

3. SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

3.1 SOBRE LAS LIBERTADES CLÁSICAS Y NUEVOS DERECHOS

A) FUNDAMENTO Y LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LAS PROPUESTAS

La libertad y responsabilidad individuales son la base de nuestro proyecto. El Estado de Derecho, por su parte, proporciona un marco necesario e indispensable para el desarrollo de las habilidades personales que conducirán a una vida mejor a todos los habitantes de nuestro país. La dignidad de la persona humana viene aparejada de la libertad y la responsabilidad. El respeto a la dignidad exige aceptar divergencias en los proyectos de vida de los chilenos. En este sentido, el Estado tiene un rol importante, pero delimitado, en nuestra sociedad. Como señalan los pensadores clásicos de la libertad, las personas son anteriores al Estado, y este último ha sido formado por hombres y mujeres para cumplir funciones muy precisas.

Así y como señalábamos en la introducción de estas propuestas, la libertad negativa (de abstención por parte del Estado) aboga por una esfera amplia de acción de las personas, sin embargo, da cuenta también de la dificultad de reconocer cuál es el mínimo inviolable porque las fronteras de aquello se mueven, pero hay algunas que resultan evidentes, como lo son la libertad de expresión, libertad religiosa, el derecho de propiedad y el derecho de asociarse. Estas áreas no deben limitarse al mínimo sino al máximo de no interferencia que sea compatible con las demandas de la vida en sociedad, que por cierto impone limitaciones.

De esta manera, la Constitución debe regular lo suficiente, estableciendo los principios y condiciones necesarios para que las personas puedan desarrollarse en libertad y para alcanzar el progreso y para que las instituciones y poderes puedan funcionar con respeto a esa libertad. Muy probablemente, la nueva Carta Fundamental será una transacción entre una visión mínima y máxima, pero debe propender a ser un pacto que goce de cierta estabilidad.

B) RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PROPUESTAS MÁS RELEVANTES EN LA MATERIA

Respecto de esta materia, proponemos mantener los artículos y redacciones actuales de la Constitución en el Capítulo sobre Derechos y Deberes Constitucionales, sin perjuicio que sugerimos efectuar algunas enmiendas en determinadas redacciones e incorporar derechos y libertades nuevos y adicionales:

1) Derecho a la propia imagen (actualmente se ha entendido consagrado en el artículo 19 N°4).

La jurisprudencia ha reconocido este derecho implícito tanto en el artículo 19 N°4 (vida privada y honra), como en el artículo 19 N°24 (derecho de propiedad). Por ello, estimamos que resulta razonable incorporarlo como un derecho autónomo (como lo es en el caso de la Constitución en España).

2) Derecho a la protección de datos personales (actualmente consagrado en el artículo 19 N°4).

Al efecto, se incorpora que existirán sanciones en caso de incumplimiento de la ley en esta materia, tal y como lo hace el proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet.

- 3) **Derecho de reunión (actualmente consagrado en el artículo 19 N°13).** Se aclara que la norma que regula las reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público es la ley (principio de reserva legal) como lo hace el proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet.
- 4) **Se refuerza el derecho de asociación (actualmente consagrado en el artículo 19 N°15).** Se refuerza el derecho de asociación, reforzando la autonomía de las asociaciones y se establece que nadie puede ser discriminado arbitrariamente ni por pertenecer a una asociación, o por no pertenecer a ella.
- 5) **Se agrega un nuevo derecho, como lo hacía la propuesta constitucional de la Presidenta Bachelet (con algunos cambios): El derecho de acceso a la información de los órganos del Estado** en la forma y condiciones que establezca la Constitución y la ley.
- 6) **Se agrega un nuevo derecho: El derecho a no ser privado de libertad por deudas.** Se incorpora al numeral 7 del artículo 19 de la Constitución en el marco del derecho a la libertad personal y seguridad individual, salvaguardando las sentencias judiciales que decreten apremios para los deudores de pensiones de alimentos.

C) PROPUESTAS CONCRETAS DE ARTICULADO

En esta sección sólo hemos incluido, de entre aquellos artículos referentes a las libertades y derechos clásicos, los que tienen alguna modificación o son propuestas nuevas en la materia. En lo demás, se mantiene sin cambios la redacción actual:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

No. XX [Actual 4º].- El respeto y protección a la vida privada, a la propia imagen, y a la honra de la persona y su familia.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales. La ley regulará el tratamiento de los datos de carácter personal y las sanciones que acarreará su incumplimiento o vulneración.

No. XX [Nuevo].- El derecho de acceso a la información pública de los órganos del Estado en la forma y condiciones que establezca la Constitución y la ley.

Al actual numeral 7º, letra b), que señala: “La Constitución asegura a todas las persona: No. 7.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: (...) b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”, se propone agregar lo siguiente: “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida por deudas. Solo se exceptúan las decisiones dictadas por los tribunales de justicia relativas al incumplimiento de deudas de pensiones de alimentos”.

No. XX [Actual 13°].- El derecho a reunirse pacíficamente, sin permiso previo y sin armas.

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones de la ley.

No. XX [Actual 15º].- El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Asimismo, nadie puede ser discriminado arbitrariamente por pertenecer a una asociación o no pertenecer a ella, ni por las ideas, objetivos, misión que la asociación respectiva tenga.

Prohíbense las asociaciones contrarias al orden público y a la seguridad del Estado.

El derecho de asociarse incluye el derecho de abrir, organizar y mantener asociaciones, determinar su objeto, sus directivos, miembros y estatutos internos y gozarán de autonomía para perseguir sus fines propios en conformidad a la Constitución y las leyes.

Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una ley orgánica constitucional establecerá un sistema de elecciones primarias que podrá ser utilizado por dichos partidos para la nominación de candidatos a cargos de elección popular, cuyos resultados serán vinculantes para estas colectividades, salvo las excepciones que establezca dicha ley. Aquellos que no resulten elegidos en las elecciones primarias no podrán ser candidatos, en esa elección, al respectivo cargo. Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución. Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional.

La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 57, por el término de cinco años, contado desde la resolución del

Tribunal. Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior. La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia.

3.2 SOBRE LOS DERECHOS Y LIBERTADES ECONÓMICAS

A) FUNDAMENTO Y LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LAS PROPUESTAS

En general, las propuestas en la materia mantienen la regulación constitucional actual pues se estima que la misma ha servido de base, entre otras condiciones, para el progreso y bienestar de la población. Es esencial que no se debiliten las bases del crecimiento económico -que en buena parte se encuentran establecidas en estos derechos- sobre todo si se aspira a generar mayores beneficios sociales, los que serán inexistentes si se desprecian los elementos, derechos y principios que sirven de sustento a la libre iniciativa económica. Cabe mencionar que la propuesta sobre este tópico en particular excluye las proposiciones en materia de derechos socioeconómicos, de gran relevancia, como son el derecho al trabajo, a la salud, a la seguridad social y la educación, pues ellos se tratan en un epígrafe separado de estas propuestas.

Cabe efectuar algunas consideraciones puntuales que han servido de fundamento para la mantención de las normas consagradas en la materia. El derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica -artículo 19 N°22 actual- ha probado ser relevante en materia económica tanto en el comportamiento del Estado en sus relaciones económicas con los particulares (inciso 1°), como la forma en que el legislador pueda discriminar siempre que no sea arbitrario (inciso 2°). Se estima que la igualdad ente la ley no es suficiente en materia económica y que la desaparición de la no discriminación arbitraria en materia económica representa riesgos relevantes en la etapa que viene. Sucede que en materia económica la legislación es fundamentalmente desigual y, en el trato del Estado con los particulares el inciso 1° de la norma actual no es de gran colaboración. En este sentido, nos resulta curioso que en el proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet se lo haga desaparecer, cuando no ha sido objeto de cuestionamientos y la jurisprudencia ha sido bastante razonable para determinar cuándo es arbitrario y cuándo no lo es. Es particularmente importante tener presente que este concepto se aplica al Estado, por tanto, al excluirlo, el Estado queda en libertad de hacer lo que quiera, ya que el concepto de igualdad ante la ley no es suficiente para contrarrestar esto. Es justamente producto de su ausencia, el que antes de la Constitución de 1980, existieran exenciones tributarias en favor de empresas o de personas. El Estado empresario puede tener reglas especiales, siempre que estén debidamente justificadas y con quorum calificado. El peligro es que el Estado vuelva a competir de forma desleal, por lo que la norma cobra gran relevancia. Otro tanto sucede con las materias cuya iniciativa exclusiva corresponde al Presidente de la República y las facultades del Congreso en materia presupuestaria, las que se mantienen inalteradas, como se desarrolla en el capítulo pertinente.

En materia de tributos, se mantiene el principio de no afectación ya que la afectación complica la adecuada administración financiera, pues de permitirse, surge la obligación de subir otros impuestos para compensar los recursos que son materia de esa afectación. Esto puede generar presión de gasto, es decir, una presión importante por mayores tributos. Si bien es cierto que la ley de transferencia de competencias a los gobiernos regionales traslada -en alguna medida- al gobierno regional facultades y estas deben efectuarse con los correspondientes recursos, de ahí no se colige que deba haber tributos de afectación. Es posible, quizás, hacer concesiones en una norma especialísima, respecto de los bienes de clara identificación local o regional, siempre y cuando se salvaguarden las otras normas de administración financiera.

Respecto del derecho a la propiedad y de propiedad se mantiene prácticamente sin alteraciones el texto de la Constitución actual pues se estima que es un derecho fundamental que está en los cimientos de una sociedad libre. En efecto, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, está amparado por la Constitución como un derecho fundamental de las personas. En términos generales, este derecho asegura a todas las personas el control sobre los frutos de su trabajo y esfuerzo. La debida protección que el marco jurídico otorga a este derecho y la certeza jurídica asociada al mismo, resultan determinantes para impulsar el progreso y el desarrollo integral de las naciones, siendo así un pilar fundamental de las sociedades libres. Y es que sin propiedad privada no puede haber derechos ni libertad. Tampoco podría haber justicia. A modo ejemplar, si no tenemos derechos sobre los frutos de nuestro trabajo o sobre nuestros bienes no nos esforzaríamos o invertiríamos en ellos pues estos podrían ser apropiados o explotados por terceros sin que pudiésemos reclamar compensación alguna. La protección de los derechos de propiedad proporciona a las personas una importante defensa ante el poder que detenta el gobierno (y los políticos) y ante el poder o coerción que puedan intentar otras personas respecto de lo que se posee). Así, permite que el individuo u organización pueda protegerse de las arbitrariedades y abusos de poder en que pueden incurrir el Estado o terceros, al mismo tiempo que le otorga las facultades para tomar libremente las decisiones respecto del bien que posee en propiedad, permitiéndole planificar y realizar su proyecto de vida, en la medida que cumpla con el marco jurídico vigente.

La literatura y la evidencia empírica sugieren que existe una fuerte correlación entre la debida protección de los derechos de propiedad y el desarrollo de las naciones. Los países que protegen de manera robusta los derechos de propiedad muestran mayores niveles de ingreso y desarrollo, es decir, un mayor bienestar de la sociedad. La medida y grado en que los derechos de propiedad son violados determinan la medida y grado en que los esfuerzos de las personas, para adquirir la propiedad, se reducen y con ello, el bienestar social. Sucede que la propiedad privada permite que las personas cooperen entre sí a través del intercambio, al que confluyen buscando un beneficio mutuo. El intercambio sólo es posible en la medida que quienes participan en él tengan la seguridad que podrán participar sin ser víctimas de apropiaciones indebidas de su trabajo. El intercambio, el comercio y el flujo que a partir de ahí se genera y que alienta a los actores a abocarse a aquello en lo que tienen una ventaja comparativa, premia la eficiencia y la especialización, al mismo tiempo que permite generar mayor riqueza y capital y con ello, mejorar nuestra calidad de vida. Esto es así pues a través de este intercambio accedemos, a costos más bajos, a bienes y servicios que

necesitamos, mejorando nuestra situación. En el intercambio, la ganancia de uno no es la pérdida del otro pues los actores asignan, subjetivamente y conforme a sus necesidades, gusto o conveniencia, un valor distinto al bien que transan y que ceden. Así, el respeto por la propiedad privada y sus atributos, generan incentivos correctos. El propietario estará dispuesto a asumir riesgos e incurrir en los costos asociados, pues tiene la certeza de que podrá apropiarse de los frutos de su esfuerzo y trabajo y que tendrá la libertad para decidir cómo se usa y goza la propiedad (respetando las reglas que la sociedad ha impuesto a través de la regulación). Si, por el contrario, el derecho de propiedad no es debidamente resguardado o se colectiviza, tales garantías se ven amenazadas y los incentivos se deterioran o simplemente se destruyen, mermando con ello la posibilidad de generar mayor riqueza, o de poner a disposición de la sociedad en su conjunto las habilidades y el esfuerzo que se requieren para prosperar.

La evidencia empírica y diversos estudios e índices, como el que la elabora la Property Rights Alliance (que analiza cómo se resguardan los derechos de propiedad en distintas jurisdicciones), nos muestran que las sociedades que otorgan una protección robusta al derecho de propiedad son sociedades más libres y prósperas, existiendo una innegable relación de asociatividad. Y el resguardo no sólo se refiere a la propiedad física, sino también a los bienes inmateriales como los derechos. En el caso de nuestro país, como decíamos, el derecho de propiedad constituye una garantía fundamental, consagrada en la Constitución y reconocida, en consecuencia, en el resto del marco jurídico vigente. Primero, la Constitución establece la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes (excepto los comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público, y los que la ley declare fuera del comercio), lo que es esencial pues de no existir sería impracticable el reconocimiento del derecho de propiedad. Luego, consagra el derecho de propiedad propiamente tal y garantiza su ejercicio sobre toda clase de bienes, regulándose las limitaciones que pueden imponerse al dominio (en virtud de su función social) y la expropiación, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, estableciendo un deber de indemnizar al propietario por el daño patrimonial efectivamente causado en dinero efectivo y al contado, cuestión de la mayor relevancia para evitar los abusos. Asimismo, se consagra el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, concurriendo los requisitos legales. El derecho de propiedad se integra así a un conjunto de normas del Orden Público Económico, institución jurídica que establece las bases del sistema económico y el marco en que se desarrollarán las relaciones entre el Estado, los particulares y la sociedad. La Carta Magna también dispone que los derechos no pueden ser afectados en su esencia, para que las limitaciones o restricciones que se impongan nunca rompan con esta importante regla y principio. Cuando se invoca, por ejemplo, la función social de la propiedad para justificar su limitación no debe recurrirse a interpretaciones amplias o excesivas del concepto que terminen por desnaturalizar el derecho de propiedad (al efecto, se han desarrollado estándares, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, como la proporcionalidad y la regulación expropiatoria para evitar que se afecte el núcleo esencial del derecho). Por ello, y a la luz de esta discusión, se introducen

algunos cambios relacionados a las limitaciones que pueden imponerse en virtud de la función social de la propiedad⁸.

Finalmente, hacemos presente que en la materia y en lo que dice relación con la regulación del derecho de aprovechamiento de aguas, se eleva a rango constitucional el reconocimiento de que las aguas son bienes naciones de uso público, manteniendo el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento que sobre ellas se otorga.

B) RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PROPUESTAS MÁS RELEVANTES EN LA MATERIA

- 1) Derechos tributarios.** Se propone terminar con los tributos afectos a fines de defensa nacional. Todo lo demás se mantiene.
- 2) Libre iniciativa en materia económica.** Se propone eliminar las limitaciones fundadas en la moral, el orden público y la seguridad nacional, como lo hacía la propuesta constitucional de la Presidenta Bachelet. En lo demás, se mantiene el texto actual.
- 3) No discriminación arbitraria en materia económica.** Se mantiene el texto de la Constitución vigente. Lo mencionamos porque la propuesta constitucional de la Presidenta Bachelet propone eliminar este numeral.
- 4) Derecho a la propiedad y derecho de propiedad.** Se mantiene el texto de la Constitución vigente. Al respecto, no obstante, se propone agregar una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado al propietario cuando se establezcan limitaciones en consideración a la función social de la propiedad, en la medida que el gravamen impuesto o perjuicio sufrido sea significativo o desproporcionado. La indemnización se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales ordinarios.
- 5) Se reconoce a nivel constitucional que las aguas son bienes naciones de uso público.**
- 6) Recurso de Amparo Económico.** Se propone constitucionalizar el Recurso de Amparo Económico, actualmente establecido como artículo único en la Ley N° 18.971, con dos precisiones (que han sido materia de discusión jurisprudencial):
 - I. Se establece que expresamente este recurso está comprendido para resguardar sólo el inciso segundo del artículo 19 N°21.
 - II. Se incorpora la posibilidad que los tribunales de justicia puedan adoptar las medidas y providencias para reestablecer el imperio del derecho.

C) PROPUESTAS CONCRETAS DE ARTICULADO

En esta sección y solo para efectos de conveniencia, se mantiene la enumeración de la Constitución actual.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

No. 20.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

⁸ Temas Públicos 1405, 28 de junio de 2019, Libertad y Desarrollo.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

No. 21.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quorum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quorum calificado.

No. 22.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

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

No. 23.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quorum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

No. 24.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, **las que darán lugar a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado al propietario en la medida que el gravamen impuesto o el perjuicio causado sea significativo o desproporcionado. La indemnización se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales ordinarios. La función social de la propiedad sólo** comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El

expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

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

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

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

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

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

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

corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional. **Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a la Constitución y la ley.** Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

No. 25.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.

No. 26.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio .

Artículo XX Nuevo: Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21 inciso segundo, de la Constitución Política de la República de Chile.

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia y la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y adoptar, si este fuera el caso, la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del caso en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado.

3.3 GARANTÍAS EDUCACIONALES

A) FUNDAMENTO Y LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LAS PROPUESTAS

Actualmente nuestra Constitución consagra el derecho a la educación como un derecho social o de segunda generación, de manera clara y robusta, junto con consagrar como íntimamente ligado a dicho derecho a la educación, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, el deber de la sociedad de aportar al desarrollo educacional, así obligaciones de acción y de respeto en la materia bastante densas, específicas y robustas para el Estado.

Junto con lo anterior se consagra la libertad de enseñanza, la libertad de elección y la existencia de un sistema formal de educación en todos sus niveles, con provisión mixta, así como con importantes obligaciones de fiscalización, fomento y subsidio por parte del Estado. Estos tres derechos fundamentales, íntimamente relacionados, los reconoce nuestra Constitución actualmente vigente al igual como lo hacen la mayoría de las constituciones del mundo (sólo por citar algunas, la Constitución colombiana de 1991) y los tratados internacionales de DD.HH. en la materia, como la Convención de la ONU de 1948, el Pacto de Sa José de Costa Rica y la Convención Europea de DD.HH., por citar algunos.

Lo anterior se ve reafirmado por el hecho que la propuesta Constitucional de la Presidenta Bachelet mantiene casi inalteradas las disposiciones que al respecto contiene actualmente nuestra Constitución, introduciendo ciertos ajustes, algunos de los cuales nos merecen reparos, por lo que no fueron considerados.

B) RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PROPUESTAS MÁS RELEVANTES EN LA MATERIA

Derecho a la educación (actualmente en el artículo 19 N°10):

1. Se propone agregar que el derecho preferente de educar a los hijos no sólo es de sus padres, sino también de quienes tengan el cuidado personal de los niños y adolescentes conforme a la ley, como lo hace la propuesta constitucional de la Presidenta Bachelet.
2. Se propone establecer expresamente que el Estado deberá garantizar un sistema de financiamiento para quienes accedan a la educación superior en conformidad a las normas legales que correspondan.
3. Se propone disponer expresamente que le corresponde al Estado fomentar la calidad de la educación como lo hace la propuesta constitucional de la Presidenta Bachelet. Esto último, teniendo en cuenta que a nivel legal y administrativo existe un sistema que precisamente apunta a garantizar la calidad.
4. Se propone establecer expresamente que, sin perjuicio del rol de la sociedad civil, al Estado le corresponde fomentar la formación ciudadana y cívica.
5. Se establece que la determinación de todo lo relativo a las prestaciones que se podrán exigir en virtud de este derecho y a la forma en que ellas se financiarán, en el marco de lo establecido en este numeral, corresponderá exclusivamente al Legislador.

Libertad de enseñanza (actualmente en el artículo 19 N°11):

1. Se corrige un error histórico de redacción del inciso primero de este numeral.

C) PROPUESTAS CONCRETAS DE ARTICULADO

Para efectos de conveniencia, se mantiene la enumeración de la Constitución actual:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

No. 10.- El derecho a la educación.

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

Los padres, o quienes tengan el cuidado personal de acuerdo con la ley, tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, o niños y adolescentes a su cuidado, según sea el caso.

Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

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

*La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. **Igualmente, deberá el Estado garantizar un sistema de financiamiento para quienes accedan a la educación superior en conformidad a las normas legales que correspondan.***

*Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo y la **calidad** de la educación en todos sus niveles y la **formación ciudadana y cívica**; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación, sea que dichas actividades se desarrollen a través de instituciones públicas o privadas.*

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

La determinación de todo lo relativo a las prestaciones que se podrán exigir en virtud de este derecho y a la forma en que ellas se financiarán, en el marco de lo establecido en este numeral, corresponderá exclusivamente al legislador.

*No. 11.- La libertad de enseñanza, **que** incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.*

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación,

que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel

3.4 SOBRE LOS DERECHOS Y LIBERTADES LABORALES Y EL DERECHO A SINDICALIZACIÓN

A) FUNDAMENTOS Y LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LAS PROPUESTAS

El orden público laboral consagrado en la Constitución considera una serie de derechos fundamentales propiamente laborales. Respecto de la **libertad de trabajo, su protección y su justa retribución**, este derecho se encuentra recogido en el numeral 16, inciso 1 y 2 del artículo 19 de la CPR que señala *“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración”*.

Por “libertad de trabajo”, se han entendido dos aspectos. *“[P]or una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley”*⁹.

Por otra parte, si bien no lo dice expresamente el actual texto constitucional, como se ha interpretado y entendido esta parte, el “derecho al trabajo” se encuentra consagrado en nuestra Constitución.¹⁰ En efecto, el sintagma “y su protección” en la redacción actual es un mandato no sólo a libertad sino también al trabajo mismo, de ahí que pueda interpretarse como “derecho al trabajo”.

Otros autores, parte del consenso mayoritario, señalan que la Constitución reconoce el valor del trabajo y la dignidad del trabajador, por lo que el Estado no puede desentenderse del deber de protección del trabajo, en lo que respecta a los trabajadores y, tampoco puede el legislador dictar normas que atenten contra la dignidad de la persona en materia laboral¹¹. En este contexto, es relevante tener en cuenta que el “derecho al trabajo” se ha entendido, en cuanto a su contenido esencial, de la siguiente manera:

- a. El acceder a un puesto de trabajo o acceso al empleo en el entendido que se adopten por parte del Estado, de forma progresiva y según las posibilidades del Estado, políticas, planes y programas para que la población tenga la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo.
- b. Ser despedido por causa justa. Se entiende como la proscripción de ser despedido salvo por causa justa. En el fondo, que el sistema de terminación provea de una protección adecuada frente al despido arbitrario.

Por todo lo anterior, no nos parece pertinente innovar en la consagración de la garantía, la que permanece con el lenguaje de libertad de trabajo.

⁹ Dirección del Trabajo, ORD N°1279/19, 17 de marzo de 2006.

¹⁰ Nogueira (2009), p. 399.

¹¹ Bulnes, Luz, “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público*, N° 28, 1980, p. 210.

En relación con la prohibición de discriminación arbitraria, ella se encuentra establecida en el artículo 19 Nº16, inciso tercero, estableciendo que: *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”*.

La actual redacción de este inciso conceptualiza la prohibición a la discriminación en el trabajo. Ahora, en primer lugar, la discriminación proscrita es aquella ilegítima; esto es, aquella arbitraria o injusta, toda vez que no es la discriminación la que se prohíbe en sí sino aquella que carece de justificación y proporcionalidad o se caracteriza por imponer un tratamiento desigual injustificado. En segundo lugar, la idea de discriminación se encuentra conectada con una noción prescriptiva o normativa y no descriptiva o fáctica¹². En tercer lugar, aun cuando se enumeren en la ley criterios de discriminación prohibida (o criterios sospechosos), siempre existen excepciones. En último término, la redacción del inciso proscribire toda forma de discriminación arbitraria (indirecta o directa), y busca proteger a todos los grupos sociales desventajados y postergados.

Respecto de **prohibir trabajo alguno y la afiliación a colegios profesionales**, el inciso 4 del mismo numeral actual, establece el principio general de que no se podrá prohibir ningún trabajo “salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.” A continuación, en el mismo inciso, se establece que *“ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos”*. Lo anterior, sin perjuicio que la ley determina aquellas profesiones que *“requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”*. Finaliza este inciso señalando la competencia que puedan tener los colegios sobre estas profesiones, y de la posibilidad de reclamación sobre la conducta ética que desplieguen sus miembros, junto con la posibilidad de recurrir ante las Cortes de Apelaciones de las resoluciones que adopten respecto de ellos.

La moral es un concepto indeterminado y que muta en la medida que avanza la sociedad y su comprensión sobre los bienes jurídicos que considera valiosos. Asimismo, la moral plantea el problema de elegir el tipo de moral que debe aplicarse a una sociedad determinada, lo que atenta contra los valores de un Estado laico y separado de la iglesia, además de impedir el desarrollo pleno de una sociedad pluralista.

En cuanto al derecho a la negociación colectiva, éste se encuentra establecido en el artículo 19 Nº16, inciso quinto, que dispone lo siguiente: *“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”*.

En la actualidad, no hay duda de que existe un derecho a negociar colectivamente a nivel constitucional. Dicho derecho se encuentra establecido respecto de los trabajadores y se consagra a nivel de la empresa.

¹² Caamañó, Eduardo; *El derecho a la no discriminación en el empleo*, Lexis Nexis, Santiago, 2005), p 49.

Ha sido una constante discusión entre los distintos sectores políticos¹³ si es un derecho que corresponde a los trabajadores o a los sindicatos, entendiendo que estos últimos son los que podrían ejercer este derecho. Es importante destacar que, en la actualidad, existe la discusión sobre qué valor tienen los instrumentos suscritos con grupos de trabajadores y la posibilidad de registrarse en la Dirección del Trabajo (en adelante “DT”). Previo a la dictación de la Ley N° 20.940, los grupos de trabajadores podían suscribir, cumpliendo ciertos requisitos, convenios colectivos que efectivamente los inhibían de poder participar o que les fuese aplicable un instrumento colectivo negociado con posterioridad por un sindicato con ese empleador. Producto de la reforma, ya no se produce el efecto anterior, ya que si bien con la actual interpretación de la DT sobre el registro de los instrumentos suscritos por grupos de trabajadores, estos instrumentos no impiden que puedan negociar un instrumento colectivo con un sindicato.

Una modificación como la que se pretende por la propuesta constitucional de la Presidenta Bachelet elimina la posibilidad de negociar válidamente a aquellos trabajadores que deseen constituirse como un grupo negociador, ya que establecería que sólo sería un derecho de los trabajadores sindicalizados. La negociación colectiva no es un derecho de los trabajadores sindicalizados, sino de los trabajadores. Por último, con la modificación propuesta por Michelle Bachelet se permitiría, por medio de una ley, la negociación ramal toda vez que elimina la mención a “empresa”. Hacemos hincapié en esos puntos pues no los compartimos. Por el contrario, estimamos que es fundamental dar protección a este derecho a negociar, pero desde la óptica de los trabajadores, evitando dar preeminencia o protagonismo a las organizaciones sindicales por sobre los derechos de los trabajadores. Por lo mismo, la propuesta va en la dirección de mantener la negociación dentro de la empresa, que sea de los trabajadores y que se pueda ejercer también a través de grupos de trabajadores organizados para tal fin.

Sobre el **derecho a huelga**, éste se encuentra recogido en el inciso 5, del numeral 16 del artículo 19 de la CPR, de la siguiente forma: *“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 que sea su naturaleza, finalidad o función, 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. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso;”*.

Como veremos más adelante, el derecho a huelga es uno de los tres pilares (organizarse, derecho a negociar, y derecho a huelga) que sostienen el derecho de libertad sindical, que más que libertad, debe entenderse como un derecho social.

Ahora bien, se ha discutido latamente, en lo que respecta a la huelga, su consagración o no como derecho, ya que la Constitución, en su redacción actual, habla en términos negativos; esto es, la proscripción de la huelga respecto de ciertas personas y lugares donde trabajen. De esta manera, se ha interpretado que, al prohibirse respecto de algunos, debe entenderse que se encuentra permitido en otros casos y en los términos establecidos en la ley.

¹³ Esta discusión se produce a partir de la discusión de la actual Ley N° 20.940.

El proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet considera el reconocimiento expreso de derecho, sin perjuicio que se mantiene la redacción respecto de aquellos trabajadores y circunstancias en los que estaría proscrita la huelga.

Si bien podemos concordar con consagrar expresamente el derecho a huelga, a pesar de que la doctrina y jurisprudencia consideran que se encuentra actualmente recogido por nuestra Constitución, lo que queremos enfatizar es el adjetivo calificativo de “pacífica” a continuación de la frase “derecho a la huelga”. También, se incluyó a continuación de la frase “no podrán declararse en huelga” la frase “o paralizar sus funciones”, de forma que sea más amplio incluyendo toda conducta que importe paralizar o suspender funciones, ya que la huelga, en estricto rigor, se entiende como aquella paralización que se hace a propósito de una negociación. De igual forma, se vuelve a introducir la frase “a la economía del país”.

Respecto de la **libertad sindical**, está consagrada principalmente en el numeral 19° del artículo 19, y debe complementarse con el numeral 16°, que consagra el derecho a huelga y el derecho a negociar colectivamente, ambos considerados pilares fundamentales de este derecho.

“El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

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.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas;”

Es importante destacar que la libertad sindical es una garantía fundamental de los trabajadores y sus agrupaciones para poder organizarse y defender sus intereses comunes. Esta noción, evidentemente, considera todos sus atributos propios, tanto desde su plano individual como colectivo, que consisten en poder garantizar la constitución de los sindicatos, su autodeterminación, siendo sus pilares: organización, regulación, representación, negociación y huelga. El proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet reitera la redacción que actualmente existe en la CPR, sin perjuicio que elimina el inciso final. Nosotros consideramos, en cambio, que debe mantenerse, con algunas modificaciones. Primeramente, se acordó que debía mantenerse la referencia a la existencia de mecanismos que aseguren la autonomía sindical.

Como segundo punto, se consideró agregar la necesidad de consagrar los principios de transparencia en el funcionamiento y administración y efectiva democracia interna. Este punto, si bien es ciertamente conflictivo porque podría entenderse que se infringen los convenios 87 y 98 de la OIT, según lo señalado por el Comité de Libertad Sindical que establece que los Estados no pueden inmiscuirse en los asuntos internos de los sindicatos, nada se ha dicho sobre la transparencia en sí o el sometimiento a la ley electoral.

B) RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PROPUESTAS MÁS RELEVANTES EN LA MATERIA

- 1) Se mantiene la redacción actual de la garantía, esto es, que lo que se garantiza es la “libertad de trabajo”.**

- 2) Se propone **fortalecer la igualdad entre hombres y mujeres**, a propósito de la prohibición de discriminar en materia laboral (igualdad laboral).
- 3) Se **propone eliminar la “moral” como categoría para prohibir una determinada clase de trabajo**.
- 4) Se **propone mantener la negociación dentro de la empresa, que sea de los trabajadores y que se pueda ejercer también a través de grupos de trabajadores organizados para tal fin**. Es fundamental dar protección a este derecho a negociar, pero desde la óptica de los trabajadores, evitando dar preminencia o protagonismo a las organizaciones sindicales por sobre los derechos de los trabajadores.
- 5) Se **propone consagrar expresamente el derecho a huelga, a pesar de que la doctrina y jurisprudencia consideran que se encuentra actualmente recogido por nuestra Constitución. Se incluye el calificativo de “pacífica” a continuación de la frase “derecho a la huelga”**.
- 6) Se **mantiene la prohibición de los funcionarios públicos de declararse en huelga y se agrega “o paralizar sus funciones”, de forma que sea más amplio, considerando toda conducta que importe paralizar o suspender funciones**, ya que la huelga, en estricto rigor, se entiende como aquella paralización que se hace a propósito de una negociación.
- 7) Se **propone agregar, a propósito del derecho de sindicalización, la necesidad de consagrar los principios de transparencia en el funcionamiento y administración y efectiva democracia interna de los sindicatos**.

C) **PROPUESTAS CONCRETAS DE ARTICULADO**

Hacemos presente que sólo para efectos de conveniencia, se mantiene la enumeración de la Constitución actual:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

No. 16.- La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, especialmente entre hombres y mujeres, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben

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

El derecho de los trabajadores a la negociación colectiva con la empresa en que laboren esté o no sindicalizado, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar.

Con todo, la negociación colectiva no afectará el derecho de cada trabajador para acordar individualmente sus condiciones de trabajo, en razón de su idoneidad y/o capacidad personal.

La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos, cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No. 17.- El derecho a la huelga pacífica dentro de la negociación colectiva de conformidad a la ley. No podrán declararse en huelga ni paralizar sus funciones 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, 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. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

No. 19.- El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

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.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones para el cumplimiento de sus fines con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece; la transparencia en su financiamiento y administración y una efectiva democracia interna. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas.

3.5 SOBRE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (“DESC”)

A) FUNDAMENTOS Y LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LAS PROPUESTAS

Los DESC, como todo derecho fundamental, emanan y tienen por objeto de protección la igual dignidad de todas las personas, posibilitando un ejercicio material de los derechos de primera generación (libertades clásicas) y una auténtica igualdad de oportunidades.

Los DESC que suponen prestaciones materiales para su goce y ejercicio. Estas prestaciones se otorgan y son exigibles, de acuerdo con las condiciones fijadas por la ley, la cual dispone en el marco de los recursos disponibles. Ejemplos: derecho al trabajo, derecho a la educación, derecho a prestaciones de salud.

Su configuración corresponde al legislador, ya que la deliberación política es la llamada a articular la multiplicidad de demandas sociales con la disponibilidad de recursos fiscales. Son derechos de logro progresivo, de avance gradual y respecto de los cuales opera el principio de no retroceso.

Por su parte, en nuestra propuesta resulta fundamental que los DESC admitan una provisión mixta, esto es que tanto el Estado como los particulares puedan participar en la provisión de estos bienes respetando las regulaciones aplicables al efecto. Ello porque a nuestro buen saber y entender el principio de servicialidad del Estado, en que éste se pone al servicio de las personas, obliga a hacer disponibles a éstas todas las alternativas posibles, actuando dentro del marco jurídico establecido.

¿Cómo se reclaman los DESC?

Los derechos de primera generación se reclaman en Chile vía recurso de protección, entregando a los tribunales la posibilidad de interpretarlos y aplicarlos directamente, sin necesidad de una ley que regule el derecho, y de haberla, sin que los tribunales queden plenamente sometidos a ella. En el caso de los derechos de primera generación, lo que se reclama es una intromisión indebida o un tratamiento injusto por la parte del Estado. Así, la calificación y evaluación de la pertinencia o impertinencia de dicha intromisión es un asunto judicial, aplicando directamente la Constitución. Por ende, el juez, impelido por un recurso de protección, deberá pronunciarse al respecto.

En cambio, los derechos de segunda generación son de configuración legal. Su reconocimiento constitucional importa un mandato vinculante al legislador para pormenorizar y concretizar su protección, respetando siempre su núcleo esencial. Así, es el legislador quién, en razón de la necesaria deliberación política que suponen las prestaciones sociales exigen, determina las obligaciones precisas que emanan de ellos. El juez aplica y hace exigible estos derechos de acuerdo a la configuración que ha otorgado el legislador.

Adicionalmente, existen deberes sociales del Estado que, sin ser DESC, también suponen la entrega de prestaciones materiales. Estos deberes no son directamente justiciables, sino que sirven de criterios inspiradores, interpretativos y evaluadores de la acción del Estado.

B) RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PROPUESTAS MÁS RELEVANTES EN LA MATERIA

- 1) Derecho a la protección de la salud (actual artículo 19 N°9).** La Constitución vigente le asigna la definición del contenido prestacional del derecho a la protección de la salud al legislador, principalmente en un esquema de mínimos (o prestaciones básicas), que deben ser garantizadas. Esa lógica ha entrado en tensión con las decisiones de los tribunales de justicia en casos concretos. Ese punto requiere revisión, de manera de garantizar

constitucionalmente que las determinaciones del legislador son las que fijan los contenidos de las prestaciones a que se tiene derecho. Otra cosa no sólo perjudica el diseño de políticas públicas, sino que puede generar un problema fiscal y económico muy grave. Para garantizar lo señalado sería necesario agregar en el texto una referencia expresa a que la determinación de las prestaciones a que se tendrá acceso en virtud de ellos corresponderá exclusivamente al legislador.

- 2) **Derecho a la seguridad social (actual artículo 19 N°18).** Se agrega en el texto una referencia expresa a que la determinación de las prestaciones a que se tendrá acceso en virtud de ellos corresponderá exclusivamente al legislador.
- 3) **Nuevo derecho: derecho de acceso a la vivienda.** Se propone incorporar el derecho de acceso a la vivienda. Se agrega en el texto una referencia expresa a que la determinación de las prestaciones a que se tendrá acceso en virtud de este derecho corresponderá exclusivamente al legislador.
- 4) **Nuevo derecho: derecho al sustento alimenticio.** Se propone incorporar el derecho al sustento alimenticio. Se agrega en el texto una referencia expresa a que la determinación de las prestaciones a que se tendrá acceso en virtud de ellos corresponderá exclusivamente al legislador.
- 5) **Nuevo artículo que se pronuncia sobre la justiciabilidad de los DESC:**
 - a. Los DESC deben ser configurados por el legislador, quien determinará sus contenidos, límites y modalidades de cumplimiento.
 - b. El legislador debe establecer un recurso especial de tutela para asegurar la efectiva protección de las obligaciones emanadas de los DESC. Conocimiento en primera instancia por parte de la Corte de Apelaciones y en segunda instancia por la Corte Suprema, considerando las restricciones presupuestarias y la no regresividad de los derechos.
 - c. Recurso ante el Tribunal Constitucional para aquellos casos en que el Congreso no cumpla con la obligación de configuración legal de los derechos.

C) PROPUESTAS CONCRETAS DE ARTICULADO

Para efectos de conveniencia, se mantiene la enumeración de artículos de la Constitución actual.

Artículo 19.- *La Constitución asegura a todas las personas:*

No. XX [actual 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.

La determinación de todo lo relativo a las prestaciones que se podrán exigir en virtud de este derecho y a la forma en que ellas se financiarán, corresponderá exclusivamente al Legislador.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

No. XX [actual 18º]. El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quorum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

La determinación de todo lo relativo a las prestaciones que se podrán exigir en virtud de este derecho y a la forma en que ellas se financiarán, corresponderá exclusivamente al legislador.

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

No. XX [Nuevo]. El derecho a acceder a una vivienda digna según se establezca en la ley.

El Estado será responsable de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas aplicables para hacer efectivo este derecho, sea que éste se otorgue a través de instituciones públicas o privadas.

La determinación de todo lo relativo a las prestaciones que se podrán exigir en virtud de este derecho y a la forma en que ellas se financiarán, corresponderá exclusivamente al legislador.

No. XX [Nuevo]. El derecho al sustento alimenticio según se establezca en la ley.

El Estado será responsable de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas aplicables para hacer efectivo este derecho, sea que éste se otorgue a través de instituciones públicas o privadas.

La determinación de todo lo relativo a las prestaciones que se podrán exigir en virtud de este derecho y a la forma en que ellas se financiarán, corresponderá exclusivamente al legislador.

Artículo XX [Actual 20].- 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, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º 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.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, 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.

Artículo XX [Nuevo]. *Los derechos reconocidos en los numerales [SE REFIERE A LOS DESC] del artículo 19, serán configurados por el legislador, quien determinará sus contenidos, límites y modalidades de cumplimiento.*

El legislador deberá establecer un recurso especial de tutela para asegurar la efectiva protección de las obligaciones emanadas de estos derechos, según hayan sido identificadas en la ley. Este recurso será de conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva en primera instancia, y de la Corte Suprema en segunda instancia. Los tribunales de justicia, al conocer de estos recursos, deberán dar debida consideración a las restricciones presupuestarias del Estado, así como al principio de no regresividad de los derechos.

Si el legislador no cumple con la obligación de configuración legal de derechos contenida en el inciso primero, en el plazo de 2 años a contar de la publicación de esta Constitución, cualquier persona podrá recurrir al Tribunal Constitucional para que declare que el Presidente, o el Congreso Nacional en su caso, han incurrido en una omisión constitucional inexcusable.

3.6 SOBRE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

A) FUNDAMENTO Y LINEAMIENTOS CONCEPTUALES DE LAS PROPUESTAS

La Constitución fue innovadora al incorporar en el catálogo de derechos garantizables, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. A lo largo de estos 40 años de vigencia de la Constitución se ha avanzado en la consolidación de una verdadera institucionalidad ambiental (Superintendencia y tribunales ambientales). Sin embargo, la norma constitucional, en esta materia se ha mantenido casi inalterable.

La tarea es lograr un desarrollo humano y que sea sustentable, es decir, el que permita el progreso como un proceso continuo, pero con respeto a la naturaleza, en especial sus recursos no renovables. Ahora bien, cualquier reforma no puede perder de vista que el derecho ambiental se vincula estrechamente con el desarrollo del ser humano, debido a que el ecosistema es un pilar esencial que crea el desarrollo de factores físicos, químicos y biológicos por los que el hombre y la sociedad puedan desarrollarse en completa dignidad.

La Constitución actual regula el medio ambiente como una de las garantías que establece en favor de las personas. Esto es, para que todos los seres humanos que habitan en nuestro país puedan vivir en un entorno libre de contaminación. En tal sentido, no existe en el texto constitucional una regulación del concepto *medio ambiente*, ni tampoco una referencia a qué se debe comprender por éste, concepto que está definido legalmente en el artículo 2° letra II) de la Ley N°19.300, de 9 de marzo de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“**LBGMA**”). Pero lo que sí queda claro en la norma constitucional es que la tutela no está dada para protegerlo en cuanto tal, sino sólo en cuanto es el *entorno que permite el desarrollo de la vida de los seres humanos*. No se consagra el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él y, nuevamente, debemos

recurrir al desarrollo legislativo de la garantía para determinar qué se entiende por tal. En ese sentido, el artículo 2° letra m) de la Ley N° 19.300. Esa norma pone de relieve que el derecho garantizado por la Constitución tiene un contenido netamente antropocéntrico: sus titulares son los hombres y mujeres («todas las personas» dice el artículo 19 en su encabezamiento). En este sentido, la Constitución conceptualiza y disciplina la tutela del medio ambiente sólo en un aspecto muy particular del mismo: como elemento indispensable para el desarrollo de la vida humana. Esta misma visión se plasma en la LBGMA al desarrollar la garantía constitucional e incorporar otros instrumentos de protección ambiental.

En síntesis, en el texto constitucional, en palabras de Vásquez, "el medio ambiente es considerado como el entorno de desarrollo del ser humano y es funcional a éste y, por lo tanto, en ello radica su valor y su necesaria protección como bien jurídico"¹⁴, protección que es restringida únicamente a la persona humana, lo que se manifiesta en los distintos instrumentos de gestión de la LBGMA.

Nos parece que es jurídicamente apropiado mantener la garantía con la redacción actual, por los siguientes argumentos:

(a) El texto constitucional deja al legislador la concreción del concepto medio ambiente, lo que en nuestro ordenamiento jurídico ocurre con la LBGMA. En este sentido, considerando que la LBGMA es una ley de bases en virtud de la cual se han dictado otras disposiciones legales y reglamentarias, y cuyas normas poseen una asentada tradición jurisprudencial y doctrinaria, el mantenimiento de la garantía en estos términos permitiría evitar inconsistencias, contradicciones y antinomias insolubles del ordenamiento¹⁵.

Como contra partida, un cambio en sus términos podría ocasionar disonancias en distintos sectores normativos ambientales debido a derogaciones tácitas o a posibles interpretaciones contra la Constitución.

(b) La garantía actual consagra el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, y no a un ambiente absolutamente incontaminado o libre de toda contaminación. De esta forma, la norma constitucional otorga coherencia a los instrumentos de gestión ambiental, particularmente a la dictación de normas de calidad, que serán el instrumento que defina cuándo hay contaminación en un componente.

En este sentido, siendo la contaminación un fenómeno mutable cuya fijación dependerá del estado del arte y del avance de la ciencia, no es posible "petrificarlo" en un cuerpo normativo ni menos en la Constitución.

Nuestra Constitución vigente tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres («todas las personas» dice el artículo 19 en su encabezamiento), lo que

¹⁴ Vásquez Márquez, José Ignacio, "Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental", en *Revista de Derecho Público*, N°80, (2014), p. 154.

¹⁵ LBGMA, artículo 1°, "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia."

sistemáticamente se encuentra en coherencia con los principios de primacía de la persona humana y Servicialidad del Estado que inspiran a nuestra Carta Fundamental.

Sin perjuicio de lo anterior, con el objeto de reforzar el carácter antropocéntrico de la garantía, dejando de lado los intentos por extenderla a la colectividad toda, las futuras generaciones, a la protección del medio ambiente *per se*, proponemos incluir un texto en tal sentido en el Capítulo I de la Constitución sobre “Bases de la institucionalidad”.

Finalmente, nuestra Constitución consagra, en su artículo 20 inciso 2°, un recurso de protección “especial” para tutelar la garantía. Así, se prescribe que: *“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, 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”*¹⁶.

En consecuencia, la Constitución consagra una acción cautelar destinada a reestablecer el imperio del derecho, cuando una persona sufra una afectación a su específico medio ambiente o dicho de otra manera, cuando afecte un derecho suyo o un interés jurídicamente tutelado vinculado al medio ambiente en donde desarrolla su vida.

En este sentido, el recurso de protección en materia ambiental tiene una procedencia más restringida, en relación con el que tutela la afectación a las otras garantías constitucionales.

B) RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PROPUESTAS MÁS RELEVANTES EN LA MATERIA

- 1) Agregar, como deber del Estado, a nivel de las Bases de la Institucionalidad, la protección del medio ambiente y el promover el desarrollo sostenible**
- 2) teniendo como centro y finalidad el bienestar de los seres humanos y con pleno respeto a las garantías que la Constitución establece.**
- 3) En materia de derechos y deberes Constitucionales (Capítulo III)**
 - a) Se mantiene la redacción del actual artículo 19 N° 8, tal y como lo hace la propuesta de nueva Constitución de Michelle Bachelet.**
 - b) No obstante, se propone precisar la legitimación activa del recurso de protección en materia ambiental, reelaborando la redacción actual.**

C) PROPUESTAS CONCRETAS DE ARTICULADO

En esta sección nos remitimos a lo ya expresado en el acápite de la Idea de Derecho o de Bases de la Institucionalidad, las que reproducimos no obstante y en lo pertinente, por razones de conveniencia.

¹⁶ Esa norma fue modificada en su redacción original, mediante la Ley N°20.50 de 2005.

Capítulo I Bases de la Institucionalidad (Idea de Derecho)

Artículo 2.- El Estado está al servicio del ser humano y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

*El Estado reconoce, ampara y promueve a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza **la autonomía** para cumplir sus propios fines específicos, conforme a lo establecido en esta Constitución.*

Es deber del Estado resguardar la seguridad de la Nación, dar protección a su población y a la familia, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, así como asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Asimismo, es deber del Estado promover la igualdad de derechos y dignidad entre mujeres y hombres, evitando toda forma de violencia, abuso o discriminación arbitraria.

Es también deber del Estado proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible, teniendo como centro y finalidad el bienestar de los seres humanos y con pleno respeto a las garantías que esta Constitución establece.

Capítulo III De los Derechos y Deberes Constitucionales

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

No. XX [Actual 8º].- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Artículo 20º[Actual].- 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, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º 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.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando una persona natural vea afectado directamente su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, y siempre que la cuestión no haya sido entregada al conocimiento y juzgamiento, por cualquier vía, a tribunales ambientales.