



**LOS DERECHOS HUMANOS COMO MARCO REFERENCIAL OBLIGATORIO
DE LA NUEVA CONSTITUCION**

- Octubre 2021 -

Presentación

La Comisión Chilena de Derechos Humanos ha promovido desde su creación, una sociedad democrática fundada en el respeto y garantía de los Derechos Humanos, y para tal efecto, desde hace ya varios años, venimos planteando que es necesario recuperar la soberanía popular que nos fuera arrebatada el 11 de septiembre del 73, y avanzar hacia un proceso constituyente que culmine con una nueva Constitución redactada entre todos y todas, a través del ejercicio del derecho de libre determinación que establece el artículo 1° homónimo de ambos pactos complementarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Hoy, en virtud del inédito proceso constituyente en curso, la Convención Constitucional tiene la oportunidad histórica de poner al día al Estado de Chile en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos.

Es por ello que la nueva Constitución debe tener como marco referencial obligatorio a los derechos humanos, que están consagrados en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por el Estado de Chile y, por lo tanto, son vinculantes para todos los órganos y poderes del estado. Siendo la convención constitucional un órgano del Estado, encargado de redactar el nuevo texto constitucional, ninguna disposición del nuevo texto puede vulnerar o desconocer las normas contenidas en dichos instrumentos internacionales de derechos humanos. Si lo hace, el Estado de Chile incurrirá en responsabilidad internacional.

Con el objeto de contribuir a esta importante tarea, ponemos a disposición de cada uno de los integrantes de la Convención Constitucional, el presente documento que contiene en primer término, los fundamentos jurídicos y normativos de porqué los derechos humanos y su protección deben ser el eje central del nuevo texto constitucional. Culmina esta primera parte, con una propuesta de una nueva norma constitucional de recepción de los tratados internacionales de derechos humanos, que contempla la obligación por parte de los diversos órganos y poderes del Estado, de respetar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado de Chile.

En la segunda parte, abordamos la libertad de expresión y el derecho a la comunicación, pilar fundamental de la nueva convivencia democrática a la que aspiramos y proponemos un texto para su debida consagración y protección constitucional.

Seguidamente, planteamos la obligación en torno a que el nuevo texto constitucional incorpore la perspectiva de género junto con relevar los derechos de los pueblos indígenas y los fundamentos normativos del deber de consagrarlos constitucionalmente.

La tercera parte, plantea propuestas en el ámbito de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales, y los fundamentos normativos para su debida garantía y protección constitucional.

Se aborda el Derecho a la Salud como derecho social específico, y muy especialmente, el derecho a la salud mental, con propuestas concretas de su tratamiento constitucional

Respecto de los derechos culturales, se hace un análisis exhaustivo de los fundamentos y obligaciones normativas en esta materia, y se hacen importantes propuestas para su consagración constitucional.

La cuarta parte se hace cargo de obligaciones incumplidas por parte del Estado post dictatorial en materia de garantías de no repetición, proponiendo criterios que permitan sentar las bases de un nuevo tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas y el Poder Judicial, con enfoque de derechos humanos.

La última parte, propone una nueva institucionalidad de derechos humanos que permita la debida protección de los ciudadanos frente a los eventuales violaciones a los derechos humanos y abusos por parte del Estado, y propone mecanismos de participación ciudadana que permitan un ejercicio más directo de la soberanía popular en la toma de decisiones y un mejor control de quienes detentan el Poder.

Esperamos que este conjunto de insumos, que ponemos a disposición de la Convención Constitucional, contribuya a cumplir el mayoritario anhelo de todos quienes habitan nuestro territorio, de contar con un nuevo texto constitucional que sienta las bases de una nueva convivencia democrática fundada en el respeto y garantía de los derechos humanos.

COMISION CHILENA DE DRECHOS HUMANOS

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Introducción

El proceso de elaboración de una nueva Constitución para nuestro país, para que sea profundamente democrática y fundada en el respeto y la protección de los derechos humanos, no partirá de “0” o de una “hoja en blanco” en este ámbito.

Por cierto, no deberá tener como punto de partida la actual Constitución impuesta por la dictadura en 1980, incluidas sus reformas, pues los principios en que aquélla se sustenta son ajenos a los intereses de las grandes mayorías, las que hoy sí tienen la posibilidad histórica de incidir en la conformación de una nueva estructura de sociedad y de convivencia nacional, más justa y democrática fundada en el respeto y garantía de los derechos fundamentales de todos los habitantes de Chile, tanto de las actuales como de las futuras generaciones.

Sostenemos que este proceso y la nueva Constitución que del mismo surja deberán tener como punto de partida y marco referencial obligatorio, el respeto irrestricto de los derechos humanos consagrados, a lo largo de la historia, tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de protección de tales derechos.

PRIMERA PARTE

I.- El respeto y la protección de los derechos humanos como fundamento central de la nueva Constitución

El respeto de tales derechos no es una cuestión opcional para el Estado de Chile, que pudiera consagrar o no en el texto de la nueva Constitución. Por el contrario, existen obligaciones internacionales ineludibles que se imponen al Estado y que emanan de las siguientes fuentes:

- a) Los tratados de derechos humanos, generales y especializados, ratificados por Chile, que consagran catálogos de derechos y mecanismos de protección y supervisión, a los cuales el Estado se encuentra voluntariamente sometido y, en algunos casos, sin posibilidad de retirarse de los mismos por no contener cláusulas de denuncia, como ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- b) Los principios generales de derecho, especialmente aquellos recogidos en resoluciones de carácter universal emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas que vinculan a los Estados miembros de esta organización internacional, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otras.

c) La Costumbre internacional en materia de derechos humanos que consagra normas jurídicas obligatorias para todos los Estados y refleja, asimismo, la jurisprudencia desarrollada por diversos tribunales internacionales en esta materia.

Las mencionadas fuentes (tratados, principios generales y costumbre internacional) incluyen, por cierto, las denominadas “normas de ius cogens”, que son aquellas normas imperativas del derecho internacional general que no admiten acuerdo en contrario, so pena de nulidad, como es el caso en el ámbito de los derechos humanos de la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, entre otras muchas normas de este carácter. Le corresponderá al legislador establecer el procedimiento aplicable al recurso de nulidad.

II.- El respeto y la protección de los derechos humanos como deber de todos los Poderes y órganos del Estado

Sostener que la nueva Constitución deberá tener como punto de partida el respeto irrestricto de los derechos humanos, significa que su texto deberá estar permeado de esta idea matriz desde el preámbulo en adelante.

Pensamos no solamente en el capítulo tradicionalmente dedicado a los “derechos constitucionales” que, ciertamente, deberá recoger el catálogo más amplio posible de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, individuales y colectivos, así como establecer garantías efectivas de protección y también de reparación para cuando se produzca una violación de tales derechos.

Pensamos igualmente en la consagración del deber de respetar tales derechos, en sus respectivos ámbitos de competencia, por parte de todos los Poderes del Estado y de todos los órganos que regule la nueva Constitución, estableciendo un principio general que contemple sanciones (como la nulidad), para aquellos actos emanados del Estado que se dicten violando los derechos fundamentales de las personas.

III.- La jerarquía superior de los derechos humanos en la nueva Constitución

Asimismo, pensamos que deberá incorporarse en el texto constitucional una norma imperativa en relación a la jerarquía de los tratados de derechos humanos frente al ordenamiento jurídico nacional, incluida la propia Constitución, que sea más clara y precisa que el actual inciso segundo del Artículo 5° de la Constitución en vigor.

En este sentido, se hace indispensable consagrar expresamente la jerarquía suprallegal y también supraconstitucional de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, así como la supremacía de todas las normas de derechos humanos contempladas en otras fuentes del derecho internacional vinculantes para Chile (costumbre internacional y principios generales de derecho, de conformidad con lo previsto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

IV. Recepción constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos

Para los efectos que todos los Órganos y Poderes del Estado, tengan la obligación de respetar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado de Chile, proponemos se incorpore la siguiente norma al nuevo texto constitucional:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos humanos en cuanto atributos que derivan de la dignidad humana”.

“Los derechos fundamentales en sus atributos y sus garantías asegurados por la Constitución y por tratados internacionales ratificados y vigentes, o por otras fuentes obligatorias del derecho internacional aplicables, tienen fuerza normativa constitucional y aplicación preferente en el orden interno, teniendo siempre la obligación jurídica todos los Poderes del Estado y demás órganos, autoridades y funcionarios del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, de respetar, asegurar, garantizar y promover, el goce y ejercicio irrenunciable de tales derechos a toda persona sin discriminación, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad y pro persona conforme a aquella norma jurídica que mejor proteja su goce y ejercicio o que implique una menor restricción, otorgándoles aplicación directa e inmediata. Será obligación del Estado adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias con este objeto, sin perjuicio de la exigibilidad de los derechos conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

“Los derechos y garantías asegurados por la Constitución se interpretarán siempre de conformidad con los estándares determinados por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, así como por sus órganos jurisdiccionales de interpretación y aplicación”.

“Las sentencias pronunciadas por los tribunales internacionales de derechos humanos, cuya competencia haya sido reconocida por la República de Chile, serán cumplidas en el ordenamiento interno de la forma que la Corte Suprema, reunida en pleno, determine. Para tal efecto, la Corte Suprema ordenará, en cada caso, las medidas que corresponda”.

“Lo anterior se entiende sin perjuicio de aquellas medidas de carácter administrativo que corresponda a los órganos del Poder Ejecutivo aplicar directamente”.

SEGUNDA PARTE

I.- LIBERTAD DE EXPRESION Y DERECHO A LA COMUNICACION

Una sociedad democrática se fundamenta en la existencia y garantía real de la libertad de expresión, tal como está concebida en la normativa internacional de derechos humanos, especialmente en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de las personas, son fundamentales para toda la sociedad y constituyen la piedra angular de las sociedades democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar opiniones.

La CIDH, a través de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, explicitó el carácter colectivo de los derechos asociados a la comunicación, de modo que -conforme al sistema internacional- la libertad de expresión comprende el derecho de todas las personas no sólo a buscar y recibir información y opinión plural, sino también a difundirla por cualquier medio de expresión, sin discriminaciones ni sujeción a limitaciones económicas, ideológicas o culturales.

El derecho a no ser molestado a causa de las opiniones no admite excepción ni restricción alguna. Nadie puede ver conculcados los derechos que le reconocen los Pactos Internacionales, en razón de las opiniones que haya expresado o le sean atribuidas o supuestas. Deben quedar así protegidas, todas las formas de opinión, como las de índole política, científica, histórica, artística, moral o religiosa.

Los deberes y responsabilidades especiales que el derecho a la libertad de expresión entraña y las restricciones que a su ejercicio puedan imponerse, deben ceñirse a las normas de los Pactos Internacionales sobre la materia y en caso alguno, pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha recordado que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse. Ha señalado, también, que conforme a las disposiciones del párrafo 1 del art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. En este sentido, el Estado debe tener un importante rol en el resguardo de la dimensión individual y colectiva de estas garantías, del pluralismo informativo y del acceso equitativo a los medios de comunicación de la más amplia diversidad social.

Según la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, todo tipo de concentración en el ámbito de los medios de comunicación, atenta contra el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El problema de la concentración mediática, vertical como horizontal, así como la propiedad cruzada, son entendidas como problemas que inciden en el pluralismo informativo y afectan la democracia.

Asimismo, las libertades de opinión y de expresión se relacionan con el pleno goce de una amplia gama de otros derechos humanos.

La libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas, esenciales -a su vez- para la promoción y protección de los Derechos Humanos.

El Estado de Chile tiene la obligación de asegurarse que su legislación interna haga efectivos los derechos conferidos en los instrumentos que conforman el sistema internacional de los Derechos Humanos (art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La obligación de respetar estas libertades es vinculante para el Estado de Chile y la vulneración de ellas puede dar lugar a su responsabilidad.

La libertad de expresión y de opinión, así como el acceso libre a la información, en todas sus formas y manifestaciones, es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

La libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información.

El derecho a la comunicación constituye un derecho inalienable e inherente a todas las personas y requisito básico para su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.

Propuesta de texto constitucional

La Libertad de Expresión. Este derecho comprende la libertad de emitir opiniones e ideas de toda índole, la libertad de creación y difusión de las artes y las de informar y comunicar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin consideración de fronteras, con pleno respeto a los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados y vigentes, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La libertad de información y de comunicación comprende el derecho a buscar informaciones, acceder a la información pública, recibir y difundir ideas e informaciones de relevancia pública y veraces, en forma oportuna y plural.

La ley prohibirá y sancionará como delito de toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El Estado, las instituciones públicas y privadas, así como toda persona natural o jurídica, tiene el derecho a fundar, operar, mantener o participar en el desarrollo de medios de comunicación social, en las condiciones que señale la ley, garantizando el pluralismo de medios de comunicación social en sus diversas especies y prohibiendo todo monopolio u oligopolio estatal o privado sobre los medios de comunicación tanto en la propiedad, como en el financiamiento y control de los medios de comunicación social, como cualquier otra forma de impedir o restringir la libre concurrencia de los medios de comunicación social.

Toda la información relativa a la administración, dirección y propiedad total o parcial de cualquier medio de comunicación e información será de carácter público y deberá estar a disposición de cualquier persona.

La ley determinará y regulará las obligaciones de transparencia, así como las medidas de prevención, control y sanciones, para evitar la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las mismas condiciones que la comunicación ofensiva o injusta, además de las que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Existirá un Consejo Nacional de Medios de comunicación social, autónomo y con personalidad jurídica de derecho público, representativo de los diversos tipos de medios, conforme a la ley, encargado de velar por el correcto funcionamiento de todos los medios de comunicación social, públicos o privados, de cobertura nacional, regional, local o territorial, independientemente de su soporte. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La Constitución asegura y garantiza la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, la que se desarrollará por el legislador. La ley establecerá un sistema de regulación para la calificación de la exhibición cinematográfica.

II.- NUEVA CONSTITUCION Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Una sociedad democrática no es realmente tal, sin la presencia y participación de las mujeres en todos sus espacios, tanto públicos y políticos de los cuales han sido históricamente marginadas por el sistema patriarcal imperante, el cual ha posicionado a la mujer únicamente dentro del ámbito privado de la vida, y le ha impuesto el rol exclusivo del cuidado del hogar y de los hijos. Este sistema permea todas las instituciones que nos rigen, entre ellas el Derecho. Es así como la máxima según la cual el Derecho tiene como características fundamentales ser neutro y racional se desploma, pues es evidente la contribución que éste ha tenido para la perpetuación de un modelo asimétrico de dominación que desfavorece principalmente a las mujeres y a las “minorías”, tales como las diversidades sexuales, los pueblos indígenas, los niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Desde la Comisión Chilena de Derechos Humanos sostenemos que el Derecho no es neutro, al contrario, ha sido construido por y para los hombres hegemónicos, y es deber de quienes se encuentran en el proceso de elaboración de la nueva Constitución, visibilizar este problema y atacarlo, para dar lugar a la creación de normas que no privilegien sólo a un grupo de la sociedad, sino que garanticen la igualdad legal y fáctica de todas las personas.

Desde el año 2018, hemos notado una intensificación de las demandas de género, proclamadas tanto por las mujeres como por las disidencias, lo que se ha reflejado en la exacerbada participación de las ciudadanas, ciudadanos y ciudadanes en las grandes marchas realizadas contra el sexismo y la violencia de género, junto con el aumento de intervenciones artísticas y políticas, y con las tomas de distintas casas universitarias de estudio a lo largo del país, de las cuales se logró obtener las garantías mínimas que mujeres y disidencias requerían frente a situaciones de acoso y discriminación. Todo esto fue posible por el aumento en la organización y participación ciudadana, dirigiendo la lucha contra la cultura machista, y alzando voces que nunca más podrán ser silenciadas.

En este sentido, en pos de reconocer la realidad social mencionada, es que el nuevo texto constitucional que va a regir en nuestro país, debe ser construido en base a una perspectiva de género, lo que nos significará vivir en una sociedad igualitaria, libre de discriminación, en la cual todas las personas tendrán las mismas bases para el libre desarrollo de su personalidad.

Lenguaje no binario

El lenguaje construye realidades. Éste se ha utilizado a lo largo de la historia para invisibilizar a ciertos grupos de la sociedad, como las mujeres y las disidencias que no se identifican con las categorías binarias. Así es como cada vez que se utilizan palabras “masculinas” para hacer referencia a grupos de personas, se excluye de la narrativa al resto de la población. Es por ello que desde la Comisión Chilena de Derechos Humanos proponemos que la nueva constitución sea pensada y redactada con un lenguaje no binario, es decir, sin privilegio de lo

masculino y de lo femenino. Para esto se pueden utilizar términos como “las personas”, “la humanidad”.

Por ejemplo, en el Capítulo II de la Constitución Política de la República sobre nacionalidad y ciudadanía, en su artículo 10, se establece que “son chilenos”. A modo de adaptar el lenguaje, aquel inciso podría establecer “son personas chilenas”, y de esta forma no se excluye a nadie.

Principios rectores

Los principios rectores son aquellos que se encuentran en las bases de la institucionalidad establecidas en la Carta Fundamental del país, y que van a orientar la institucionalidad del Estado. Tales principios son la igualdad, no-discriminación, libertad, dignidad, autonomía, solidaridad, pluralismo, paridad, inclusión, igualdad de género, entre otros. Para ello, uno de los objetivos principales es que el Estado garantice la efectiva realización de estos principios, sea tanto en la elaboración de normas como en el comportamiento de las instituciones chilenas, y para ello ha de comprometerse con generar las condiciones necesarias para su efectividad, adquiriendo deberes concretos, como el reconocimiento del trabajo doméstico y garantizar la protección a todas las formas de familia, sumado a la adopción de medidas positivas para las comunidades históricamente discriminadas. De esta forma, se logra desarrollar una verdadera sociedad democrática, donde no hay lugar a la exclusión de las personas por cualquier característica y condición que le pertenezca.

Entre los principios rectores con un enfoque de género, se encuentran:

Principio de Igualdad y no discriminación, que asegure la igualdad fáctica de todas las realidades sociales existentes, para lo cual el artículo primero de la constitución no se ha demostrado como suficiente. La discriminación contra las mujeres y las diversidades sexuales es una discriminación estructural y sistémica, impregnada en el fondo de las instituciones sociales que nos rigen.

Esto se refleja la invisibilización de los logros de esta parte importante de la comunidad, y se ha utilizado como obstáculo para lograr asentarse en puestos de poder. No obstante, la discriminación sistémica significa que las mujeres y minorías la sufren en todos los ámbitos de sus vidas, y existen patrones de exclusión que se guían según los roles determinados y adoptados por la cisheteronormatividad. Esto silencia e inmoviliza a quienes no les corresponde el privilegio de actuar libremente.

Siguiendo la línea, la discriminación es también estructural, pues se concentra en una estructura patriarcal que ejerce su dominación en contra de las mujeres y toda disidencia que no quepa en los márgenes establecidos por el sistema. Por lo mismo es más difícil de desarticular, y se intensifica en la intersección con otras “categorías” como el ser mujer y ser indígena, ser mujer y ser lesbiana, ser mujer y ser migrante, entre otras.

Además, este principio no deberá significar la determinación de la discriminación como una actividad arbitraria, que surge del mero capricho.

Principio de Acción Positiva, lo que implica la implementación activa de medidas correctivas para generar un ambiente en que se desarrolle la igualdad de oportunidades en todos los espacios, tanto políticos, como económicos y culturales, para las mujeres, los hombres y las disidencias.

Principio de Inclusión, en relación al uso de un lenguaje no sexista ni binario, y que resulte inclusivo para la diversidad de comunidades.

Principio de Paridad, asegurando la participación equitativa de hombre, mujeres y otros, en los ámbitos públicos y privados.

Tratados Internacionales de derechos humanos

Los principales instrumentos internacionales que deben tenerse en consideración al momento de redactar la Nueva Constitución con perspectiva de Género, son:

Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y protocolo facultativo (1999).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará).

Principios de Yogyakarta

La Perspectiva de Género juega un papel fundamental en la construcción de la Nueva Constitución, y es un criterio elemental para forjar una sociedad en la cual la violencia no sea el camino que tomemos para desarrollarnos en conjunto. Es sabido que la discriminación por motivos de género ha sido uno de los pilares que ha mantenido firme la estructura patriarcal de una sociedad machista y androcentrista, y con esto ha sido un obstáculo inmovilizador para el desarrollo personal de, por lo menos, la mitad de las personas que integran la comunidad entera. Pero ahora tenemos la oportunidad de hacer el cambio, de manera que todos, todas y todes vivamos en una sociedad más justa, democrática y libre de violencia.

Durante muchos años, las mujeres y las disidencias vienen luchando para obtener un reconocimiento formal de sus derechos en nuestro país, y hemos podido notar cómo la ausencia de ellos en la actual Constitución afecta gravemente su dignidad, e incluso su integridad física y psíquica. Además, su incorporación en la Carta Fundamental significará un cambio relevante contra la estructura patriarcal que nos rige, de esta forma podremos empezar a desarrollar un país libre de discriminación por género, sexo e identidad. Por lo mismo, es de suma importancia que la Nueva Constitución consagre los derechos humanos de las

mujeres para que éstos sean protegidos por las garantías correspondientes mediante los mecanismos que sean estipulados para su efecto.

Pese a que el artículo primero de la Constitución vigente, establece la igualdad de derechos, esto no sucede así en la realidad; debemos tener en cuenta la violencia que históricamente han sufrido las mujeres, y considerar que el peso de toda esa cantidad de años ha colaborado en mantener la situación de dominación y subordinación ejercida sobre ellas. Es decir, las mujeres y las disidencias llevan años y años de desventaja en todos los ámbitos donde deberían poder desenvolverse de manera equitativa a los hombres, y esto significa tener que alejarse de las meras formalidades y adoptar un verdadero compromiso en la protección de la protección de sus derechos.

Así, los derechos que debiera consagrar la Nueva Constitución son:

1.- Derecho a la salud sexual y reproductiva, que implica la libertad en el ejercicio de su sexualidad, el derecho a obtener información integral, completa y veraz, junto con la educación en sexualidad. Para el Estado, será obligación no intervenir en la vida privada de las mujeres y habilitar las condiciones para que puedan tomar decisiones de manera autónoma e informada.

2.- Derecho al cuidado sanitario, el que se relaciona con las condiciones sociales, culturales, etarias y económicas de la mujer, siendo las mujeres con mayor vulnerabilidad las que más sufren violencia contra su salud por el difícil acceso a esta. Será deber para el Estado garantizar el acceso a la salud para todas las mujeres y personas que no se reconozcan como tal ni como hombre.

3.- Derecho a la maternidad voluntaria, es un derecho que va de la mano con el derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva, y significa su libertad para decidir sobre su maternidad, siendo las únicas que pueden tomar decisiones sobre si quieren o no ser madres, y cómo y en qué momento hacerlo.

4.- Derecho a la igualdad y corresponsabilidad en las labores de cuidado y las responsabilidades familiares, lo que significará una disminución en la carga de trabajo de la mujer si así lo desease, y mejorará el ambiente para su desarrollo psíquico y personal.

5.- Derecho al reconocimiento de las diversas familias e iguales derechos para todas las familias, que implica eliminar la vigencia exclusiva de las familias con padres heterosexuales, y abre espacio para proteger a familias que en estos momentos no tienen iguales garantías en sus derechos.

6.- Derecho a vivir libre de violencia, que incluya un mandato a elaborar políticas públicas de prevención de la violencia de género, sanción y reparación a las víctimas.

7.- Derecho al trabajo y a la equidad salarial, que abre paso al reconocimiento formal del trabajo doméstico. Dentro de su contenido se deberá encontrar la igualdad salarial y el deber de terminar con las brechas existentes, el reconocimiento de la corresponsabilidad en labores domésticas y de cuidado, la promoción de la mujer en puestos de trabajo sin sesgos sexistas, y la incorporación de la seguridad social a las mujeres que realizan labores domésticas y trabajo sexual.

8.- Derecho a la Identidad de Género, el que se encuentra regulado actualmente en la Ley 21.120, pero que requiere ser implementado de forma expresa en la Constitución para que tenga mayores garantías que no sean solo una ley que permite el cambio registral de sexo.

III.- NUEVA CONSTITUCION Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Un pueblo soberano es aquel que genera su propia cultura, que ejerce el derecho de conocer sus raíces y las defiende resguardando y difundiendo sus expresiones culturales, tradiciones, lenguas, creencias, hábitos, creaciones y toda su diversidad presente en todas las dimensiones de la coexistencia.

Si entendemos que el poder supremo radica en el pueblo, que, a su vez, se nutre de diversas identidades que se sincretizan, en algunos casos, o se resguardan como propias de cada comunidad (pueblos indígenas, regiones, identidades de género, migrantes, entre otros), se deben establecer mecanismos y otorgar instrumentos que garanticen el respeto, cuidado y conservación de los patrimonios tangibles e intangibles de cada una de esas identidades existentes, permitiéndoles tutelar y normar dichas garantías de manera autónoma.

Chile tiene una deuda pendiente en ese sentido, pues en su Constitución Política actual, no incorpora reconocimiento alguno de los pueblos indígenas. En el marco del actual debate constitucional, urge abordar esa materia.

Se postula la interculturalidad garantizada por un Estado en que se reconozca Plurinacional

El reconocimiento de los pueblos indígenas en la Nueva Constitución, debe traducirse en una institucionalidad que garantice su derecho como Pueblo-Nación, el derecho al uso y enseñanza de sus lenguas e historia y la práctica de su cosmovisión, tanto en el sistema nacional de educación, en la institucionalidad cultural del Estado, así como en todos sus organismos de representación. La interculturalidad como principio favorece un diálogo intercultural igualitario, en el que se replantean los distintos poderes del Estado para responder a la realidad plurinacional, adecuando las estructuras a fin de que los pueblos y naciones puedan incidir. No se trata sólo de la constatación de la existencia de los pueblos indígenas o de la riqueza de la construcción cultural, sino de construir una nueva

forma de relación del Estado con los pueblos indígenas, desde la base de un trato entre iguales.

El Estado Plurinacional, a su vez, reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación.

De acuerdo a James Anaya, ex relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, la libre determinación o autodeterminación es fundamental desde una perspectiva de derechos humanos y, en ese sentido, indica que apunta a ideas de igualdad y libertad que permiten a las personas elegir las configuraciones políticas, sociales y económicas en que viven.

La propuesta de un Estado Plurinacional se ampara en algunos principios internacionales, que reconocen el derecho a que los pueblos determinen libremente su condición política y persigan libremente su desarrollo económico, social y cultural; la diversidad cultural como valor de la humanidad; la autoidentificación como criterio fundante de los pueblos indígenas; el derecho a la autonomía y el autogobierno; la igualdad y no discriminación.

Estos principios, están contenidos en:

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del año 1965, suscrita por Chile en 1971; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT (1989), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992); el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (1992); la Declaratoria del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (2005); la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007); la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013), la Proclamación del Decenio Internacional para los Afrodescendientes (ONU 2015-2024), y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA, 2016).

La autonomía también es otro concepto clave en la discusión constitucional. En el artículo 4 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se señala que los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

TERCERA PARTE

NUEVA CONSTITUCION Y DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES CULTURALES Y AMBIENTALES

I.- Rol del Estado y garantía de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales como Derechos Fundamentales Efectivos

A.- Los principios rectores

1.- Hacia un Estado democrático de Derecho. Uno de los objetivos centrales de un Estado de Derecho democrático es el respeto, la protección, garantía, promoción y efectiva realización de los derechos fundamentales: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esta es la diferencia frente al Estado absoluto del ancien régime, frente a todo Estado totalitario (1) y frente -también- a los Estados neoliberales, que se asignan un rol “subsidiario” frente a la prevalencia del mercado y del dinero, toleran desigualdades estructurales y renuncian a un rol activo en el cumplimiento de sus obligaciones en orden al bien común y ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2.- La dignidad de la persona humana y el principio de igualdad y no discriminación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH). La DUDH de 1948, ya desde el párrafo 1º del Preámbulo señala que “la libertad y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, concepto que reitera en el párrafo 5º, al referirse a los derechos fundamentales en relación con la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres, temas y derechos que vincula con la promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

En coherencia con estos principios, el art. 1º establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” para -en seguida- en el art. 2, disponer que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Más adelante, el art. 7 insiste en el principio de la igual protección contra toda discriminación.

Como se observa, desde el comienzo la dignidad de la persona humana, la igualdad de derechos y la no discriminación, son los fundamentos del sistema de derechos que la DUDH establece -y de todo el sistema internacional de derechos humanos- desde los civiles y políticos (arts. 3 a 21) hasta los derechos económicos, sociales y culturales (arts. 22 y ss.), apuntando, como se dijo, a un concepto más amplio de libertad.

Especial mención merece el “derecho a la propiedad”, contemplado en el art. 17, materia de un capítulo especial.

3.- Integralidad de los derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

De este modo, la DUDH “marcó el punto de partida del proceso histórico de generalización de la protección internacional de los derechos de la persona humana”, concebidos como inherentes a ella y a todos los seres humanos.

“En perspectiva histórica, es altamente significativo que la DUDH de 1948 propugnó una concepción necesariamente integral u holística de todos los derechos humanos: trascendiendo las divisiones ideológicas del mundo de su tiempo, situó en el mismo plano todas las categorías de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), en un enfoque retomado dos décadas más tarde por la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán, 1968) y seguida más recientemente por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)” (2)

En materia de derechos sociales, la DUDH proclamó el derecho a la seguridad social y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el derecho al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado (que asegure la salud y bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios y otros que enuncia), el derecho a la educación, a tomar parte en la vida cultural, etc., y a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados, se hagan plenamente efectivos.

4.- Los principios señalados y la indivisibilidad de los derechos humanos en los dos grandes Pactos.

A la Declaración Universal de DDHH, siguieron los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que conforman la denominada Carta Internacional de los Derechos Humanos, sucediéndose hasta ahora varios tratados de derechos humanos, en vigor, tanto en los planos global como regional.

Ambos Pactos Internacionales reiteran en sus Preámbulos, los conceptos y principios de la DUDH en relación con la dignidad de la persona humana y sus derechos iguales e inalienables, y precisan lo que ésta había anticipado, en orden al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, al expresar que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De igual modo, sus disposiciones reiteran los principios de igualdad y no discriminación para el goce de los respectivos derechos (v.gr., arts. 3 y 26 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

5.- El derecho de libre determinación de los pueblos. Soberanía popular y soberanía económica.

Fundamental es destacar que el art. 1, N°s. 1 y 2, común a los dos Pactos, consagran el derecho de “libre determinación de los pueblos”, conforme al cual “establecen libremente su condición y proveen, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural” (N° 1), y el derecho de los pueblos a “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso, podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia” (N° 2).

Estos derechos son el sustrato y la condición esencial para el ejercicio, observación y garantía de los demás derechos consagrados en ambos Pactos.

Junto al derecho de todos los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos (art. 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), expresan un concepto de soberanía popular que supera ampliamente al de “soberanía nacional” y alcanza al ámbito económico (soberanía económica). Y todavía el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), prescribe que ninguna de sus disposiciones deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Sobre esta base, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, expresa que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él (art. 1, N° 1). Este derecho implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Más adelante, el mencionado instrumento internacional reitera la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 6 N°2), así como de todos los aspectos del derecho al desarrollo enunciados en su texto, y precisa que los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización de este derecho, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos (art. 8 N° 1). Enseguida,

en la misma norma, establece que “los Estados deben alentar la participación popular en todas las esferas como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos”.

6.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los principios rectores precedentes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene similares principios y conceptos a los antes expresados, en orden a que los derechos esenciales tienen como fundamento los atributos de la persona humana; la obligación de respetar los derechos que consagra, su indivisibilidad y la igual protección de la ley, sin discriminación (Preámbulo, párrafo 4; art. 1.1; art. 24).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, contiene un catálogo de derechos protegidos similar al del PIDESC de Naciones Unidas, aún cuando es mayor, pues comprende el derecho al trabajo (art. 6); condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 8); derechos sindicales (art. 9); los derechos a la seguridad social, a la salud y a la alimentación (arts. 9, 10 y 12); el derecho a un medio ambiente sano (art. 11, no comprendido en el PIDESC); el derecho a la educación (art. 13); el derecho a los beneficios de la cultura (art. 14); los derechos a la constitución y protección de la familia y de la niñez (arts. 15 y 16); la protección de los ancianos y minusválidos (arts. 17 y 18, no comprendidos en el PIDESC).

Debe anotarse, sin embargo, que el Protocolo no ha sido ratificado por Chile; tampoco lo ha sido, el Protocolo Facultativo del PIDESC.

7.- La dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos humanos. Alcances.

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover efectivamente el bien común, a través principalmente, del cumplimiento de sus obligaciones ante el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, se ha dicho que la dignidad de la persona constituye una realidad supra constitucional, al igual que los derechos que le son inherentes; el Estado y la Constitución sólo la reconocen y garantizan, pero no la crean, debiendo excluirse cualquier aproximación instrumentalizadora de la persona, como toda visión sustancialista del Estado como fin en sí mismo. Constituye, también, un principio central de todo ordenamiento jurídico, y tiene, por último, un contenido integrador de los vacíos o lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y en la propia Constitución, de reconocimiento de derechos implícitos (3). Por nuestra parte, debemos añadir que este concepto, principio y garantía tiene una indudable dimensión histórica, cuyas consecuencias debemos desarrollar y realizar.

En palabras de Maihofer, la garantía de la dignidad de la persona tiene un triple significado jurídico: en primer lugar, se constituye en un derecho esencial, a partir del cual se pueden deducir todos los demás componentes del sistema de derechos esenciales o derechos humanos; en segundo lugar, constituye una norma fundamental de la Carta Política, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que la componen y, en tercer lugar, constituye la base material sobre la cual se construye la estructura organizativa del Estado (4).

8.- El principio de igualdad y no discriminación en el sistema regional y en el ámbito universal. Algunos efectos.

Como hemos dicho, la dignidad de la persona humana, la igualdad de derechos y la no discriminación son los fundamentos del sistema internacional de los derechos humanos.

8.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha señalado que entiende a la igualdad y no discriminación como principio rector de todo el derecho internacional de los derechos humanos, como derecho y garantía, es decir, se trata de un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional (5).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no definen el concepto de “discriminación”, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas han tomado como base los principios de los arts. 24 y 1.1 de la CADH, así como las definiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, para sostener que la discriminación constituye (...) “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

La CorteIDH también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de la igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens, es decir, de normas perentorias del Derecho Internacional aceptadas y reconocidas actualmente por la comunidad internacional y que no admiten acuerdo en contrario. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la CorteIDH, han reiterado que constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos y han establecido que “acarrea obligaciones erga omnes de

protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares” (6).

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la prohibición general de discriminación -establecida en el art. 1.1 de la CADH- se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos, sin discriminación alguna. En tanto, el art. 24 establece el principio de igual protección de la ley y prohíbe toda discriminación, de modo que es aplicable a todo el ordenamiento jurídico de los Estados Partes. (7).

8.2 El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación.

Esta noción, constituye una herramienta de enorme potencialidad para examinar las normas que reconocen derechos, y también, en orden a la orientación de las políticas públicas que pueden servir para garantizarlos o en ocasiones que tienen el potencial de afectarlos.

Más aún, la CIDH ha destacado el concepto de discriminación estructural, con énfasis en la necesidad de realizar una valoración amplia del contexto histórico, material, temporal y espacial en casos donde se presenten patrones de discriminación, a fin de que los Estados tomen medidas acordes para disminuir y eliminar la situación de inferioridad o exclusión contra determinadas personas o grupos de personas.

La misma CIDH ha determinado que el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación, abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aún cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado (discriminación indirecta) (8).

8.3 En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado, que “la discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico -añade- no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socio económicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación”.

Los principios de igualdad y no discriminación -reconocidos en todo el PIDESC- son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Debe recordarse que según el art. 2.2

del Pacto, los Estados Partes deben “garantizar el ejercicio de los derechos (que en él se enuncian) sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El art. 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y el art. 2.1 de la DUDH prohíben la discriminación respecto del goce de los derechos económicos, sociales y culturales y en otras observaciones generales, el mismo Comité examinó la aplicación del principio de no discriminación a los derechos concretos reconocidos en el PIDESC en relación con la vivienda, la alimentación, la educación, la salud, el agua, los derechos de autor, el trabajo y la seguridad social, entre otros aspectos.

Cabe destacar que el Comité ha precisado que “la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto”, atendido lo dispuesto en el art. 2.2 del mismo, enfatizando que debe erradicarse la discriminación tanto en la forma como en el fondo. Si la primera implica asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado, no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos a que alude el transcrito art. 2.2, la discriminación de fondo o sustantiva obliga a prestar la suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes, en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. “Los Estados Partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales” (9).

También, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales distingue entre la discriminación directa, vinculada a tratos menos favorables para un individuo respecto de otro u otros en situaciones similares, y la discriminación indirecta, que “hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación.

B.- Los derechos sociales, su naturaleza, exigibilidad, justiciabilidad y efectiva realización.

9.- Consideraciones generales. Los derechos sociales irrumpen a través de los principios de dignidad de la persona humana e igualdad.

En cierta comprensión, estos derechos se entienden como mínimos sociales, que suelen asumir “la forma de subsidios para entrar al mercado o como complementación del mercado, o bien, de prestaciones que vienen a suplirlo, en el caso de quienes no tienen capacidad de pago para acceder a la salud, educación, vivienda, pensiones, alimento, etc.” (10).

Desde otra perspectiva que atienda a la similar naturaleza de los derechos sociales y de los derechos civiles y políticos, en función de sus fines e indivisibilidad, se trata de derechos equiparables, exigibles, justiciables y que además, deben hacerse efectivos.

Cabe advertir sin embargo, que las decisiones de los tribunales pueden dar cuenta de la justiciabilidad de los derechos sociales -en buena hora, si es así- “sin que eso, al mismo tiempo, signifique o conlleve alguna transformación social profunda”. “Los tribunales, al conocer de las demandas, razonan sobre la base de derechos subjetivos y no son instancias aptas para implementar una repartición verdaderamente igualitaria de bienes como la salud, la educación y otros que son objeto de derechos sociales”. Los tribunales deciden acerca de cuánto debe A a B, sobre la legalidad o ilegalidad de determinados actos, o sobre su validez o invalidez, pronunciándose así sobre asuntos de justicia conmutativa o correctiva que, desde luego, son muy importantes.

Pero, en rigor, la dimensión verdaderamente social, característica de los derechos sociales, es la distributiva y no la correctiva o conmutativa propia de la justiciabilidad. Se trata de una dimensión que nos obliga a pensar, debatir y resolver colectivamente, como hemos de distribuir recursos para satisfacer necesidades y proteger intereses que consideramos forman parte esencial de nuestro bienestar como ciudadanos (11).

En definitiva: a) Los derechos sociales tienen una dimensión inequívocamente igualitaria, que viene a contrarrestar las diferencias de clases; hay ciertos bienes públicos a los que todos deben tener derecho en igualdad de condiciones. b) La desigualdad de rentas monetarias no ha de tener efectos cuando se trata de aspectos esenciales del bienestar humano. El dinero de cada cual, no debe ser un criterio que determine el acceso y la calidad de la prestación. c) Los derechos sociales desmercantilizan las necesidades humanas vinculadas a su satisfacción y al cumplimiento (realización) efectivo de esos derechos. d) Los derechos sociales, entonces, pueden ser entendidos no como derechos a prestaciones específicas y determinables ex – ante, sino como un criterio de distribución de los recursos disponibles (Atria). No se trata sólo de derechos subjetivos, en el sentido de accionables ante los tribunales, ni de subsidios mínimos paralelos al mercado, sino de una afirmación de igualdad en ámbitos cruciales de nuestro bienestar como ciudadanos, constitutivos de derechos reconocidos que deben ser protegidos, asegurados, garantizados y promovidos (12).

Es, por tanto, más que la igualdad formal ante la ley. Superadas -en alguna medida- ciertas exclusiones formales (v.gr., historia del voto en Chile), las exclusiones son de otro orden: son exclusiones estructurales que se encuentran cultural, social, política y económicamente condicionadas. Para hacer frente a ellas, se debe avanzar hacia una ciudadanía sustantiva, cuya configuración tiene como uno de sus ejes fundamentales a los derechos sociales y su efectiva

realización. Se trata de asegurar un piso igualitario común o general, antes que subsidiario para quienes se encuentren peor situados (13).

10.- En el punto 6 del capítulo I, hicimos una somera referencia al catálogo de derechos humanos contenido en el Protocolo de San Salvador, en relación con el PIDESC de Naciones Unidas. Lo que interesa aquí, es destacar:

a.- La amplitud de esos derechos, que -desde luego- exceden a los contemplados en la Constitución vigente, la que no considera el derecho a la vivienda digna, a la alimentación, etc.

b.- La naturaleza y el sentido de esos derechos, cuyo ejercicio los Estados “se comprometen a garantizar” (art. 2 nro. 2 del PIDESC).

No se trata simplemente de la “igualdad formal ante la ley”, ni de ciertas “libertades” (“libertad de trabajo”, “libertad de opinión”, “libertad de crear y difundir las artes”, por ej., en la Constitución vigente), ni de derechos establecidos por vía indirecta, como el “derecho a protección de la salud” en la actual Constitución, en que la “protección” consiste “en el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, donde -para peor- lo único resguardado por el recurso de protección de garantías constitucionales, es el derecho a elegir el sistema de salud, “sea estatal o privado”. Se trata, en rigor, de un verdadero sistema de derechos concebidos directamente como bienes públicos -y no de consumo- (derecho a la salud, a la vivienda, a la educación, etc.), sobre la base de los principios de dignidad de la persona humana y de igualdad y no discriminación.

Particular relevancia adquiere hoy en día, el derecho a vivir en un medio ambiente sano, asociado a las obligaciones de los Estados de promover su protección, preservación y mejoramiento.

11.- Referencia a la realización de los derechos sociales en el sistema universal y en el sistema regional de derechos humanos.

11.1 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado, que el art. 2 del Pacto respectivo “describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes, que incluyen tanto las de comportamiento como las de resultado”. Aunque el Pacto contempla una realización paulatina (progresiva) y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos, también impone varias obligaciones de efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes: una de ellas, consiste en que los Estados “se comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación”, y la otra, se refiere al compromiso contraído en virtud del art. 2 párrafo 1, en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso no condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.

Así, entonces, “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de una manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo, deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados Partes. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas por el Pacto”.

Los medios a emplear para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas deben ser “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. Estas últimas, en todo caso, no agotan por sí mismas las obligaciones de los Estados Partes, pues se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural, comprensivo de la existencia o establecimiento de acciones o recursos judiciales efectivos y también, de medidas “de carácter administrativo, financiero, educacional y social”, expresivas de políticas, planes, estrategias y programas orientados al cabal cumplimiento de la obligación en referencia (14).

En conclusión, la obligación fundamental que deriva del PIDESC es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él. La exigencia de hacerlo “por todos los medios apropiados”, implica un planteamiento amplio y flexible, pero esta flexibilidad coexiste con la obligación de utilizar esos medios “hasta el máximo de los recursos de que dispongan”.

Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, expresado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en orden a que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”; en otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte. El segundo principio, es el reflejado en el art. 8 de la DUDH, conforme al cual “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

El PIDESC no contiene ningún equivalente directo del art. 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a un recurso efectivo). “No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son medios apropiados según los términos del párrafo 1 del art. 2 del Pacto, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados pueden resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales” (15).

11.2 Similares consideraciones son valederas a nivel regional, en atención a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere a los DESC en una norma (art. 26) que los caracteriza como de “desarrollo progresivo” en orden al logro de su “plena efectividad”, siguiendo la formulación del art. 2 del PIDESC.

Cuando el Protocolo de San Salvador no era norma jurídica en el sistema regional, la CIDH hizo aplicación de la Declaración y la Convención Americanas en materia de DESC, expresando que la no entrada en vigencia del Protocolo en modo alguno significaba una carencia de normas que tutelaran de manera directa a los derechos económicos, sociales y culturales, generando obligaciones internacionales para el Estado. Y añadió que el art. 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten “providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional...para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad” de tales derechos. “Si bien el art. 26 no enumera medidas específicas de ejecución - concluye la Comisión- dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos” (16).

También la CIDH se ha preocupado de resaltar que progresividad no significa postergación sine die, sino que “el carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos...no implica que (se) pueda demorar la toma de aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos”. Existe “la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que...(se) puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización” (17).

11.3 Dentro de lo que podríamos llamar “garantías de interpretación”, el principio de “progresividad” -en el sentido ya expresado- debe vincularse a los principios “pro persona” y de “no regresividad”. El primero implica aplicar aquella norma de derecho interno o de derecho internacional incorporada válidamente al derecho interno que mejor asegure y garantice el ejercicio de los derechos. El segundo, de no regresividad, directamente vinculado al de progresividad, deriva de los arts. 2 y 29 de la Convención Americana y 2, 4 y 5 del PIDESC.

Así como los Pactos exigen la progresividad de los DESC, se exige como consecuencia lógica la no regresividad en el ejercicio de tales derechos, que consiste en el deber negativo del Estado de abstenerse de ejecutar políticas, prácticas, medidas legislativas o administrativas que vulneren los DESC o que afecten el goce y ejercicio ya alcanzado. Excepcionalmente, según el art. 4 del PIDESC las limitaciones a que pueden someterse estos derechos sólo podrían tener lugar “en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el

exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. De este modo el Estado debe probar que esas limitaciones son el resultado de la consideración de todas las medidas posibles y encontrarse justificadas teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos disponibles y sin afectar el contenido esencial del derecho de que se trate, todo sujeto al escrutinio estricto tanto del órgano de control jurisdiccional nacional, como del órgano de control internacional (18). Y sin olvidar, por cierto, que las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse siempre y en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los DESC (19).

12.- **Conclusión.** Sobre la base de estas normas y principios “estructurantes” y de la necesidad del reconocimiento, respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos que de ellos emanan, se ha construido el sistema internacional de los derechos humanos.

Si en las Constituciones del y parte del siglo XX predominaban el derecho de propiedad y ciertos derechos vinculados a la protección de las libertades básicas frente al poder del Estado (derecho a la vida, la integridad personal, igualdad -formal- ante la ley, libertad de expresión, de reunión, de asociación), hoy la “traducción” de estos derechos en la normativa constitucional es más compleja y debe comprender los DESC y, en las últimas décadas -con especial relevancia- los derechos relacionados con la protección del medio ambiente.

La universalidad, integración, indivisibilidad e interdependencia de todos estos derechos en orden a su efectiva realización, se erigen como una exigencia ineludible para avanzar hacia un Estado democrático de Derecho. En particular, tal exigencia comprende también, dentro de los derechos políticos, los de raigambre participativa, más allá de la posibilidad de elegir y ser elegido, vía el desarrollo de formas de participación directa (consultas, plebiscitos, iniciativa legal ciudadana, formas de control social, etc.) (20).

Lejos estamos en Chile de la concreción de una sociedad y un Estado con semejantes características, que sea la expresión “de un concepto más amplio de libertad”, como lo demanda la DUDH.

“El diseño constitucional chileno relega al Estado a un lugar secundario en lo referente a su intervención en actividades económicas. Se genera una verdadera privatización de lo social, que impide establecer en la sociedad chilena más redistribución, más solidaridad y, en definitiva, un piso común que garantice una vida digna para todos los chilenos. Esta privatización de lo social se extiende a todos los ámbitos, pero principalmente a los llamados derechos sociales incluidos la educación, la salud y el sistema previsional”. En ese sentido, el actual sistema económico asociado a ciertos principios y normas constitucionales en nuestro país, no es neutro. “La hipertrofia del derecho de propiedad, la propietarización privada (mercantilización) de los derechos sociales unida a la ausencia de garantías secundarias que aterricen y permitan consolidar los

deberes de las prestaciones colectivas en dicha materia, además de una fuerte liberalización del sistema tributario y de recaudación en un Estado económicamente débil y restringido ha construido una plataforma neoliberal que ha reducido los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales a meras cláusulas fantasmas” (21).

Es fundamental, en consecuencia, la construcción de un orden público económico orientado a un modelo de desarrollo sustentable, sobre las bases que se desprenden de las explicaciones y capítulos precedentes y en relación, entre otros, con los siguientes aspectos:

a.- El fin del “Estado subsidiario” y su reemplazo por un Estado con un rol activo orientado al bien común, al servicio de la persona humana y al cumplimiento cabal de sus obligaciones ante el sistema internacional de los derechos humanos. Con estos fines se requiere de un Estado con efectivas capacidades técnicas, profesionales y un real poder fiscalizador (poder que el Tribunal Constitucional se ha encargado de jibarizar).

Las normas contenidas en el art. 19 N° 21 de la Constitución de 1980, sobre “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional” y el “principio” de que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”, deben dar paso a la regulación legal de la actividad económica y de la actividad empresarial del Estado.

b.- El concepto decimonónico y absoluto de propiedad expresado en la Constitución de 1980 debe dar paso al “derecho a la propiedad” de la DUDH y la CADH, con sus obligaciones, cargas y función social, y con particulares efectos en la propiedad de las minas y las aguas, en la forma señalada en el capítulo referente a este derecho, y en otros aspectos vinculados (royalty minero, priorización del uso de las aguas y disponibilidad para el consumo humano).

c.- Los derechos sociales no son “bienes de consumo”, materia de compraventa; son bienes públicos que deben ser “desmercantilizados”.

La seguridad social es un derecho cuya protección y garantía concierne al Estado y a la sociedad toda. No es un “negocio”. Es imperativo revertir las pensiones privadas para construir una seguridad social sobre la base de un sistema público de reparto de beneficios definidos conforme a las normas mínimas de la OIT, financiado en forma tripartita (aportes del Estado, de los trabajadores y de los empleadores), con total transparencia y sustentado en los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia.

d.- El diseño e implementación de un sistema tributario equitativo, progresivo, desintegrado y eficiente. (En el sistema desintegrado el impuesto a la

renta que afecta a las compañías y el impuesto sobre la renta individual de las personas son independientes entre sí).

La “propietarización-mercantilización” de los derechos sociales y la aplicación del principio de subsidiariedad en materia económica han generado varias consecuencias negativas, entre otras: insuficiencia recaudatoria; inequidad vertical, esto es, un sistema tributario regresivo, en términos tales que después de aplicar los impuestos la distribución del ingreso empeora (o no mejora), e inequidad horizontal, lo que implica que personas que tienen el mismo nivel de ingresos no pagan necesariamente el mismo impuesto, siendo la principal fuente de esta inequidad el trato desigual que reciben las rentas del trabajo y las rentas del capital.

Un incremento de las recaudaciones tributarias que supere las deficiencias anotadas es fundamental, por su estabilidad, potencial justicia distributiva y porque permite la universalidad de las prestaciones, cuestiones decisivas en materia de derechos sociales.

e.- La efectiva protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente, en relación con diversos ámbitos: -el derecho a la vida (calidad de vida), conforme a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos; -las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile; -las normas del Convenio 169 de la OIT cuando hay afectación o limitación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas; -los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, entre otros (Acuerdo de Escazú, de 2018, no suscrito por el gobierno de Chile). Todo en relación, también, con temas acuciantes de ordenamiento territorial en las regiones y comunas del país.

NOTAS:

- 1.- Elíaz Díaz, “Estado de Derecho y Sociedad Democrática”, Taurus Ediciones, 1983, 8ª edición, págs. 38 y 39.
- 2.- Antonio A. Cancado Trindade, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, Edit. Jurídica de Chile, 2001, págs. 61, 62 y 63.
- 3.- Humberto Nogueira Alcalá, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”, versión on line ISSN 0718-5200, 2009, pág.3.
- 4.- Id. nota anterior, págs. 3 y 4.
- 5.- CIDH, “Compendio sobre la Igualdad y no Discriminación. Estándares Interamericanos”. OEA/Ser.LV/II.171, Doc. 31, 12 de diciembre de 2019, pág. 22.
- 6.- Id. nota anterior, pág. 25.
- 7.- Id. nota anterior, pág. 29.
- 8.- Para los párrafos del punto 8.2, mismo Compendio de la CIDH, págs. 34, 35 y 36.
- 9.- Observación General N° 20, sobre “La no Discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de N.U., 42º período de sesiones, Ginebra, 2009, párrafos 1, 2, 3, 5, 6 y 8.
- 10.- Constanza Salgado Muñoz, “El Derecho a la Educación en una nueva Constitución”, en el libro “La Constitución que queremos”, LOM Ediciones, 2019, pág. 219.
- 11.- Id. nota anterior, págs. 221 y 222, para los párrafos siguientes del punto 9.
- 12.- Id. nota anterior, págs. 223 y 224.
- 13.- Domingo Lovera Pardo, “Derechos Sociales en una nueva Constitución: el Constitucionalismo transformador”, págs. 111 y ss., ob. cit. nota 10.
- 14.- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de N.U., Observación General N° 3, Ginebra, 5º período de sesiones, 1990, párrafos 1, 2, 3, 4, 5 y 7.
- 15.- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de N.U., Observación General N° 9, 1998, párrafos 1, 2 y 3.
- 16.- Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/VII.102 doc. 9 rev. 1 (1999),
- 17.- Informe nota anterior.
- 18.- Id. nota 3, págs. 18 a 21.
- 19.- Id. nota 15, párrafo 15.
- 20.- Claudio Nash, Constanza Núñez y Natalia Morales, “Insumos para una Constitución fundada en los Derechos Humanos”, Konrad Adenauer Stiftung, pág. 26.
- 21.- Yuri Vásquez, “Orden Público Económico al Servicio de los Derechos Sociales”.

II.- DERECHO A LA SALUD Y NUEVA CONSTITUCION

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto completo fue publicado en Chile mediante la Resolución N° 217, la que señala en su Artículo 25: “1.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, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

El Estado de Chile el 10 de febrero de 1972, ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece en su Artículo 12 N°13 “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. Y seguidamente, el N° 2 señala que (...) “entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” y “d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Nuestro estado de salud, es decir nuestro bienestar físico emocional y social, se sustenta en determinantes sociales, como el acceder a un trabajo digno, un salario justo, una vivienda, un medio ambiente saludable, el acceso a servicios básicos, pensiones dignas, educación de calidad, etc. Por tanto, resulta imprescindible insistir en que cuando hablamos de garantizar el derecho humano a la salud, debemos ampliar su concepción a esta descripción y no seguir reduciéndolo a la asistencia de enfermedad. Una garantía urgente, que no puede seguir sustentándose solo en asegurar la atención en salud para algunas personas o de exclusividad para determinadas patologías, un constructo amplio e integral que determina nuestra calidad de vida, nos permite mirarlo también como un derecho social.

En Chile, el derecho a la salud sólo se consagra en la Constitución Política desde el acceso a la atención, reconociendo una libertad de elección que sustenta la posibilidad de las personas de elegir donde recibir la atención, sea en sistema de salud pública o privada, no siendo el Estado quien da garantía del derecho, sino que actúa desde su rol subsidiario, traspasando recursos financieros a intereses privados y desligándose de la responsabilidad de garantizar el derecho a la salud, no existiendo equidad en la oportunidad, ya que se supedita a la capacidad económica de las personas.

Derecho a la Salud Mental

En el Consejo de Derechos Humanos, en su 44° período de sesiones de fecha 15 de junio a 3 de julio de 2020, se presentó Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de acuerdo a resolución 42/16, desarrollándose por el Relator Especial, la explicación sobre “los elementos necesarios para establecer un programa mundial basado en los derechos para promover el derecho a la salud mental.”

En concordancia con la OMS y OPS, refiere que la salud denota un estado de total bienestar físico, mental y social, y no simplemente la ausencia de dolencias o enfermedades. De esta manera, amplía su comprensión a la consideración de los determinantes sociales que impactan en un buen vivir. El derecho a la salud no es el derecho a estar sano, sino el derecho tanto a condiciones como a servicios que conduzcan a una vida digna e igualitaria, y a la no discriminación en relación con la salud.

Asimismo, se define la salud mental como un “estado de bienestar en el que la persona realiza sus capacidades y es capaz de hacer frente al estrés normal de la vida, de trabajar de forma productiva y de contribuir a su comunidad”. Particularmente en los niños y los adolescentes, la salud mental se referirá a la capacidad de alcanzar y mantener un grado óptimo de funcionamiento y bienestar psicológicos” (A/HRC/34/32 31 de enero de 2017, Consejo de Derechos Humanos)

Se debe insistir en que la salud mental no es meramente un problema médico o de salud, es una garantía de un derecho humano, de dignidad y de justicia social. Su resguardo debe contemplar por tanto más que una garantía asistencial, sino que también garantías en diversos ámbitos de la vida que impactan en el bienestar mental de las personas, que debe poner énfasis en la forma en que los determinantes subyacentes y sociales de la salud pueden ser perjudiciales para la salud mental de las personas y las sociedades dentro y fuera de los sistemas de atención de la salud mental. Perjuicios que derivan en vulneraciones sistémicas de los derechos económicos y sociales, como las políticas neoliberales y medidas de austeridad.

De esta manera, entenderemos que los daños a la salud mental pueden derivarse igualmente de vulneraciones sistémicas de los derechos civiles y políticos que dan lugar a la discriminación estructural y a la violencia contra las diferentes comunidades y restricciones en el espacio de la sociedad civil.

La promoción y protección del derecho a la salud mental y al bienestar es una esfera prioritaria para Naciones Unidas (véase A/HRC/29/33/) y destaca la importancia de los factores sociales básicos determinantes de la salud en relación con la promoción del ejercicio efectivo del derecho a la salud mental (A/HRC/41/34 Asamblea General Distr. general 12 de abril de 2019). Sin duda, esto obliga a

introducir cambios fundamentales en los sistemas actuales de protección de derechos en el marco político de nuestro país.

Es relevante considerar que NO hay salud sin salud mental. “Los abundantes vínculos existentes entre la mente, el cuerpo y el entorno están bien documentados desde hace décadas. Al iniciarse la tercera década del milenio, en ninguna parte del mundo se ha logrado la paridad entre la salud mental y la física y esto sigue siendo un problema considerable para el desarrollo humano. Un mensaje importante dentro de esa inacción colectiva es que, si no se presta la debida atención a los derechos humanos, cualquier inversión que se haga en salud mental será ineficaz. Los ataques a los principios universales de derechos humanos amenazan el entorno físico, político, social y económico, y socavan de manera activa el combate por una salud mental y un bienestar positivos. poner de relieve la importancia de la salud mental dentro del derecho a la salud y de destacar la relación singular e interdependiente entre la salud mental y el pleno disfrute de todos los derechos humanos”. (A/HRC/44/48 Asamblea General Distr. general 15 de abril de 2020)

I. Garantía del Derecho a la Salud Mental: Marco Internacional y Nacional

Naciones Unidas ha determinado que los Estados tienen la triple obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud mental, incluidos los determinantes básicos para promover esa salud. De esta manera, el respeto del derecho a la salud mental exige que los Estados garanticen políticas, leyes y prácticas que no obstaculicen la promoción de la salud mental o el bienestar, en particular de las personas que se encuentran en las situaciones más desfavorecidas.

Los Estados deben facilitar, proporcionar y promover condiciones que permitan lograr la salud mental y el bienestar. Para hacer efectivo el derecho a la salud mental se requiere no solo una atención equitativa de la salud (y alternativas al modelo biomédico), sino también intervenciones públicas de salud mental que puedan proteger a las poblaciones de los principales factores de riesgo de una salud mental deficiente. Los Estados deben proporcionar personal adecuado en apoyo de esas actividades y reconsiderar la manera de generar recursos para la recuperación de la salud social, el fortalecimiento de la comunidad y la promoción de una sociedad saludable. Los Estados también deben formular políticas nacionales encaminadas a reducir o eliminar la toxicidad del entorno físico y psicosocial.

El derecho a la salud mental también debe incluir obligaciones de efecto inmediato, como la prestación no discriminatoria de servicios para promover la salud mental y el acceso equitativo a las intervenciones y a los determinantes básicos para las personas que se encuentran en situaciones sumamente marginadas.

(A/HRC/41/34 Asamblea General Distr. general 12 de abril de 2019)

Se señala que la mejor manera de hacer realidad el derecho a la salud mental es mediante la convergencia de los derechos humanos y los factores determinantes de la salud, para la que se consideran esenciales la investigación y la acción sobre los determinantes estructurales, políticos y sociales tanto de la angustia, como la pobreza, la desigualdad, la discriminación y la violencia. De esta manera es importante hacer hincapié en la interdisciplinariedad, la interseccionalidad y la función de los factores contextuales. El enfoque biomédico de las condiciones de salud mental todavía tiene un importante papel que desempeñar, pero debe entenderse como una de las muchas piezas complejas.

La salud mental, los usuarios de los servicios de salud mental y las personas con discapacidad psicosocial, los Estados deberían armonizar sus marcos normativos y jurídicos con las normas de derechos humanos, formular y aplicar estrategias y planes basados en los derechos e intercambiar competencia técnica y otros recursos, como buenas prácticas. (A/HRC/34/32 31 de enero de 2017, Consejo de Derechos Humanos)

Es fundamental que haya un Marco Normativo que responda a esta protección, Justiciabilidad del Derecho a la salud y la defensa, promoción y garantía de este derecho humano fundamental. En Chile, el derecho a la salud solo se consagra en la Constitución Política desde el acceso a la atención, reconociendo una libertad de elección que sustenta la posibilidad de las personas de elegir donde recibir la atención, sea en sistema de salud pública o privada, no siendo el estado quien da garantía del derecho, sino que actúa desde lo subsidiario traspasando recursos financieros a empresas privadas y desligándose de la responsabilidad de garantizar el derecho a la salud y donde no existe equidad en la oportunidad ya que se supedita a los recursos financieros de las personas .

La salud garantiza desde el acceso a una prestación y no desde la garantía de los determinantes sociales que impactan en el bienestar físico, mental y social de las personas. De esta manera, es una visión reduccionista que además persiste en la dicotomía cuerpo y mente, dejando las materias de salud mental en una categoría inferior de relevancia para atender.

La OMS, reconoce tres formas en que los países abordan la regulación de salud mental: en algunos se dispone de una ley específica; en otros la regulación de salud mental se incorpora a la legislación general de salud, trabajo, vivienda o legislación penal; y, finalmente un tercer grupo de países combinan ambos extremos, integran componentes de esta materia en diversas leyes a la vez que cuentan con una legislación de salud mental específica. En Chile, no existe una legislación específica sobre salud mental, su regulación se encuentra dispersa en diversas normas (ley N°20.584, Ley N° 20.422, Ley N° 18.600.) y lamentablemente el último intento de legislación respecto a esta materia vulnera gravemente los derechos humanos de las personas, incumpliendo acuerdos internacionales respecto al abordaje de la salud mental.

La existencia en nuestro país del Plan Nacional de Salud mental encuentra impedimentos para su ejecución, la falta de recursos presupuestarios y la resistencia para avanzar hacia una perspectiva comunitaria e inclusiva en las políticas a implementar. Lamentablemente la salud mental en Chile sigue tratándose de forma dicotómica respecto a la salud física y en una categoría subyacente y además restringiéndola a un concepto patológico. La consideración de la Salud mental como un eje central del buen vivir se vuelve cada vez más urgente.

Propuestas para una Nueva Constitución

1. Reconocimiento de la salud como un derecho humano imprescindible para el ejercicio de los demás derechos humanos.
2. Se requerirá por tanto de la definición de un estado social de derechos, solidario, que permita garantizar estos derechos fundamentales para los habitantes del nuestro territorio.
3. Definiendo la salud como un estado de total bienestar físico, mental y social, y no simplemente la ausencia de dolencias o enfermedades. Por tanto el estado debe garantizar no solo el acceso sino que condiciones de vida digna.
4. El estado de bienestar de las personas se ve impactado por determinantes sociales por tanto se deben garantizar otros derechos que se relacionan con el derecho a la salud, como es la vivienda, trabajo, remuneración digna, educación gratuita y de calidad, seguridad social, acceso a un medio ambiente libre de contaminación, recreación, alimentación, educación de calidad, entornos libres de violencia.
5. La salud mental debe ser entendida como un “estado de bienestar en el que la persona realiza sus capacidades y es capaz de hacer frente al estrés normal de la vida, de trabajar de forma productiva y de contribuir a su comunidad, de alcanzar y mantener un grado óptimo de funcionamiento y bienestar psicológicos, particularmente lo anterior en los niños y los adolescentes.
6. Se requiere de un sistema de financiamiento estatal que garantice no solo el acceso si no la oportunidad y calidad de atención en los centros de atención pública. Con impedimento de traspaso de recursos a privados.
7. Definición de políticas de salud mental con participación vinculante de la comunidad.
8. Incorporación e implementación de un mecanismo de rendición de cuentas que permita exigir a las autoridades la responsabilidad de sus acciones, a dar justificaciones ante las personas afectadas y a estar sujetos a sanciones cuando su actuación, o sus explicaciones, no resulten convincentes.

III.- NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS CULTURALES

1.- Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Derechos Culturales

En materia de Derechos Culturales, Chile ha suscrito y ratificado diversos tratados internacionales que reconocen y consagran los derechos culturales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Carta de la OEA y el CONVENIO 169 OIT, entre otros.

Igualmente, nuestro país ha suscrito y ratificado importantes Convenciones de la UNESCO: Protección Patrimonio Mundial Natural y Cultural; Salvaguarda Patrimonio Inmaterial; Respeto Diversidad y Pluralidad Cultural.

Sólo a título ejemplar, mencionaremos a continuación, los principales tratados internacionales sobre la materia y sus más relevantes disposiciones.

A.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948)

<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

En su Artículo 27 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

B.- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José, 1969): En el CAPÍTULO III: DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Artículo 26- Desarrollo Progresivo dispone:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

C.- CARTA OEA (1948, reformada 1967 y otros años):

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

Establece en su artículo 47: “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la

tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso.”

Artículo 52: “Los Estados miembros acuerdan promover, dentro del respeto debido a la personalidad de cada uno de ellos, el intercambio cultural como medio eficaz para consolidar la comprensión interamericana y reconocen que los programas de integración regional deben fortalecerse con una estrecha vinculación en los campos de la educación, la ciencia y la cultura.”

D.- CONVENCIÓN RESPETO A LA DIVERSIDAD Y PLURALIDAD CULTURAL

<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text>

(2005 UNESCO): La diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad, constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos.

Crea un mundo rico y variado que acrecienta la gama de posibilidades y nutre las capacidades y los valores humanos, y constituye, por lo tanto, uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones.

La diversidad cultural, tal y como prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional.

Importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos.

La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y el espacio y esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades y en las expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad. Importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular, los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada.

Necesidad de adoptar medidas para proteger la diversidad de las expresiones culturales y sus contenidos, especialmente en situaciones en las que las expresiones culturales pueden correr peligro de extinción o de grave menoscabo. La importancia de la cultura para la cohesión social en general y, en particular, las posibilidades que encierra para la mejora de la condición de la mujer y su papel en la sociedad.

La diversidad cultural se fortalece mediante la libre circulación de las ideas y se nutre de los intercambios y las interacciones constantes entre las culturas,

Libertad de pensamiento, expresión e información, así como la diversidad de los medios de comunicación social, posibilitan el florecimiento de las expresiones culturales en las sociedades.

La diversidad de expresiones culturales, comprendidas las expresiones culturales tradicionales, es un factor importante que permite a los pueblos y las personas expresar y compartir con otros sus ideas y valores.

La diversidad lingüística es un elemento fundamental de la diversidad cultural, y reafirmando el papel fundamental que desempeña la educación en la protección y promoción de las expresiones culturales.

Importancia de la vitalidad de las culturas para todos, especialmente en el caso de las personas pertenecientes a minorías y de los pueblos autóctonos, tal y como se manifiesta en su libertad de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales tradicionales, así como su derecho a tener acceso a ellas a fin de aprovecharlas para su propio desarrollo.

La importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural.

Persuadida de que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial.

Principios rectores:

- Respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales
- Soberanía
- De igual dignidad y respeto de todas las culturas
- Solidaridad y cooperación internacionales
- De complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo
- De desarrollo sostenible
- Acceso equitativo
- Principio de apertura y equilibrio
- Derechos y obligaciones de las partes

En su Artículo 5 establece:

1.- Las Partes (Estados) reafirman su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, así como a reforzar la cooperación internacional para lograr los objetivos de la presente Convención.

2. Las políticas y medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio, deberán ser coherentes con las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 6:

1. Esas medidas pueden consistir en:

- a) medidas reglamentarias encaminadas a la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales;
- b) que brinden oportunidades, de modo apropiado, a las actividades y los bienes y servicios culturales nacionales, entre todas las actividades, bienes y servicios culturales disponibles dentro del territorio nacional, para su creación, producción, distribución, difusión y disfrute, comprendidas disposiciones relativas a la lengua utilizada para tales actividades, bienes y servicios.
- c) encaminadas a proporcionar a las industrias culturales independientes nacionales y las actividades del sector no estructurado un acceso efectivo a los medios de producción, difusión y distribución de bienes y servicios culturales;
- d) conceder asistencia financiera pública;
- e) encaminadas a alentar a organizaciones sin fines de lucro, así como a entidades públicas y privadas, artistas y otros profesionales de la cultura, a impulsar y promover el libre intercambio y circulación de ideas, expresiones culturales y actividades, bienes y servicios culturales, y a estimular en sus actividades el espíritu creativo y el espíritu de empresa;

Artículo 7:

1. Procurarán crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a:

- a) crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos;
- b) tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo.

2 (...) también que se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales.

Las Partes reconocen el papel fundamental que desempeña la sociedad civil en la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

Las Partes fomentarán la participación activa de la sociedad civil en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de la presente Convención (Art. 11).

E.- CONVENIO 169 OIT (1989), suscrito y ratificado por Chile 2008:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

El Artículo 2 dispone: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.”

Esta acción, deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados, a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a. Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la

finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

F.- NACIONES UNIDAS - ASAMBLEA GENERAL - CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS/ Julio 2018.

PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y DISFRUTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN INTERNET

<https://r3d.mx/2018/07/18/la-onu-adopta-resolucion-sobre-promocion-proteccion-y-disfrute-de-los-ddhh-en-internet/>

https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_38_L10.pdf

2.- Reflexiones y propuestas en materia cultural

Ante el inédito e histórico proceso constitucional que vive nuestro país, producto de las luchas del pueblo chileno, y ante la decisión soberana expresada el 25 de octubre del 2020 de redactar una nueva constitución política por parte de un órgano elegido democráticamente, integrado paritariamente y con escaños reservados para representantes de pueblos originarios, la Comisión Chilena de Derechos Humanos, con el aporte de artistas, gestores culturales y organizaciones del mundo de la cultura, y basándose fundamentalmente en las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos culturales, producto de la suscripción y ratificación de diversos tratados internacionales que regulan la materia, pone a disposición de la Convención Constitucional, las siguientes reflexiones y propuestas en materia de reconocimiento y garantía de derechos culturales, en cuya elaboración han participado Raúl Zurita, Ramón Griffero, Nivia Palma y nuestras directoras, Liliana García y Aline Kuppenheim, a quienes agradecemos genuinamente su desinteresada colaboración.

Consideraciones previas

La cultura no es parte de la vida, es la vida misma de una sociedad (Marcel Rioux)
La cultura es una dimensión esencial del ser humano y de las comunidades.
Los derechos humanos, de modo inalienable, nacen del origen de la dignidad humana, cualidad que se manifiesta creando cultura y que nos diferencia del resto de las especies. Es imperativo, por tanto, que el acceso a la cultura en el amplio sentido, sea un derecho común a todos sin excepción, en igualdad de relevancia y no relativizable.

El ser humano, por su capacidad de pensar e imaginar los posibles, luego, de crear e inventar, funda principios atávicos que definen nuestra especie, construyen identidades y noción de humanidad estableciendo la existencia de un saber, que se nutre y elabora desde múltiples dimensiones: emociones, pensares y sueños, edificando civilización, vale decir, cultura, permitiendo, a lo largo de nuestra

evolución, el desarrollo integral del individuo, el pensamiento crítico, la vinculación y memoria colectiva, el sentido de identidad, de pertenencia y cohesión social, que a su vez se manifiestan en nuevas creaciones que repercuten en todos los ámbitos de la sociedad. En relación a lo anterior, tomando en cuenta los tratados y convenios suscritos por el Estado de Chile como marco referencial obligatorio, es forzoso que se cumpla lo establecido en ellos en materia de derechos culturales, consagrando la cultura de los derechos humanos como el factor basal para construir colectivamente un Estado solidario.

1.- La Soberanía Cultural

“La dominación cultural es mucho más radical que la dominación política y económica.... puesto que despoja al agredido de los medios mismos de toda posible réplica” (Marcel Rioux)

Un pueblo soberano es aquél que genera su propia cultura, que ejerce el derecho de conocer sus raíces y las defiende resguardando y difundiendo sus expresiones culturales, tradiciones, lenguas, creencias, hábitos, creaciones y toda su diversidad presente en todas las dimensiones de la coexistencia.

Si entendemos que el poder supremo radica en el pueblo, que, a su vez, se nutre de diversas identidades que se sincretizan, en algunos casos, o se resguardan como propias de cada comunidad (pueblos originarios, regiones, identidades de género, migrantes, entre otros), se deben establecer mecanismos y otorgar instrumentos que garanticen el respeto, cuidado y conservación de los patrimonios tangibles e intangibles de cada una de esas identidades existentes, permitiéndoles tutelar y normar dichas garantías de manera autónoma.

Interculturalidad garantizada por un Estado en que se reconozca Plurinacional: El reconocimiento de los pueblos originarios en la Nueva Constitución debe traducirse en una institucionalidad que garantice su derecho como Pueblo-Nación, el derecho al uso y enseñanza de sus lenguas e historia y la práctica de su cosmovisión, tanto en el sistema nacional de educación, en la institucionalidad cultural del Estado, así como en todos sus organismos de representación.

2.- La Cultura y el Arte como anticuerpo a la globalización y la deshumanización

El arte y la cultura son un anticuerpo a las culturas de mercado de la globalización (homogeneización). El concepto de soberanía cultural demandaría al Estado, garantizar políticas culturales en pro del resguardo de las identidades, de sus artes y sus culturas. Atendiendo a que la producción simbólica constituye el acervo cultural de los pueblos y no son bienes de consumo como otros, su naturaleza y objetivos son antagónicos a la lógica neoliberal de mercado.

En el actual Estado subsidiario, la privatización que se ha hecho de la cultura es tan grave para nuestro devenir, como la privatización de la salud y el agua.

Por lo tanto es justificado, imprescindible y legítimo, que el Estado garantice el financiamiento, la descentralización, vele por la protección e impulse el desarrollo de las culturas, las artes y los patrimonios.

3.- Creación y asimilación social

El arte y la cultura tienden a ocuparse de lo intangible pero muy real del ser humano: propiciar un estado o toma de conciencia que ilumina y da foco y sentido a la propia existencia y al resto de los aspectos concretos de la vida, haciéndolo un individuo integral, capaz de comprender y nombrar sus sentimientos, traducirlos en un pensamiento crítico, interrogarse, cuestionar, oponerse, crear y modelar su comportamiento y su herencia, tomar decisiones libres, vincularse y comprender al otro, traspasar su individualidad para asumir una conciencia colectiva desarrollando un criterio que le permitirá lidiar con su realidad siempre dinámica y múltiple. Privado de eso que le es inherente, el ser humano se debilita.

Desde una dimensión biológica, el ser humano, desde que nace, necesita la transmisión cultural, el arte y lo que entendamos por belleza, tanto como el lenguaje, para su desarrollo cerebral, como medio de vinculación e integración civilizatoria, entendiendo como antónimo de civilización la deshumanización y la violencia.

La creación artística y cultural, entonces, no queda reducida a creaciones de un autor/a, su existencia permite la asimilación e intercambio social de este saber, que a su vez se incorpora, se manifiesta e impacta positivamente en todos los ámbitos y problemáticas sociales.

Por lo tanto, si abordamos estas problemáticas desde su dimensión cultural, si diseñamos nuestras ciudades, viviendas, condiciones laborales, transportes, hospitales, etc, si concebimos el rol de la educación, la salud, el sistema penitenciario, desde el punto de vista de las necesidades culturales de la comunidad, del buen vivir y los derechos humanos, entendiendo el arte y la cultura como herramientas y motores de transformación social, podemos a través de ellas, interrumpir los círculos viciosos (educación deficiente, desapego, abandono, violencia intrafamiliar, salud mental y por tanto fisiológica, adicciones, narcotráfico, hacinamiento, violencia sexual, reincidencia delictiva, ciudades y transportes hostiles, para transformarlos en círculos virtuosos y construir una cultura solidaria que apunte a lo colectivo, a la humanización y el bien común, desnormalizando los cánones de la cultura individualista impuesta por un sistema neoliberal, segregador, extractivista, patriarcal y colonialista.

Es necesario sanar desde lo cultural el paradigma patriarcal que ha sesgado la sociedad por discriminación de género, identidad u orientación sexual, discapacidad, etnia, condición socio-económica, lo que implicaría reformular y repensar nuestro sistema educativo desde el punto de vista de la salud cultural* desde la preescolaridad en sus objetivos y formas de evaluación hacia la formación de seres humanos integrales, no competitivos, sensibilizados en lo

colectivo, los Derechos Humanos, la creatividad, sus habilidades socioemocionales y conciencia medioambiental, reponiendo y relevando materias hoy subvaloradas como, por ejemplo; las artes, la filosofía/psicología y la historia así como otras actividades de orden creativo y cultural. (* Informe sobre Salud cultural - Ministerio de la Cultura de Francia. Insumo recomendado disponible aquí: SALUD CULTURAL .pdf.)

Estado Subsidiario y Cultura: El concepto de subsidiariedad en el ámbito de la cultura, ha significado que, sujeta al mercado, ella se haya limitado a lo meramente comercial, provocando el debilitamiento y/o desaparición, transformación o folclorización de tradiciones, patrimonio, creaciones y saberes propios, el crecimiento hipertrofiado de una industria cultural de mercado que somete a creadores limitando su autonomía y libertad de creación, naturalmente desvirtuando o imposibilitando el acceso a esas creaciones por parte de la ciudadanía.

Libertad de creación: Por lo anterior, y si consideramos la cultura como derecho fundamental, la libertad de creación debe ser pilar garante de la soberanía cultural y comprende: libertad de expresión, libertad de medios y de información.

Estas libertades deberán estar protegidas como valores supremos contra cualquier tipo de dominación, intervención, discriminación, negligencia u omisión de los poderes públicos o de privados, lo que comprendería la prohibición de incidir sobre la libertad de investigación, experimentación, innovación, inventiva, metodología, tendencias, espacios físicos o virtuales y todo lo comprendido en un proceso de arte, ciencia y/o tecnología, únicamente sujeto a los límites establecidos por los propios derechos humanos consagrados a nivel universal, así como los derechos de todos los seres vivos.

4.- PROPUESTAS

A.- Reconocimiento y Garantía de Derechos fundamentales

1.-Reconocer, reforzar y comprometer el rol del Estado en el desarrollo cultural integral del país, con pleno respeto a la libertad de creación, a la pluralidad y diversidad cultural, territorial, de género, étnica y social sin discriminación alguna.

2.-Reconocer y consagrar que Chile es un país intercultural, que reconoce y respeta a los pueblos originarios y sus culturas.

3.-Reconocer y respetar en igualdad la pluralidad, diversidad y dinamismos culturales e identitarios de la sociedad chilena.

4.-Reconocer la dimensión social humanizadora de la cultura y su importancia en el desarrollo integral de las personas y comunidades y la valoración social de las y los artistas y creadores.

5.-Reconocer y declarar que todas las personas son sujetos culturales desde su nacimiento, esto es, creadores de cultura y que tienen derechos culturales, debiendo el Estado dictar y garantizar el cumplimiento de leyes, formular e implementar políticas públicas y medidas para el desarrollo artístico, cultural y patrimonial del país, proveyendo de recursos y contribuyendo a la creación y desarrollo de una infraestructura cultural pública en todas las comunas de Chile, estableciendo incentivos para quienes promuevan, apoyen, desarrollen o financien actividades relacionadas con la cultura, dentro del territorio nacional y en el exterior.

6.-Reconocer, consagrar y garantizar la condición de bien público del espectro radioeléctrico en su calidad de recurso natural estratégico para las naciones que habitan el territorio, al igual que el agua, los recursos marinos, los minerales. Su uso debe considerar: que la diversidad cultural es portadora de identidad, valores y sentido, por lo que su aprovechamiento no debe ser considerado mercancía o bien de consumo como los demás bienes (Art. 8 Diversidad Cultural- Declaración Universal UNESCO). De lo anterior, se deduce como imperativo que la ciudadanía, a través de una institucionalidad dada por el Estado, participe en la regulación del espectro radioeléctrico.

7.-En virtud de lo anterior se debe reconocer y garantizar la obligatoriedad de la información cultural por parte de los medios de comunicación social masivos públicos o privados. Establecer el deber de dichos medios de coadyuvar a la difusión de las obras de las/los creadores. Asimismo, la obligatoriedad de una cuota de pantalla para las producciones audiovisuales nacionales, reconociendo la potestad que corresponde a la ciudadanía de incidir en el uso del espectro radioeléctrico como el bien público que es. En atención a ello, el Estado debe velar a través de organismos colegiados, por un pluralismo informativo, su circulación y visibilización de la actividad artística y cultural en el territorio, en su diversidad y transversalidad en igualdad de oportunidades, en particular, a través de los grandes medios y soportes de comunicación masiva.

8.-En atención a lo anterior, el Estado deberá garantizar el cumplimiento de los derechos digitales en su conjunto (consagrados en la Asamblea General de Naciones Unidas de Julio 2018: Resolución sobre Protección, Promoción y Disfrute sobre los DDHH en internet). Para ello, es fundamental que se garantice el acceso equitativo a internet a toda la ciudadanía y en todo el territorio. Dada la relevancia que han adquirido estos derechos, a modo de ejemplo, mencionamos la libre expresión, privacidad, libertad de información, acceso abierto e inclusivo al ciberespacio, sin distinción de ingresos, geografía o discapacidades de usuarios, acceso a comunidades virtuales en el marco de la legalidad.

9.-Reconocer y garantizar el carácter de bien común del patrimonio cultural tangible protegido por el Estado independientemente de quién sea propietario del bien patrimonial, estableciendo la responsabilidad del Estado, de contribuir en su conservación y puesta en valor, y reconociendo el derecho ciudadano a la defensa

de lo que considere un bien tangible patrimonial, como al conocimiento, acceso inclusivo y disfrute de dicho bien patrimonial.

B.- Derechos Culturales

1.- Derecho a participar activa y democráticamente en el desarrollo artístico y cultural del país, de sus regiones y comunas, reconociendo que todas las personas son sujetos culturales y creadores de cultura.

2.- Derecho a la propia lengua o lengua materna. Reconocer y garantizar el derecho a hablar, expresarse y educarse en la lengua materna para todos los chilenos y chilenas, incluyendo la lengua de señas, lo que debe incluir el derecho a la enseñanza en lengua materna de los pueblos originarios.

3.- Garantizar la libertad de creación y expresión, y no censura.

4.- Derechos autorales y conexos: reconocer y proteger como garantía constitucional el derecho a la propiedad intelectual de autores, cultores, compositores, directores e intérpretes de obras literarias, de artes musicales, artes visuales, audiovisuales, digitales, artes escénicas, artesanía y lo que se entienda por autoría creativa.

5.- Derecho al acceso equitativo a manifestaciones, obras y bienes culturales, en toda su diversidad y pluralidad, para lo cual el Estado deberá proveer recursos y poner a disposición todos los medios a su alcance, para el financiamiento, desarrollo, producción, promoción, distribución, difusión de dichas obras y bienes.

6.-Derecho a formación artística y cultural básica o esencial en la educación formal, por tanto, se debe consagrar que las diversas manifestaciones del arte, la cultura y el pensamiento deberán ser parte del proceso de formación integral de la Educación Preescolar, Básica y de Enseñanza Media.

7.-Derecho a la formación artística profesional de libre acceso, universal y gratuita.

8.-Derecho de todo trabajador de la cultura y las artes a ser reconocido en su condición de trabajador, sea dependiente o independiente, cualquiera sea su calificación o área de desempeño, garantizando por tanto el derecho a la libre elección, remuneración justa, protección contra el desempleo y seguridad social.

9.-Consagrar el derecho a la memoria y participación ciudadana en la definición de las obras, sitios, manifestaciones y saberes con valor patrimonial, y el deber del estado de garantizar su protección, conservación, puesta en valor y divulgación del patrimonio cultural de Chile, en toda su diversidad y pluralidad, e independientemente de las personas, instituciones o comunidades que sean sus propietarias. Se ratifica la plena autonomía de los pueblos originarios respecto de sus culturas y en especial de sus manifestaciones, sitios y bienes de carácter arqueológico y/o patrimonial.

10.-Creación de institucionalidad pública de la memoria de los derechos humanos que defina, y releve la importancia de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, así como la función de los sitios y archivos de la memoria y los derechos humanos en aras de fomentar una cultura de Derechos Humanos y garantizar una legislación para su resguardo, protección, difusión, enseñanza pre-escolar, escolar, media y universitaria, administración y financiamiento.

C.- Territorio y Cultura

1.- A nivel territorial, fortalecer la descentralización y desarrollar las responsabilidades, atribuciones y recursos de gobiernos locales y regionales para Cultura.

2.-Consagrar y garantizar un porcentaje mínimo del 1% obligatorio de los presupuestos anuales de recursos públicos nacionales, regionales y municipales para el desarrollo artístico, cultural y patrimonial atendiendo a que el sector cultura aporta cerca del 4,5 % del PIB de la nación.

IV.- NUEVA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA Y CENTRADA EN LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL DERECHO HUMANO A UN MEDIOAMBIENTE SANO

No es un secreto que la constitución vigente no sólo trata los derechos relacionados con el medio ambiente en forma neoliberal y utilitarista, centrado en la apropiación privada individual de los recursos provenientes de la explotación de la naturaleza construyendo un modelo de desarrollo económico basado en el extractivismo. De esta manera, los recursos naturales se ven fuertemente afectados, comprometiendo la biodiversidad y generando de manera constante las llamadas “zonas de sacrificio”, dando cuenta que la consagración constitucional, no sólo resulta ineficaz para la protección del medio ambiente, sino que fomenta un modelo económico que se nutre de éste.

Una contradicción que se requiere resolver en la Nueva Constitución es la oposición entre la protección de un medio ambiente sano, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa, cuestión que necesariamente debe desarrollarse mirando hacia la consagración, protección y desarrollo de los derechos de las comunidades actuales y de las generaciones futuras.

Ya en 2016 el “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”¹, dio cuenta que las normas de derechos humanos en relación con el medio ambiente, adolecen de un grave problema, consistente en no contemplar de manera expresa el reconocimiento y garantía de un derecho humano a un medio ambiente saludable. Aun así, el informe del relator especial señala que los países que han establecido derechos constitucionales relacionados con un medio ambiente saludable permiten demostrar que la regulación constitucional en ese sentido genera ventajas reales para los pueblos, como la visibilidad y la importancia de la protección ambiental que sirve de base para la promulgación de leyes ambientales más sólidas, y la construcción de una jurisprudencia sólida que ha servido para construir normativa e integrar las lagunas en la legislación, lo que ha generado oportunidades para mejorar el acceso a la justicia, y en ese sentido, el relator especial realizó recomendaciones directas al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para apoyar el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, limpio y libre de contaminación en un instrumento mundial y en las constituciones y normas superiores de los distintos países.²

Por supuesto que los derechos relacionados al medio ambiente no pueden quedar restringidos únicamente a los llamados “derechos de la naturaleza”, pues se debe entender de manera omnicomprensiva y relacionada con los demás derechos sociales, ya que no existe otra manera de garantizarlo que extender además, la protección de la salud, el trabajo, la seguridad social, la profundización de la libertad colectiva y la garantía de la propiedad, sobre todo desde la idea de su función social.

Una primera idea es que la consagración de los derechos medioambientales requiere una descripción extensa y con alcance amplio, que resguarde a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que reconozca como un principio constitucional la protección de la vida de todas las especies y la importancia de los distintos ecosistemas, generando el deber amparado institucionalmente de su protección, conservación y reparación en todos los ámbitos de implicancia.

Lo anterior implica necesariamente el reconocimiento de que los derechos constitucionalmente garantizados, no solamente son colectivos en vez de individuales, sino que su reconocimiento y protección se extiende a las generaciones futuras estableciendo mecanismos que los constituyan como efectivos. La primera respuesta que el nuevo texto constitucional debe otorgar, es si las actuales generaciones son tanto titulares como obligadas por el derecho de las generaciones futuras, pues, aunque tradicionalmente se puede pensar que las personas que componen la generación actual no podrían ser afectados por acciones que van a causar un daño ambiental en los próximos 200 años, la

¹ <https://undocs.org/es/A/HRC/31/52>

² De la misma manera el nuevo relator especial en derechos humanos y medio ambiente, David R. Boyd, también ha compartido la creciente urgencia de abordar un medio ambiente sano como un derecho humano «Environmental hazards kill 8 million a year: UN expert urges global recognition of the human right to a healthy environment», Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 25 de octubre de 2018, disponible en <https://bit.ly/3faG8FX>

Constitución debe reconocer al mismo tiempo el derecho al medioambiente saludable y el deber de todas las personas que habitan el país de preservarlo. De esta manera, uno de los principales mecanismos de garantía, la protección judicial frente al daño medioambiental, debe estar consagrada en la nueva Constitución, reconociendo la titularidad colectiva de la acción, no sólo para el daño causado o temido en la actualidad, sino para proteger a las generaciones futuras del daño que eventualmente pueda generarse en el tiempo por venir.

Una Constitución Ecológica requiere la construcción de una institucionalidad compleja y un entramado público coordinado, empoderado, desconcentrado y descentralizado, con una fuerte participación ciudadana decisoria e incidente, que permita la incorporación de las comunidades e intereses locales para la defensa de todos los derechos involucrados en la protección del medio ambiente; por tanto, no es únicamente el catálogo de derechos constitucionales el que debe ser afectado positivamente por la mirada ecológica, sino que toda la Constitución y las instituciones (institucionalidad pública como privada) que se conserven y se creen a partir de ella, es la que se requiere estructurar bajo los principios informadores que contribuyan a proteger todas las áreas relacionadas con la naturaleza y un modelo de desarrollo centrado en el compromiso con el medio ambiente, el desarrollo, la protección y los derechos sociales.

El Derecho a un medio ambiente sano o saludable, ecológicamente equilibrado, sin riesgos, limpio y sostenible debe estar expresamente consagrado, pero mas allá, dicha consagración debe considerar su expresión de derecho-deber no sólo individual, sino también colectivo, y de pertinencia presente y para las generaciones futuras. Esto necesariamente debe tener su correlato expreso en materia de deberes de protección respecto del medio ambiente, no sólo para el Estado, sino que para todas las personas que habitan el país, tanto naturales como jurídicas.

El agua por sí misma debe constituir un derecho fundamental garantizado, tanto para alimentación y la salud, configurada como derechos de las personas y los entes vivos, así como para el desarrollo social y colectivo. El resguardo de la soberanía alimentaria necesita considerarse como un compromiso ineludible de la acción estatal que pese sobre la actividad económica pública y privada.

CUARTA PARTE

NUEVA CONSTITUCIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN: FUERZAS ARMADAS Y PODER JUDICIAL

Las garantías de no repetición son un conjunto de medidas fundamentales para el aseguramiento y la conformación de los DDHH, que estando orientadas a la sociedad en general, y al Estado en particular, y buscan prevenir e impedir que nuevas violaciones a los derechos humanos se cometan en el futuro. En este sentido, no se limitan a las víctimas directas o indirectas.

Según la conceptualización establecida por Naciones Unidas, en su Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, las garantías de no repetición comprenden “la totalidad o parte de las medidas siguientes”, que también contribuirán a la prevención:

- a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

Las garantías de no repetición emanan de las obligaciones generales de los pactos y tratados de DDHH y en especial, lo que establece el artículo 2° del PIDCP y en el artículo 1.1. de la CADH y el artículo 24 de la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas, entre otros instrumentos, pero es en particular de las a), b), c) y g) de donde se desprenden dos de las más importantes: la necesaria reformulación del rol y reestructuración de las Fuerzas Armadas y de Orden, fundamentalmente en los países que deben transitar de conflictos o de dictaduras en las que se hayan involucrado las FFAA, hacia la implementación de democracias y una necesaria reforma al Poder Judicial.

Reestructuración de las FFAA y de Orden Público

La Constitución vigente en su Artículo 101, establece que: “Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”, cuestión que se relaciona íntimamente con el Artículo 1 que señala como “deber del Estado resguardar la seguridad nacional”. Esta doctrina binaria y de guerra fría de la llamada seguridad nacional debe superarse con miras a una profundización democrática de las FFAA basadas en una sociedad compleja, inclusiva, plurinacional, multi e intercultural, pues dicha doctrina fue y ha sido uno de los elementos más relevantes para la actuación del Ejército, la Armada, la Aviación y las Policías en las vulneraciones a los DDHH en el pasado y el presente de nuestro país, así como el sacrificio y hundimiento del Estado de Derecho bajo el golpe militar y la dictadura.

Las Fuerzas Armadas en un paradigma democrático y bajo un nuevo pacto social deben estar integradas a la sociedad y deben estar supeditadas a los organismos democráticos del poder, poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial y organismos como la Contraloría General de la República, lo cual implica consagrar constitucionalmente, más que el deber de resguardo de la seguridad nacional, el deber de ser funcionales a las expresiones democráticas, ocupando un lugar en el ordenamiento y estructura del Estado que expresamente establezca que las FFAA no son un poder del Estado y por lo tanto, se hallan un nivel más abajo que los tres poderes existentes, ejecutivo, legislativo y judicial, pudiendo su regulación incorporarse mediante una ley orgánica, complementada por leyes comunes y reglamentos.

La reformulación de las FFAA y de Orden, así como de toda la institucionalidad relacionada, necesita en primer lugar de lo que se ha llamado el “sometimiento al poder civil”, lo que significa que todos los procesos y decisiones relacionadas con

ellas deben estar guiados de manera exclusiva y excluyente por los poderes democráticos del Estado.

En ese sentido, la Nueva Constitución deberá contemplar a lo menos, las siguientes propuestas de cambios profundos en la manera en cómo se insertan las FFAA en la sociedad de la cual debe ser reflejo:

1) La Constitución debe ordenar a las futuras autoridades e instituciones el desarrollar nuevas estructuras, normas y procedimientos que permitan el sometimiento y control de la actividad de la Defensa y las FFAA y de Orden a la institucionalidad democrática y al poder civil del país, en particular, a organismos de control y jurisdicción como el Consejo para la Transparencia, la Contraloría General de la República, el Poder Judicial y sobre todo a la Institucionalidad de DDHH.

2) Garantizar una política institucional de DDHH supeditada a un Plan Nacional de Derechos Humanos, conducido desde la Institucionalidad civil.

3) Abandonar la idea de “seguridad nacional” cambiándola por “el deber de obediencia al pueblo, el acatamiento a las expresiones e instituciones democráticas, y la protección y promoción de los DDHH”.

4) Crear nuevos mecanismos y fortalecer los existentes relacionados con la participación incidente y decisoria de la sociedad civil en el ámbito de la Defensa.

5) Garantizar una política de inclusión en las FFAA y de Orden, relacionada con la equidad de género, diversidad sexual, integración de pueblos indígenas, gratuidad y democratización en los procesos de selección en escuelas de formación.

6) Ordenar una completa reforma a la justicia militar, con preeminencia de los procesos civiles por sobre los militares, quedando estos exclusivamente restringidos a los casos especiales, reduciendo la competencia de sus tribunales y asegurando el derecho a un debido proceso.

7) Reformar el sistema de pensiones para integrarlo al sistema común de seguridad social para todas las personas del país, de la misma manera con el sistema de salud y otras situaciones relacionadas con la carrera militar, en beneficio prioritario de los escalafones inferiores de la estructura.

Reforma al Poder Judicial

Las principales críticas que se han manifestado en contra de la actividad jurisdiccional en Chile, tienen relación que su falta de independencia, bajo presupuesto y una competencia compartida con el poder ejecutivo, quien en varios procedimientos funciona como juez y parte respecto de los derechos que pueden ejercer las personas [SII; TGR; Procedimientos Administrativos]. Por otra parte, al ser una necesidad fundamental para nuestro pueblo la generación de una Nueva

Constitución legítima y democrática, la potestad de interpretación constitucional, que hoy ejerce el Tribunal Constitucional debe ser revisada y reasignada.

Promoción y garantía de aplicación de los derechos humanos transversalmente en el trabajo de todo el Poder Judicial, interna y externamente.

Para esto se requiere la aplicación directa, de parte de juezas y jueces, de las normas internacionales de Derechos Humanos y su exigibilidad, la reparación integral a las víctimas de violaciones a los DDHH y la necesidad de un Servicio Médico Legal autónomo del gobierno de turno. El poder judicial debe controlar la actividad del Ministerio Público para evitar formalizaciones e investigaciones arbitrarias, creándose expresamente un recurso de impugnación para ello, que sea de resolución jurisdiccional (ante el Juez de Garantías y/o la Corte respectiva) y no quedar entregado a la resolución administrativa del propio Ministerio Público. Perspectiva de género y paridad como principio estructurante de la función judicial. Establecer los mecanismos que permitan asegurar el igual acceso a la justicia incorporando perspectiva de género en formación y desarrollo institucional. Reconocer de forma explícita los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia y la interpretación que los órganos de tratados dan a los derechos, incluido el principio pro persona [en su interpretación aceptada en el ámbito de los DDHH como lo ha señalado la CIDH y otros organismos internacionales, y no su aplicación propia de la tradición conservadora nacional como “principio pro individuo”] y el deber del Estado de respetar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Implementar una institucionalidad autónoma y fortalecida que vele por el cumplimiento de los deberes del Estado en esta materia. (Citado desde <https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/03/Constitucion-Feminista.pdf>)

Reconocimiento Constitucional del derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es uno de los principios y garantías más importantes del ámbito de los DDHH, ya que no sólo se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que es recogido en general por todos los ordenamientos jurídicos en contexto democrático.

La Constitución vigente recoge el principio de inocencia débilmente y acotado a la formalidad legal, prohibiendo la existencia de presunciones legales de culpabilidad, pero no expresa en forma correcta el reconocimiento y garantía de la inocencia de las personas.

Más allá de si permitir presunciones de derecho en materia penal es o no conveniente, no se puede eludir la posición política de la dictadura militar bajo la cual se redactó la Constitución de 1980 y el contenido que se le impregna. Recordemos que al mismo tiempo que las sesiones de la Comisión Ortúzar tenían lugar discutiendo en torno al Estado de Derecho, Justicia y Constitucionalismo, los Derechos Humanos de los chilenos eran sistemáticamente violentados, miles de

personas eran torturadas, asesinadas y hechas desaparecer por agentes del Estado, por cuanto, ideológicamente, es difícil pensar que la protección a las personas respecto a justamente el ejercicio del poder estatal y el uso de la fuerza institucional hayan sido prioritarios para la dictadura.

El principio de inocencia, es la barrera infranqueable que ningún Estado puede traspasar en el ejercicio de la potestad de castigar, constituyendo un importante elemento diferenciador entre un Estado democrático y uno autoritario, ya que es la piedra angular sobre la que se sostienen el derecho al acceso a la justicia y el derecho al juez imparcial, permitiendo a todas las personas ser tratadas como inocentes e imponiendo el deber no sólo a las autoridades sino que al resto de la sociedad, incluyendo a los medios de comunicación, de evitar prejuizgamientos y la emisión de opiniones condenando a cualquier persona antes de la decisión judicial final.

Como bien sabemos, la actividad de las policías, ramas castrenses y organismos de represión bajo el mando de la Junta Militar y del dictador Pinochet, consistía en ejecutar condenas sumarias negando todo acceso a la justicia. La actividad judicial consistente con ese mandato negó sistemáticamente los recursos de amparo y la prensa promovió constantemente que las personas que habían participado de la Unidad Popular o que se mostraran favorables a las ideas de izquierda, eran culpables de terrorismo o traición a la patria. Postular el reconocimiento constitucional del principio de inocencia, importa dar un paso importante en la consolidación y profundización de la democracia en nuestro país, el cumplimiento de las Garantías de No Repetición, lo cual una Constitución emanada en democracia no puede obviar. (Tomado de “Nueva Constitución. Ideas y propuestas para el cambio constitucional” Editorial Rubicón 2017)

Independencia y autonomía del Poder Judicial. Consejo Superior de Justicia o Consejo de la Magistratura

Un nuevo Poder Judicial debe considerar como principio rector el de la jerarquía, pero una jerarquía atenuada, meramente funcional, que esté en concordancia con una adecuada horizontalidad y separación de las funciones de juzgamiento de las de gobierno judicial. Para ello se debe crear de un órgano plural, paritario, constitucional que administre el poder judicial y decida quienes son jueces y juezas de acuerdo a estándares de Derechos Humanos, perspectiva de género y nuevos parámetros constitucionales. La Nueva Constitución debe establecer un órgano de esas características, denominado Consejo Superior de Justicia o Consejo de la Magistratura, cuyas atribuciones sean llevar adelante los procesos de designación de los magistrados, el ejercer el régimen disciplinario sobre los jueces, participar en el procedimiento de remoción de los mismos, y detentar las potestades administrativas internas del poder judicial. De esta manera, se garantiza la independencia externa del poder judicial (libre de presiones y designaciones políticas por parte de los otros poderes del Estado o “cuoteo” como acontece hoy día con los nombramientos en que participan el Presidente de la República y el Senado). Pero además, repercute positivamente en la

independencia interna, ya que quedan absolutamente delimitadas y separadas las potestades correctivas, disciplinarias y relativas a la carrera judicial, las que se concentran en este nuevo órgano, de las potestades jurisdiccionales y en particular de la competencia en materia de revisión de los actos jurídicos procesales emanados de los tribunales inferiores, las que se mantienen en las Cortes y Tribunales Superiores. Es decir, ya no se permite que el mismo juez superior (Ministro de Corte) que revisa el contenido de las sentencia de los jueces inferiores, sea además el que designe a los nuevos jueces, y califique el desempeño y evalúe la conducta de éstos, fomentando la libertad en el ejercicio de sus funciones, adecuada a la ley y no a una suerte de obediencia funcional a los tribunales superiores, evitando que los fallos se acomoden al criterio estos últimos más que a la ley, lo que claramente redundaría en favor de los derechos de las personas en las sentencias judiciales.

Democratización de la carrera judicial.

Las mayores críticas que se hacen a la carrera judicial dicen relación con el fuerte control del proceso de evaluación y designación de jueces y funcionarios por parte de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Además de lo señalado precedentemente en torno a la generación de un nuevo órgano de gobierno y administración del poder judicial, debe profundizarse en la separación entre quienes pronuncian y quienes revisan las decisiones jurisdiccionales, esto es que quienes controlan el contenido y forma de las sentencias emanadas por los jueces, conociendo de los recursos de apelación, casación o nulidad, no pueden ser los mismos que les evalúan y deciden su carrera judicial.

En la Nueva Constitución debe estar explícitamente consagrada la garantía de respeto al Principio de Diferenciación Funcional, lo cual significa que ineludiblemente debe existir un cerco que separe cada función de los jueces, siendo la ley la que distinga explícitamente dichas funciones además de la radicación de ellas en los distintos tribunales, y no la actividad de gobierno judicial, la que además necesariamente estará consagrada en un organismo distinto y que no ejerce funciones jurisdiccionales. Cada juez ejercerá sólo su función jurisdiccional y no tendrá funciones ni de gobierno judicial, ni de resolución administrativa.

En el mismo sentido, deben consagrarse con mayor fuerza los Principios de Independencia y de Absoluta Sujeción del Juez al Derecho, expresándose que toda afectación de dichos principios, ya sea por influencia externa o interna, acarreará las sanciones que la ley exprese, desde la nulidad de los actos a las responsabilidades administrativas.

Para mejor consagrar los principios aquí expresados, debe realizarse un nuevo concurso público de todos los cargos de altas cortes del país, dado que los actuales miembros de las cortes de apelaciones y Corte Suprema, que no han aplicado perspectiva de género y de derechos humanos en su actuar profesional

hasta ahora, se hace necesario que se declare en interinato a todos los cargos. Una vez hecho esto, y aprobada la nueva constitución, se procederá a un nuevo concurso público de méritos, sumándole el requisito que las y los postulantes en su vida profesional hayan defendido y promovido los derechos humanos para asegurar una nueva cultura de derechos humanos dentro del Poder Judicial.

Eliminación de Abogados Integrantes y reformulación de los apoyos técnicos jurisdiccionales

Los abogados integrantes de las Cortas, son una flagrante intromisión del poder ejecutivo en el poder judicial, ya que son de designación del Presidente de la República y completamente ajenos a la carrera judicial, lo que constituye un fuerte atentado a independencia e imparcialidad que deben regir la función jurisdiccional, y además son fuentes de graves conflictos de intereses pues al mismo tiempo que integran Tribunales Colegiados como jueces, se les permite ejercer en el ámbito privado, cuestión que es particularmente sensible en la resolución de conflictos de interés público o donde se involucren derechos fundamentales.

Reemplazar a los abogados integrantes por jueces de carrera miembros del poder judicial y prohibición de ejercicio privado, que cuenten con mayores y diferentes competencias técnicas permitiría la conformación de salas especializadas en materias de DDHH, Derechos Medioambientales, Derechos Digitales, Derechos Indígenas etc. enriqueciendo la labor judicial y eliminando opacidades y conflictos. Una nueva institucionalidad en materia de control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional (TC) es uno de los mayores blancos de críticas a la institucionalidad vinculada a la labor judicial. Pese a que formalmente no es parte del poder judicial, es innegablemente un tribunal y tiene competencia sobre materias que afectan directamente a la función jurisdiccional. Sabemos que el TC en principio funciona como una “tercera cámara” definiendo cuáles normas jurídicas se encuentran conformes con la actual Constitución, y por tanto cuales adquieren existencia y cuáles no. Estas definiciones, más que por análisis y razonamiento, se adoptan según sea la composición del TC, dependiendo entonces de la inclinación política de sus integrantes, quienes son designados por un proceso que involucra, nuevamente contra todo atisbo de imparcialidad, al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, mediante una velada alternancia que reviste todas las características de “cuoteo” político.

El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) es uno de los mayores blancos de críticas a la institucionalidad vinculada a la labor judicial. Pese a que formalmente no es parte del poder judicial, es innegablemente un tribunal y tiene competencia sobre materias que afectan directamente a la función jurisdiccional. Sabemos que el TC en principio funciona como una “tercera cámara” definiendo cuáles normas jurídicas se encuentran conformes con la actual Constitución, y por tanto cuales

adquieren existencia y cuáles no. Estas definiciones, más que por análisis y razonamiento, se adoptan según sea la composición del TC, dependiendo entonces de la inclinación política de sus integrantes, quienes son designados por un proceso que involucra, nuevamente contra todo atisbo de imparcialidad, al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, mediante una velada alternancia que reviste todas las características de “cuoteo” político.

La existencia de un tribunal con estas características plantea un grave problema democrático: Si la Constitución es la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual implica necesariamente que todos los órganos del Estado deben someter su actuación a ella y que las demás normas sólo son válidas por estar en conformidad con la Constitución, el TC entonces se eleva como el supremo poder decisorio respecto de los demás poderes públicos, al ejercer el máximo control de constitucionalidad, incluso de manera preventiva, impidiendo que las leyes lleguen a ser tales. Una concentración de poder de esa magnitud, en un organismo como el TC, no es sino expresión del autoritarismo dictatorial que subyace a la Constitución, y busca frenar el desarrollo de derechos en vez de garantizarlos.

En ese sentido, es necesario reemplazar el actual Tribunal Constitucional por un órgano distinto (una Corte Constitucional de carácter judicial y no político) o bien que se restituya a la Corte Suprema la potestad de control de constitucionalidad. Además, se necesita reformular el procedimiento para la declaración de constitucionalidad de nuestras normas jurídicas, ya sea para su aplicación general o para su aplicación particular, el cual debe contemplar a lo menos las siguientes características:

Debe eliminarse el control preventivo abstracto. No puede permitirse la injerencia de un tribunal fuera del legislativo para resolver cuales leyes son constitucionales y cuales de acuerdo a la composición política de dicho tribunal. En su reemplazo se debe establecer un procedimiento que califique el modo de producción de las normas jurídicas, es decir que se refiera a cómo se elaboran las leyes, sin calificar el fondo del proyecto de ley impugnado, respetando la autonomía y competencia legislativa del Congreso.

Respecto del control de constitucionalidad represivo o ex - post, la Nueva Constitución debe garantizar el derecho de cualquier persona a requerir la inaplicabilidad de una ley por no adecuarse a la Constitución o por vulnerar sus derechos fundamentales en el caso concreto. Esto, sin embargo, debe distanciarse de lo que acontece hoy en día, que muchas veces es una herramienta formal para detener juicios en curso, por lo tanto, su resolución debe ser simple y de rápida tramitación, cuyo conocimiento sea radicado en un tribunal del Poder Judicial, sea la respectiva Corte de Apelaciones, sea la Corte Suprema.

Por último, para profundizar el contenido democrático de la creación de una acción popular abrogatoria que permita a las personas interponer reclamaciones contra proyectos de ley o leyes que hayan sido elaboradas como resultado de

procedimiento viciados, bajo coerción o corrupción, o que vulneren la Nueva Constitución y los derechos humanos.

Reconocimiento y respeto a los pueblos indígenas y su derecho.

Cuando nos proponemos la modernización y democratización de la justicia para Chile, necesariamente debemos mirar a nuestro país con una mirada plurinacional y sobretodo multicultural. El Poder Judicial, la justicia debe promover la incorporación de jueces provenientes de nuestros pueblos indígenas de la mano con el impulso a métodos alternativos de solución de conflictos como la justicia comunitaria o arbitrajes y conciliaciones. Además, se debe permitir el uso de sus lenguas, vestimentas y todo aquello que reconozcan como propio en la realización de los juicios y la plasmación de las leyes. Por último, pero de vital importancia, planteamos la incorporación e integración a nuestro ordenamiento jurídico de aquellas instituciones y jerarquías que sean propias de los pueblos originarios, entendiendo la “justicia ancestral” como el derecho de dichos pueblos y sus territorios, proveniente de su cosmovisión y patrimonio inmaterial, que debe tener preeminencia en lo que sea pertinente, respecto del ordenamiento general.

Enfoque de derechos sociales y su colectivización.

La superación de las categorías de derechos, y la necesidad de profundizar en las reformas que nuestro país necesita y que hemos impulsado, también requiere de una decidida acción de los Tribunales de nuestro país en el reconocimiento de aquellos derechos que han sido negados o postergados para nuestro pueblo.

Reconocer judicialmente el derecho a la vivienda digna, a la salud de calidad o a la educación universal es tarea pendiente también para la actividad jurisdiccional.

Los magistrados no sólo deben reconocer la existencia de los derechos sociales, sino que cautelar que el pueblo pueda ejercerlos a plenitud sea que los conjuntos de personas se encuentren organizadas o demanden espontáneamente por justicia, permitiendo que la protección de la Constitución y las leyes pueda recaer colectivamente sobre ellas y no sólo sobre personas individuales.

El pueblo, como soberano, debe ser reconocido como sujeto de derechos y, por lo tanto, el poder judicial es el principal llamado a proteger el ejercicio de ellos.

QUINTA PARTE

Nueva Institucionalidad en Derechos Humanos

A la Convención Constitucional le corresponderá reformular la actual institucionalidad de derechos humanos, para que contemple organismos dotados de la suficiente autonomía y legitimidad, que le permitan proteger debidamente a los habitantes de nuestro país frente a eventuales vulneraciones de sus derechos humanos por parte de los diversos órganos y Poderes del Estado.

Para ello, se requiere elaborar un nuevo Estatuto legal del INDH, que establezca una composición y forma de integración de su Consejo, que garantice su independencia del Poder. Además, deberá crearse la Institución del Defensor del Pueblo, que contemple competencias complementarias a las otorgadas al INDH en la protección de las personas.

Mecanismos de participación ciudadana

Es fundamental que la nueva convivencia democrática consagrada en la nueva Constitución, contemple mecanismos de participación que permitan un mayor control del Poder, a objeto de avanzar hacia una democracia participativa y le devuelva al mismo tiempo, la legitimidad a las instituciones.

Es necesario que la nueva constitución incorpore la mayor parte de estos procedimientos, entre ellos, los de nivel municipal y comunal. Por ejemplo, debería aumentar las atribuciones y recursos de las Municipalidades, de las Juntas de Vecinos y los CORE regionales “que son órganos colegiados con facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras, (cuyo) fin es hacer efectiva la participación de la comunidad regional” . Sus miembros son elegidos por votación ciudadana y poseen atribuciones sobre control de gestión, salud, medio ambiente, cultura, educación, seguridad ciudadana, mujer y género y otras.

Propuestas específicas:

- 1.- Incluir una norma en la nueva constitución que reconozca el derecho a la participación integral
- 2.- Incorporar procedimientos para una Democracia participativa integral.

Se trata de establecer relaciones democráticas en todos los ámbitos de la vida social, en el Estado, en la empresa, en los partidos políticos, en las organizaciones no gubernamentales, en los clubes de todo tipo, en la familia, es decir, en aquellas organizaciones formadas por seres humanos y que deben adoptar decisiones.

Ello implica incluir mecanismos de participación en la nueva constitución, tales como la iniciativa popular de ley, el referéndum revocatorio de mandato, los plebiscitos y consultas ciudadanas.

---&&---

Nuestros agradecimientos a quienes colaboraron en la elaboración de este Documento:

Humberto Nogueira, profesor y abogado experto constitucionalista
Hernán Quezada Cabrera, miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU
Fernando Zegers Ramírez, abogado especialista de Derechos Humanos

Raúl Zurita, poeta y escritor
Ramón Griffero, dramaturgo
Nivia Palma, abogada
Liliana García, actriz e integrante Directiva la CChDH
Aline Kuppenheim, actriz e integrante Directiva la CChDH

Antonia Belén Morales, Socióloga
Catalina Pérez, estudiante de Derecho U. de Chile

Margarita Paz Araya, Sicóloga, presidenta CONFEDPRUS

Carolina Cubillos de la Fuente, abogado equipo jurídico CChDH
Yuri Vásquez Santander, abogado equipo jurídico CChDH
Pablo Corvalán Alvarado, abogado equipo jurídico CChDH

Edición general

Carlos Margotta Trincado, abogado y presidente de la Comisión Chilena de Derechos Humanos