de esta reforma, radicó en el hecho que, en lugar de establecer un sistema centralizado de administración, concentrando todas las funciones en el Ministerio de Educación, optó por crear un conjunto de niveles intermedios de gobernanza educativa, los cuales estarían encargados de jugar un rol de capa mediadora entre los requerimientos de las escuelas y las distintas formas de gobierno central, orientando las acciones de cada uno de ellos hacia la construcción de un verdadero sistema

---

<sup>251</sup> Op. Cit., Henríquez, 2018, p. 236.

<sup>252</sup> Sanhueza y Orellana, 2018, p. 280.

<sup>253</sup> Ibíd., p. 287.

<sup>254</sup> Op. Cit., Bellei, 2018, p. 127.

<sup>255</sup> Op. Cit., Sanhueza y Orellana, 2018, p. 288.

público de educación.<sup>256</sup> En definitiva, esta ley permitió dar el primer paso hacia la desmunicipalización progresiva de la enseñanza, dejando atrás una de las principales herencias de la dictadura.

Durante la dictadura se adoptaron una serie de medidas destinadas a reservar a los privados la tarea de hacerse cargo de la educación, asegurándoles una amplia libertad para poder configurar sus propios proyectos educativos. Se trató de un modelo que tiene sentido, si asumimos, tal como comenta SALGADO, que cuando nos vemos en la necesidad de distribuir bienes escasos, sólo es posible concebir a los derechos sociales, como derechos a prestaciones mínimas, dado que la forma correcta de asignarlos, consistiría en hacerlo de acuerdo con la capacidad que cada uno tenga para pagar por ellos.<sup>257</sup>

Los primeros Gobiernos de la Concertación intentaron hacerse cargo de algunas de las inconsistencias y problemas de este sistema, pero sin cuestionar sus fundamentos. Por otro lado, los proyectos que se aprobaron durante los dos mandatos de la Presidenta Michelle Bachelet, gatillados por la presión de los estudiantes y de otros actores sociales, lograron introducir cambios de fondo. En este sentido, la prohibición de la selección, la eliminación del sistema de financiamiento compartido, o la dictación de la ley sobre nueva educación pública (NEP), deben ser leídos como un intento por garantizar que el acceso a la enseñanza no esté condicionado por los recursos económicos o por la capacidad de pago de las familias.

A pesar de lo anterior, creemos que subsisten algunos puntos no resueltos. En efecto, los cambios reseñados apuntaron sobre todo a establecer un conjunto de restricciones al ejercicio de la libertad de enseñanza, y a crear una nueva institucionalidad que permitiera fortalecer la educación pública, pero sin modificar la forma de financiamiento del sistema.<sup>258</sup> Esto resulta problemático, toda vez que el financiamiento vía voucher, impide hacer diferencias entre los distintos tipos de establecimientos -en la medida en que los centros privados tienen derecho a recibir la misma subvención por alumno que los colegios públicos-, fomentando con ello, una lógica de competencias entre las escuelas, tanto públicas como privadas.

Para evitar este problema, la nueva Constitución debe garantizar un modelo de Estado social, en el cual la administración pase a ser el principal actor en materia educacional. En efecto, para el constitucionalismo social, existen

## D.

### Problemas y desafíos

<sup>256</sup> Op. Cit., Bellei, 2018, p. 127

<sup>257</sup> Salgado, 2019, p. 219.

<sup>258</sup> Op. Cit., Sanhueza y Orellana, 2018, p. 288.

algunos bienes y servicios a los cuales todos tienen derecho a acceder en igualdad de condiciones, con independencia de sus recursos o de su clase social. Esto trae una consecuencia importante, a saber, que el Estado puede ser visto, tal como lo hace el constituyente de 1980, como una amenaza para la libertad, pero también, como una fuente de empoderamiento para todos aquellos ciudadanos que han sido excluidos del proceso político o del disfrute de ciertas prestaciones.<sup>259</sup> Así, la dimensión social de los derechos, funda la obligación de transitar desde un sistema de prestaciones mínimas o subsidiarias, en el cual el Estado se limita simplemente a competir con los particulares, y en el que la educación es distribuida en el mercado, a un modelo de prestaciones universales y generales, que haga posible que todos los estudiantes puedan desarrollar su proceso de aprendizaje en igualdad de condiciones.<sup>260</sup> Estas ideas permiten justificar la necesidad de contar en la Carta Fundamental, con un sistema público de educación que disfrute de un estatus especial, y con una forma de financiamiento que lo habilite para poder cumplir con el rol transformador que debe tener la educación dentro de la sociedad.

En este mismo sentido, la Nueva Constitución también debe avanzar hacia una conceptualización más compleja del derecho a la educación. En efecto, esta garantía no consiste simplemente en un derecho de acceso a la enseñanza. Esta comprende: a) una dimensión de disponibilidad, vinculada con la obligación de asegurar la existencia de centros de enseñanza en cantidad suficiente, y con el deber de garantizar que la prestación educativa se suministre por docentes competentes y bien remunerados; b) otra de calidad; asociada con el deber de asegurar que la educación se imparta de un modo acorde con la dignidad del alumno, y con la obligación de garantizar que los contenidos de la educación persigan determinados fines, relacionados, entre otros, con la promoción de los valores que encarnan los derechos humanos; c) una dimensión de adaptabilidad, relacionada con el deber de adaptar la enseñanza a las necesidades de los educandos y de sus respectivas comunidades; y d) una propiamente de acceso, la cual obliga al Estado a remover todos los obstáculos, económicos o de otro tipo, que constituyan una barrera para que las personas puedan acceder en igualdad de condiciones tanto a la enseñanza primaria y secundaria, como también, a la educación superior.<sup>261</sup> Estas distintas facetas no se encuentran incluidas dentro del actual texto, de manera que su reconocimiento, resulta fundamental para poder encuadrar eficazmente el accionar de la administración dentro los objetivos que sustentan el concepto de Estado social.

---

<sup>259</sup> Lovera, 2019, p. 123.

<sup>260</sup> Ibíd., p. 117.

<sup>261</sup> Op. Cit., Henríquez, 2018, p. 15-69.

Igualmente, creemos que la nueva Carta también debe establecer con claridad que la libertad de enseñanza, no ampara solo el interés subjetivo o individual del sostenedor, sino que constituye uno de los medios de los que se puede valer el Estado para garantizar el derecho a la educación. Esto se justifica, en el sentido que los distintos derechos y libertades que se reconocen en este ámbito, están funcionalmente enlazados hacia el logro de los objetivos de la educación, lo cual conlleva, necesariamente, que éstos deban servir de cauce para el aseguramiento efectivo de los intereses de los educandos. Lo anterior es importante, dado que abre la vía para que el legislador pueda vincular el importante rol que tienen los sostenedores privados en esta materia, con los fines sociales que subyacen a la idea misma de educación, permitiendo limitar su ejercicio, en aras de asegurar el cumplimiento de los objetivos y de los estándares que disponga el ordenamiento jurídico en relación con la protección del derecho en estudio.<sup>262</sup> En otras palabras, esto implica que la Constitución debe reconocer la función social de la libertad de enseñanza.

Por último, pensamos que es importante que el constituyente establezca algunos principios que sirvan como base o como orientación del sistema educativo chileno. Siguiendo algunas de las propuestas que hemos desarrollado en otros trabajos, creemos que estos principios podrían ir en el sentido de reconocer que el Estado tiene el deber de asegurar la prestación continua y eficiente del servicio educativo; la obligación de asumir los costos directos (y en algunos casos, indirectos) que suponga la educación; el deber de garantizar el acceso a una educación que sea adecuada para que el estudiante pueda desarrollar efectivamente sus capacidades y ejercer el resto de sus derechos fundamentales; la obligación de asegurar que los sostenedores no tomen medidas que puedan ser consideradas como discriminatorias o arbitrarias; y la obligación de garantizar que el entorno de aprendizaje y las prácticas pedagógicas se adapten a la realidad social o personal de los educandos, y fomenten su libertad y autonomía, entre otros.<sup>263</sup>

La enseñanza constituye justamente una forma de previsión comunitaria, de manera que el criterio de distribución que elija la administración, no puede ser otro, sino el de la igualdad. Sin embargo, durante la dictadura se introdujeron una serie de transformaciones que buscaron entregar al mercado la tarea de distribuir las prestaciones educativas. Este modelo, basado en la capacidad de pago de las familias, y en el reconocimiento de una amplia libertad de enseñanza, generó una serie de consecuencias, vincu-

## E.

### Conclusión

<sup>262</sup> Ibíd., p. 239.

<sup>263</sup> Ibíd., p. 337.

ladas con la exclusión y la segmentación de la oferta educativa, hecho que afectó de manera especial a los sectores más vulnerables de la población. Los primeros Gobiernos de la Concertación mantuvieron muchos de estos elementos, pero a partir del año 2006, se generaron cambios relevantes, que buscaron poner fin a la selección escolar, al financiamiento compartido, y al lucro en la educación. Ahora bien, *el espacio que se abre con la discusión constitucional*, permitirá ir un paso más allá, en la medida en que la nueva Carta avance hacia un modelo de Estado social que ayude a fortalecer el rol que debe ocupar la enseñanza pública dentro del conjunto del sistema, incorpore las distintas dimensiones de la educación, reconozca la función social de la libertad de enseñanza, e incluya una serie de principios que sirvan como guía para que el legislador pueda hacer realidad estas aspiraciones.

# • BIBLIOGRAFIA

---

- Atria, F. (2013)  
Veinte años después, Neoliberalismo con rostro humano. Santiago de Chile: Catalonia.
- Atria, F. (2014)  
Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Bellei, C. (2013)  
'El estudio de la segregación socioeconómica y académica de la educación chilena', Estudios Pedagógicos, XXXIX:325-345.
- Bellei, C. (2018)  
'Evolución y contexto de las políticas educacionales sobre la educación pública en Chile', en Bellei, C. (ed.) Nueva educación pública, Contextos, contenidos y perspectivas de la desmunicipalización. Santiago de Chile: Centro de investigación avanzada de educación, pp. 19-48.
- Elacqua, G., Montt, P. y Santos, H. (2013)  
'Evidencias para eliminar —gradualmente—el Financiamiento Compartido', Claves de Políticas Públicas, 14:1-10.
- Falabella, A. (2015)  
'El mercado escolar en Chile y el surgimiento de la nueva gestión pública: El tejido de la política entre la dictadura neoliberal y los gobiernos de la centroizquierda (1979-2009)', Educação e Sociedade, 36(132): 699-722.
- Henríquez, A. (2018)  
El principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Lovera, D. (2019)  
'Derechos sociales en una Nueva Constitución: el constitucionalismo transformador', en Bassa, J., Ferrada, J.C. y Viera, C. (eds.), La Constitución que queremos. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Martinic, S., Huepe, D. y Madrid, Á. (2008)  
'Jornada escolar completa en Chile. Representaciones de los profesores sobre sus efectos en los aprendizajes', Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa, 1:124-139.

- Picazo, M.I. (2013)  
Las políticas escolares de la Concertación durante la transición democrática. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Rifo, M. (2013)  
'Movimiento estudiantil, sistema educativo y crisis política actual en Chile', Polis, 12(13):223-240.
- Salgado, C. (2015)  
'El derecho a la educación', en Bassa, J., Ferrada, J.C. y Viera, C. (eds.), La Constitución chilena. Santiago de Chile: LOM Ediciones, pp. 77-98.
- Salgado, C. (2019)  
'El derecho a la educación en una nueva Constitución', en Bassa, J., Ferrada, J.C. y Viera, C. (eds.), La Constitución que queremos. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Sanhueza, J.M., y Orellana, V. (2018)  
'Análisis crítico de la reforma educacional de Bachelet (2014-2018)', en Orellana, V. (ed.) Entre el mercado gratuito y la educación pública. Santiago de Chile: LOM Ediciones, pp. 259-322.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 2.787, 1º abril 2015.







## Constitucionalizando los Principios de Abiyán sobre el derecho a la educación: Claves para el proceso chileno

Valentina Contreras Orrego,

Vicente Silva y Delphine Dorsi

DOI: 10.53110/IXMN3399

### A. Introducción:

El derecho a la educación no es sólo un derecho humano en sí mismo, sino también un derecho de empoderamiento, multiplicador y transformador: “un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”.<sup>264</sup> Como tal, constituye un proceso continuo de experiencias y aprendizajes vitales que permite que las personas de forma individual o colectiva puedan desarrollar su personalidad y el máximo de sus capacidades, integrarse en la sociedad e interactuar con otros y con el medio ambiente con pleno respeto a los derechos humanos.<sup>265</sup> Bajo esta perspectiva se encuentra reconocido en diversos tratados universales y regionales de derechos humanos<sup>266</sup> y

<sup>264</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 1999, pár. 1.

<sup>265</sup> Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2001, pár. 1-2.

<sup>266</sup> Artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 13 y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; artí-

en una serie de compromisos políticos del foro internacional.<sup>267</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, muchas lagunas normativas aún persisten respecto a su implementación, especialmente en contextos globales donde la privatización y la mercantilización de la educación han ganado espacio. Los denominados *Principios de Abiyán* buscan precisamente hacerse cargo de este desafío al ofrecer guías para los Estados en relación con la garantía de una educación pública, gratuita y de calidad por una parte, y la regulación de la participación del sector privado en su provisión, por otra.

En este contexto, este artículo argumenta que los *Principios de Abiyán* permiten hacerse cargo de las brechas constitucionales del derecho a la educación en Chile en relación con temas clave tales como el propósito de la educación, los sistemas de educación pública, el financiamiento, la libertad de elección de la escuela y la privatización de la educación. De esta forma, el proceso chileno ofrece una oportunidad institucional única para integrar por primera vez los *Principios de Abiyán* en un mecanismo de creación constitucional, y con ello transformar un sistema educativo marcado por la segregación y la desigualdad.

## B.

### **Los Principios de Abiyán y el derecho a la educación**

En 2019, con el objetivo de compilar las obligaciones internacionales de derechos humanos en relación al derecho a la educación, 57 de los más cualificados expertos del mundo adoptaron “*los Principios rectores sobre las obligaciones de derechos humanos que incumben a los Estados de proporcionar educación pública y regular la participación del sector privado en la educación*”, más conocidos como *los Principios de Abiyán*<sup>268</sup> (en adelante también, *Los Principios*).

En un contexto global de creciente privatización y comercialización de la educación, en que los intereses privados y la obtención de beneficios toman más protagonismo que el respeto, la protección y la realización del derecho a la educación,<sup>269</sup> los *Principios de Abiyán* ofrecen a los Estados una guía para resolver las potenciales tensiones entre las obligaciones del Estado relativas a garantizar la provisión de educación pública, gratuita y de calidad

---

culo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; arts. 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 13 del Protocolo de San Salvador; artículo 2 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos; artículo 17 de la Carta Social Europea; artículo 11 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y artículo 12 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos.

<sup>267</sup> Objetivo No. 4, Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), Agenda 2030.

<sup>268</sup> Principios de Abiyán, 2019.

<sup>269</sup> Ibíd., Introduction.

para todos sin discriminación, y la libertad de elegir y establecer una escuela privada, las que se producen tras la aplicación del marco de derechos humanos a la participación privada en la educación.<sup>270</sup>

Para ello, los *Principios* brindan a los Estados una forma de abordar estas tensiones y ofrecen puntos de referencia claros para resolverlas, basados en la reafirmación de las obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir el derecho a la educación.<sup>271</sup> En concreto, este instrumento propone una serie de medidas efectivas para asegurar el derecho a la educación cuando actores privados están involucrados en su provisión, entre las que se incluyen medidas regulatorias, de supervisión y de rendición de cuentas, junto con su aplicación extraterritorial. De este modo, los *Principios de Abiyán* ofrecen valiosas pautas para rediseñar la organización de los sistemas educativos de manera respetuosa con los estándares internacionales de derechos humanos.

La utilidad de estos principios ha sido reconocida expresamente por varios órganos internacionales y regionales de derechos humanos con posterioridad a su adopción.<sup>272</sup> Entre ellos se encuentran, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>273</sup> y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.<sup>274</sup> Asimismo, los Principios han sido destacados por organismos de monitoreo de derechos humanos, incluyendo al Relator Especial sobre Derecho a la Educación de Naciones Unidas y la Relatora Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última, incluso manifestó que este instrumento es “una valiosa fuente especializada para la interpretación de la cuestión en el marco del sistema interamericano”,<sup>275</sup> al justificar su apoyo a los Principios.

Estas tensiones que los *Principios de Abiyán* buscan resolver no son extrañas al sistema educativo chileno. Más bien, éstas se encuentran presentes hace décadas en la discusión pública<sup>276</sup> y tienen su origen fundamental en el marco constitucional.

## C.

### **Las tensiones del contexto chileno**

<sup>270</sup> Ibíd., Introduction.

<sup>271</sup> Ibíd., Introduction.

<sup>272</sup> Lista completa de suscriptores disponible en: <https://www.abidjanprinciples.org/en/support/official-recognition>.

<sup>273</sup> Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2019.

<sup>274</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2019.

<sup>275</sup> Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019.

<sup>276</sup> Ramos, 2020.

Las políticas de mercado en materia educativa implementadas en dictadura y mantenidas en democracia, fijaron una comprensión de la educación como un bien de consumo, lo que actualmente constituye una barrera estructural para la garantía de la educación como un derecho humano.<sup>277</sup> La profundización de esta barrera, reflejada en un modelo neoliberal que entrega su provisión al mercado, fue posible gracias a una re-conceptualización de la libertad de enseñanza como una forma de libertad de emprendimiento de los privados que obligó a entregar un tratamiento igualitario<sup>278</sup> entre ambos sistemas (público y privado) y resultó en un abandono de la educación pública.<sup>279</sup> Este problema ha sido subrayado tanto por el Relator Especial sobre el Derecho a la Educación en su informe sobre Chile,<sup>280</sup> como por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>281</sup> y el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones unidas.<sup>282</sup>

Estas tensiones entre lo eminentemente público y la privatización encuentran su raíz en la normativa neoliberal consagrada en la Constitución de 1980, pues a pesar de que la Carta Fundamental consagra diversos componentes del derecho a la educación en su artículo 19 Nos. 10 y 11, el texto no posee un enfoque de derechos humanos<sup>283</sup> en la medida que garantiza únicamente el acceso a la educación sin incluir los demás elementos que configuran el derecho.<sup>284</sup>

En efecto, la actual Constitución posee una serie de falencias a la luz del enfoque de derechos:<sup>285</sup> (i) antepone la libertad de enseñanza al derecho a la educación; (ii) no garantiza el acceso a la justicia en caso de vulneración; (iii) no contempla mecanismos de participación y gobernanza; (iv) no protege a las personas contra actos discriminatorios; (v) no garantiza la calidad de la provisión educativa; (vi) no asegura la debida adaptabilidad de la educación al territorio, identidades y necesidades estudiantiles; ni (vii) asegura un proceso formativo a lo largo de toda la vida. Estos son los nudos críticos del derecho a la educación en Chile que los *Principios de Abiyán* pueden ayudar a resolver.

---

<sup>277</sup> Salgado, 2015, p. 77.

<sup>278</sup> Falabella e Ilabaca, 2020.

<sup>279</sup> Más información en: OCDE, 2012. OCDE, 2016. Bellei, 2020. Ramírez, 2021. Foro por el derecho a la educación pública, 2019, p. 5.

<sup>280</sup> Consejo de Derechos Humanos, 2017.

<sup>281</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015, pár. 30.

<sup>282</sup> Comité de Derechos del Niño, 2015, pár. 67-68 y 69-70.

<sup>283</sup> Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2016, pár. 25

<sup>284</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, p. 3.

<sup>285</sup> González, 2020.

## D.

### Incorporación normativa del derecho a la educación a la luz de los Principios de Abiyán

De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos,<sup>286</sup> los Estados se encuentran obligados a incorporar los derechos humanos en el derecho doméstico a través de todas las medidas apropiadas, las que pueden ser de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de cualquier otra índole. Dentro de ellas, el marco constitucional ofrece la más alta protección de estos derechos en el orden jurídico.

Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el ex Relator Especial sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos<sup>287</sup> han resaltado la obligación de Chile de reconocer integralmente y otorgar la protección jurídica necesaria a los DESCA en el nuevo texto constitucional.<sup>288</sup> Más aún, el reconocimiento del derecho a la educación como un derecho humano es parte fundamental de los compromisos que el Estado de Chile ha asumido desde la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1972, en un ambiente mundial donde la educación es uno de los derechos sociales con mayor protección constitucional.<sup>289</sup>

En este contexto, los *Principios de Abiyán* ofrecen un punto de referencia para el desarrollo de un nuevo cuadro constitucional para el derecho a la educación en Chile, en tanto son un texto jurídico que compila los estandares existentes sobre el derecho a la educación, incluyendo las obligaciones vinculantes de los Estados.<sup>290</sup> Por esto, son una herramienta útil para asegurar que la nueva Constitución de Chile esté alineada con las más recientes interpretaciones autorizadas sobre el derecho a la educación.

En este orden de ideas, cabe señalar que los Principios poseen una base normativa cimentada en disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que el Estado de Chile está obligado a respetar, proteger y cumplir.<sup>291</sup> Adicionalmente, existen una serie de factores que justifican la legitimidad de este instrumento frente al Estado, entre los que se pueden mencionar la independencia y expertise de los redactores y signatarios; la diversidad de voces recogidas, su rigor y persuasión, su practicidad y el proceso de validación con el que fueron construidos.<sup>292</sup> Por último, sustancialmente, y atendida la generalidad de las provisiones del derecho inter-

<sup>286</sup> Por ejemplo, Artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>287</sup> Consejo de Derechos Humanos, 2016, pár. 71

<sup>288</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015, pár. 7.

<sup>289</sup> Jung et al., 2014, p. 1043.

<sup>290</sup> Op. Cit., Principios de Abiyán, p. 13

<sup>291</sup> Sepúlveda, 2021, p. 27.

<sup>292</sup> Ibid, pp. 33-40.

nacional, la construcción específica de los *Principios de Abiyán* puede ser útil en la práctica para crear conciencia sobre las violaciones del derecho a la educación, identificar lagunas normativas, informar el diseño e implementación de políticas públicas en materia educativa y ofrecer directrices para que las personas directamente afectadas por violaciones al derecho a la educación busquen reparación, a la vez que pueden ser una herramienta esencial para la rendición de cuentas por parte de los Estados.<sup>293</sup>

Sin embargo y atendido el estado político y social específico de Chile, los *Principios de Abiyán* adquieren una importancia adicional: pueden ser una herramienta de suma utilidad para guiar las discusiones constitucionales en el marco del proceso constituyente y para lograr transformaciones profundas en el sistema educativo chileno a través de su incorporación normativa.<sup>294</sup>

## E.

### Alineando la Constitución con el derecho a la educación

Situados en un escenario mundial donde la privatización de la educación ha crecido de manera explosiva y ha aprovechado las limitaciones de los gobiernos para hacer frente a las crecientes demandas,<sup>295</sup> los *Principios de Abiyán* pueden facilitar el abordaje de diversas brechas existentes en torno al derecho a la educación en el contexto del proceso de creación de una nueva Constitución para Chile y dar dirección para el desarrollo de nuevas políticas educativas con enfoque de derechos humanos en diversos ámbitos que exploramos a continuación.

#### i. Definir el propósito de la educación de manera más comprensiva

El texto constitucional vigente considera que la “educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”.<sup>296</sup> Si bien esta formulación avanzó respecto de las provisiones de constituciones chilenas anteriores que ponían al Estado -y no la persona- al centro de la actividad educativa,<sup>297</sup> su redacción podría ser mejorada respecto del propósito

---

<sup>293</sup> Ibid, pp. 29-30.

<sup>294</sup> Op. Cit., Principios de Abiyán, principios generales N° 7 y 10 y rectores 80, 91, 92 y 95.

<sup>295</sup> Mowbray, 2021, p. 52.

<sup>296</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 N° 10.

<sup>297</sup> Al respecto ver: Constitución Política del Estado, 1925, artículo 105. Constitución Política de la República de Chile, 1833, artículos 119, 144 y 145. Constitución Política de la República de Chile, 1828, artículos 114 y 122. Constitución Política de la República de Chile, 1823, artículos 38(4), 58 (5), 220(3), 254, 255, 256, 257 y 261. Constitución Política del Estado de Chile, 1822, artículos 47(19) y 230-234.

sito enunciado por los tratados internacionales y reflejado en los *Principios de Abiyán*, los que consideran un doble rol de la educación: por una parte, el pleno desarrollo de la personalidad humana y el sentido de su dignidad, y por otro, la contribución al logro del bien público y a la construcción y mantención de sociedades saludables, abiertas, transparentes, tolerantes, justas, no discriminatorias e inclusivas que brinden un entorno propicio para la realización de los derechos humanos.<sup>298</sup>

La adopción de un marco comprensivo como éste para justificar el porqué de la educación, tiene la capacidad y la potencia de inspirar todas las regulaciones subsecuentes en torno a objetivo común: **el desarrollo de la persona, y a través de ella, también el de su comunidad.**

Cabe señalar que a nivel global formulaciones de este tipo no son extrañas, sino que se pueden encontrar en países con tradiciones tan diversas como Cuba,<sup>299</sup> Ecuador,<sup>300</sup> España,<sup>301</sup> Grecia,<sup>302</sup> Islandia,<sup>303</sup> México,<sup>304</sup> Noruega,<sup>305</sup> y Portugal.<sup>306</sup>

### ***Constitución de Islandia***

***Artículo 24. (...) La educación tendrá por objeto lograr el desarrollo integral de cada individuo, el pensamiento crítico y la conciencia de los derechos humanos, los derechos y las obligaciones democráticas.***

#### **ii. Garantizar la disponibilidad de una educación pública, gratuita, inclusiva y de buena calidad para todos**

Los *Principios de Abiyán* ayudan a clarificar la naturaleza y el alcance del derecho a una educación pública.<sup>307</sup> Si bien el Pacto reconoce la garantía del acceso universal y la gratuidad progresiva de los diversos niveles de enseñanza, cuya responsabilidad hace radicar en los Estados, no alude expresamente a un sistema de educación pública, a pesar de existir innumerables indicios en el derecho internacional que consagran la obligación de proveer

---

<sup>298</sup> Op. Cit., Principios de Abiyán, principio rector 8.

<sup>299</sup> Artículo 32.

<sup>300</sup> Artículo 27.

<sup>301</sup> Artículo 27.

<sup>302</sup> Artículo 16(2).

<sup>303</sup> Artículo 24.

<sup>304</sup> Artículo 3º.

<sup>305</sup> Artículo 109.

<sup>306</sup> Artículo 73.

<sup>307</sup> Principio general 2 y principio rector 29.

este tipo de educación,<sup>308</sup> protegiéndose otras formas como una excepción, una adición o un suplemento a la educación pública.<sup>309</sup>

Los *Principios de Abiyán* realizan una lectura contextualizada que destaca esta ausencia, reivindica las motivaciones tras la adopción del Pacto y reformula la obligación de los Estados a través de su principio general 2, que en lo sustantivo señala que:

***Los Estados deben proporcionar educación pública, gratuita de la más alta calidad posible a todas las personas dentro de su jurisdicción de la manera más eficaz y rápida posible, utilizando el máximo de sus recursos disponibles.***

Más aún, en otros numerales, los *Principios de Abiyán* proporcionan otros elementos sustantivos para revelar lo que en el Pacto parece ausente: la calidad de servicio público de la educación.<sup>310</sup> En este sentido, los Principios someten la provisión de la educación a las garantías propias del suministro de servicios públicos, obligaciones que alcanzan incluso a las instituciones educativas privadas. El cambio es profundo: al conceptualizarse como servicio público, “el Estado deja de limitar su actuación a la preservación de la libertad y a la garantía de los derechos individuales —propiedad privada y libertad de comercio— y se convierte en protagonista directo del crecimiento económico y del progreso social”.<sup>311</sup>

Si bien el texto de la Constitución actual considera la obligación del Estado de promover y garantizar la educación parvularia, básica y media, la estrategia utilizada para traducir este mandato se reduce únicamente al deber de financiar un sistema gratuito,<sup>312</sup> obviando cualquier consideración que requiera organizar la actividad estatal en torno a un verdadero servicio público de educación bajo un marco respetuoso de los derechos humanos, es decir, un servicio accesible y no discriminatorio, responsable a la necesidades de sus usuarios y culturalmente apropiado, participativo, de calidad suficiente, adecuadamente financiado, transparente y responsable.<sup>313</sup>

Algunos países del mundo han constitucionalizado la idea de la educa-

---

<sup>308</sup> Op. Cit., Mowbray, 2021, p. 57.

<sup>309</sup> Ibíd., p. 56.

<sup>310</sup> Op. Cit., Principios de Abiyán, numeral 19. Otros elementos también pueden encontrarse en los numerales 11, 12, 13, 31, 37 y 39.

<sup>311</sup> Troncoso, 1999, p. 98.

<sup>312</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 N° 10.

<sup>313</sup> The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, 2020, pp. 3 y 4.

ción pública como principio organizador de la sociedad, entre los que se pueden identificar a Costa de Marfil,<sup>314</sup> Costa Rica,<sup>315</sup> Dinamarca,<sup>316</sup> Ecuador,<sup>317</sup> Francia,<sup>318</sup> Holanda,<sup>319</sup> México,<sup>320</sup> Portugal<sup>321</sup> y Suiza.<sup>322</sup>

### **Constitución de Costa de Marfil**

**Artículo 10. (...) El Estado garantiza la promoción y el desarrollo de la educación pública general, la educación técnica y la formación profesional, así como la expansión de todos los sectores, de acuerdo con las normas internacionales de calidad y en relación con las necesidades del mercado laboral. (...)**

### **iii. Limitación de la libertad de enseñanza y regulación de los actores privados en la educación**

La libertad de enseñanza, incluyendo la libertad de elección de la escuela y la libertad de establecer y dirigir escuelas, tal cual se encuentra establecida en los tratados de derechos humanos, no es absoluta.

El espíritu original que existía detrás de esta libertad era permitir que los padres impidieran que sus hijos fueran condicionados por un estado tiránico y permitir que los padres con creencias fuertes o necesidades lingüísticas educaran a sus hijos conforme a ellas.<sup>323</sup> Sin embargo, esta disposición ha sido sostenidamente reinterpretada y cooptada por la promoción de la mercantilización y el retroceso del Estado, a través de la instalación del proyecto neoliberal.<sup>324</sup> Bajo este paradigma, la Constitución chilena establece de manera prioritaria “el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” sin otras “limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”; asegurando residualmente el derecho de los padres de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”. Bajo esta lógica, cualquier intento regulatorio se observa como una intervención estatal que busca expropiar

---

<sup>314</sup> Artículo 10.

<sup>315</sup> Artículo 77.

<sup>316</sup> Artículo 76.

<sup>317</sup> Artículo 28 y 347(1)(2).

<sup>318</sup> Preámbulo a la Constitución del 27 de octubre de 1946.

<sup>319</sup> Artículo 23(3)(4).

<sup>320</sup> Artículo 3º.

<sup>321</sup> Artículo 74(2) y 75(1).

<sup>322</sup> Artículo 62(1)(2).

<sup>323</sup> Härmä, 2021, pp. 152-153.

<sup>324</sup> Ibíd., p. 153.

las expectativas de ganancia.<sup>325</sup>

Así, se evidencia que un fuerte énfasis en la elección convierte a los ciudadanos en consumidores que buscan el mejor “trato” para sus hijos, en lugar de miembros de un colectivo que apoyan una escuela que pertenece a toda la comunidad.<sup>326</sup> A su vez, la conceptualización de este derecho como absoluto, produce el efecto perverso de que su ejercicio a menudo disminuye materialmente los derechos y los resultados de los niños menos afortunados.<sup>327</sup>

En este sentido, el principio rector 48 de los *Principios de Abiyán* recuerda que estas libertades no son absolutas y que el derecho internacional de los derechos humanos impone una serie de límites específicos y concretos al ejercicio de estas libertades, entre los que se relevan: la no suplantación o reemplazo de la educación pública y la no creación de impactos sistémicos adversos sobre el derecho a la educación, los que incluyen la generación o mantenimiento de disparidades de oportunidades o resultados para algunos grupos de la sociedad y la afectación de la capacidad del Estado para realizar el derecho a una educación pública, gratuita y de calidad.

En esta materia, el proceso constituyente ofrece la oportunidad a Chile para adecuar la garantía constitucional de la libertad de enseñanza a los estándares de derechos humanos, incluyendo al aseguramiento de que la existencia de actores privados no conduzca a la comercialización de la educación<sup>328</sup> y que en caso de financiarse la educación privada con fondos públicos, se resguarde siempre la garantía del derecho a la educación sin discriminación.<sup>329</sup>

#### **iv. Garantizar la buena gobernanza del sistema educativo público**

En materia de gobernanza, el aporte de los *Principios de Abiyán* es sustancial:<sup>330</sup> sus provisiones estipulan que los Estados deben aplicar los principios de dignidad humana, participación, igualdad y no discriminación, inclusión, transparencia y rendición de cuentas en la prestación y la gobernanza del servicio público de educación.<sup>331</sup> Más aún, consagran la obligación específica de establecer un sistema de gobernanza educativa participativa que sea representativa de todas las partes interesadas, incluidos los

---

<sup>325</sup> Ibíd., p. 18.

<sup>326</sup> Op. Cit., Härmä, 2021, pp. 152.

<sup>327</sup> Ibíd., p. 152.

<sup>328</sup> Principio rector 48.c.3

<sup>329</sup> Article 66.d.

<sup>330</sup> La gobernanza es un tópico crítico para los *Principios de Abiyán*, los que dedican varios numerales a su tratamiento: 20, 21, 32, 42, 45, 48, 55, 66, 81 y 83.

<sup>331</sup> Op. Cit., *Principios de Abiyán*, numeral 20.

niños y otros estudiantes, los padres o tutores legales, las comunidades, el personal docente y no docente, los sindicatos de la educación y otras organizaciones de la sociedad civil.<sup>332</sup>

En esta materia la brecha es profunda, en la medida que la Constitución chilena se limita a establecer tímidamente un deber de la comunidad de “contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”<sup>333</sup> sin establecer forma alguna de cumplir este deber. En contraste, constituciones como las de Cuba,<sup>334</sup> Ecuador,<sup>335</sup> España,<sup>336</sup> Grecia,<sup>337</sup> Indonesia,<sup>338</sup> México<sup>339</sup> y Portugal<sup>340</sup>, contemplan diversos mecanismos de participación de las comunidades educativas en los sistemas de educación.

### *Constitución de Portugal*

#### *Artículo 77: Participación democrática en la educación*

*1. Los profesores y los estudiantes tendrán derecho a participar en la gestión democrática de las escuelas, según lo establece la ley.*

*2. La ley regulará las formas en las que las asociaciones de profesores, alumnos y padres, las comunidades y las instituciones científicas participaran en la elaboración de la política educativa.*

#### v. Establecer los principios de igualdad y no discriminación

Los *Principios de Abiyán* también entregan propuestas concretas para consolidar la igualdad y no discriminación en la educación. Para ello recuerdan, por ejemplo, la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para eliminar todas las formas de discriminación en el disfrute del derecho a la educación por motivos prohibidos, que incluyan tanto la discriminación directa e indirecta, el acoso y la negación de ajustes razonables, y la discriminación múltiple, interseccional, asociativa y perceptiva.<sup>341</sup> Asimismo, se incluye el enfoque de género al requerir que los

---

<sup>332</sup> Ibíd., numeral 32.

<sup>333</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 N° 10.

<sup>334</sup> Artículo 32(d).

<sup>335</sup> Artículo 347(11).

<sup>336</sup> Artículo 27(5)(7).

<sup>337</sup> Artículo 16(5).

<sup>338</sup> Artículo 22D(3).

<sup>339</sup> Artículo 3º.

<sup>340</sup> Artículo 77(1)(2).

<sup>341</sup> Op. Cit., Principios de Abiyán, numeral 24. Otras provisiones contra la dis-

Estados diseñen y adopten una estrategia nacional de educación sensible al género, a las necesidades de las niñas y las mujeres y transformadora para todos.<sup>342</sup>

Ambas estrategias propuestas por los *Principios de Abiyán* pueden ser útiles para una próxima formulación del derecho a la educación en Chile, pues la Constitución actual carece de provisiones específicas que prohíban la discriminación por cualquier motivo en la educación<sup>343</sup> y que incorporen el enfoque de género con especial énfasis en una educación no sexista como una herramienta de cambio social.

A nivel global, numerosas constituciones han adoptado diversas tácticas para garantizar la igualdad, inclusión y no discriminación en la educación. Dentro de ellas se encuentran las cartas fundamentales de Corea del Sur,<sup>344</sup> Costa de Marfil,<sup>345</sup> Cuba,<sup>346</sup> Ecuador,<sup>347</sup> Eslovaquia,<sup>348</sup> Eslovenia,<sup>349</sup> España,<sup>350</sup> Finlandia,<sup>351</sup> Hungría,<sup>352</sup> Italia,<sup>353</sup> Japón,<sup>354</sup> México,<sup>355</sup> Noruega,<sup>356</sup> Portugal,<sup>357</sup> Singapur<sup>358</sup> y Turquía.<sup>359</sup> Más aún, algunas de ellas incorporan provisiones específicas que abordan la igualdad de género, tales como las constituciones de Costa de Marfil<sup>360</sup>, Ecuador<sup>361</sup> y Polonia.<sup>362</sup>

---

criminación también se contienen en los numerales 55 y 73.

<sup>342</sup> Ibíd., numeral 21.

<sup>343</sup> Más allá de las normas generales de igualdad (art. 1º) e igualdad ante la ley (art. 19 N° 2).

<sup>344</sup> Artículo 31(1).

<sup>345</sup> Artículos 32 y 33.

<sup>346</sup> Artículo 44.

<sup>347</sup> Artículos 29, 46, 47, 57(14)(21), 340, 343 y 347(10).

<sup>348</sup> Artículo 34(1)(2e).

<sup>349</sup> Artículo 52 y 64.

<sup>350</sup> Artículo 27.

<sup>351</sup> Artículo 16.

<sup>352</sup> Artículo 68(2).

<sup>353</sup> Artículo 33 y 38.

<sup>354</sup> Artículo 26.

<sup>355</sup> Artículo 2º(B I, V, VIII) y 3º.

<sup>356</sup> Artículo 109.

<sup>357</sup> Artículo 73 y 74(1)(2).

<sup>358</sup> Artículo 16(2).

<sup>359</sup> Artículo 42.

<sup>360</sup> Artículo 10.

<sup>361</sup> Artículo 43(1)

<sup>362</sup> Artículo 32-2.

## **Constitución de Polonia**

### **Artículo 32-2. Hombres y mujeres tendrán iguales derechos, en particular, respecto a la educación, (...)**

#### **vi. Garantizar el financiamiento adecuado de la educación pública**

Los *Principios de Abiyán* desarrollan la importancia fundamental del financiamiento de la educación,<sup>363</sup> poniendo énfasis en la necesidad de dar prioridad al financiamiento de la educación pública como también en la exigencia de financiar instituciones educativas privadas únicamente cuando se observen estrictamente una serie de requisitos establecidos a nivel sustantivo, procedimental y operativo.<sup>364</sup> Los *Principios de Abiyán* recuerdan que los Estados deben proporcionar educación pública, gratuita, de la más alta calidad posible a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción de la manera más eficaz y expedita posible, utilizando el máximo de sus recursos disponibles.<sup>365</sup> Precisan además que los recursos máximos disponibles no deben caer por debajo del nivel requerido por los compromisos nacionales o internacionales de financiación de la educación, como el porcentaje del PIB establecido en sus objetivos de desarrollo.<sup>366</sup>

**Las declaraciones internacionales, tales como la Declaración de Jomtien de 2011, reconocen que** los Estados deben asignar por lo menos el 6% de su PIB y/o al menos un 20% de sus presupuestos nacionales a educación para alcanzar una educación de calidad para todos y todas.<sup>367</sup> Es así que constituciones como las de Costa Rica<sup>368</sup> e Indonesia<sup>369</sup> ya garantizan el presupuesto nacional de educación dentro de su texto fundamental. En el proceso de elaboración de la nueva Constitución, Chile podría asegurar un nivel adecuado de financiamiento para la educación pública incluyendo alguna provisión relacionada en materia educativa.

---

<sup>363</sup> Ver sección IV. Financiamiento; Principio general 5 y principio rector 64.

<sup>364</sup> Principios rectores 63 a 74.

<sup>365</sup> Principio general 2.

<sup>366</sup> Principio rector 15.

<sup>367</sup> La Declaración de Incheon de 2015 recomienda que los Estados asignen por lo menos entre un 4% y un 6% del Producto Interno Bruto y/o al menos entre un 15% y un 20% del gasto público total en educación (Educación 2030, 2016, p. 9).

<sup>368</sup> Artículo 78.

<sup>369</sup> Artículo 31(4).

### *Constitución de Costa Rica*

*Artículo 78, párrafo 2. “En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior a seis por ciento (6%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley (...)"*

#### **vii. Reconocer la justiciabilidad del derecho a la educación**

Por último, como medida de clausura, los *Principios de Abiyán* requieren que los Estados garanticen la disponibilidad de mecanismos de reclamación y reparación rápidos, accesibles, eficaces, procesalmente justos e independientes -incluidos cuando sea necesario, los recursos judiciales-, que permitan a cualquier titular de derechos o a otras partes interesadas, como los grupos de interés público, estar equipados con la capacidad de reclamar derechos y buscar reparación por cualquier abuso de derechos humanos por parte de un actor involucrado en la educación.<sup>370</sup> Este aporte puede subsanar una profunda brecha en relación con la Constitución chilena, que en la actualidad sólo permite hacer exigible a través de la acción de protección la libertad de enseñanza en los términos establecidos anteriormente.

<sup>371</sup>

Si bien a nivel comparado los mecanismos de exigibilidad varían en su naturaleza, constituciones como las de Argentina,<sup>372</sup> Colombia<sup>373</sup> y Estonia<sup>374</sup> consideran el derecho a la educación como un derecho justiciable.

### *Constitución de Colombia*

*Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)*

---

<sup>370</sup> Op. Cit., Principios de Abiyán, numeral 89. También se consagra esta circunstancia en el numeral 80.

<sup>371</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 20.

<sup>372</sup> Artículo 43.

<sup>373</sup> Artículo 86.

<sup>374</sup> Artículo 15.

Hace poco más de 2 años, los *Principios de Abiyán* fueron adoptados por un grupo amplio y diverso de expertos de derechos humanos a través de un proceso legítimo, para abordar los desafíos globales de la privatización y mercantilización de la educación. Respecto de estos procesos Chile ha representado un escenario prolífico: la Constitución de 1980 y las reformas educativas basadas en los mecanismos del mercado han jugado un rol fundamental en la comprensión de la educación como un bien privado, convirtiendo el sistema educativo de este país en uno de los más privatizados y segregados del mundo.

Frente a este escenario, y de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, Chile se encuentra obligado a incorporar el derecho a la educación dentro de su marco normativo interno, siendo la Constitución la norma suprema. En este contexto de incorporación doméstica, los *Principios de Abiyán* se posicionan como un instrumento jurídicamente relevante para guiar la discusión constitucional en relación al derecho a la educación, al poner especial énfasis en elementos constitucionales que resultan claves para la implementación de un sistema educacional basado en los principios de justicia social.

Este ensayo ha explorado la forma en que los *Principios de Abiyán* pueden resultar de utilidad para resolver las tensiones existentes respecto del derecho a la educación, en puntos críticos como la primacía de la educación pública por sobre la libertad de enseñanza; el establecimiento de medidas de igualdad sustantiva y no discriminación; la inclusión de mecanismos de gobernanza que fomenten la participación de la comunidad en materia educativa, la garantía de un financiamiento adecuado y la necesidad de establecer mecanismos judiciales y de rendición de cuentas para que los Estados puedan remediar las violaciones del derecho humano a la educación.

De este modo, es posible concluir que la constitucionalización de los *Principios de Abiyán* en Chile permitiría reconocer y garantizar de manera irrestricta el derecho a la educación pública, gratuita y de calidad para todas y todos, incluyendo todas sus dimensiones y su función social. Esta opción por la incorporación doméstica de los Principios podría facilitar, en el largo plazo, el cumplimiento de las obligaciones internacionales vigentes desde hace décadas en Chile, transformando desde su base normativa un sistema educativo históricamente marcado por la segregación y desigualdad.

## F.

### Conclusión

# BIBLIOGRAFIA •

- Bellei, C. et al. (2020)  
‘La fragilidad de la escuela pandémica’, CIPER, 19 diciembre. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/12/19/la-fragilidad-de-la-escuela-pandemica/> (Consulta: 6 junio 2021).
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2019)  
Resolución sobre la obligación de los Estados de regular a los agentes privados que participan en la prestación de servicios de salud y educación. Documento no. 420 (LXIV).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990)  
Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en) (Consulta: 6 junio 2021).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999)  
Observaciones generales 13 (21º período de sesiones, 1999) El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Documento No. E/C.12/1999/10. Disponible en: <https://undocs.org/es/E.C.12/1999/10> (Consulta: 6 junio 2021).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2015)  
Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile. Documento No. E/C.12/CHL/CO/4. Disponible en: <https://undocs.org/es/E.C.12/CHL/CO/4> (Consulta: 6 junio 2021).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1999)  
Observación General N° 13. El derecho a la educación. Documento No. E/C.12/1999/10. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fc.12%2f1999%2f10&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fc.12%2f1999%2f10&Lang=en) (Consulta: 6 junio 2021).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2015)  
Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile. Documento No. E/C.12/CHL/CO/4. Disponible en: <https://undocs.org/es/E.C.12/CHL/CO/4> (Consulta: 16 junio 2021).

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2001)

Observación General Nº 1: párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación. Documento No. CRC/GC/2001/1. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRC/GC/2001/1> (Consulta: 6 junio 2021).

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2015)

Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. Documento No. CRC/C/CHL/CO/4-5. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/CHL/CO/4-5&Lang=Sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/CHL/CO/4-5&Lang=Sp) (Consulta: 16 junio 2021).

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2016)

Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre su misión a Chile. Documento No. A/HRC/32/31/Add.1. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/072/51/PDF/G1607251.pdf?OpenElement> (Consulta: 6 junio 2021).

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2017)

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación sobre su misión a Chile. Documento No. A/HRC/35/24/Add.1. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/081/48/PDF/G1708148.pdf?OpenElement> (Consulta: 26 junio 2021).

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2019)

El derecho a la educación: el ejercicio efectivo del derecho a la educación y la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 en el contexto del aumento de las entidades del sector privado en el ámbito de la educación. Documento No. A/HRC/41/37. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/41/37> (Consulta: 6 junio 2021).

Educación 2030:

Declaración de Incheon y Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4: Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos (2016) Documento No. ED-2016/WS/28. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656\\_sp](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656_sp) (Consulta: 16 junio 2021).

Falabella, A. e Ilabaca, T. (2020)

'Cómo terminar con el lugar privilegiado de la educación privada en Chile, CIPER, 21 de diciembre. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/12/26/como-terminar-con-el-lugar-privilegiado-de-la-educacion-privada-en-chile/> (Consulta: 6 junio 2021).

Foro por el derecho a la educación pública (2019)

Informe luz de la situación de la educación en Chile al 2019. Disponible en: <http://derechoeducacionpublica.cl/wp-content/>

[uploads/2019/07/FODEP-2019-Informe-Luz-de-la-Situaci%C3%B3n-de-la-Educaci%C3%B3n-en-Chile.pdf](https://www.summaedu.org/wp-content/uploads/2020/10/CONSTITUYENTE-DOC_FINAL_PAG.pdf) (Consulta: 6 junio 2021).

González, J. et al. (2020)

Constituyamos Otra Educación, Una Mejor Sociedad Es Posible: 10 nudos constitucionales en educación y experiencias internacionales destacadas para inspirar el debate nacional. Disponible en: [https://www.summaedu.org/wp-content/uploads/2020/10/CONSTITUYENTE-DOC\\_FINAL\\_PAG.pdf](https://www.summaedu.org/wp-content/uploads/2020/10/CONSTITUYENTE-DOC_FINAL_PAG.pdf) (Consulta: 6 junio 2020).

Härmä, J. (2021)

'Evidencie on school choice and the human right to education, en Adamson, F. et al., Realizing the Abidjan Principles on the right to education. Human Rights, Public Education and the Role of Private Actors in Education. UK; USA: Edward Elgar Publishing Limited. DOI: 10.4337/9781839106033.

Jung, C. et al. (2014)

'Economic and social rights in national constitutions', American Journal of Comparative Law, 62(4).

Mowbray, J. (2021)

'Is there a right to public education?', en Adamson, F. et al., Realizing the Abidjan Principles on the right to education. Human Rights, Public Education and the Role of Private Actors in Education. UK; USA: Edward Elgar Publishing Limited. DOI: 10.4337/9781839106033.

#### *Principios de Abiyán:*

Principios rectores sobre las obligaciones de derechos humanos que incumben a los Estados de proporcionar educación pública y regular la participación del sector privado en la educación (2019) Disponible en: <https://www.abidjanprinciples.org/es/home> (Consulta: 11 junio 2021).

Ramírez, N. (2021)

'Alarmante impacto de la pandemia: Estudiantes de 6º básico a III medio no alcanzaron el 60% de los aprendizajes en 2020', EMOL, 26 mayo. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/05/26/1021974/Alarmante resultado diagnostico estudiantes.html> (Consulta: 6 junio 2021)

Ramos, M. (2020)

'Hemos llegado a un punto en que el éxito de los colegios privados está produciendo un daño al sistema público de educación', CIPER, 5 abril. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/04/05/hemos-llegado-a-un-punto-en-que-el-exito-de-los-colegios-privados-esta-producido-un-dano-al-sistema-publico-de-educacion/> (Consulta: 6 junio 2021).

Red ONGs Infancia y Juventud Chile (2019)

Lista de Cuestiones Previa a la Presentación de Informes (List of issues prior to Reporting) a presentar ante el Comité de Derechos del Niño en el marco de la 88ava sesión. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/CHL/INT\\_CRC NGO\\_CHL\\_40848\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/CHL/INT_CRC NGO_CHL_40848_S.pdf) (Consulta: 29 mayo 2021).

Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019)

Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDD-HH.pdf> (Consulta: 6 junio 2021).

Salgado, C. (2015)

'El derecho a la educación', en Bassa, J. et al. (ed.) La Constitución chilena. Una perspectiva crítica a su práctica política. Santiago: LOM Editores.

Sepúlveda, M. (2021)

'Human Rights Guiding Principles: A forward-looking retrospective', en Adamson, F. et al., Realizing the Abidjan Principles on the right to education. Human Rights, Public Education and the Role of Private Actors in Education. UK; USA: Edward Elgar Publishing Limited. DOI: 10.4337/9781839106033.

The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights (2020)

States' Human Rights Obligations Regarding Public Services The United Nations Normative Framework. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/5a6e0958f6576ebde0e78c18/t/5fc6235e-3f75b16643a5bd59/1606820703234/2020-10-19-Policy-Brief-States-HR-Oblig-PS-UN-NormFram.pdf> (Consulta: 6 junio 2021).

Tomasevski, K. (2009)

Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. CLACSO. Disponible en: <http://biblioteca-virtual.clacso.org.ar/Argentina/lpp/20100426090811/11.pdf> (Consulta: 6 junio 2021).

Troncoso, A. (1999)

'Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público'. Revista Española De Derecho Constitucional, 57. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/24883723> (Consulta: 6 junio 2021).

# P

sección

## *“Agua y saneamiento”*









## El derecho humano al agua y al saneamiento: La priorización del uso ecosistémico como un presupuesto necesario

Verónica Delgado Schneider<sup>375</sup> y

Juan Francisco Zapata Hassi<sup>376</sup>

DOI: 10.53110/LQBE2999

### A. La crisis del agua:

Lo que en un momento fueron proyecciones y advertencias, hoy se vuelve una realidad sufrida directamente por las comunidades. La última década en Chile, ha sido la más seca de la que se tiene registro, con un déficit de precipitaciones del orden del 25-30% a nivel nacional, y con un déficit hídrico generalizado en los caudales de nuestros ríos, que en las regiones de Coquimbo y Valparaíso alcanza el 70%.<sup>377</sup> Tanto es así, que se le ha llamado *megasequía*, y —se afirma— sería la más grave de los últimos mil años,<sup>378</sup> proyectándose para el periodo 2010-2050 un aumento en su recurrencia,

<sup>375</sup> Abogada de la Universidad de Concepción, Profesora de Derecho ambiental y Aguas, y Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción. vedelgado@udec.cl.

<sup>376</sup> Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Investigador del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción. jzapata@udec.cl.

<sup>377</sup> Rojas et al., 2019, p. 17.

<sup>378</sup> Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2, 2015, p. 26.

al punto que dejará de ser una condición transitoria, con el consecuente impacto en la disponibilidad hídrica, la fauna costera, el bosque nativo y los incendios forestales.<sup>379</sup> Impacto este último que ha significado, en la actual *megasequía* un aumento de un 30% en la superficie quemada respecto del promedio histórico.<sup>380</sup>

Si a esto le sumamos una regulación constitucional y legal que pareciera no reconocer la vital importancia de este bien común y que, por el contrario, perpetúa una visión individualista sobre la administración de su uso y aprovechamiento, e impide —incluso en situaciones extremas y urgentes— tomar decisiones en beneficio de los seres humanos y del medio ambiente, el panorama se torna desolador.

La provincia de Petorca se ha vuelto un símbolo de esta crisis, cuyo río del mismo nombre terminó por secarse completamente, y su cuenca presenta los niveles más secos de los últimos 700 años.<sup>381</sup> Así, los cambios en el uso del suelo, principalmente para el cultivo intensivo de paltas y cítricos, unido al sobre otorgamiento de derechos de aguas en cantidades muy superiores a las que puede soportar la cuenca, y la priorización de un uso productivo, son parte de las causas de esta crisis hídrica, que tiene efectos devastadores no sólo en la calidad de vida de la población —eminente rural en el caso de Petorca— que debe abastecerse mediante camiones aljibes, sino también para la economía y, por supuesto, el ambiente.<sup>382</sup>

Pero no es sólo en el área rural donde vemos problemas relacionados con el agua, sino también en las ciudades. Si bien el acceso al agua potable a nivel urbano ha aumentado hasta llegar a coberturas cercanas al 99% —lo que podría ser indicativo de que existe un adecuado disfrute del derecho humano al agua—<sup>383</sup> existen otros aspectos no debidamente cubiertos. Así, se afirma que hoy existe un problema más bien de inequidad en el consumo, existiendo mayor contracción en aquellos sectores más vulnerables versus los más acomodados, lo que se vincula al proceso de privatización del servicio y al subsecuente encarecimiento permanente del sistema tarifario, unido a la precariedad de los ingresos familiares.<sup>384</sup>

La crisis hídrica, ambiental y climática, se ha tomado la agenda pública y la atención del país. En una inédita consulta digital organizada por la Mesa Nacional del Agua y llevada a cabo por la Dirección General de Aguas —en que participaron más de 40.000 personas—, como principal desafío a

---

<sup>379</sup> Ibíd., pp. 10 y ss.

<sup>380</sup> González et al., 2020, p. 26.

<sup>381</sup> Muñoz et al., 2020, p. 12.

<sup>382</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 27.

<sup>383</sup> Vergara, 2014, pp. 199-228.

<sup>384</sup> Durán, 2015, pp. 226 y 245.

asumir por el Estado se identificó el asegurar el acceso para el consumo humano (75,2%), y proteger el ambiente (54,5%).<sup>385</sup> Asimismo, en el proceso de participación ciudadana llevado a cabo en el contexto del proceso constituyente 2016-2017, existió un amplio consenso por priorizar la protección del ambiente y de sus elementos (incluido el agua), desde una visión que se ha catalogado como ecocentrista y colectivista.<sup>386</sup>

Este sentir ciudadano esperamos se vea reflejado en los anhelos y prioridades de las y los constituyentes que, emplazados en este momento histórico, están llamados a plantear las bases de la institucionalidad que marcará el futuro de Chile por generaciones. Creemos que existirá un amplio consenso para establecer el derecho humano al agua y al saneamiento en la próxima carta fundamental, obteniendo los 2/3 necesarios para ello. Esperamos que estas líneas —que por la extensión del trabajo no se enfocarán en el saneamiento— ayuden en dicha tarea, donde proponemos que este derecho se entienda necesariamente en un contexto de protección ambiental.

Si bien los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,<sup>387</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC)<sup>388</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969,<sup>389</sup> no incluyen el derecho humano al agua, ello se ha explicado pues resulta un requisito fundamental para la garantía de otros derechos sí considerados, como el derecho a la vida, calidad de vida, salud y a una alimentación adecuada, encontrándose implícitamente incorporado en ellos.<sup>390</sup>

Han existido, en todo caso, referencias tangenciales a este derecho en otros tratados de derechos humanos referidos a diversas materias, como en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979,<sup>391</sup> o en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,<sup>392</sup> entre otros.<sup>393</sup>

---

<sup>385</sup> Mesa Nacional del Agua, 2020, pp. 14 y 15.

<sup>386</sup> Costa et al., 2020, pp. 169-97.

<sup>387</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

<sup>388</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

<sup>389</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

<sup>390</sup> Gleick, 1998, pp. 489-490.

<sup>391</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

<sup>392</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

<sup>393</sup> Como bien destaca Obando, 2010, pp. 444-448. Además, se encontraría presente en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (art. 15),

## B.

### Consideración a nivel internacional

Pero no fue sino hasta el año 2002, con la Observación N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en que se reconoció el agua y el saneamiento como un derecho humano. Posteriormente, el 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución N°64/292 —en que Chile votó a favor— dispuso que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un de derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

“ ”  
*El derecho al agua potable y el saneamiento es un de derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.*

firmado y ratificado por Chile—, que consagran el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho al más alto nivel posible de salud, entre otros.

En dicha Observación, el Comité DESC esclarece gran parte del contenido de este derecho humano, señalando que se compone tanto del derecho a mantener el acceso al suministro y a no ser objeto de interferencias (como cortes arbitrarios, o la contaminación de las aguas), así como el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión que garantice iguales oportunidades de disfrute a la población.<sup>395</sup>

Además, la Observación indica que los elementos de este derecho deben ser adecuados a la dignidad, la vida y salud humana, no debiendo interpretarse restrictivamente. Asimismo, se prioriza el agua como un bien social y cultural, por sobre su tratamiento como un bien económico, y se establece que el ejercicio de este derecho debe ser —subrayamos— sostenible, para garantizar su ejercicio por las generaciones actuales y futuras.<sup>396</sup>

Reconocen que, si bien lo considerado “adecuado” para el ejercicio de este derecho puede variar según las condiciones, existen factores que deben aplicarse en cualquier circunstancia, como: la disponibilidad (debe ser continua, suficiente para usos personales y domésticos), la calidad (salubridad, olor, color, y sabor aceptables), y la accesibilidad, que comprende a su vez, cuatro dimensiones: la accesibilidad física, accesibilidad económica, la no

---

la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (art. 28.2 letra a), y la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (art. 25 letra b), entre otros. También lo destaca Recabarren, 2016, p. 321.

<sup>394</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002, pár. I.2.

<sup>395</sup> Ibíd., pár. II.10.

<sup>396</sup> Ibíd., pár. II.11.

discriminación, y el acceso a la información.<sup>397</sup>

Comprende, también, una especial consideración por los grupos más vulnerables, como “las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos”,<sup>398</sup> y si bien considera una aplicación progresiva, los Estados están obligados a avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles, adoptando medidas inmediatas, existiendo la presunción de que cualquier medida regresiva con respecto al derecho al agua se encontraría prohibida por el referido Pacto.<sup>399</sup>

En este sentido, se han destacado los riesgos que implica la privatización de los servicios de agua potable y saneamiento para el adecuado disfrute de este derecho, especialmente en lo que se refiere a problemas de sostenibilidad, asequibilidad e inequidad en el acceso, entre otros aspectos.<sup>400</sup>

Debemos agregar que, directamente vinculado con este derecho, se encuentra la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible acordada por la unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2015, que contempla como Objetivo N° 6 “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, el que comprende una serie de metas específicas al 2030, como lograr un acceso universal, equitativo y asequible al agua potable y los servicios de saneamiento, mejorar la calidad de las aguas, reducir la contaminación, aumentar el uso eficiente e implementar una gestión integrada, entre otros.<sup>401</sup>

Se trata pues de un derecho complejo, con múltiples manifestaciones, y que se ha ido configurando en forma independiente con el pasar de los años, hasta su pleno reconocimiento como un derecho humano.

En la Constitución de 1980 no existe una consagración expresa del derecho humano al agua, sin embargo, podemos entenderlo fácilmente comprendido en otros que sí se encuentran reconocidos, como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 19 n°1), a la protección de la salud (art. 19 n°9), a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 n°8) y la igualdad ante la ley (art. 19 n°3), entre otros.<sup>402</sup>

## C.

### Consideración a nivel interno

<sup>397</sup> Ibíd., pár. II.12.

<sup>398</sup> Ibíd., pár. 16.

<sup>399</sup> Ibíd., pár. 17, 18 y 19.

<sup>400</sup> Heller, 2020b.

<sup>401</sup> ONU, 2015.

<sup>402</sup> Ver por ejemplo enumeración realizada por Obando, 2010, pp. 452 y 453.

Además, al haber Chile firmado y ratificado el PIDESC, en base a cuyas disposiciones el Comité DESC entendió incluido el derecho humano al agua, estaría también reconocido en el ordenamiento jurídico chileno, por remisión del inciso segundo del art. 5 de la actual Constitución,<sup>403</sup> asumiendo la doctrina, de hecho, que el derecho humano al agua resulta exigible en Chile a nivel interno,<sup>404</sup> haciéndolo parte del llamado bloque de constitucionalidad.<sup>405</sup>

Aparece entonces que el derecho humano al agua y al saneamiento, pese a no encontrarse consagrado en nuestra Constitución en forma expresa, puede entenderse que forma parte del catálogo de derechos protegidos por el ordenamiento interno, y que el Estado se encuentra obligado a garantizar. ¿Para qué, entonces, consagrarlo constitucionalmente? Las razones son múltiples.

### i. La fuerza normativa

En primer lugar, existe un problema de *fuerza normativa*. Si bien —mediante una labor interpretativa— podemos entender que este derecho se encuentra *implícitamente* reconocido en nuestro país, ello no es suficiente para asegurar que sea, en la práctica, efectivamente garantizado por el Estado. No es novedad que la falta de una mención expresa es un problema tanto a la hora de invocar este derecho ante los tribunales de justicia, como al momento de desarrollar políticas públicas o practicar reformas legales que le afecten. Sin ir más lejos, el Código de Aguas parece no tener en consideración este derecho al momento de regular el uso y aprovechamiento de las aguas.<sup>406</sup> La fuerza normativa entonces, la entendemos como el nivel de aplicación que, en la práctica, ha tenido este derecho, y el grado en que ha sido considerado en las decisiones públicas, legales y judiciales, para avanzar progresivamente en su cumplimiento, así como su prevalencia frente a la colisión con otros derechos.

En efecto, la falta de una consagración constitucional expresa, deja a este derecho en una situación muy desventajada respecto de otros derechos fundamentales sí reconocidos —y reforzados— en la Constitución, como el derecho de propiedad.

---

<sup>403</sup> La referida disposición señala que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>404</sup> Por ejemplo, Guiloff, 2013, pp. 277 y sgtes; Obando, 2010, p. 440. También se da por entendido en Rivera, 2017, pp. 232 y ss, y en Vergara, 2014, p. 204.

<sup>405</sup> Op. Cit., Obando, 2010, p. 461.

<sup>406</sup> En este sentido: Obando, 2018, p. 124 y Guiloff, 2013, p. 268.

En este sentido, DELGADO ha explicado *in extenso* cómo el actual marco constitucional pese a tratar tempranamente las cuestiones ambientales —reconociendo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 n°8)— entregó particulares normas para ciertos elementos del ambiente, como las aguas, no para protegerlas sino para regular su propiedad y la de sus derechos de aprovechamiento, con un enfoque liberal y economicista.<sup>407</sup> Así, la única mención expresa al agua en la Constitución de 1980 está en la garantía del derecho de propiedad, en el inciso 11 del art. 19 N° 24, señalando que “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Esta particular norma viene a repetir y reforzar —respecto de las aguas— lo que ya se había consagrado como regla general en el inciso primero del mismo artículo, que asegura “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. Lo que la Constitución hace aquí, es reconocer que se puede ser dueño de un “derecho” o “bien incorporeal”, y lo repite luego específicamente tratándose de las aguas. ¿Por qué se realiza esto? Es la manera que se ingenió para permitir la propiedad privada sobre bienes que por su naturaleza son parte del dominio público.

En efecto, el art. 19 N° 23 también contiene una referencia indirecta a las aguas, al consagrar la regla de que todos los bienes pueden ser apropiados, “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”. Como sabemos, el Código Civil —primero— y el de Aguas —después—, declararon que las aguas son bienes nacionales de uso público, en sus artículos 595 y 5, respectivamente. Es decir, el agua es un bien que pertenece a la Nación, al pueblo. Nadie entonces podría ser “dueño” del agua, pero sí se puede tener propiedad sobre el “derecho” que se otorgue para usar o aprovechar el agua. Esto último, que efectivamente puede ser distinto en lo legal, ha implicado en la práctica la apropiación privada del agua.

Es cierto que en la misma Constitución existen normas que habilitan al legislador para imponer restricciones y limitaciones a este derecho de propiedad, sin embargo, ello no ha ocurrido por la “fuerza” que las normas de propiedad tienen, en desmedro de las ambientales,<sup>408</sup> especialmente respecto del agua.

Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile se otorgan por el Estado sin obedecer a usos prioritarios, de manera gratuita y perpetua. Estos derechos pueden ser transados libremente en el mercado por sus dueños, en cuantiosas sumas, sin siquiera tener que avisar a la autoridad

---

<sup>407</sup> Delgado, 2021

<sup>408</sup> Hervé y López, 2020, pp. 206.

que se supone debe planificar el uso y sostenibilidad del agua en la cuenca. Tampoco caducan por el mal uso que se les pueda dar, o por su no uso (sólo se exige pagar una patente por no uso), y se gestionan privadamente (en las organizaciones de usuarios) sin intervención estatal.

Lo que resulta más grave, es que una vez otorgado el derecho a un privado, la autoridad no puede “revisar” ni “ajustar” los volúmenes inicialmente considerados a la nueva realidad hídrica climática, aún cuando un acuífero se esté agotando o secando un río por falta de su caudal mínimo, ni tampoco cuando falte el agua para el uso humano de subsistencia.<sup>409</sup> Existe pues, una lógica irracional, en que por garantizar la “propiedad” de los particulares sobre sus derechos, el sistema permite agotar completamente un cuerpo de agua, afectando y haciendo inútiles los propios derechos que intentaba proteger.

La Constitución y el Código de Aguas, entonces, son parte de la crisis hídrica. Una muestra de esta situación se da en la actual discusión en el Congreso Nacional y los informes que se han presentado por Libertad y Desarrollo<sup>410</sup> y otros encargados por el mundo agrícola, alegando su inconstitucionalidad. De hecho, se cuestiona -por la autonomía que tienen las organizaciones de usuarios para gestionar- el que se proponga una norma que permita, sin necesidad de tramitar el derecho, extraer agua de ríos y vertientes, para uso de subsistencia, aún cuando ella ya existe para extraer aguas subterráneas.<sup>411</sup>

Como se puede apreciar, si la actual fórmula constitucional ha impedido que el legislador pueda salvaguardar estos usos “mínimos” del agua, vendría no sólo su expreso reconocimiento y garantía a nivel constitucional, sino además que se acuerden reglas claras que permitan hacer prevalecer este derecho por sobre otros con los que posiblemente colisionará.

Finalmente, es importante consignar que la fuerza de este derecho, consagrado de manera clara en su relación a otras garantías constitucionales, deberá implicar que toda decisión en torno a él sea progresiva y no regresiva, situaciones que hoy no están garantizadas.

## ii. Problemas de exigibilidad

En segundo lugar, existe un problema de exigibilidad del derecho, que deriva en parte por su poca fuerza normativa. Al no estar consagrado dentro del catálogo de derechos garantizados por la Constitución, no cuenta con

---

<sup>409</sup> Delgado, 2019, p. 81.

<sup>410</sup> Libertad y Desarrollo, 2020.

<sup>411</sup> Vergara y Muñoz, 2020, p. 47.

una acción constitucional que permita exigir su cumplimiento en forma directa y efectiva. No contamos pues —en principio— con la posibilidad de recurrir vía recurso de protección para exigir que este derecho no sea vulnerado.

Esta situación ha intentado sortearse por otras vías, por ejemplo, vinculando el derecho humano al agua con otros derechos fundamentales que sí cuentan con consagración constitucional, y respecto de los cuales existe la posibilidad de recurrir vía protección. Así, los tribunales superiores de justicia han paulatinamente, directa o indirectamente, invocado el derecho humano al agua en sus fallos (especialmente respecto de recursos de protección constitucional) invocando afectaciones al derecho a la vida y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en una serie de casos vinculados a cortes de suministro, o a la negativa a otorgar acceso a él, y a situaciones de contaminación de las aguas.<sup>412</sup>

Es más, recientemente, en dos zonas afectadas por sequía y escasez hídrica, se han dictado sentencias importantes, reconociendo el derecho humano al agua mediante su vinculación con el derecho a la vida y a la igualdad y ciertos tratados internacionales, avanzando además en la fijación de un suministro mínimo de agua a ser garantizado, de 100 litros diarios por persona (siguiendo estándar de la OMS).<sup>413</sup> Sin embargo, este avance es relativo.

En el primer caso, que afectó a habitantes de Petorca, se ordenó a la autoridad y a los entes recurridos, coordinarse eficientemente con la Municipalidad, a fin de garantizar mientras dure la emergencia hídrica, la dotación de agua suficiente para la subsistencia de los recurrentes (que veían amenazada su vida), reconociendo el derecho humano al agua, pero sin establecer una cantidad mínima a ser entregada por persona diariamente mediante camiones aljibes.<sup>414</sup>

En el segundo caso, que afectaba a vecinos de la comuna de Nogales, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso, por considerar que no se logró acreditar que la Minera recurrida fuera la causante de la escasez hídrica que afectaba a los recurrentes, y porque ésta se encontraba amparada por derechos de aprovechamiento de aguas legalmente constituidos e inscritos.<sup>415</sup> Pero la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo el recurso, aunque no lo hizo respecto de la empresa recurrida, sino respecto de la Municipalidad de Nogales, que si bien no fue emplazada

---

<sup>412</sup> Op. Cit., Obando, 2018, pp. 117-124.

<sup>413</sup> Howard y Bartram, 2003

<sup>414</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 9709-2019, 19 diciembre 2019. Confirmada por: Corte Suprema, rol 1348-2020, 6 agosto 2020.

<sup>415</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 12305-2020, 9 junio 2020.

en el recurso, informó al tenor del mismo. En concreto, la Corte ordenó “adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar a los recurrentes y a la comunidad de Nogales, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona”.<sup>416</sup> Para ello invoca nuevamente las obligaciones internacionales adquiridas por Chile, poniendo especial énfasis respecto a ciertos grupos vulnerables especialmente protegidos.<sup>417</sup>

Como puede verse, pareciera ser que los tribunales superiores de justicia han avanzado en el reconocimiento del derecho humano al agua como uno exigible a nivel interno. Sin embargo, el desarrollo logrado es limitado y no ha estado exento de tensiones, requiriendo de mayores esfuerzos para poder otorgar una tutela judicial efectiva. Además, no resulta deseable que problemas estructurales de nuestro sistema jurídico, traten de ser salvados por la pura vía de la jurisprudencia, pues su respuesta siempre resultará limitada al no lograr considerar el problema en su globalidad. En los casos comentados, de hecho, no se pudo adoptar medida alguna respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados a la Minera recurrida, cuya extracción sin límites, contribuye como todas, a agravar la crisis hídrica del sector. Tampoco hubo cuestionamiento ni medida que permitiera garantizar un acceso directo al agua a la comunidad, evitando depender de la entrega mediante camiones aljibe, en el entendido que una adecuada accesibilidad física también es un elemento del derecho humano al agua.

En definitiva, estas sentencias aisladas, no logran abarcar el problema como corresponde, pues no van acompañadas de una institucionalidad ni de un marco jurídico que esté considerando al derecho humano al agua y al saneamiento, como un verdadero límite a la soberanía del Estado.

De hecho, si bien el derecho humano al agua es de aplicación progresiva, en el sentido de que no puede exigirse una aplicación completa e inmediata de todos los aspectos comprendidos por el derecho, debiendo propender siempre a avanzar en su concreción colectiva, existen ciertos mínimos que son de exigibilidad inmediata y que, en los casos revisados, demuestran disparidad de los estándares a cumplir.<sup>418</sup>

### **iii. Avanzar en sustentabilidad**

Existen al menos dos variantes en torno a cómo asegurar el agua para consumo básico: se proclama consagrar constitucionalmente el derecho

---

<sup>416</sup> Corte Suprema, rol 72198-2020, 18 enero 2021.

<sup>417</sup> Ibíd., Considerando décimo.

<sup>418</sup> Sobre la progresividad del derecho humano al agua, y las obligaciones mínimas aparejadas, ver: Arrojo, 2020.

humano al agua y, de manera conjunta o alternativa, considerarlo como el número uno en el elenco de los llamados usos prioritarios. Esta última postura es la que se discute actualmente en la reforma al Código de Aguas y de aprobarse, la legislación tendría usos prioritarios, que en su momento tuvieron los dos códigos anteriores.<sup>419</sup>

En este punto, proponemos que el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento, nos sirva de oportunidad para avanzar en sustentabilidad, mediante la incorporación en la Constitución de dos “usos prioritarios” —consumo humano de subsistencia y el ecosistémico o ambiental— a respetar en todo momento y, especialmente, al planificar la cuenca, al otorgar permisos de extracción y, por cierto, como límite al ejercicio de los ya otorgados. El ecosistémico corresponde a la cantidad de agua necesaria para la mantención e integridad de los ecosistemas asociados a las aguas superficiales o subterráneas (y no necesariamente coincide con el actual “caudal mínimo ecológico” en Chile).

En los códigos de aguas anteriores, se consideraba un elenco de “usos prioritarios” para el caso preciso en que se presentasen solicitudes paralelas de derechos de aguas y no existiera disponibilidad para ellas. Se decía, entonces, que había que dar preferencia al consumo humano. El Código de 1981 eliminó los usos prioritarios y, para el mismo caso, determinó como solución, que sería un remate al mejor postor el que asignaría los recursos, solución que claramente resulta inadecuada.

Pero, si el problema de disponibilidad se produce después del otorgamiento del derecho, es decir, como sucede en la mayoría de los casos, cuando se están ejerciendo los derechos y el agua no alcanza para todos, las soluciones del Código son la declaración de escasez hídrica por extraordinaria sequía, o declarar respecto de las aguas subterráneas, zonas de prohibición, áreas de restricción o de reducción temporal de derechos, donde no existe ninguna consideración a la prioridad del consumo humano o de los ecosistemas. Además, la facultad de expropiar derechos para el abastecimiento de la población, si bien existe, apenas ha sido utilizada. El Estado ha preferido comprar derechos en el mercado (incluyendo derechos que pagaban patente por no uso, contribuyendo al estrés de la zona) o bien, construir pozos profundos (sin información de los acuíferos), a costa —en el fondo— de la sustentabilidad de las fuentes de agua.

Hacemos hincapié en este último punto pues la legislación actual no entiende la importancia de proteger las fuentes de agua (ríos, vertientes,

---

<sup>419</sup> La mejor investigación de los usos prioritarios del agua en Chile está en: Sandoval, 2015, pp. 133-162. Y para la gestión del agua en base al enfoque de derechos humanos: Yañez, 2014. Ambas incluyen el uso ecosistémico (ambiental o función ambiental) en sus elencos.

lagunas, humedales, acuíferos, etc.) y el ciclo hidrológico. Exige respetar el caudal mínimo ecológico sólo a los derechos otorgados después del 2005 y además, permite pasarlo por alto, tanto cuando se decreta la escasez hídrica (por sequía extraordinaria) como cuando se regularizan cientos de derechos en base al artículo 2º transitorio del Código de Aguas. Más aún, esta práctica es fomentada y subsidiada cada año por el Estado, para lograr tener certeza de los derechos de agua “reconocidos”, aunque ya se nos haya advertido que son procedimientos basados en usos inmemoriales muchas veces fraudulentos.<sup>420</sup>

Nuestra visión es que deben asegurarse como prioritarios ambos usos, pues sólo respetando la integridad y flujo de los ciclos hidrológicos, protegiendo las fuentes de agua, podrán mantenerse las variadas funciones que éste cumple, incluyendo los servicios de regulación (del clima, por ejemplo), culturales (los asociados a turismo, costumbres locales, pueblos originarios, etc.), por cierto los de provisión (que incluye extraer agua para su uso doméstico) y también los productivos. Es un error, en nuestra opinión, considerar el derecho humano al agua y elencos de usos prioritarios del agua, sin considerar el ecosistémico.<sup>421</sup>

## D. **Conclusiones y propuestas**

Si queremos avanzar en sustentabilidad, equidad y seguridad hídrica, son necesarias nuevas reglas en la Constitución. La actual no entiende que la naturaleza y especialmente el agua, no son solo bienes productivos económicos, sino elementos esenciales para la vida.

Proponemos, en base a lo expuesto, los siguientes aspectos claves:

1) Consagrar el derecho humano al agua y el saneamiento como un derecho fundamental, reconociendo su importancia para la vida de (todas) las especies y los ecosistemas.

2) Reforzar esta visión mediante la consagración a nivel constitucional de usos prioritarios del agua, privilegiando el de consumo humano y el ecosistémico. Ambos deben ser límites exigibles al planificar la cuenca, al otorgar concesiones o permisos de extracción y especialmente en el ejercicio de los ya otorgados o reconocidos; como parte de un conjunto mayor de reglas que esperamos

---

<sup>420</sup> Banco Mundial, 2013, pp. 27 y 28.

<sup>421</sup> Ver por ejemplo: Álvez y Castillo, 2020, p. 20. Los autores proponen el siguiente listado de usos prioritarios, sin incluir el ecosistémico: “1. Derecho Humanos al agua y al saneamiento, 2. Agricultura de subsistencia y usos ancestrales de pueblos originarios, 3. Usos agrícolas, 4. Usos industriales no mineros, 5. Usos mineros”.

impongan límites efectivos al derecho de propiedad y al ejercicio de “toda” concesión o derecho, sobre elementos naturales de dominio público.

3) Consagrar una acción constitucional efectiva y eficaz que permita garantizar su libre ejercicio y su no afectación, como el actual recurso de protección.

4) Si bien, no es necesario fijar en la propia Constitución el contenido técnico específico de este derecho, sí es recomendable establecer deberes concretos para el Estado a su respecto, y principios que permitan operativizar el derecho con la institucionalidad actual y futura.

Es esperable que las decisiones legislativas y de política pública, respecto del agua y el derecho humano al agua y al saneamiento, se tomen en el futuro considerando estándares internacionales, información confiable, con todos los actores relevantes de la cuenca y considerando la realidad urbana y la rural. **Se necesita una mirada a largo plazo, que garantice tanto este derecho humano como la sustentabilidad ecosistémica.** Para ello, sin embargo, los mandatos constitucionales deben ser claros.

# BIBLIOGRAFIA •

- Álvez, A. y Rodrigo C. (2020)  
“El derecho humano al agua”. Serie Comunicacional CRHIAM, pp. 1-35.
- Banco Mundial (2013)  
Chile: Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua.
- Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2. (2015)  
La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro. Santiago: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.
- Costa, E., et al. (2020)  
‘¿Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-2017’, Revista de Derecho Universidad de Concepción, 88(248):169-97. DOI: 10.29393/RD248-16RDEC40016.
- Delgado, V. (2019)  
‘Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente’, Justicia Ambiental, 11:77-83.
- Delgado, V. (2021)  
‘Capítulo III. La regulación de las aguas subterráneas en el derecho de aguas de Chile: liberal, incompleta y poco ambiental’, en Delgado, V. y Arumí, J.L. (eds.) El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales. España: Tirant Lo Blanch. En impresa.
- Durán, G.  
‘Agua y pobreza en Santiago de Chile. Morfología de la inequidad en la distribución del consumo domiciliario de agua potable’, EURE, 41(124):225-246.
- Gleick, P. (1998)  
‘The human right to water’, Water Policy, 1(5):487-503. DOI: 10.1016/S1366-7017(99)00008-2.
- González, M. Et al (2020)  
Incendios forestales en Chile: causas, impactos y resiliencia. Santiago: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.

- Guiloff, M. (2013)  
‘El derecho al agua como un derecho humano: El caso de Petorca’, en Vial, T. (coord.) Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 255-282.
- Heller, L. (2020a)  
Logro progresivo de la efectividad de los derechos humanos al agua y al saneamiento. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Heller, L. (2020b)  
Los derechos humanos y la privatización de los servicios de agua y saneamiento. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Hervé, D. y López, G. (2020)  
‘El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución’, en Lorca, R. et al. (eds.) La Hoja en Blanco. Chile: Editorial La Pollera, pp. 199-214.
- Howard, G. y Bartram, J. (2003)  
Domestic Water Quantity, Service Level and Health. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014)  
Informe de Observación Provincia de Petorca Julio-Octubre 2014. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Libertad y Desarrollo (2020)  
‘Reforma al Código de Aguas: Un proyecto que transgrede derechos amparados por la Constitución’, Temas Pùblicos, 1458(2):1-8.
- Mesa Nacional del Agua (2020)  
Participación Ciudadana. Primer Informe: Consulta Digital. Santiago: Ministerio de Obras Públicas.
- Muñoz, A. et al. (2020)  
‘Water Crisis in Petorca Basin, Chile: The Combined Effects of a Mega-Drought and Water Management’, Water, 12(3):648. DOI: 10.3390/w12030648.
- Obando, I. (2010)  
‘El derecho humano al agua desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho interno’, en Nogueira, H. (coord.), Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Santiago: Librotecnia, pp. 439-463.

Obando, I. (2018)

‘El derecho humano al agua revisitado: antecedentes normativos e implicaciones jurídicas’, Revista de Derecho Administrativo Económico, 27:103-129. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/3488/3282> (Consulta: 20 agosto 2021).

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002)

Observación General N°15: El derecho al agua. Ginebra: ONU.

ONU, Asamblea General (2015)

Resolución N°70/1 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 25 de septiembre.

Recabarren, Ó. (2016)

‘El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente’, Estudios Constitucionales, 14(2): 305-346.

Rivera, D. (2017)

‘Derecho humano al agua en Chile: legislación vigente, proyectos de reforma y jurisprudencia’, en Guevara, A. et al. (eds.), El derecho humano al agua, el Derecho de las inversiones y el Derecho Administrativo. Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 227-243.

Rojas, P. et al. (2019)

Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones. Santiago: Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

Sandoval, M.I. (2015)

‘Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada’, Revista Justicia Ambiental, 7:133-162.

Vergara, A. y Muñoz, G. (2020)

Informe en derecho: Afección a la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas, a los derechos consuetudinarios y a las atribuciones de las organizaciones de usuarios de aguas: Análisis de constitucionalidad del proyecto de ley de modificación del Código de Aguas (Boletín nº 7543-12). Santiago.

Vergara, A. (2015)

‘El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno’, en Melgarejo, J. et al. (coord..), Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI: Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante: Universidad de Alicante, octubre 2014, pp. 199-228.

Yañez, N. (2014)

Nuevos paradigmas para la interpretación jurídica del Derecho de aguas en Chile a partir del enfoque de derechos fundamentales y lineamientos para una reforma institucional al modelo chileno de aguas. Tesis de doctorado. Chile: Universidad de Chile.

## JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 9.709-2019, 19 diciembre 2019.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 12.305-2020, 9 junio 2020.

Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 enero 2021.

Corte Suprema, rol 1.348-2020, 6 agosto 2020.

## NORMATIVA

Constitución Política de la República de Chile (1980) Chile.

Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> (Consultada: 12 marzo 2021).

Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

Organización de los Estados Americanos. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm) (Consulta: 12 marzo 2021).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (Consulta: 12 marzo 2021).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> (Consulta: 12 marzo 2021).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) Organización de las Naciones Unidas.

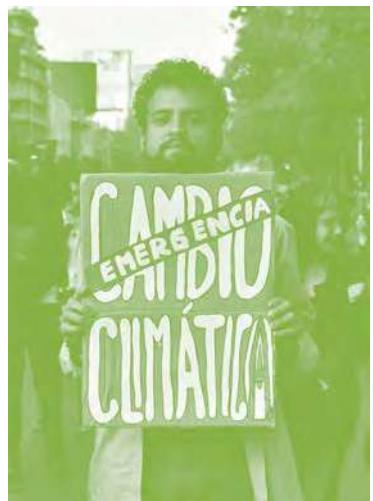
Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (Consulta: 12 marzo 2021).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (Consulta: 12 marzo 2021).

# G sección

**“Medio ambiente sano”**







# 10

• artículo •

## Nueva Constitución y Medio Ambiente

Verónica Delgado<sup>422</sup> y Dominique Hervé<sup>423</sup>

DOI: 10.53110/IMWH9818

**A. Introducción:** Una Constitución es aquel texto fundamental donde se acuerda y forja el destino de su pueblo para los años venideros. Este nuevo pacto social debería considerar dos evidencias hoy irrefutables. La primera, que la relación que hoy tenemos con los elementos naturales que hacen posible nuestra existencia y desarrollo no ha funcionado pues los estamos perdiendo rápidamente (siendo Chile un lugar de relevancia mundial en términos de su diversidad biológica).<sup>424</sup> Por otro lado, que la realidad es cambiante, con un grado importante de incertezas acerca de lo que puede ocurrir y cuándo, si se-

<sup>422</sup> Abogada de la Universidad de Concepción, Profesora derecho ambiental y aguas y Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción.

<sup>423</sup> Abogada de la Universidad de Chile, Profesora de derecho ambiental y Directora del programa de derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

Se agradece al abogado e investigador del DACC, Juan Francisco Zapata Hassi por la sistematización de la información y revisión de este trabajo.

<sup>424</sup> OCDE-CEPAL, 2016, p. 45.

guimos abusando así del planeta y no enfrentamos los efectos del cambio climático, al que somos altamente vulnerables.

Esta nueva relación o pacto necesita entonces de nuevos principios y bases. Para quienes escriben estas líneas, los avances institucionales no han sido suficientes. **Nuestros problemas y desafíos no se limitan a meros problemas de “gestión”** (en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por ejemplo) o a dictar leyes para solucionar cuestiones acotadas en materia de aguas, glaciares, biodiversidad, ordenamiento territorial, forestal o pesca. Lo que creemos es que, en muchos de estos casos, las reformas y límites reclamados como necesarios, justamente no se han podido imponer por el marco constitucional que tenemos o por cómo este ha sido interpretado. De esta manera, aunque sean escuetas normas, se requiere un nuevo pacto más justo y verde, que esperamos implique un vuelco transformador.

## B.

### **La Constitución de 1980 y el ambiente: una visión que desconoce la naturaleza colectiva de las cuestiones ambientales**

Si se analiza el contenido “ambiental” de la Constitución de 1980, la postura tradicional ha sido la de distinguir derechos, deberes y principios.<sup>425</sup> Acá proponemos abordar como ambientales no sólo las normas sobre protección del medio ambiente, sino también las que regulan la propiedad de los recursos naturales<sup>426</sup> y otras disposiciones muy relevantes y relacionadas con una adecuada gobernanza ambiental, tales como las relacionadas con la descentralización, el ordenamiento territorial y por cuencas, los derechos de los pueblos indígenas e impuestos, entre otras. En este trabajo sólo veremos las primeras.

Las normas sobre protección del medio ambiente y propiedad de los recursos naturales, como se verá, nos parecen atrasadas (en el contexto actual), limitadas (especialmente en los derechos y deberes que comprenden) y basadas en un modelo anclado en garantizar de manera muy fuerte las libertades económicas y la propiedad sobre los recursos naturales (o sobre las concesiones para usarlos), más que en la protección del ambiente. Son -por cierto- pocas normas en términos cuantitativos, pero han sido poderosas en lo sustantivo. Especialmente, a la hora de impedir imponer limitaciones o restricciones a otros derechos para proteger la naturaleza o lograr de su aprovechamiento un beneficio colectivo, desequilibrando la balanza generalmente hacia la consecución del crecimiento económico. El agua es el ejemplo más evidente.

---

<sup>425</sup> Costa et al., 2020, pp. 169-197.

<sup>426</sup> Hervé y López, 2020, pp. 199-214.

## i. Derecho, Deber y Recurso de protección ambiental

Dentro de las normas destinadas a la protección ambiental, en primer lugar, se consagró -en el artículo 19 N° 8 inciso primero- un derecho fundamental ambiental de todas las personas, con deberes de protección estatal: “*La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*”.

Y para la defensa de este derecho, existe una acción constitucional -el recurso de protección- que se ejerce para exigir que éste se respete y así se ordene el restablecimiento del imperio del derecho. Sin embargo, su ejercicio tiene varias limitaciones si se le compara con otras garantías como la propiedad o la libertad de empresa, destacando que sólo se puede ejercer contra actos u omisiones “ilegales” (y no cuando ellos son sólo arbitrarios). Esto constituye un serio problema, pues se trata de un sector con pocas normas y bastantes facultades discrecionales.<sup>427</sup>

Pues bien, a la luz de la aplicación práctica de estas normas, es importante precisar que sólo se asegura el derecho de todas las personas “a vivir” en una hipótesis bien concreta: a vivir en un “medio ambiente libre de contaminación”. En base al tenor literal, por muchos años la protección se ha limitado básicamente a la del ser humano (y se ha negado en casos en los que se trataba de proteger a otras especies de fauna y flora, como toninas, lobos de mar y árboles). Además, se ha restringido a limitadas hipótesis donde ha estado en juego la vida y salud de las personas, rechazando la protección cuando no hay superación de una norma que determine legalmente que sí existe contaminación. Sin embargo, en tiempos recientes ha habido casos en que se ha tutelado más bien la calidad de vida, por ejemplo, por malos olores, aún cuando no existe norma en Chile. También en los últimos años -pero en casos excepcionales-

“ ”

*La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*

<sup>427</sup> En efecto, el art. 20 dispone en general: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, (...) 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 y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. En cambio, en materia ambiental, su inciso segundo, reza: “Procederá, también, el recurso en el caso del 19 n° 8, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

cionales, aunque muy relevantes- la jurisprudencia ha ampliado la protección a hipótesis que comprenden atentados evidentes a la integridad de los ecosistemas, aunque siempre se reconducen las soluciones a una visión antropocéntrica (evitar inundaciones de poblaciones o mantener agua para abastecimiento en casos de urgencia).<sup>428</sup>

Es importante advertir además, que la reforma del año 2005 incluyó al menos, para la acción de protección ambiental, la posibilidad de recurrir contra omisiones, pues en el texto original sólo se consideraron las acciones, justamente para evitar que se emplazara a un Estado que de ambiental poco sabía a la época. Y ello ha sido positivo, especialmente en aquellos casos en que el Estado no ha realizado lo que debía y no se ha coordinado para ello entre las varias autoridades competentes, como en el vertimiento de salmones en Chiloé<sup>429</sup> y las intoxicaciones en Quintero y Puchuncaví.<sup>430</sup>

Por otra parte, es evidente que en los deberes la fórmula constitucional es igualmente incompleta: el deber de protección alcanza sólo al Estado y no a todas las personas, naturales y jurídicas, como si no debiéramos todos tributar al desarrollo sostenible. Además, el deber se limita sólo a “preservar la naturaleza” -y no otros elementos del ambiente, como el sociocultural-, ni tampoco se imprime claramente su fundamento (el por qué) o finalidad (el para qué), cuestiones que le darían mayor amplitud (como su dimensión de desafío colectivo o común) y la fuerza necesaria para imponerse (como derecho o deber) ante otros derechos individuales, como se verá.

Cabe aquí destacar que la ausencia de reconocimiento de la naturaleza colectiva de los intereses en juego trae otras consecuencias prácticas que se deben evitar. Por ejemplo, considerar sólo el interés individual y no el público y colectivo, impide hacer valer y lograr una efectiva protección del ambiente, pues solo las personas que se han visto directamente afectadas en su esfera individual, podrían reclamar de él.<sup>431</sup> Se reconoce, eso sí, un esfuerzo en ampliar la legitimación vía la tesis del entorno adyacente de BERMÚDEZ en algunos casos.<sup>432</sup> Pero en innumerables ocasiones la Excma. Corte Suprema ha rechazado recursos de protección en materias ambientales por determinar que los actores carecían de esta legitimación activa.<sup>433</sup>

---

<sup>428</sup> La Corte lo ha hecho tanto por la vía de la hipótesis de contaminación, en el caso de la laguna San Pedro de la Paz (C. Concepción, rol 6.412-2018, confirmada por la C. Suprema, rol 22.196-2018), donde se mantuvo la decisión

<sup>429</sup> Ver Moraga, Delgado y Fariás, 2018.

<sup>430</sup> C. Suprema, rol 5.888-2019.

<sup>431</sup> Op. Cit., Hervé y López, 2020, pp. 206.

<sup>432</sup> Bermúdez, 2014, pp. 64-65 y 134-136.

<sup>433</sup> En materia ambiental, véase, por ejemplo, sentencias de la C. Suprema en las causas rol 8.213-2011, 3.141-2012, 4.755-2012, 3.146-2013, 3.294-2013, 7.677-2013, 14.937-2013, 6.590-2014, 10.759-2014, 14.263-2014, 21.973-2014,

Es más, se ha dado el tiempo de recordarnos, en forma expresa, que en materia ambiental la acción de protección no es “popular” cuando, por ejemplo, parlamentarios, alcaldes o dirigentes locales actúan en defensa de la población en general.<sup>434</sup> Esta alternativa permitiría garantizar un mayor acceso a la justicia ambiental y a una tutela jurisdiccional efectiva, como se ha sugerido desde hace años por DELGADO.<sup>435</sup>

## **ii. Restricciones a otros derechos y limitaciones al derecho de propiedad por razones ambientales**

La cláusula que permite resolver la tensión entre otros derechos fundamentales y el derecho al medio ambiente, se encuentra en el artículo 19 N° 8, inciso segundo: “*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”. Se trata de los derechos a adquirir toda clase de bienes, la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

La tensión aludida también se aborda al establecer un límite interno al contenido de la propiedad privada, esto es, la función social de la propiedad, incluyendo expresamente la “conservación del patrimonio ambiental”. El artículo 19 N° 24, inciso segundo dice: “*Solo 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 de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”<sup>436</sup>. Pero estas limitaciones -y aquí un límite importante al legislador- no podrán “afectar estos derechos en su esencia” (art. 19 n° 26). Y si se revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de otros Tribunales sobre la cuestión, los casos ambientales de la función social son pocos y los criterios nada claros.<sup>436</sup>

Como sea, advierten HERVÉ Y LOPEZ, el potencial de esta norma habilitante para restringir o limitar otros derechos -en favor de la protección ambiental- “no ha sido determinante en la posibilidad de lograr un modelo de desarrollo más respetuoso del medio ambiente. Esto se puede deber a la fuerza que sí tienen las disposiciones que conforman el régimen de

---

26.829-2014, 24.932-2017 y 12.729-2018.

<sup>434</sup> Véase, por ejemplo, sentencias de la C. Suprema, en las causas rol 4.777-2011; 8.213-2011; 2.463-2012; 4.755-2012 o, más recientemente, en el caso de Quintero y Puchuncaví rol 5.888-2019. También en rol 45.059-2017.

<sup>435</sup> Delgado, 2005, pp. 907-937; y otras publicaciones sobre acciones populares, citadas en la bibliografía.

<sup>436</sup> Casos ante el Tribunal Constitucional analizados en Guzmán, 2012, pp. 72-76. Para propiedad y sus limitaciones Imprescindible revisar trabajos de Guiloff citados en la bibliografía.

propiedad de los recursos naturales”.<sup>437</sup> GALDÁMEZ comparte la crítica al tratarlas de -hasta ahora- “cláusulas dormidas”, por su poco desarrollo y aplicación. Esta crítica plantea un defecto normativo, en la medida que la acción constitucional de protección está enfocada en proteger el ambiente, entendido como un derecho fundamental, más no logra hacer exigible el deber del Estado y la limitación de otros derechos en favor del ambiente, cuestiones que debieran encontrarse consagradas en otro apartado de la Constitución, que permitiera darles una aplicación general, por ejemplo, al tratar las bases de la institucionalidad.<sup>438</sup>

### iii. Régimen jurídico de propiedad de los recursos naturales

En este grupo de normas, destaca en primer lugar, el art. 19 N° 23 inciso primero, en virtud del cual se establece el derecho de las personas a adquirir toda clase de bienes: “*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*”. A través de esta disposición, se establece un pilar fundamental en nuestro sistema económico, al consagrarse la libre apropiabilidad de todos los bienes, incluidos los recursos naturales, con la sola excepción de aquellos de dominio público, declarados así por ley.

Como bien se ha advertido, la Constitución ha establecido aquí -como regla general- el derecho de propiedad privada sobre elementos de la naturaleza, dejando al legislador el poder para excluir ciertos bienes, incorporándolos al dominio público. Esta cuestión en los hechos, se ha establecido constitucionalmente sólo para los minerales, al consagrarse que corresponden al Estado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (art. 19 n° 24 inciso sexto).<sup>439</sup> La propiedad de las aguas, en cambio, no está regulada en la Constitución, sino que ha sido el legislador (Código Civil y de Aguas), el que establece que las aguas son bienes nacionales de uso público. Lo mismo ocurre con el borde costero y la energía geotérmica.<sup>440</sup>

Pero luego de esta regla (libertad para apropiarse) y su excepción (no puede haber propiedad privada sobre las cosas comunes a todos los hombres y bienes de la nación) se introduce, en la Constitución, una de sus normas más cuestionadas: la garantía de la propiedad privada sobre los

---

<sup>437</sup> Op. Cit., Hervé y López, 2020, pp. 209.

<sup>438</sup> Galdámez, 2018, pp. 70-75, 89 y 90. Y en Galdámez, 2019, pp. 77-85.

<sup>439</sup> Op. Cit., Hervé y López, 2020, pp. 209.

<sup>440</sup> En detalle, las diferencias entre todas las concesiones o derechos sobre recursos naturales: Hervé, 2015.

“derechos” que ejercen los particulares sobre las aguas y los recursos minerales, en el art. 19 N° 24 incisos noveno y undécimo: “*El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número*”. Y “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Es más, aunque no existieran esas normas, el art. 19 N° 24 reconoce y garantiza el derecho de propiedad de los “derechos incorporales”, fenómeno conocido como la “propietarización de los derechos”,<sup>441</sup> en su inciso 1º: “*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”.

Pues bien ¿qué implica que la Constitución establezca un derecho de propiedad sobre derechos? ¿y que lo repita especialmente respecto a los derechos o concesiones sobre elementos de la naturaleza? En primer lugar, la Constitución impone que “*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*”. Es decir, quien tiene concesiones mineras o derechos de aguas, reconocidos o constituidos, es dueño de estos derechos de uso y goce y no se le puede privar de esta propiedad o de sus facultades esenciales, sino mediante una ley expropiatoria, con derecho a indemnización (y garantías especiales, como atenerse al valor de mercado del bien expropiado, impidiendo fijar modalidades para el pago -como serían las cuotas a plazo- y sin que el legislador pueda determinar una oportunidad anterior al pago para la toma de posesión material del bien expropiado).<sup>442</sup> Esto implica que, si bien no son dueños del agua en sí, ni de los minerales -que son de dominio público- sí son “dueños” del derecho para aprovecharlos o explotarlos. En segundo lugar, judicialmente, esta tutela se completa con la posibilidad de accionar con el ya revisado Recurso de Protección, sin limitaciones. Finalmente, como se revisó, la Constitución permite que por medio de una ley se puedan imponer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad, pero siempre que se funden en la “función social de la pro-

---

<sup>441</sup> Desde ya conviene precisar que, desde hace mucho, se ha instaurado entre nosotros la tesis de la propietarización de los derechos, es decir, de la propiedad sobre cosas incorporales, descrita y cuestionada, entre otros, por Domínguez, 1996, pp. 127-131. En Chile entonces, por expresa disposición de la Constitución, existiría propiedad no sólo de los derechos sobre las aguas, sino sobre todas las otras concesiones y derechos que se otorguen para usar elementos del medio ambiente. Esto es así, pese a que, por ejemplo, en materia de concesiones marítimas y de acuicultura, la ley señala que no existe propiedad sobre la concesión. Ver Hervé, 2015, p. 238.

<sup>442</sup> Guilloff y Salgado, 2020, pp. 269-271.

piedad”. Estas limitaciones prácticamente no se han impuesto respecto a los derechos de aprovechamiento de las aguas.

En el fondo, esta fórmula constitucional es “clave” para entender el régimen jurídico de gestión de los recursos naturales, puesto que determina y delimita las potestades del Estado en su rol de titular del dominio público de los recursos naturales. Cuando la Constitución garantiza el derecho de propiedad privada sobre los derechos que ejercen particulares sobre recursos naturales de dominio público, “lo que en el fondo hace es privatizar también esos recursos”. Así, las facultades del Estado como administrador, “se debilitan” al enfrentarse a derechos de propiedad privada de los particulares sobre su uso.<sup>443</sup>

### C.

## **Una nueva Constitución política “más ambiental”**

No todos los problemas y desafíos que tenemos se solucionarán en la nueva constitución, pero claramente se necesitan nuevas normas para sentar bases claras hacia la sustentabilidad del país, redactadas con realismo pero también con la flexibilidad que nuestra realidad climática cambiante exige. La nueva Constitución, una del siglo XXI, la primera a elaborar después del Acuerdo de París<sup>444</sup> y la Agenda 2030<sup>445</sup> con claros objetivos mundiales para el desarrollo sostenible, debe ser “más ambiental” y hacer eco así, de las exigencias ciudadanas, cada vez más conscientes de la necesidad de respetar y proteger nuestro entorno.<sup>446</sup>

El cambio es necesario, especialmente en lo que dice relación con el modelo que la inspira, anclado en garantizar libertades y propiedad, pero que no reconoce la naturaleza colectiva a la hora de garantizar derechos e imponer deberes ambientales. Lo más preocupante, en efecto, es que ella “establece un modelo institucional que dificulta que el Estado pueda abordar el problema ambiental con suficientes potestades para priorizar el interés general por sobre el privado”.<sup>447</sup>

La transformación implica avanzar a la sustentabilidad, pero entendida adecuadamente, en sus tres pilares, asegurando un enfoque ecosistémico en el uso racional del medio ambiente, preservando aquello que es nuestra

---

<sup>443</sup> Op. Cit., Hervé, 2015, pp. 298-299.

<sup>444</sup> ONU, adoptado en 2015, COP21 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Entra en vigor el 4 de diciembre de 2016.

<sup>445</sup> ONU, Asamblea General, Resolución A/RES/70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en las Naciones Unidas del 25 al 27 de septiembre de 2015.

<sup>446</sup> Costa et al., 2020, pp. 169-197.

<sup>447</sup> Op. Cit., Hervé y López, 2020, p. 212.

responsabilidad mantener para las generaciones futuras y considerando además, que toda decisión debe tomarse “con el territorio”, de manera participativa y en base al conocimiento (científico y ancestral), para evitar y prevenir riesgos y daños a las personas y al ambiente. Por ello, sería un avance concreto en aras de esta transformación, el reconocimiento explícito del problema global del cambio climático en la Constitución.<sup>448</sup>

Se necesitan nuevas bases, y de hecho, una buena manera para partir, sería reconocer lo valioso que tenemos, pues el texto actual no menciona siquiera que somos un país dotado de una diversidad natural que incluye, por ejemplo, tanto mar como cordillera. Valorar y poner en realce las particulares características de nuestro territorio no es una cuestión puramente testimonial. Destacar nuestra rica biodiversidad y paisajes y constatar las amenazas a las que se enfrentan -en el texto constitucional- implica establecer prioridades que tendrán efecto en la posterior interpretación de los demás preceptos, incluidos aquellos que consagren derechos y obligaciones.

Con todo, si ha de mantenerse la estructura actual, especialmente en materia de derechos, deberes y protección judicial, la experiencia sugiere hacer cambios importantes. Se debe reconocer la naturaleza colectiva de los intereses en juego, en estos tres segmentos y especialmente en relación con quién estaría habilitado (¿por qué no cualquiera como en las Constituciones de Portugal, Paraguay y Colombia?) para solicitar el amparo judicial cuando está involucrado el interés general. Al menos, debiera ampliarse la legitimación activa a otros portadores del interés colectivo, organismos especializados y/o asociaciones, incluyendo la defensa de los ecosistemas y generaciones futuras. Ya se ha propuesto considerar una acción popular y una Defensoría del Medio Ambiente.<sup>449</sup>

En consecuencia, el “derecho” debiera abrirse a hipótesis distintas a las de contaminación, considerar la integridad de los ecosistemas y alejarse de la visión antropocéntrica. Desde este punto de vista, es interesante lo que ocurre, en la experiencia comparada (Brasil, Argentina, Francia, Paraguay,

---

<sup>448</sup> La Constitución de Ecuador es una de las pocas en regular directamente el cambio Climático. Por ejemplo, en el art. 414 dispone: “El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.” Y en el 413: “El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua”.

<sup>449</sup> ONG FIMA, 2021.

Costa Rica, Ecuador, entre otros),<sup>450</sup> con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Esta última expresión proclama el respeto a los ciclos de la naturaleza pues sólo un ecosistema equilibrado podrá subsistir y prestar sus variados servicios (no sólo de provisión, sino también de regulación y culturales). El énfasis entonces no estará -como ahora- en proteger a las personas de la contaminación y tutelar sólo los pocos ecosistemas que forman parte de un patrimonio formalmente protegido.

En cuanto a los deberes, -y aquí sin duda, se encuentra uno de los puntos más importantes de la discusión- ya se ha señalado que las normas vigentes son insuficientes pues sólo se imponen al Estado, a diferencia de lo que ocurre en otros países (como Argentina, Brasil, Colombia y Francia), donde “habitantes”, “ciudadanos” o “todas las personas” tienen deberes de protección, de evitar daños e incluso de defender el ambiente.<sup>451</sup>

Además, la Constitución actual restringe el deber del Estado sólo a velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y a tutelar la “preservación” de la naturaleza, expresión que se limita sólo a “no tocar” ciertos espacios especialmente valiosos. Afortunadamente en la experiencia comparada, existen varias otras fórmulas interesantes, desde el punto de vista de la educación/investigación en materia ambiental<sup>452</sup> y desde lo ecológico. Así, en Alemania, se proclama como deber del Estado proteger las “bases naturales de la vida y los animales”, fundándose en la responsabilidad hacia las generaciones futuras, realizándose a través de leyes y acciones ejecutivas y judiciales.<sup>453</sup> Y en otras cartas más recientes, se imponen deberes de mantener y restaurar procesos ecológicos esenciales (Brasil),<sup>454</sup> proteger la diversidad e integridad del ambiente y planificar el aprovechamiento de los recursos naturales, incluyendo su

---

<sup>450</sup> Art. 45 de la Constitución de Argentina (“sano y equilibrado”); art. 1º “equilibrado y respetuoso de la salud” de la carta Francesa del ambiente anexada a la Constitución, art. 225 en Brasil (“ecológicamente equilibrado”); art. 7 en Paraguay (“ambiente saludable y ecológicamente equilibrado”); art. 50 de Costa Rica (sano y ecológicamente equilibrado” y art. 14 en Ecuador (sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, su mak kawsay”).

<sup>451</sup> Artículo 41 de la Constitución Argentina, artículo 225 en Brasil, artículos 95 inciso 2º nº 8 y 8 de Colombia y los artículos 2,3 y 4 de la carta de Medio Ambiente anexada a la Constitución de Francia.

<sup>452</sup> Por ejemplo, la carta francesa dispone en el art. 8 “La educación y la formación ambiental deben contribuir al ejercicio de los derechos y deberes definidos en la presente Carta”, y en el art. 9: “La investigación y la innovación deben concurrir a la preservación y a la mejora del medio ambiente.”

<sup>453</sup> Artículo 20a.

<sup>454</sup> Artículo 225.

conservación, restauración y sustitución (Colombia)<sup>455</sup> o conservar la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas (Ecuador).<sup>456</sup>

Y luego, enfatizando el “beneficio de todos” se encuentran las constituciones de Pensilvania y Hawaii, donde, con matices, se impone al Estado el deber de conservar y mantener los recursos naturales públicos con un claro propósito: el “beneficio” de todo el pueblo o población, incluyendo a las generaciones futuras.<sup>457</sup> Esta finalidad también se ha explicitado en Bolivia, donde será responsabilidad del Estado que la conservación y aprovechamiento del patrimonio natural sea para “beneficio” de la población.<sup>458</sup>

Por otra parte, se deberán perfeccionar las fórmulas hasta ahora utilizadas respecto a las obligaciones o limitaciones que puedan imponerse a otras libertades o derechos, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad que se pueda tener sobre recursos naturales o sobre derechos o concesiones para acceder y aprovechar los recursos naturales. De hecho, en materia de propiedad, si bien desde hace mucho se ha instaurado entre nosotros la tesis de la propietarización de los derechos, es decir, de la propiedad sobre cosas incorporales, lo relevante es entender -de mantenerse este sistema- que la propiedad sobre las cosas incorporales o simples derechos/concesiones, no puede equipararse, ni garantizarse de la misma manera que otros tipos de propiedad, más aún si se trata de derechos de uso sobre recursos naturales que integran el dominio público, que el Estado debe proteger y mantener, de acuerdo a las circunstancias que lo requieran. Además, como acertadamente se ha señalado, el hecho de que la Constitución proteja la propiedad de los derechos no significa, como se ha entendido en Chile, que el propietario tiene propiedad “sobre la regulación” a partir de la cual éstos surgieron.<sup>459</sup>

Así, una constitución “más ambiental” debiera no sólo identificar los elementos de la naturaleza que se estiman estratégicos y protegerlos para el beneficio de todos (incluyendo a los que vendrán) sino además, imprimir límites y obligaciones efectivas (al Estado y los privados) o mecanismos de compensación, para asegurar que prime efectivamente el interés general (el beneficio colectivo) por sobre el particular en su aprovechamiento.

Y respecto a la función social de la propiedad, como sugieren GUILOFF Y SALGADO, si ha de mantenerse esta regla, debería regularse de manera general sin especificar qué comprende. Así, se deja de entender -como ocurre

---

<sup>455</sup> Artículos 79 y 80.

<sup>456</sup> Artículo 395.

<sup>457</sup> Blumm y Schwartz, 2021. En Pensilvania ver art. I &27, y en Hawaii art. XI &1 y 7. También en Bauer et al., 2020.

<sup>458</sup> Artículo 346.

<sup>459</sup> Op. Cit., Guilloff y Salgado, 2020, p. 268.

hasta ahora- que la función social de la propiedad es una causal excepcional para imponer limitaciones, sino más bien, como una idea a partir de la cual debe explicarse la propiedad privada y su régimen. Ella es un principio, parte de su esencia y, por ende, la configura activamente.<sup>460</sup> Es interesante aquí la norma colombiana,<sup>461</sup> que al garantizar la propiedad privada le impone límites (bien común, interés social, ambiente y patrimonio cultural); elige que el interés privado deberá ceder al interés público o social y que la propiedad “es” una función social que implica obligaciones y que -como tal- le es inherente una función ecológica.

Finalmente, para imponer estas nuevas bases en la Constitución podría ser una fórmula exitosa reconocer además, principios que estimamos indispensables o mínimos, tanto para asegurar la sostenibilidad del país como para permitir adaptar la interpretación de la carta fundamental a los nuevos desafíos del siglo XXI. Entre ellos estarían:<sup>462</sup>

- a) el principio de Participación en las decisiones ambientales, que incluye los derechos de acceso a la información, participación y a la justicia.
- b) el principio de Equidad o Justicia Ambiental (en su fase distributiva), tanto desde una perspectiva intra como intergeneracional, la que -como explica HERVÉ- implica una distribución más justa de las cargas ambientales y de los beneficios provenientes de los recursos naturales mediante mecanismos de distribución de la riqueza (económica y socioambiental) proveniente de la naturaleza.<sup>463</sup> Es importante incentivar además lograr equidad desde el punto de vista territorial, lo que pasa obviamente por descentralizar las decisiones y contar con un ordenamiento territorial y de las cuencas que se haga cargo también de las desigualdades ambientales del mundo urbano y rural.
- c) el principio de No regresión, que involucra la regla en virtud de la cual, no se puede retroceder en los estándares determinados para la protección de la calidad e integridad, tanto de las personas como de los ecosistemas. Este reconocimiento evitará que cada gobierno de turno deje abandonadas políticas y metas que se suponían eran de largo plazo, relajando la protección alcanzada, amparados generalmente en razones económicas o políticas y no científicas, como la actual necesidad de reactivar la economía.

---

<sup>460</sup> Ibíd., p. 267.

<sup>461</sup> Artículo 58. Y los mismos límites (bien común, interés social, ambiente y patrimonio cultural) impone a la libertad de empresa (art. 333).

<sup>462</sup> Otros principios cuya incorporación se podría discutir son los principios preventivo, precautorio y el de desarrollo sustentable.

<sup>463</sup> Op. Cit., Hervé, 2015, pp. 25-74.

# • BIBLIOGRAFIA

---

Aguilar, G. (2016)

‘Las deficiencias de la fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión’, *Estudios Constitucionales*, 14(2):365-416. DOI: 10.4067/S0718-52002016000200012.

Bauer, C. et al. (2020)

Protección de la naturaleza y una nueva Constitución para Chile: *Lecturas de la doctrina del Public Trust*. California: Chile California Conservation Exchange.

Bermúdez, J. (2014)

Fundamentos de derecho ambiental. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2a ed.

Blumm M. y Schwartz, Z. (2021)

‘The Public Trust Doctrine Fifty Years After Sax and Some Thoughts on Its Future’, *Public Land & Resources Law Review*, 44(1), 52 pp.

Costa, E. et al. (2020)

‘Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-2017’, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 88(248):169-197. DOI: 10.29393/RD248-16RDEC40016.

Delgado, V. (2005)

‘La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo’, en Martinic, D. y Tapia, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación Tomo II*. Chile: Lexis Nexis, pp. 907-937.

Delgado, V. (2014)

‘Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena’, en Montenegro, S. et al. (eds.) *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental Universidad de Chile, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* Chile: Thomson Reuters, pp. 523-553.

Delgado, V. y Figueroa, R. (2021)

‘Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales’. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/01/02/fallos-judiciales-escuchan-por-primeravez-la-voz-de-los-humedales/> (Consulta: 11 enero 2021).

- Delgado, V. (2021)  
‘Capítulo III. La regulación de las aguas subterráneas en el derecho de aguas de Chile: liberal, incompleta y poco ambiental’, en Delgado, V. y Arumí, J.L. (eds.) *El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales*. España: Tirant Lo Blanch, en imprenta.
- Domínguez, R. (1996)  
‘Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno’, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 93(3):127-131.
- Fundación Chile Descentralizado (2018)  
*Descentralización 2.0 Construyendo la Gobernanza Regional que Chile necesita: un desafío país*. Chile: Ediciones Universidad de la Frontera.
- Galdámez, L. (2018)  
‘Recurso de protección y medio ambiente en la jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema’, en Galdámez, L. (coord..) *Una perspectiva constitucional del medio ambiente*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 167-191.
- Galdámez, L. (2018)  
‘Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro’, *Revista de Derecho Ambiental*, 9:72-2. DOI: 10.5354/0719-4633.2018.49745.
- Galdámez, L. (2019)  
‘Los deberes de protección estatal, cláusula presente (aunque dormida) en la Constitución de 1980: una fórmula constitucional frente al cambio climático’, en Moraga, P. (ed.) *La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 77-85.
- González, M. et al. (2020)  
*Incendios forestales en Chile: causas, impactos y resiliencia*. Chile: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2), Universidad de Chile, Universidad de Concepción y Universidad Austral de Chile.
- Guiloff, M. y Moya, F. (2020)  
‘El derecho a vivir en un medio ambiente sano’, en Contreras, P. y Salgado, C. (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*. España: Tirant Lo Blanch, pp. 702-723.
- Guiloff, M. y Salgado, C. (2020)  
‘El derecho de propiedad privada y la tutela de los bienes públicos’, en Lorca, R. et al. (eds.), *La Hoja en Blanco*. Chile: Editorial La Pollera, pp. 263-278.
- Guiloff, M. (2016)

'Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada, a propósito de los fallos Molinera del Norte y curtidos Bas', en Couso, J. (ed.), Anuario de Derecho Público 2016. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 152-167.

Guiloff, M. (2018)

'La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada', *Estudios constitucionales*, 16(2):271-306. DOI: 10.4067/S0718-52002018000200271.

Guiloff, M. (2018)

'La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena', *Revista Ius Et Praxis*, 24(2):621-648.

Hervé, D. (2015)

*Justicia ambiental y recursos naturales*. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Hervé, D. y López, G. (2020)

'El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución', en Lorca, R. et al. (eds.) *La Hoja en Blanco*. Chile: Editorial La Pollera, pp. 199-214.

Kotze, L. (2015)

'The Conceptual Contours of Environmental Constitutionalism', *Widener Law Review*, 21:187-200.

Moraga, P. (2019)

*La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Moraga, P. y Delgado, V. (2018)

Sentencia Corte Suprema de 27 de agosto de 2018: Protección de Humedales Artificiales. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-humedales-artificiales/> (Consulta: 11 enero 2021).

Moraga, P., Delgado, V. y Farías, L. (2021)

Sentencia Corte Suprema, 22 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-principio-de-prevencion-y-precaucion-vertidos-medio-marino/> (Consulta: 12 enero 2021).

ONG FIMA (2020)

Bases para una Constitución Ecológica en Chile. Disponible en: <https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/BASES-PARA-UNA-CONSTITUCION-ECOLOGICA-v.-25.11.20-1.pdf> (Consulta: 12 en enero 2021).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2012)  
[La economía del cambio climático en Chile. Chile: Naciones Unidas.](#)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2016)  
[Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016. Chile: Naciones Unidas.](#)

Rifkin, J. (2019)  
[The Green New Deal. Why the Fossil Fuel Civilization Will Collapse by 2028 and the Bold Economic Plan to Save Life on Earth. St. Martin's Press, Nueva York.](#)

Rojas, M. et al. (2019)  
[Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones. Santiago: Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.](#)

Valenzuela, R. (2010)  
[El derecho ambiental. Presente y pasado. Chile: Editorial Jurídica de Chile.](#)





# 11 · artículo · 11

## Derechos humanos para la incorporación del cambio climático en la Nueva Constitución

Pedro Cisterna<sup>464</sup> y Ezio Costa<sup>465</sup>

DOI: 10.53110/WXIW8714

**A. Introducción:** La crisis climática y ecológica constituye el desafío principal de nuestra era,<sup>466</sup> por lo que es necesaria su consideración y ponderación en cualquier transformación social, política y jurídica. El pueblo chileno se encuentra en un momento político e institucional histórico al discutir y definir una Nueva Constitución. Será la primera en nuestra historia nacida en democracia, la primera vez donde ciudadanos elegidos democráticamente tengan el mandato específico de escribir una Nueva Constitución, y la primera donde hombres y mujeres serán representados igualitariamente. Sin embargo, además de

<sup>464</sup> Abogado de la Universidad de Concepción. LLM Global Environment and Climate Change Law, Universidad de Edimburgo. Actualmente, Candidato a PhD in Law en la Universidad de Edimburgo y asistente de investigación en la Escuela de Derecho de la Universidad de Edimburgo.

<sup>465</sup> Abogado de la Universidad de Chile. Msc Regulation, London School of Economics. Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho, Universidad de Chile. Director ejecutivo Fiscalía del Medio Ambiente.

<sup>466</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2018.

todos estos sobresalientes elementos, la Nueva Constitución chilena será la primera que se escriba bajo un escenario en que la crisis climática es reconocida, convirtiéndose en una condicionante del proceso. Las instituciones que se creen con la Nueva Constitución deberían ser pensadas para hacer frente a la crisis climática, protegiendo nuestra comunidad y nuestros derechos.

El presente artículo toma la crisis climática y ecológica como un punto de partida, pero se centra particularmente en el fenómeno del cambio climático, analizando cómo este factor podría ser incluido efectivamente en la discusión constitucional. Los impactos ecológicos, sociales y jurídicos que el cambio climático tendrá sobre la sociedad chilena son reconocidos por nuestro Estado, así su consideración resulta esencial para definir los derechos e instituciones que sostendrán a la sociedad chilena durante las próximas décadas.

Bajo este marco, este trabajo argumentará, la importancia del reconocimiento de los derechos sociales para enfrentar los efectos del cambio climático. Primero, se explicará la relación que existe entre derechos humanos y cambio climático, y de este último con las obligaciones de derechos humanos de los Estados. En seguida, el artículo evidencia el impacto que el cambio climático tiene sobre los derechos humanos de poblaciones vulnerables. Finalmente, se propone la incorporación y desarrollo de un principio de acción climática como parte integrante de la Constitución Ecológica, y que incluye tres desafíos principales que la discusión constitucional debiese considerar. Estos desafíos son adaptación, mitigación y transición justa. Cada uno de estos desafíos es analizado, de cara a una transición socio-ecológica que se encuentre en línea con la protección de los derechos humanos. La propuesta de crear y consagrar un principio de acción climática obedece a la función que este tipo de normas cumple en la legislación, como orientadores de los objetivos que persiguen otras normas jurídicas y herramientas para la interpretación judicial. Un principio de este tipo sería consagrado por primera vez en una normativa constitucional y su construcción tiene que ver precisamente con las materias que se profundizan en el presente artículo.

## B.

### Derechos humanos y cambio climático

Los Estados tienen obligaciones de derechos humanos consagradas en diversos tratados internacionales<sup>467</sup> que definen cómo deben ser prote-

<sup>467</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976) (PIDP); Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (adoptado el 16 de

gidos, garantizados y promovidos, poniendo especial énfasis en las comunidades más vulnerables.<sup>468</sup> Dichas obligaciones se ven complejizadas en el escenario actual de crisis climática, puesto que los efectos del cambio climático impactan el goce de los derechos humanos de las personas,<sup>469</sup> como ha sido reconocido y documentado, tanto por organismos de derechos humanos como por instituciones internacionales de cambio climático.<sup>470</sup>

En efecto, la primera resolución sobre cambio climático del Consejo de Derechos Humanos de la ONU,<sup>471</sup> enfatiza la amenaza que el calentamiento global constituye para los derechos humanos de las personas. El mismo órgano, en una posterior resolución, aclaró que estos impactos repercutirían más intensamente sobre los derechos humanos de las poblaciones más vulnerables.<sup>472</sup> En seguida, es posible también encontrar este reconocimiento en los instrumentos internacionales del régimen climático, así el Acuerdo de París señala que las acciones climáticas de los Estados deben desarrollarse respetando, promoviendo y considerando sus respectivas obligaciones en derechos humanos.<sup>473</sup>

### **i. Efectos del cambio climático sobre los derechos humanos y obligaciones de los Estados**

En el contexto de crisis climática, la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU se ha referido específicamente a algunos derechos humanos especialmente afectados.<sup>474</sup> Entre ellos, el derecho a la vida,<sup>475</sup> el derecho a una vivienda adecuada,<sup>476</sup> el derecho a la alimentación,<sup>477</sup> el derecho al agua y saneamiento,<sup>478</sup> el derecho a la salud<sup>479</sup> y el derecho a la libre determinación.<sup>480</sup> Consideremos el derecho a la alimentación como ejemplo. El Panel Intergubernamental del Cambio Climático (PICC) ha determinado que, como consecuencia del cambio climático, se

---

diciembre de 1966, entrada en vigor 3 de enero de 1976) (PIDESC).

<sup>468</sup> Ver Bell, 2013, p. 162.

<sup>469</sup> Desde una perspectiva filosófica, ver Gardiner, 2013; Bell, 2011. Desde una perspectiva legal, ver Knox, 2016. Desde una perspectiva científica, ver Walker, 2008.

<sup>470</sup> Ver, por ejemplo, Decisión 1/CP.16, Acuerdo de Cancún.

<sup>471</sup> Consejo de Derecho Humanos ONU, 2008.

<sup>472</sup> Ver, Consejo de Derechos Humanos ONU, 2009.

<sup>473</sup> Ver, Acuerdo de París, preámbulo.

<sup>474</sup> Ver, Ibíd.

<sup>475</sup> PICP, art. 6.

<sup>476</sup> PIDESC, art. 12.

<sup>477</sup> PIDESC, art. 11.

<sup>478</sup> Asamblea General de la ONU, 2010.

<sup>479</sup> PIDESC, art. 12.

<sup>480</sup> PICP, art. 1.

prevé una disminución de la producción de cultivo en latitudes más bajas.<sup>481</sup>

Esto aumentaría el riesgo de hambre e inseguridad alimentaria. Se proyecta que 600 millones de personas enfrentarían una fuerte malnutrición, especialmente en el África subsahariana.<sup>482</sup> De no tomar medidas, las interferencias al goce y ejercicio de derechos humanos derivadas de los impactos del cambio climático podrían resultar en potenciales violaciones de estos últimos.

Es importante, sin embargo, distinguir entre una interferencia y una violación de derechos humanos.<sup>483</sup> Ciertamente, el cambio climático y sus efectos interfieren con el goce de los derechos humanos de las personas,<sup>484</sup> tales como el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a una vivienda adecuada, entre otros.<sup>485</sup> Luego, para que se constituya una violación de derechos humanos debe configurarse un incumplimiento de los Estados en sus obligaciones de protección de estos derechos, cuestión que requiere un análisis particular.

Para graficar lo anterior, pensemos en una comunidad abatida por una inundación, perdiendo varias familias su vivienda. En el caso, en principio existe una interferencia del derecho a una vivienda adecuada producida por los impactos del cambio climático. Sin embargo, si dichas viviendas se encontraban en una zona de riesgo de inundación y contaban con un permiso de construcción para ello, podría existir una violación de derechos humanos porque el Estado no previno la vulneración del derecho a una vivienda adecuada. El Estado en cuestión debió evitar la construcción de viviendas en zonas de inundación o bien, haber desarrollado obras para mitigar cualquier amenaza climática. Por ende, en esta situación sí podría existir una violación de derechos humanos derivada de la omisión del Estado de prevenir que el derecho a una vivienda adecuada se protegiera.

Considerando entonces que, en una gran mayoría de los casos nos encontraremos frente a interferencias a derechos humanos producidas por los efectos del cambio climático, cabe preguntarse a qué estaría obligado un Estado ante dichas circunstancias y cuándo podríamos encontrarnos frente a un incumplimiento. Al respecto, las obligaciones en materias de derechos humanos y cambio climático nacen del deber de los Estados de tomar acciones para proteger a su población de los efectos del clima, distinguiéndose entre obligaciones sustantivas y procedimentales.

Las obligaciones sustantivas de los Estados se enfocan en la adopción de

---

<sup>481</sup> Ver, Panel Intergubernamental del Cambio Climático (PICC), 2007, p.48.

<sup>482</sup> Ibíd., p. 275.

<sup>483</sup> Knox, 2016, p. 215.

<sup>484</sup> Ibíd.

<sup>485</sup> Ver, UNGA, 2009.

marcos legales e institucionales que respondan a las interferencias de los derechos humanos producidas por los efectos del cambio climático.<sup>486</sup> En concreto, éstas se relacionan principalmente con la implementación de medidas de adaptación<sup>487</sup> que protejan a la población de los efectos del cambio climático. Sobre esto, el Acuerdo de París establece en su artículo 7 que los Estados deben tomar acciones de adaptación tomando en consideración sus propias circunstancias.<sup>488</sup>

Luego, las obligaciones procedimentales<sup>489</sup> se enfocan en los procesos necesarios para implementar medidas sustantivas, abarcando distintos focos. La primera sería la de evaluar los diferentes impactos que el cambio climático pueda generar, brindando un acceso público a dicha información.<sup>490</sup> En segundo lugar, facilitar la participación de las comunidades en los procesos de decisión de materia ambiental y climática, con una especial consideración en los grupos marginalizados.<sup>491</sup> Por último, entregar a las comunidades acciones legales que puedan aplicarse a casos de violación a derechos humanos derivadas de los efectos del cambio climático.<sup>492</sup>

Como es posible observar, las obligaciones procedimentales que se contemplan están alineadas con los derechos de acceso (a la información, la participación y la justicia en materia ambiental), los que a su vez son parte fundamental del derecho a vivir en un ambiente sano y especialmente relevantes en relación con los grupos vulnerables.

## **ii. Derechos humanos y poblaciones vulnerables frente al cambio climático**

El régimen internacional de los derechos humanos ha establecido como prioridad especial la protección de poblaciones más vulnerables.<sup>493</sup> Los grupos vulnerables se caracterizan por estar bajo situaciones de múltiple e invisibilizada discriminación, siendo necesarios instrumentos especiales para la protección de sus derechos humanos. Una vulnerabilidad principal que estos grupos enfrentan es la pobreza, expresada a través de diferentes carencias tales como la falta de alimentación adecuada, la baja calidad de educación o habitar en zonas ambientalmente degradadas.<sup>494</sup> Desde el

---

<sup>486</sup> Asamblea general de las Naciones Unidas, 2016.

<sup>487</sup> Ibíd, p.17.

<sup>488</sup> Acuerdo de Paris, art. 7.

<sup>489</sup> Op. Cit., Asamblea general de las Naciones Unidas, 2016, p.13.

<sup>490</sup> Ibíd.

<sup>491</sup> Ibíd, p.14.

<sup>492</sup> Ibíd, p.15.

<sup>493</sup> Ver, ONU, sin fecha.

<sup>494</sup> Ibíd.

punto de vista ambiental, se ha observado que aquellos segmentos sociales que ya se encuentran viviendo en pobreza, verán agravada su situación por los efectos del cambio climático.<sup>495</sup>

El régimen internacional del cambio climático ha reconocido desde un inicio la situación de vulnerabilidad de algunas naciones y comunidades frente a los efectos del cambio climático.<sup>496</sup> En este sentido, la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático se refiere expresamente en su artículo 3.2 a la situación de especial vulnerabilidad que viven los países en desarrollo.<sup>497</sup> En la misma línea, el PICC afirmó que las personas que son marginalizadas a nivel social, económico, político o institucional son especialmente vulnerables al cambio climático.<sup>498</sup>

Una clara definición de vulnerabilidad la entrega el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su Informe “Solidaridad humana frente a un mundo dividido”.<sup>499</sup> El informe distingue entre riesgo y vulnerabilidad. El primero se refiere a la exposición a peligros externos sobre los cuales la población tenga control limitado.<sup>500</sup> La vulnerabilidad en cambio, sería una medida de capacidad para controlar peligros sin sufrir pérdidas potencialmente irreversibles de bienestar.<sup>501</sup> Bajo esta distinción es posible aseverar que el cambio climático constituye un riesgo global que implica una amenaza mayor para quienes son más vulnerables, es decir aquellos que tienen una menor capacidad para controlar peligros.

Luego, los factores de vulnerabilidad definidos por el PICC y los conceptos de riesgo y vulnerabilidad proporcionados por el PNUD se pueden ilustrar observando el Plan de Adaptación de Ciudades del Ministerio del Medio Ambiente de Chile.<sup>502</sup> De acuerdo a dicho documento, la temperatura de Santiago hacia el 2050 aumentaría en un 14% promedio en época estival.<sup>503</sup> El aumento promedio de temperatura en zonas urbanas se expresa en una mayor frecuencia de olas de calor<sup>504</sup> y la población de Santiago estará expuesta al riesgo generado por estos incrementos de temperatura y las islas de calor urbano.<sup>505</sup> Sin embargo, la vulnerabilidad de la población a

---

<sup>495</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009, pár. 67.

<sup>496</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático(CM-NUCC), 1992.

<sup>497</sup> Ibíd., art. 3.2.

<sup>498</sup> Panel Intergubernamental del Cambio Climático, 2014, p. 6.

<sup>499</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007.

<sup>500</sup> Ibíd., p. 71.

<sup>501</sup> Ibíd.

<sup>502</sup> Ministerio del Medio Ambiente, 2018.

<sup>503</sup> Ibíd., p. 23.

<sup>504</sup> Para entender fenómeno de islas de calor urbana, ver, Kovats y Akhtar, 2009, p.166.

<sup>505</sup> Ver Mohajerani, Bakaric y Jeffrey-Bailey, 2017, p. 522.

estos fenómenos será distinta. El PICC ha señalado que las áreas verdes son útiles y necesarias para reducir los efectos de las “islas de calor urbano”.<sup>506</sup> En el caso de Santiago, la densidad de áreas verdes es notablemente mayor en las comunas más acomodadas, en contraste con las comunas más pobres,<sup>507</sup> generando una mayor vulnerabilidad frente a los efectos de olas de calor a los sectores socialmente excluidos.

Los desafíos antes explicitados exigen considerar diversas dimensiones, siendo una de ellas la construcción de una estructura jurídica capaz de enfrentar el desafío climático, promoviendo el respeto y ejercicio de los derechos humanos. Dicha estructura debiera erigirse sobre lo que se ha conceptualizado como Constitución Ecológica. Esto es, normas constitucionales que pongan la protección del medio ambiente como un elemento central de nuestra organización jurídico-política, armonizando las actividades de la sociedad con las de la naturaleza.

En ese marco de acción, proponemos la incorporación de un principio de acción climática, que contenga las ideas de adaptación, mitigación y transición justa,<sup>508</sup> que esta sección desarrollará. Un principio de acción climática constituiría una novedad para los ordenamientos nacionales, puesto que no es un principio que se encuentre actualmente formulado, sino una nomenclatura, que a nuestro juicio, puede recoger las obligaciones y objetivos de mitigación, adaptación y transición justa. Proponemos este principio sin la intención de rigidizar su contenido, sino más bien destacando su carácter emergente y flexible, facilitando la transversalidad de los desafíos y obligaciones en torno al cambio climático.

### i. La importancia de la Adaptación

La Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático declaró como objetivo principal “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero”.<sup>509</sup> Este enfoque en mitigación fue confirmado con el Protocolo de Kioto, que exigía principalmente a países desarrollados reducir sustancialmente sus emisiones.<sup>510</sup> Sin embargo, el avance del cambio climático y la aparición más frecuente de sus efectos equilibró las estrategias de mitigación y adaptación para enfrentarlo. Desde la COP

## C.

### ***La acción climática como principio de acción de una Constitución Ecológica***

<sup>506</sup> Op. Cit., Panel Intergubernamental del Cambio Climático, 2014, p. 573.

<sup>507</sup> Ver Pauta, 2019.

<sup>508</sup> Ver ONG FIMA, 2020.

<sup>509</sup> Ver, CMNUCC art. 3.

<sup>510</sup> Ver, Protocolo de Kioto, art. 3.1.

7<sup>511</sup> en Marrakech, comienza a discutirse la implementación de modelos de adaptación en países y comunidades más vulnerables, a través de los Planes Nacionales de Adaptación. Pasos posteriores importantes se dieron en la COP10<sup>512</sup> (Buenos Aires), COP11<sup>513</sup> (Montreal) y COP12<sup>514</sup> (Nairobi), que finalizaron con el lanzamiento del “Programa de Trabajo sobre impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático”.<sup>515</sup>

En la COP16 (Cancún) la Adaptación tuvo un protagonismo especial estableciéndose el “Marco de Adaptación de Cancún”<sup>516</sup> que, entre otras cosas, llamó a las partes a planificar, priorizar e implementar acciones de adaptación evaluadas bajo criterios sociales, económicos y ambientales. Finalmente, para monitorear las medidas exigidas por el Marco, se estableció un Comité de Adaptación.<sup>517</sup>

Los anteriores avances influyeron positivamente en la redacción del Artículo 7º del Acuerdo de París,<sup>518</sup> que regula la adaptación. Esta disposición establece como objetivo global la mejora de las capacidades adaptativas, la resiliencia y la reducción de la vulnerabilidad frente al cambio climático.<sup>519</sup> La implementación del concepto de adaptación en el Acuerdo de París considera diversas escalas, nacional, sub-nacional y local.<sup>520</sup> Además, llama a poner especial énfasis en la protección de comunidades vulnerables, estableciendo medidas que tomen en cuenta su propio conocimiento local.<sup>521</sup>

El énfasis de la adaptación en la protección de las comunidades vulnerables está fuertemente ligado al principio de equidad del régimen del cambio climático. Este principio busca la promoción de la justicia tanto entre las generaciones presentes<sup>522</sup> como entre éstas y las futuras. Además, actúa a nivel interestatal a través del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.<sup>523</sup> Este último principio vela porque los Estados con una mayor responsabilidad en la generación del calentamiento global y con mayores niveles de desarrollo, asuman una mayor responsabilidad en la implementación de acciones contra el cambio climático.

---

<sup>511</sup> Decisión 1/CP.7, 2001.

<sup>512</sup> Decisión 1/CP.10, 2004.

<sup>513</sup> Decisión 1/CP.11, 2005.

<sup>514</sup> Decisión 1/CP.12, 2006.

<sup>515</sup> Decisión 6/CP.12, 2006.

<sup>516</sup> Decisión 1/CP.16, 2010.

<sup>517</sup> Ibíd.

<sup>518</sup> Decisión 1/CP.21, Articulo 7.

<sup>519</sup> Ibíd., pár. 1.

<sup>520</sup> Ibíd., pár. 2.

<sup>521</sup> Ibíd., pár. 5.

<sup>522</sup> Shelton, 2008, p. 642.

<sup>523</sup> Ibíd. Ver también, Cisterna Gaete, 2020, p. 39.

Las inequidades reflejadas a nivel internacional son replicadas a nivel doméstico,<sup>524</sup> ilustrándose, por ejemplo, en el nivel de emisiones de distintos grupos sociales con relación a su ingreso y en la capacidad adaptativa que diferentes grupos socioeconómicos tienen para confrontar efectos del cambio climático.<sup>525</sup> En este contexto de desigualdad a nivel doméstico, la implementación del principio de equidad, especialmente en lo que se refiere a la adaptación, resulta urgente y necesaria. Esto implica reforzar y mejorar las condiciones de las poblaciones vulnerables para confrontar los efectos del cambio climático, cuestión sustentada bajo diferentes aspectos. En primer lugar, porque a diferencia de la mitigación, la adaptación tiene más injerencia en contextos nacionales o locales.<sup>526</sup> El impacto directo de medidas de adaptación en comunidades vulnerables está dado por el carácter local de las mismas y el potencial involucramiento de gobiernos locales en su implementación.<sup>527</sup>

Adicionalmente, las medidas de adaptación implican un avance en el desarrollo socioeconómico de las comunidades, reduciendo su vulnerabilidad.<sup>528</sup> Luego, la adaptación al cambio climático y el desarrollo socioeconómico son elementos complementarios.<sup>529</sup> Así, el progreso de las medidas de adaptación puede tener un efecto más tangible en la protección de las comunidades más vulnerables. Un tercer argumento que refuerza el rol de la adaptación como una implementación concreta del principio de equidad,<sup>530</sup> es que la adaptación es más efectiva para proteger los derechos humanos de las comunidades vulnerables.<sup>531</sup>

Desde un punto de vista más procedural, el diseño e implementación de las medidas de adaptación requiere esencialmente de la participación de las comunidades involucradas. Las medidas de adaptación se enfocan en necesidades particulares de las vulnerabilidades de ciertos territorios y grupos humanos. La mayoría de las veces, estos grupos han sido excluidos de las esferas de poder y decisión en diversas formas. La adaptación, para esos territorios, significa un cambio significativo en sus formas de vida, cuestión que, si pretende ser respetuosa de los derechos humanos, debería darse bajo procesos de participación efectiva y diseñados “desde abajo”.

La presencia, guía y acción del Estado es esencial para que las medidas de adaptación sean efectivas. Sin embargo, la determinación de dichas me-

---

<sup>524</sup> Jorgenson et al., 2016 p. 770. Ver también, Rabinowitz, 2013, p. 173.

<sup>525</sup> Ver, Kaswan, 2015.

<sup>526</sup> Hall y Weiss, 2012, p. 321.

<sup>527</sup> Ibíd, p. 322.

<sup>528</sup> Ibíd, p. 323.

<sup>529</sup> En este sentido, United Nations Development Programme, 2007.

<sup>530</sup> Ver, CMNUCC, art. 3.

<sup>531</sup> Hall y Weiss, 2012, p. 345.

didas debe definirse principalmente por las personas y comunidades que habitan los territorios vulnerables. Así, no basta tan sólo con una inclusión simplemente informativa de estas comunidades, más bien se requiere una participación deliberativa, en coherencia con las exigencias del derecho ambiental y el Principio 10 de la Declaración de Río.<sup>532</sup> En consecuencia, creemos que a través de la incorporación del principio de acción climática en la Nueva Constitución, se posiciona la adaptación como uno de los elementos centrales en la definición de políticas públicas y legislación. En específico, el reconocimiento del principio de acción climática puede permitir procesos de adaptación guiados por gobiernos locales (regionales, comunales o de cuencas), considerando una participación ciudadana efectiva junto a la información técnica correspondiente.

## ii. Mitigación

La idea de la acción climática como un principio que podría encontrarse en nuestra constitución, impulsa tanto la adaptación como la mitigación, entendida esta última como la “intervención humana destinada a reducir las emisiones o mejorar los sumideros de gases de efecto invernadero”.<sup>533</sup>

Este concepto, que en el lenguaje climático parece tan específico, es a la vez un concepto que contiene una serie de acciones que contribuyen a la protección ambiental de un territorio. En efecto, la disminución de las actividades que emiten gases de efecto invernadero puede reducir las actividades contaminantes en general, mientras que la protección o recuperación de sumideros de carbono, puede implicar el cuidado de espacios naturales y de la biodiversidad en general. Lo anterior es una posibilidad y no una certeza, puesto que la manera en que el régimen climático define mitigación permite que los objetivos sean cumplidos por medios tecnológicos distintos de soluciones basadas en la naturaleza, siendo estas últimas las que creemos más esenciales de potenciar.

Las soluciones basadas en la naturaleza constituyen acciones climáticas y ambientales basadas en las propias funciones ecosistémicas, potenciando la protección y recuperación de los mismos. En general, se reconoce que también estas soluciones pueden ir acompañadas de acciones que no tengan el mismo carácter, constituyendo un enfoque integrado.<sup>534</sup> Entre

---

<sup>532</sup> Costa, 2020.

<sup>533</sup> Panel Intergubernamental del Cambio Climático, 2018, p.85.

<sup>534</sup> En esta misma línea avanzan las definiciones de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN): <https://www.iucn.org/node/28778> y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID): [https://publications.iadb.org/publications/english/document/Nature-based\\_Solutions\\_Scaling\\_Private\\_Sector\\_Uptake\\_for\\_Climate\\_Resilient\\_Infrastructure\\_in\\_Latin\\_America](https://publications.iadb.org/publications/english/document/Nature-based_Solutions_Scaling_Private_Sector_Uptake_for_Climate_Resilient_Infrastructure_in_Latin_America)

las soluciones basadas en la naturaleza encontramos enfoques como la infraestructura verde, la reforestación, la conservación, el manejo sustentable y la gestión de cuencas.

Son este tipo de soluciones las que mejor dialogan con un cambio en la relación que tenemos con la naturaleza. Por lo tanto, en la medida que la Nueva Constitución propicie e incentive este cambio, probablemente las soluciones basadas en la naturaleza se conviertan en una de las herramientas esenciales para propiciar la mitigación.

La obligación de mitigar el cambio climático debiera comprender entonces, por una parte, la responsabilidad para con la humanidad, expresada en diversos tratados internacionales, de detener la emisión de gases de efecto invernadero, para desacelerar y finalmente frenar el fenómeno. Por otra parte, e igualmente fundamental, es la dimensión local de la mitigación, ya que las medidas de mitigación pueden convertirse en medidas de descontaminación o restauración de ecosistemas, atacando las actividades locales contaminantes.

### **iii. Transición Justa**

El presupuesto de la justicia ambiental, es que las cargas y los beneficios ambientales puedan ser distribuidos de manera equitativa, evitando que existan personas privadas de los elementos básicos para la subsistencia, que son proveídos por la propia naturaleza.<sup>535</sup> Ni tampoco personas que carguen desproporcionadamente con los impactos ambientales que suponen algunas actividades productivas.<sup>536</sup> Así, la transición justa es entendida como aquella noción que integra la equidad en los procesos asociados a lograr un mundo bajo en carbono, transformando las estructuras sociales y económicas que generan desigualdad.<sup>537</sup>

El anterior no ha sido un principio particularmente respetado, cuestión que en parte obedece a que su conceptualización es posterior a la existencia de una distribución de cargas y beneficios desigual. En materia climática, esto se evidencia en que las comunidades vulnerables son las que menos han contribuido a la generación del cambio climático y quienes han sufrido y sufrirán con mayor gravedad los efectos locales del cambio climático.

En un momento de transición a economías bajas en carbono, y esperablemente hacia un nuevo modelo económico, las variables distributivas de esta transición deben ser miradas con atención. Es esencial no repetir los

---

and\_the\_Caribbean.pdf.

<sup>535</sup> Ver, MacLennan y Perch, 2012, p. 283.

<sup>536</sup> Hervé, 2015, p. 38.

<sup>537</sup> Pinker, 2020, p. 9.

mismos errores del pasado y compensar a quienes han sufrido en sus territorios y en sus cuerpos los efectos de un modo de producción y consumo que no respetó los límites de la naturaleza. La lógica de la transición justa precisamente debería apuntar hacia la corrección de dichas problemáticas. Fijándose en no volver a cargar ni beneficiar a quienes ya estuvieron en esas posiciones respectivas, y al mismo tiempo, reforzar una restauración de ecosistemas y reparación de los daños producidos a las personas.

En seguida, existe una dimensión particular de la transición justa, relacionada con los y las trabajadoras de industrias que ya no resultan viables a la luz de la crisis climática y ecológica. Esta fuerza laboral ha sido el motor del bienestar material para ciertos grupos humanos y territorios. Esta dimensión es la más presente en las negociaciones y acuerdos internacionales sobre cambio climático.<sup>538</sup> Por ejemplo, en Marzo de 2020, Chile suscribió la actualización de sus contribuciones nacionales determinadas (NDC) a la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático y uno de sus pilares esenciales e innovadores fue la incorporación de la justicia transicional en esta variable.<sup>539</sup> Este concepto exige anticiparse a las consecuencias sociales que derivan de la transformación hacia economías bajas en carbono. El Acuerdo de París menciona este concepto en su preámbulo, reforzando la idea de “una reconversión justa de la fuerza laboral y de la creación de trabajo decente”<sup>540</sup>

La transición hacia una economía verde en Chile implicará pérdida de trabajo o reemplazo de mano de obra en muchos sectores del país, afectando a familias dependientes de dichas industrias. Además, políticas verdes mal implementadas pueden generar efectos económicos negativos en sectores medios y vulnerables de nuestra sociedad. Un claro ejemplo de lo anterior es el movimiento francés de los chalecos amarillos, nacido a raíz de la no consideración de las consecuencias que un impuesto al combustible podía traer para sectores más vulnerables del país. El nivel de movilización social y desestabilización que trajo una política verde impuesta verticalmente y sin criterios de transición justa no sólo puso en jaque al gobierno de Macron, sino también la legitimidad de implementar políticas sostenibles en democracias modernas.

Así, el concepto de justicia transicional viene a contribuir en evitar o mitigar los efectos adversos de políticas climáticas. Considerar una transición justa hacia políticas climáticas es esencial para la construcción de ordenes democráticos con garantía de derechos como a los que aspira la Nueva Constitución chilena. *El concepto de justicia transicional refleja cómo la*

---

<sup>538</sup> Ver, Acuerdo de París, preámbulo.

<sup>539</sup> República de Chile, 2020, pp. 23 y siguientes.

<sup>540</sup> Acuerdo de París, preámbulo

crisis de las democracias, el medio ambiente y el respeto a los derechos humanos están conectados, y su solución también.<sup>541</sup>

A nivel comparado, un instrumento emergente en el diseño e implementación de justicia transicional son las denominadas “Comisiones de Transición Justa”.<sup>542</sup> El origen histórico de estas instancias en procesos de justicia transicional está relacionado con dictaduras o régimen represivos que violaron derechos humanos, como el Apartheid en Sudáfrica. Sin embargo, recientemente en Canadá (2018) y Escocia (2019) establecieron estas comisiones para enfrentar el desafío climático transicional. Destacable es el caso escocés donde no sólo está dentro de los objetivos el hacerse cargo de la fuerza laboral afectada, sino también utilizar estas comisiones para profundizar, en general, la acción climática del gobierno.<sup>543</sup>

Como parte fundamental de la acción climática, incluir el concepto de justicia transicional, en una visión amplia, empuja a que las políticas públicas climáticas tengan variables distributivas a la vista, abriendo las puertas al diseño de estrategias preventivas que garanticen dignidad y respeto a los derechos humanos de quienes se vean afectados por las transformaciones ecológicas de nuestras economías. Lo anterior, nos parece de la mayor importancia cuando observamos que el movimiento de transformación socio-ecológica actual ha estado más marcado por la compensación a quienes han generado la crisis climática, que a quienes sufren sus consecuencias, cuestión que parece inaceptable en una visión mínima de justicia.<sup>544</sup>

Hay un aspecto innegable de colectividad en todo esto. Si bien quienes han profitado a sabiendas de la destrucción de los ciclos y estructuras de la naturaleza tienen una mayor responsabilidad sobre los resultados de sus acciones, no es menos cierto que varias de esas actividades fueron activamente promovidas por parte de la comunidad organizada en el Estado, siendo entonces que hay también una responsabilidad colectiva en volver las cosas a su lugar y reparar lo dañado. La paz social futura requiere también de actos de reconocimiento y reparación.

---

<sup>541</sup> Ghaleigh, 2020, p. 434

<sup>542</sup> Ibíd., p. 449.

<sup>543</sup> Ver, ibíd., pp. 449-450.

<sup>544</sup> Esto es posible de observar muy claramente en el plan de descarbonización de Chile, donde los acuerdos voluntarios entre el gobierno y las empresas generadoras de energía en base a carbón han estado en la línea de asegurales algún tipo de compensación. Al mismo tiempo, siguen existiendo zonas de sacrificio ambiental y el peor de los casos es del de la bahía de Quintero, donde incluso existe un fallo de la Corte Suprema (rol 5.888-2019) que ordena acciones para la solución del problema, las que -en gran parte- no han sido tomadas por el Estado a más de 2 años de haberse ordenado.

## D. Conclusión

El texto se ha enfocado en potenciar pilares de acción climática y la esencialidad de su consideración en la discusión constitucional para promover el reconocimiento y ejercicio de derechos humanos. **El contexto de crisis** climática a nivel global, repercute directamente en los caminos que nuestra Nueva Constitución debe definir para hacerse cargo de los desafíos ecológicos y sociales que esta crisis conlleva. Así, creemos necesario utilizar los conceptos de adaptación, mitigación y transición justa como orientadores de los debates de la Convención Constituyente que garanticen el respeto y ejercicio de derechos humanos en un contexto de crisis climática.

Hemos agrupado estos tres conceptos en torno al propuesto principio de acción climática. La incorporación de este principio en las bases de la institucionalidad de una Nueva Constitución, constituiría un avance en relación con la organización jurídica e interpretación de otras normas, que facilite y dinamice las respuestas de nuestro Estado frente a la crisis climática.

La evidencia irrefutable de que las comunidades más vulnerables serán las más afectadas por los efectos del cambio climático y permanente continuidad de la actividad extractiva, nos obligan a asumir medidas de mitigación y adaptación urgentemente. Además, los costos sociales y culturales de caminar hacia economías verdes requieren políticas públicas de adecuada respuesta y basadas en una transición justa, evitando que un nuevo modelo de desarrollo verde no profundice las desigualdades que provocaron el estallido social.

La consideración del cambio climático es un factor esencial para el logro de una justicia social sobre la que se erija esta nueva Carta Fundamental. El cambio climático, como toda crisis, nos entrega la oportunidad de replantear y profundizar nuestra democracia. Así, la Nueva Constitución y el cambio climático nos otorgan una doble oportunidad. Primero, la oportunidad de re-establecer nuestras relaciones sociales, económicas y principalmente políticas. Segundo, desarrollar este re-establecimiento considerando la crisis climática como un factor esencial para proyectar un país que responda a las necesidades de su pueblo y garantice los derechos humanos de las personas en un contexto de cambio climático.

# • BIBLIOGRAFIA

---

Asamblea General de las Nacion (2010)  
64/292. El derecho humano al agua y al saneamiento. Documento No. A/RES/64/292.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2009)  
El derecho a una vivienda adecuada. Documento No. A/64/255.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2016)  
Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Documento No. A/HRC/31/52.

Bell, D. (2011)  
'Does Anthropogenic Climate Change Violate Human Rights?', Critical Review of International Social and Political Philosophy, 14(2):99-124.

Bell, D. (2013)  
'Climate Change and Human Rights', Wiley Interdisciplinary Reviews, 4(3):159-170.

Cisterna Gaete, P. (2020)  
'La esencialidad del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el régimen internacional del cambio climático', Revista de Derecho Ambiental, 13:39-58.

Consejo de Derechos Humanos (2008)  
Resolución 7/23. Derechos humanos y cambio climático. Documento No. A/HRC/RES/7/23.

Consejo de Derechos Humanos (2009)  
Resolución 10/4. Los derechos humanos y el cambio climático. Documento No. A/RES/10/4.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992).

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2001)  
1/CP.7. Declaración Ministerial de Marrakech. Documento No. FCCC/CP/2001/13/Add.1.

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2004)  
1/CP.10 Programa de trabajo de Buenos Aires sobre las medidas de adaptación y de respuesta. Documento No. FCCC/CP/2004/10/Add.1.

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2005)  
1/CP.11 Diálogo sobre la cooperación a largo plazo para hacer frente al cambio climático mediante una mejor aplicación de la Convención. Documento No. FCCC/CP/2005/5/Add.1.

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2006)  
1/CP.12 Nuevas orientaciones para la entidad encargada del funcionamiento del mecanismo financiero de la Convención, destinadas a la administración del Fondo especial para el cambio climático. Documento No. FCCC/CP/2006/5/Add.1.

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2006)  
6/CP.12 Continuación de las actividades conjuntas realizadas en la etapa experimental. Documento No. FCCC/CP/2006/5/Add.1.

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2010)  
1/CP.16 Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención. Documento No. FCCC /CP/2010/7/Add.1.

Convención Marco sobre el Cambio Climático (2015)  
1/CP.21 Aprobación del Acuerdo de París. Documento No. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

Costa (2020)  
Participación Ciudadana. Conceptos Generales, Deliberación y Medio Ambiente. Santiago de Chile: Ediciones Der.

Gardiner, S. (2013)  
'Human Rights in a Hostile Climate', en Holder, C. y Reidy, D. (eds.) Human Rights: The Hard Questions. Cambridge: Cambridge University Press.

Ghaleigh, N.S. (2020)  
'Just Transitions for Workers: When Climate Change Met Labour Justice', en Bogg, A., Rowbottom, J. y Young, A.L. (eds.) The Constitution of Social Democracy: Essays in Honour of Keith Ewing. Oxford: Hart Publishing, pp. 429–452.

Gobierno de Chile (2020)  
Contribución determinada a nivel nacional (NDC) de Chile.

Hall, M. y Weiss, D. (2012)

'Avoiding Adaptation Apartheid: Climate Change Adaptation and Human Rights Law', Yale Journal of International Law, 37(309).

Hervé Espejo, D. (2015)

Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Valparaíso: Ediciones Universidad de Valparaíso.

Jorgenson, A. et al. (2016)

'Domestic Inequality and Carbon Emissions in Comparative Perspective', Sociological Forum, 31(S1):770-786.

Kaswan, A. (2015)

'Adaptation Justice', Social Science Research Network. ID: 2703631.

Knox, J. (2016)

'Human Rights Principles and Climate Change', en Gray, K., Tarasofsky, R. y Carlarne, C., The Oxford Handbook of International Climate Change Law. Oxford: Oxford University Press.

Kovats, S. y Akhtar, R. (2009)

'Climate, Climate Change and Human Health in Asian Cities' en Bic knell, J., Dodman, D. y Satterthwaite, D., Adapting Cities to Climate Change: Understanding and Addressing the Development Challenges. Londres: Earthscan.

MacLennan, M. y Perch, L. (2012)

'Environmental Justice in Latin America and the Caribbean: Legal Empowerment of the Poor in the Context of Climate Change', Climate Law, 3(3-4): 283.

Ministerio del Medio Ambiente (2018)

Plan de Adaptación al Cambio Climático para Ciudades 2018-2022. Disponible en: [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Plan-CC-para-Ciudades\\_aprobado-CMS-ene2018-1.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Plan-CC-para-Ciudades_aprobado-CMS-ene2018-1.pdf) (Consulta: 22 agosto 2021).

Mohajerani, A., Bakaric, J. y Jeffrey-Bailey, T. (2017)

'The Urban Heat Island Effect, Its Causes, and Mitigation, with Reference to the Thermal Properties of Asphalt Concrete', Journal of Environmental Management, 197:522-538.

ONG FIMA (2020)

Bases para una constitución ecológica. Disponible en: <https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/BASES-PARA-UNA-CONSTITUCION-ECOLOGICA-v.-25.11.20-1.pdf> (Consulta: 22 agosto 2021).

Organización de Naciones Unidas (sin fecha)

Secretary-General's Remarks on Climate Change [as Delivered].

Disponible en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-09-10/secretary-generals-remarks-climate-change-delivered> (Consulta: 22 agosto 2021).

Organización de Naciones Unidas (sin fecha)

The Resource: Part V. Persons with Disabilities and Multiple Discrimination - Rights of Special Groups, 9/10. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/comp508.htm> (Consulta: 22 agosto 2021).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966).

Panel Intergubernamental del Cambio Climático (2007) Fourth Assessment Report.

Panel Intergubernamental del Cambio Climático (2014) Fifth Assessment Report.

Panel Intergubernamental del Cambio Climático (2018) Calentamiento global de 1,5°C

Pauta (2019)

'Cómo se mide la desigualdad de los parques en las ciudades de Chile', Pauta, 12 de septiembre. Disponible en: <https://www.pauta.cl/calidad-de-vida/estadisticas-parques-espacios-verdes-ciudades-regiones-de-chile> (Consulta: 22 agosto 2021).

Pinker, A. (2020)

Just transitions. A Comparative perspective. Report prepared for the Just Transition Commission.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2007)

La lucha contra el cambio climático: Solidaridad frente a un mundo dividido.

Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (1997).

Rabinowitz, D. (2013)

'In-Country Disparities in Greenhouse Gas Emissions and Their Significance for Politicizing a Future Global Climate Pact Reaching International Cooperation on Climate Change Mitigation', Theoretical Inquiries in Law, 14(1):173-189.

Shelton, D. (2008)

'Equity', en Bodansky, D. et al. (ed.), The Oxford Handbook of Interna-

tional Environmental Law. Oxford: Oxford University Press.

UNGA (2009)

Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights. Documento No. A/HRC/10/61.

United Nations Development Programme (2007)

Human Development Report 2007-2008, Fighting climate change: Human Solidarity in a divided world.

Walker, G. y King, D. (2008)

The Hot Topic: How to Tackle Global Warming and Still Keep the Lights On. Bloomsbury Publishing.



The Global Initiative  
*for* Economic, Social and Cultural Rights



University of Essex  
Human Rights Centre



Universidad de Concepción



Programa de  
Derecho Europeo



PROGRAMA EN  
DERECHO, AMBIENTE  
Y CAMBIO CLIMÁTICO  
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN