

NUEVOS DERECHOS

El movimiento social demanda dignidad, ocupando y renombrando el espacio público, transformando la voz popular en el lema: “hasta que la dignidad se haga costumbre”. La demanda por dignidad ha sido orgánicamente conectada a la demanda por nuevos derechos constitucionales que ayuden a materializar una vida digna para todas las personas que habitan el territorio. Los derechos pueden concebirse de manera negativa —como inmunidades frente al Estado, límites que el poder estatal no debe cruzar— o se pueden entender de manera positiva —como derechos que deben ser garantizados materialmente por el Estado para así asegurar su goce efectivo. La interpretación negativa de estos derechos es menos demandante que la interpretación positiva, ya que sólo obliga al Estado a abstenerse de coartar libertades que se presumen ya existentes. Esta garantía formal de los derechos, que ha predominado en las democracias liberales y ha sido mayormente exitosa en países con relativa igualdad socioeconómica, en países como Chile, donde existen desigualdades socioeconómicas abismales, los derechos entendidos exclusivamente de forma negativa han permitido su vulneración sistemática. Es por esto que, a la hora de pensar creativamente nuevas garantías individuales y colectivas, se hace necesario hacerlo tanto desde los aspectos negativos como positivos del derecho. Asimismo, debemos pensar en cómo estos nuevos derechos se relacionan entre sí y con los derechos civiles y políticos, también llamados derechos de primera generación, y como estas relaciones circunscriben y expanden mutuamente sus límites.

Algunos de los nuevos derechos de segunda y tercera generación a considerar son:

I. DERECHOS SOCIOECONÓMICOS

La mayoría de las teorías asocian la dignidad humana con la integridad física, social y mental de las personas, como un mínimo necesario para ejercer la libertad de elección y contribuir a la sociedad. Abordar las privaciones materiales es por tanto fundamental para afirmar el valor de cada miembro de la sociedad. La pobreza no solo afecta al individuo en términos de su salud y bienestar emocional, sino que también afecta su capacidad para participar en la vida política, económica y social de la comunidad, privando así a la sociedad de la contribución que podría hacer esa persona. Por lo tanto, se reconoce que el respeto a la dignidad humana es esencial no sólo para el desarrollo individual sino también para una sociedad democrática saludable.

Desde mediados de los 1990s algunas constituciones en el mundo han integrado derechos socioeconómicos a la salud, la seguridad social, el agua, la alimentación, la educación y la vivienda, entre otros, para así asegurar que todas las personas vivan con dignidad. La incorporación de estos nuevos derechos materiales ha puesto en evidencia dos importantes desafíos. En primer lugar, a diferencia de los derechos civiles y políticos, como por ejemplo los derechos a la libertad de expresión y asociación, los derechos socioeconómicos necesitan ser implementados y por lo tanto están determinados por las limitaciones impuestas por la disponibilidad de recursos y su realización progresiva. Además de consideraciones de fondos y tiempo, la adjudicación de los derechos socioeconómicos plantea también preguntas sobre la idoneidad de los tribunales de justicia para tomar decisiones que involucren al presupuesto nacional y su distribución.

La primera constitución en incorporar derechos socioeconómicos fue la de Australia. En 1946 se aprobó en un plebiscito una enmienda a la constitución que explícitamente empoderó al Parlamento para proporcionar pensiones de invalidez, viudez y vejez, subsidios para madres, niños y estudiantes además de asignaciones por desempleo y enfermedad y para prestaciones hospitalarias, servicios médicos y dentales. Luego, en 1947 Argentina, bajo el gobierno de Juan Perón, reconoció que “los derechos derivados del trabajo, al igual que las libertades individuales, constituyen atributos naturales inalienables e imprescriptibles de la personalidad humana” y constitucionalizó los derechos de los

trabajadores al bienestar, “cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuada”, a la salud y la seguridad social, entre otros. A nivel de pactos internacionales, en 1948 se incorporaron derechos socioeconómicos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y luego en la Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. Hoy la mayoría de las constituciones incluyen una amplia gama de derechos socioeconómicos, ya sea como disposiciones directamente exigibles ante tribunales o como principios rectores no justiciables. A principios de 2016, el 58% de las constituciones nacionales incluían el derecho justiciable a la educación, el 43% el derecho a la salud y el 27% el derecho a la vivienda.¹

Las constituciones de Brasil (1988) y Sudáfrica (1996) son los ejemplos más emblemáticos de marcos jurídicos con derechos socioeconómicos justiciables. La constitución brasileña incorpora como derechos sociales “la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, la recreación, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, y la asistencia a las personas desamparadas” (art. 6). Estos derechos luego se profundizan en diversos artículos. En cuanto al derecho a la salud, por ejemplo, se establece además la obligación del Estado de proporcionar un sistema de salud unificado (art. 198). Por su parte, la constitución sudafricana, que puso fin al sistema de apartheid en que una minoría blanca tenía privilegios legales frente a la mayoría negra, incorporó derechos socioeconómicos con el objetivo de rectificar esta brutal desigualdad. Además de declarar en su Preámbulo el objetivo de “mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona”, la Constitución protege en múltiples artículos los derechos de acceso a la tierra, a la vivienda, a la atención médica, a los alimentos, al agua, la educación y la seguridad social. Sin embargo, a pesar de la incorporación de estos derechos, su materialización ha sido lenta y desigual ya que son los individuos, ante tribunales, quienes deben demandar que el Estado cumpla con su deber constitucional de garantizarlos. Como los jueces no tiene la autoridad para decidir sobre el presupuesto fiscal, los derechos solo han sido garantizados en la medida de lo “razonable”, lo que ha implicado que los derechos de muchas personas sigan siendo sistemáticamente vulnerados.

A la luz de la demanda por dignidad humana que emerge de la protesta social, ¿qué derechos socioeconómicos debieran incorporarse en la nueva Constitución? Tomando en cuenta las falencias para garantizar este tipo de derechos que requieren de financiamiento a través de tribunales, ¿qué mecanismo o institución se necesitaría incorporar para garantizar la materialización digna de los derechos socioeconómicos? ¿Cómo debieran ser concebidos estos derechos considerando los límites y requerimientos impuestos por otras garantías como por ejemplo los derechos de la naturaleza y de género?

II. DERECHOS REPRODUCTIVOS

El movimiento feminista ha tenido un rol protagónico en este ciclo de protestas, demandando derechos materiales que protejan la autonomía del cuerpo de la mujer. Aunque Chile fue uno de los primeros países en ratificar en 1980 la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aún existe una vulneración sistemática de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: hoy se realizan entre 33 y 70 mil abortos clandestinos por año y más del 50% de las mujeres reporta haber sufrido violencia obstétrica durante el parto. Es más, la pandemia dejó en evidencia la deficiencia de los servicios reproductivos en la salud pública cuando 111 mujeres quedaron embarazadas debido a pastillas anticonceptivas defectuosas. Es por esto que se hace necesario incorporar nuevas protecciones y garantías en la Constitución que protejan la autonomía de las mujeres y garanticen su salud sexual y reproductiva.

¹ Evan Rosevear, “Social rights interpretation in Brazil and South Africa” *Journal of Constitutional Investigations* vol.5 no.3 Sept./Dec. 2018

Chile no es el único país con serias deficiencias en cuanto a la protección de derechos sexuales y reproductivos. En 1994 la comunidad internacional estableció que la salud reproductiva es un derecho humano básico y que los Estados debían por lo tanto garantizarla. El Programa de Acción acordado en El Cairo mandató a los Estados a garantizar las necesidades reproductivas básicas de las mujeres, como la despenalización del aborto, el derecho al control de la natalidad y el acceso a servicios de salud reproductiva de buena calidad y a la educación sexual. Hoy, a casi tres décadas de ese consenso, sólo 27 constituciones en el mundo —entre las que se cuentan Ecuador, Portugal y Sudáfrica— consagran algunos de los derechos sexuales y reproductivos, y, en la mayoría de esos países, estos derechos no se garantizan efectivamente.

Para remediar la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos a nivel mundial, en 2016 el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en su Observación General N° 22, instigó a los países a tomar medidas para garantizar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva, incluida la anticoncepción de emergencia y el acceso a servicios de aborto seguro. Para guiar las reformas necesarias, el PIDESC propuso cinco consideraciones: 1) adoptar un enfoque de ciclo de vida, reforzando que el concepto de salud sexual y reproductiva va más allá de los límites de la “salud materna”; 2) reconocer el derecho a la salud sexual y reproductiva como indivisible e interdependiente de otros derechos; 3) rechazar todas las formas de prácticas coercitivas relacionadas con estos derechos; 4) promover un enfoque de género en todos los demás derechos; y 5) adoptar un enfoque interseccional, tomando en cuenta género, clase y raza en el diseño y ejecución de políticas y programas.

En 2018 Chile despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales específicas: 1) peligro para la vida de la mujer; 2) embrión o feto que padezca una patología incompatible con la vida fuera del útero y 3) embarazo que sea resultado de violación. Hasta ahora los principales problemas al acceso al aborto seguro son el poco acceso a la información en la salud pública, la objeción de conciencia de profesionales de la salud y la falta de vigilancia al cumplimiento de la ley. Dado que la mitad de los médicos obstetras contratados en los servicios públicos de salud se ha acogido a la objeción de conciencia en la causal de violación sexual, se ha dejado sin acceso al servicio en al menos cuatro hospitales que atienden a más de 500.000 personas.

Tomando en cuenta la vulneración sistemática de los derechos sexuales y reproductivos en Chile, ¿qué derechos debieran incorporarse a la nueva Constitución para garantizar su materialización digna? ¿Cómo debieran concebirse los derechos reproductivos para que, por un lado, se libere a las mujeres del costo material de reproducción, y por el otro, no se determine la posición de la mujer como madre reproductora? ¿Cuáles debieran ser los límites de estos derechos, en términos de otros derechos como la libertad de conciencia?

III. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El rechazo a la negligencia estatal que existe en torno al abuso de niñas, niños y adolescentes es transversal. Además de maltrato y violencia, ellos sufren abandono y precariedad. La pandemia reveló que más del 80% de los padres no paga pensión alimenticia, lo que deja no solo a las mujeres cubriendo todo el costo del cuidado, sino que confina a una gran parte de los menores de edad a la pobreza y la precariedad, lo que afecta gravemente su desarrollo y reproduce las desigualdades estructurales de la sociedad.

La adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989 reconoció a los niños, niñas y adolescentes no sólo como sujetos de protección especial, sino también como titulares legales de derechos. La CDN se basa en cuatro principios fundamentales: 1) antidiscriminación, 2) el interés superior del niño, niña o adolescente, 3) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y 4) la consideración de la opinión del niño en las decisiones que le afecten, según su edad y madurez. Algunos de los derechos constitucionales reconocidos por la

comunidad internacional son la protección en contra de la discriminación por motivos de raza, etnia, género, orientación sexual, identidad de género, origen nacional, religión y discapacidad, la garantía en cuanto a su protección física, alimentación, educación universal gratuita y atención médica, el derecho a tener una relación con los padres y de definir su identidad. Asimismo, la Declaración de Barcelona de 2007 defiende a la niñez y la adolescencia contra la pobreza, imponiendo el deber de garantizar su adecuada atención sanitaria, educación y participación social.

Argentina fue uno de los primeros países en reformar su constitución para incluir el compromiso adquirido en la ratificación de la CDN. En 1994 incorporó el deber de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos” de los niños, y de “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo” (art. 75, inc. 23). Por su parte, la Constitución de Serbia (2006) dedica su artículo 64 a los derechos de los niños a “gozar de los derechos humanos adecuados a su edad y madurez mental”, a tener un “nombre personal... y a preservar su propia identidad” y a la protección “contra la explotación o el abuso psicológico, físico, económico y de cualquier otra índole”. Y, más recientemente, las constituciones de Ecuador y Bolivia dedican un apartado especial para el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes (ver Anexo).

Tomando en cuenta la grave desprotección y desamparo de niñas, niños y adolescentes en Chile ¿qué derechos deberían incorporarse para garantizar la dignidad de niñas, niños y adolescentes, dado el contexto de abuso sistemático y pobreza en que la mayoría de ellos vive? ¿Cuál es la relación que estos derechos debieran tener con otros derechos, como por ejemplo, los derechos reproductivos, a la salud, la educación y la vivienda?

IV. DERECHOS DE LA NATURALEZA

El movimiento ecologista también ha tenido un rol protagónico durante las últimas décadas en la articulación de diversas demandas. Las mega represas en la Patagonia, la contaminación, la devastación de humedales, la crisis hídrica y la extracción de minerales que consumen y contaminan el agua de las comunidades han comenzado a converger en la demanda social por incluir derechos medioambientales en la nueva constitución. Una de las recientes innovaciones en el derecho constitucional es el concebir a la naturaleza no sólo como objeto de protección, sino que también como sujeto de derechos, con la necesidad de vivir, desarrollarse y regenerarse. Esto ha llevado a demandar un cambio de enfoque constitucional desde el antropocentrismo —centrado en la supremacía del ser humano— hacia el biocentrismo, el que concibe al ser humano como parte del ecosistema. El biocentrismo constitucional postula entonces que el bienestar y el desarrollo del ser humano deben estar determinados tanto por consideraciones humanas como por consideraciones del ecosistema que se habita, lo que demanda un marco constitucional con un enfoque ecológico dirigido no sólo a proteger el medioambiente sino también a repararlo y regenerarlo.

En 1972 la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano produjo la Declaración de Estocolmo, el primer documento internacional en el que se reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano y la necesidad de establecer un desarrollo sostenible para que se logre “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. En 1992 la Declaración de Río reafirma estos compromisos y establece el programa de acción Agenda 21 para guiar a gobiernos y actores no estatales en las actividades de protección del ambiente. En 2008 la Constitución de Ecuador fue la primera en el mundo en reconocer no sólo la necesidad de proteger el medioambiente sino también a la naturaleza como sujeto de derecho. En su Preámbulo declara el principio biocentrista que busca “construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. Se dedica además un apartado y cuatro artículos a reconocer: 1) el derecho de la naturaleza a mantener y regenerar “sus ciclos vitales, estructura, funciones y

procesos evolutivos”, y el deber de los ciudadanos a exigir que el Estado proteja este derecho; 2) el derecho a la restauración de ecosistemas; 3) el deber del Estado de proteger los ecosistemas; y 4) el derecho de los habitantes a “beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.” Los deberes del Estado y la ciudadanía de proteger el medio ambiente deben además articularse “a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.” Asimismo, se reconoce el derecho colectivo a la consulta previa “sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente”. Sin embargo, dado que la consulta no es vinculante, las comunidades han tenido que utilizar los tribunales de justicia para oponerse a proyectos extractivos que el Estado ha decidido llevar a cabo a pesar del rechazo local, llegando hasta la Comisión Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para proteger los ecosistemas.

Los desafíos planteados por el cambio climático, la creciente contaminación de las aguas y la deforestación, además de la depredación ecológica acelerada que se ha permitido en los últimos 30 años en Chile, hacen necesario considerar la incorporación de nuevas garantías medioambientales no sólo para frenar el daño ecológico sino también para regenerar los ecosistemas. ¿Deberían incluirse derechos de la naturaleza en la nueva Constitución? ¿Qué relación deberían tener estos derechos de la naturaleza con otros derechos como el acceso al agua, la vivienda y la propiedad privada? ¿Debería establecerse una defensoría de la naturaleza, como lo propuso recientemente en Francia la Convención Ciudadana por el Clima?

V. DERECHO A LA CIUDAD

La alta desigualdad en la distribución de los ingresos en Chile tiene un efecto directo en la profunda segregación socio-espacial de las ciudades. Por ejemplo, en Santiago —el epicentro del levantamiento popular de Octubre— mientras algunos pueden pagar carreteras privadas y viajes diarios más cortos, el 36% de los santiaguinos se demora una hora o más en llegar a su trabajo en el atestado transporte público. La desigualdad es tan dramática, que una mujer en Vitacura, una de las comunas más ricas de la capital, vive en promedio 18 años más que una mujer en una comuna más pobre como la La Pintana. Este desigual acceso a los servicios básicos y a la calidad de vida que ofrecen las ciudades, donde reside el 87,8% de los habitantes del país, es parte de una tendencia mundial.

Para remediar el desigual acceso a la ciudad, en 1992 la segunda Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, bajo el título “Cumbre de la Tierra”, sentó las bases para la firma en 2005 de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad en la cual se define este derecho “como el usufructo equitativo de las ciudades” para todas las personas, “sin discriminaciones de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual”. La Carta concibe el derecho a la ciudad como un instrumento para garantizar los derechos humanos y propone tres ejes de acción: 1) el ejercicio pleno de la ciudadanía, y a la ciudad como ámbito de realización de todos los derechos humanos; 2) la gestión y producción democrática de la ciudad y sus espacios habitables a través de formas de participación directas y representativas; y 3) establecer la función social de la ciudad y de la propiedad urbana para así asegurar la equidad distributiva, el usufructo pleno para todos los habitantes de los recursos, bienes y servicios que la ciudad ofrece, y la sostenibilidad medioambiental, prevaleciendo el interés colectivo por encima del derecho individual de propiedad y de los intereses especulativos. En 2016 se refuerzan estas directrices en la Plataforma Global del Derecho a la Ciudad donde se proclamó “el derecho de todos los habitantes (presentes y futuros, permanentes y temporales) a usar, ocupar, producir, gobernar y disfrutar ciudades, pueblos y asentamientos urbanos justos, inclusivos, seguros y sostenibles definidos como bienes comunes”.

Dada la alta segregación de nuestras ciudades, lo que a su vez impide la adecuada garantía de los derechos humanos, ¿qué derechos debiera incorporarse en la nueva Constitución para que todas las personas puedan vivir en barrios dignos? ¿Qué directrices y límites debieran establecerse para que nuestra sociedad esté obligada a producir sólo ciudades justas, inclusivas y sostenibles, en vez de ciudades segregadas, desiguales y con mala calidad de vida? ¿Cuál es la relación que el derecho a la ciudad debiera tener con otras garantías como los derechos a la vivienda, a la salud y a la seguridad, y los derechos de la naturaleza?

VI. DERECHO A LA CONECTIVIDAD

La pandemia hizo patente la falta de conectividad a Internet revelando una brecha digital que excluye a entre un 20 y 30% de la población de acceso a servicios básicos. Por ejemplo, sin internet los niños quedaron excluidos de la educación, vulnerándose sus derechos. Aunque existen diversas declaraciones que reconocen la conectividad como un derecho humano, éstas se han centrado en los aspectos negativos del derecho y denuncian la restricción de acceso a internet por regímenes autoritarios que buscan censurar la expresión ciudadana.

En 2003 se llevó a cabo la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información patrocinada por las Naciones Unidas con el objetivo de cerrar la brecha digital global que separa a los países ricos de los países pobres, a través del aumento a la accesibilidad a Internet en el mundo en desarrollo. En 2011 el Relator Especial de las Naciones Unidas emitió un informe sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, en el que se destaca a Internet como una herramienta indispensable para hacer realidad una serie de derechos humanos, combatir la desigualdad y acelerar el desarrollo y el progreso humano. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) también adoptó este enfoque en su informe de 2011 donde se establece que “todas las personas deberían tener derecho a participar en la sociedad de la información y los Estados tienen la responsabilidad de garantizar el acceso de los ciudadanos a Internet”. Hasta ahora solo Grecia y Portugal han codificado, a nivel constitucional, el acceso a Internet como un derecho fundamental. Mientras Portugal “garantiza a todos el acceso gratuito a las redes de tecnología de la información de uso público”, la Constitución de Grecia reconoce el derecho al acceso efectivo a la conectividad. En su artículo 5A declara que “todas las personas tienen derecho a participar en la Sociedad de la Información” y que es obligación del Estado facilitar no sólo el acceso a la información transmitida electrónicamente, sino que también “a la producción, intercambio y difusión de la misma”.

Dada la brecha digital en Chile, ¿qué sería necesario incorporar para que la conectividad esté garantizada y deje de ser un privilegio? ¿Cuál sería la relación de este derecho a la conectividad con otras garantías como el derecho a la ciudad y a la educación, y los derechos de la naturaleza?