



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho
Centro de Derecho Regulatorio y Empresa



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho
Centro de Justicia Constitucional

ANÁLISIS Y NUDOS CRÍTICOS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

Julio Alvear Eduardo Andrades **Camila Boettiger**
Raúl Campusano **Bruno Caprile** Carlos Claussen
Jaime Carrasco Paula Daza **José Manuel Díaz de Valdés**
Nicolás Enteiche **Gaspar Jenkins** Francisca Labbé
Felipe Leiva Ximena Marcazzolo **Renzo Munita**
Jorge Ogalde **Matías Pascuali** Marisol Peña
Gonzalo Rioseco Catalina Salem **Sergio Verdugo**

Agosto
2022

ÍNDICE

Haz click en cada título y te dirigirás a la página indicada

03

Introducción

Decano Gonzalo Rioseco

04

Autores

08

**¿Qué se Aprueba
Cuando se Aprueba?**

Gonzalo Rioseco Martínez

11

**Plurinacionalidad,
Indigenismo y Otros
Principios Erráticos:
Hacia la Descomposición
de Chile**

Julio Alvear Téllez

17

**Derecho a la Educación:
Una Educación Liberal
o el Espectro del
Estado Docente**

Eduardo Andrades Rivas

23

**Nueva Categorización
de las Aguas y su
Utilización: Una
Reinterpretación
Forzada de los Bienes
Comunes**

Camila Boettiger Philipps

28

**Derecho Internacional
y Propuesta de
Nueva Constitución**

Raúl F. Campusano
Droguett

33

**Obituario al Recurso de
Protección y su Remedo
Ineficaz: La Acción de
Tutela de Derechos
Fundamentales;
Declamación de
Derechos y Garantías
Constitucionales Sin un
Medio de Tutela Efectivo**

Bruno Caprile Biermann

38

**Orden Público
Económico Minero
en el Borrador de
Nueva Constitución**

Carlos Claussen Calvo

43

**Los sistemas de justicia
en el proyecto de nueva
constitución política de
la República de Chile: El
caos jurisdiccional**

Jaime Carrasco Poblete
Consuelo Ortiz Ortega

48

**La Propuesta en salud de
la Nueva Constitución:
Una reflexión necesaria
antes del Plebiscito
de salida**

Paula Daza Narbona

51

**Problemas de Derechos
Fundamentales en el
Borrador de Nueva
Constitución**

José Manuel Díaz de
Valdés Juliá

55

**Poderes administrativos:
¿Potestades en ascenso?**

Nicolás Enteiche Rosales

59

**¿Un nuevo sistema de
protección jurisdiccional
a ddff? claroscuros de
las nuevas acciones
constitucionales de
tutela**

Gaspar Jenkins Peña y Lillo

63

**Estatuto
Macroeconómico en
el Proyecto de Nueva
Constitución**

Francisca Labbé Figueroa

67

**La Ausencia del
Desarrollo Sustentable
como Principio Rector
o Valor Fundante de la
Constitución**

Felipe Leiva Salazar

70

**El Ministerio Público en
el proyecto de Nueva
Constitución**

Ximena Marcazzolo Awad

75

**Sobre la expropiación
y su tratamiento en
el proyecto de nueva
constitución**

Renzo Munita Marambio

80

**Cambios en materia
laboral: ¿Qué riesgos trae
la nueva constitución?**

Jorge Ogalde Muñoz

85

**Nuevo Estatuto
Constitucional Tributario:
Una Visión Crítica**

Matías Pascuali Tello

89

**Seguridad y Defensa en
la Nueva Constitución:
¿Un Equilibrio No
Resuelto?**

Marisol Peña Torres

94

**¿Quién Será el Guardián
del Nuevo Pacto
Constitucional?: La
Justicia Constitucional
Debilitada y el Poder
Político Desatado**

Catalina Salem Gesell

98

**Régimen de partidos
políticos en la nueva
constitución**

Sergio Verdugo

INTRODUCCIÓN

Gonzalo Rioseco Martínez

No hay ninguna duda que Chile se enfrenta a uno de los hitos más relevantes de los últimos tiempos y ya está más o menos claro que cualquiera sea el resultado del próximo plebiscito del 04 de septiembre, la norma constitucional que marcará el rumbo y principios del orden jurídico nacional, cambiará.

No hay lugar ni espacio más propicio que una Universidad y particularmente una Facultad de Derecho para con sus académicos reflexionar sobre el texto que está propuesto al país. Para ello contamos en este documento con más de 20 autores, quienes cada uno desde su especialidad, abordarán distintos temas.

Nuestro propósito estará cumplido si con sus intervenciones logramos aclarar dudas, conocer los alcances de las normas, reconocer sus méritos, sus problemas o derechamente observar su inconveniencia o improcedencia.

Quiero terminar esta parte agradeciendo a todos los académicos que han participado en este texto por su disposición a este trabajo.

AUTORES

**Gonzalo
Rioseco
Martínez**



Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo | MBA Universidad del Desarrollo.

**Julio
Alvear
Téllez**



Director de Investigación y Profesor Investigador, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo | Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid.

**Eduardo
Andrades
Rivas**



Profesor Investigador, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo | Doctor en Historia del Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

**Camila
Boettiger
Philipps**



Profesora Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo | Doctora en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

**Raúl
Campusano
Droguett**



Director de Postgrado y profesor de derecho internacional de la Universidad del Desarrollo | Máster en Derecho Universidad de Leiden.

AUTORES

**Bruno
Caprile
Biermann**



Profesor Investigador, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Máster en Derecho Privado General, Universidad de París II Panthéon Assas.

**Carlos
Claussen
Calvo**



Profesor del Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad Del Desarrollo | Magíster en Derecho Minero, Universidad de Atacama.

**Jaime
Carrasco
Poblete**



Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo | Doctor en Derecho, Universidad de los Andes.

**Paula
Daza
Narbona**



Directora Ejecutiva del Centro de Políticas Públicas e Innovación en Salud, Universidad del Desarrollo | Magíster en Administración en Salud, Universidad de los Andes.

**José Manuel
Díaz de Valdés
Juliá**



Profesor Investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo | Doctor en Derecho, University of Oxford.

AUTORES

Nicolás
Enteiche
Rosales



Profesor Investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo | Doctor (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Gaspar
Jenkins
Peña y Lillo



Profesor Investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo | Magíster en Derecho con mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Francisca
Labbé
Figueroa



Profesora Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad Del Desarrollo | LL.M Universidad de Heidelberg.

Felipe
Leiva
Salazar



Profesor de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Universidad del Desarrollo | Máster en Derecho, Tulane University.

Ximena
Marcazzolo
Awad



Profesora Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo | Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Renzo
Munita
Marambio



Profesor Investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo | Doctor en Droit Université Grenoble- Alpes.

AUTORES

**Jorge
Ogalde
Muñoz**



Videcano de la Facultad de Derecho y profesor de derecho laboral de la Universidad Del Desarrollo | Magíster en Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo.

**María
Consuelo
Ortiz**



Colaboradora en estudio jurídico Carrasco, Contardo y Cía. | Magíster (c) en Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Chile.

**Matías
Pascuali
Tello**



Profesor Investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo | Máster in Arts in Taxation, King ` s College University of London.

**Marisol
Peña
Torres**



Profesora Investigadora del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo | Magíster en Estudios Internacionales, Universidad de Chile.

**Catalina
Salem
Gesell**



Profesora Investigadora del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo | Doctora (c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

**Sergio
Verdugo**



Director del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo | Doctor en Derecho, New York University.

¿Qué se Aprueba Cuando se Aprueba?

Gonzalo Rioseco Martínez

He querido, para introducir esta breve exposición, parafrasear el título de un célebre poema del poeta Gonzalo Rojas, aprovechándome de su poderosa fuerza expresiva, para llamar la atención y, si es posible, arrojar algunas luces respecto a un problema del texto constitucional propuesto, que lo recorre y cruza por completo, y que es la **superabundancia de conceptos abiertos, vagos o muy imprecisos, incluso vacuos**, que impiden aquilatar certeramente su contenido y que, por lo mismo, transforman la decisión de aprobar en un albur, en un acto de ciega fe o, peor aún, en un salto al vacío. Sin duda, de ser aprobado el proyecto, esta deficiencia será fuente de innumerables problemas de interpretación, con todas las perniciosas consecuencias que ello implica.

Todo abogado sabe que si un texto normativo, por su vaguedad, permite dos o más soluciones interpretativas, esas interpretaciones, tarde o temprano, surgirán, serán planteadas en estrados según la conveniencia de las partes que intervengan y habrán de ser los órganos que ejercen jurisdicción los que, mediante un largo proceso, irán decantándolos, precisándolos, lo que tampoco resulta tranquilizador, dada la configuración que en proyecto de Constitución da a lo que llama "Sistemas de Justicia" y al omnímodo "Consejo de la Justicia".

La incertidumbre se ve agravada por la omisión en las Actas de las Sesiones de la Convención Constituyente de los debates y discusiones que tuvieron lugar en su seno. Revisadas aleatoriamente poco más de 10 de las 110 Actas de las sesiones del Pleno, disponibles en el sitio web de la convención, me sorprende que en todas se limitan a señalar los nombres de los convencionales que intervinieron, pero sin consignar el contenido de sus intervenciones, situación que, amén de contravenir, sino la letra, el espíritu de normas del Reglamento de la Constituyente en materias referentes a la publicidad y transparencia de los actos del organismo, nos priva de un valioso elemento de interpretación de sus normas

Mi crítica la hago consciente de la tesis Hartiana de la textura abierta del derecho, pero claro y convencido que no conviene exagerar este verdadero sino de las normas jurídicas, más allá de lo inevitable que impone la naturaleza lingüística de las mismas.

Así, si bien la utilización de conceptos indeterminados o abiertos en el derecho resulta inevitable y hasta beneficiosa en algunos casos, pues permiten dar plasticidad a las normas, no conviene ir más allá del mínimo estrictamente indispensable. Particularmente, quizás, tratándose de un texto constitucional, desde que entre las funciones más importantes que le corresponden es, precisamente, **limitar los poderes de la autoridad pública y establecer las garantías de los individuos frente a ésta**. E imposible resulta exagerar la importancia de estas funciones, pues no hay que olvidar que la entidad que tiene la mayor capacidad y posibilidad de infringir mayores y más graves abusos contra los particulares es siempre el Estado, por su propia envergadura –no por nada, Hobbes caracteriza al Estado con un monstruo marino, el Gran Leviatán –, de tal suerte que el individuo, si no cuenta con sólidas garantías, queda absolutamente inerme. La historia es pródiga en ejemplos y ni siquiera es necesario remontarse mucho en el tiempo. La superabundancia de conceptos indeterminados o abiertos atenta contra la idea misma de norma, como ordenación de la conducta y la extrema laxitud de las normas termina siempre siendo complaciente al poder.

Sin ánimo exhaustivo, sino únicamente para ejemplificar el uso de estos conceptos abiertos

en el proyecto de Constitución, podemos indicar los siguientes:

Conforme el artículo 311 de la Propuesta de Nueva Constitución, *"La función jurisdiccional debe ejercerse bajo un **enfoque interseccional**"*, en tanto que el artículo siguiente prescribe en su inciso 1º que *"La función jurisdiccional **se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género**"*, agregando en su inciso 3º que *"**Los tribunales, cualquiera sea su competencia, deben resolver con enfoque de género.**"*

En síntesis, en lo futuro los jueces ya no habrán solamente de fallar conforme las leyes vigentes, sino también bajo un *"**enfoque interseccional**"* y siempre con *"**enfoque de género**"*

Pero, ¿qué significará concretamente esto? ¿queda el juez facultado para realizar en sus fallos una interpretación "correctiva" de los textos legales? Muchas son las interrogantes que surgen y es natural que así sea, pues conceptos extrajurídicos tales como *"**enfoque interseccional**"* y *"**enfoque de género**"*, entre otros a los que apela el texto constitucional propuesto, son de más o menos reciente surgimiento y quizás por lo mismo, no han decantado aún en un corpus de ideas más o menos consolidado, con contornos claros a las que podamos asirnos, conviviendo dentro de estos enfoques desde posiciones moderadas hasta algunas tan extremas que hace rato se han divorciado del más elemental sentido de realidad.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 78 de la Propuesta de Nueva Constitución, luego de reconocer el derecho de propiedad, sujeto, empero, a las limitaciones, entre otras, de su *"función ecológica"*.

Pues bien, ¿cuál o qué es *"función ecológica"* de la propiedad, que viene a limitar la propiedad o, mejor dicho, a redefinir sus límites?

De acuerdo han dicho los propios Convencionales Constituyentes autores de esta iniciativa (Iniciativa Convencional Constituyente 764, 1º de febrero de 2022), *"(...) la función ecológica vendría a ser un concepto jurídico para entender las funciones ecosistémicas (término científico), lo cual quiere decir que **aquel que tenga propiedad sobre***

bienes naturales tendrá una obligación de "usar, gozar y disponer del bien de una manera en que no se alteren significativamente sus funciones ecosistémicas" (Ídem). Y añaden "De esta manera, la función ecológica de la propiedad corresponde al límite que como sociedad debemos fijar para evitar que el uso y goce privado de una cierta propiedad genere un impacto negativo a la naturaleza...

Ahora bien, partiendo de la base que TODA actividad humana (incluso la que imaginamos más inocua) genera impacto ambiental, siendo, por tanto, las diferencias a este respecto entre actividades solo cosa de grado (gran impacto –mínimo impacto). ¿Hay alguien que pueda sentirse tranquilo y tener confianza que, finalmente, bajo este expediente de la "función ecológica" como límite al derecho de propiedad, no se cometan o intenten cometer, atentados contra las más esenciales facultades del dominio? El problema es que, aprobando un proyecto que contiene conceptos tan vagos, estamos creando la herramienta para hacerlo, y, los ánimos refundacionales, revanchistas y abiertamente hostiles a las actividades productivas, por lo menos, las que se desarrollan a gran escala, no permiten confiar en que dichas herramientas caerán en buenas y razonables manos.

El mismo artículo 78, ahora en su inciso 4º, establece que en el evento de ser expropiado, "*El propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.*", innovando, a lo menos formalmente, respecto de lo preceptuado sobre el particular en la Constitución hoy vigente que establece que el propietario tiene derecho a ser indemnizado "*por el daño patrimonial efectivamente causado*" en caso de expropiación.

Pues bien, ¿qué es lo justo?, ¿cuál es el "*justo precio del bien expropiado*"? Gran pregunta. Si al hablar de precio justo no se dijera nada distinto a la regla actual, cómo juraron unos y perjuraron otros, ¿por qué entonces se empeñaron tanto en cambiar la redacción? "Al buen deudor no le duelen prendas", dice el Quijote. Descartado que el cambio haya simplemente buscado una mayor elegancia estilística, la única explicación posible es que los constituyentes pensaron que el "justo precio" podría no ser equivalente a una indemnización por todo el daño patrimonial efectivamente causado.

Así las cosas, ¿Quién podría asegurar que no se reflotarán viejas tesis o crearán nuevas, en que el precio justo podía incluso significar que fuera el expropiado quien terminara pagando y no el Estado que lo privaba del bien? Fecunda es la imaginación de los juristas..... Y que no se diga que exagero, pues hay precedentes históricos: esta fue la tesis de las "utilidades excesivas" que enarbó el Estado cuando nacionalizó la gran minería del cobre.

Todo lo dicho resulta, en cierto modo, paradójico, si se tiene en cuenta que al principio del proceso se planteó la necesidad del uso de un lenguaje claro, a fin que toda la ciudadanía o, por lo menos, la gran mayoría de ella, y no sólo los operadores jurídicos, pudiera entender la nueva Constitución. Loable idea, pero superficial la forma en que se aborda, desde que omite que la claridad de un texto no depende puramente de privilegiar un lenguaje llano. Y una sintaxis adecuada. El lenguaje es la forma de expresión de las ideas, y si éstas son confusas, torpes o derechamente falsas, ninguna forma de expresarlas las redimirá de ese, su pecado original. De ahí que muchos no puedan permitirse ser claros, pues dejarían en evidencia ya su pobreza de ideas, ya la falta de honestidad de las mismas.

Así las cosas, pienso que los convencionales pudieron reiterar conceptos ya asentados en nuestro país para aprovechar el acervo constitucional que hemos construido en todos estos años. Al decidir no hacerlo, adoptaron un camino lleno de incertezas innecesarias, solamente para satisfacer un injustificado ánimo refundacional, basado en sesgos ideológicos radicales de unos y posiciones personales odiosas de otros, más que en el bien común y el desarrollo de Chile.

Plurinacionalidad, Indigenismo y Otros Principios Erráticos: Hacia la Descomposición de Chile

Julio Alvear Téllez

I. Antecedentes

¿Qué es la plurinacionalidad? Un principio que configura la forma del Estado y la organización del poder político. Pero no solo eso. También determina las bases de la República y el concepto mismo de nación.

La plurinacionalidad es una categoría político-jurídica, pero también ideológica. Por eso, resulta imposible conocer todos sus alcances si no se comprende el pensamiento que le nutre, la raíz doctrinaria que le da significado. En este sentido, la plurinacionalidad debe ser tratada desde dos enfoques: el que le da sustento, y el que lo concreta en un proyecto institucional dotado de ciertas notas esenciales. Dado que lo que más interesa en esta jornada es el segundo aspecto, trataremos lo primero en la justa medida en que se hace necesario para comprender el punto de partida de esta noción.

Un Estado es "plurinacional" no porque reconozca las distintas tradiciones de las comunidades indígenas que perviven en su territorio. No se requiere de plurinacionalidad para ello. Basta con reconocer en sus niveles adecuados los aportes de dichas culturas, ya integradas a la nación. En el caso de Chile, es la Ley 19.253 la que incide en este tema. Ley que, sin embargo, habría que actualizar y en algunos casos rectificar, a fin de promover una mayor integración y otorgar un mejor apoyo a los sectores menos favorecidos de las etnias indígenas.

Tampoco un Estado es "plurinacional" porque consagre comunidades y regiones históricas con fuerte identificación cultural y lingüística, como es el caso de Bélgica. Los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Constitución belga, por ejemplo, reconocen tres "comunidades" (*la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone*) y tres "regiones" (*la Région wallonne, la Région flamande y la Région bruxelloise*), sin ser un Estado "plurinacional", en el sentido que entre nosotros se da al término. También podemos recordar el caso del Imperio Austro-Húngaro (*Österreichisch-Ungarische Monarchie*), que unificó en una corona diversos reinos, regiones y comunidades históricas. Y así, por ejemplo, Francisco José (1830-1916) fue Emperador de Austria, Rey de Bohemia, Dalmacia, Galitzia, Lodomeria e Irilia, Rey de Hungría, Croacia y Eslovenia, etc.

Tampoco lo plurinacional es un nombre cosmético para designar un Estado regional de características más específicas. Es algo que supera aquella noción.

A este propósito, hay que recordar que Estado regional es un concepto no del todo satisfactorio. En el caso de España las "comunidades autónomas" de la Constitución de 1978 son sucesoras en cierta forma artificiales y bastardas de los antiguos reinos y provincias históricas. El art. 2 de dicha carta "reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas" (art.2), precisando, a todo evento, que la autonomía refiere a "las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica" (art.143.1). En ningún caso, "las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades

Autónomas podrán implicar privilegios económicos o sociales" (art.138.2).

En este aspecto, es conocida la necesidad que tiene nuestro país de operar una descentralización efectiva que culmine en un real proceso de regionalización. Sin embargo, lo plurinacional es una forma política que tiene otra naturaleza y busca otros objetivos.

¿Qué significado tiene, entonces, la plurinacionalidad?

II. La plurinacionalidad se funda en dos falsos relatos

Ideológicamente, la plurinacionalidad se construye a partir de dos relatos: el *liberal-republicano* y el *indigenista*.

El relato *liberal-republicano* tiene que ver con la leyenda negra que construyeron las repúblicas hispanoamericanas para renegar de su pasado monárquico e hispánico, una vez consumada la secesión con la península. La historiografía liberal del siglo XIX concibió la etapa virreinal no como una etapa de génesis de los pueblos hispanoamericanos, de gran riqueza política y cultural, sino como un período colonial, de sujeción oscura, que había que denostar, partiendo desde cero. Este relato, digamos, mítico, autodestructivo, del propio pasado, justificó la balcanización de la antigua monarquía católica, universal, polisindial, unitaria, en una veintena de repúblicas contendientes e inestables, que dieron nacimiento, en general, a una multiplicidad de Estados fallidos a los que les ha costado mucho surgir. Solo Brasil y Chile conocieron la relativa estabilidad política durante el siglo XIX.

A pesar de que la historiografía del siglo XX demostró la carencia de bases del relato republicano liberal, este siguió enseñándose en las escuelas, introduciendo en el mundo hispanoamericano esa esquizofrenia identitaria tan característica de nuestros pueblos: el vivir renegando de su pasado político español de tres siglos, compartiendo sin embargo su lengua y su cultura.

Por su lado, el relato indigenista parte del relato *liberal-republicano*, haciéndolo suyo. Pero da un

paso más. No solo el pasado llamado "colonial" es algo de lo que hay que sentir vergüenza; tres siglos para tirar por la borda. También se debe renegar del período republicano. "No son treinta pesos, son quinientos años" decía el eslogan indigenista para el llamado "estallido social" chileno del año 2019.

Hay que subrayar que el indigenismo es una corriente nacida principalmente entre blancos europeos cultos que no son indígenas, para hablar sobre qué es lo mejor para los indígenas, incluso para definir quienes son y qué los identifica. Es probablemente Franz Tamayo, en su "creación de la pedagogía nacional" de 1910, quien señala el nacimiento del indigenismo cultural. Propone crear la conciencia nacional boliviana a partir de la valoración de una nación indígena suprema que habría pervivido a todo lo europeo, a todo lo criollo, a todo lo mestizo.

Los esfuerzos de esta ideología van destinados a crear la imagen de unos pueblos indígenas que antes de la llegada de los españoles no conocían la miseria ni la maldad, y que vivían en armónica relación con la naturaleza y con los otros pueblos. Imaginario que no tiene base histórica ni científica alguna. De hecho, el mundo precolombino estaba compuesto por un conjunto de pueblos que contendían entre sí, que se conquistaban y esclavizaban unos a otros. Tampoco conocían la unidad política. En el caso de nuestro país, la génesis de Chile se inicia con Pedro de Valdivia, no con los pueblos que se trasladaban por el territorio antes de la fundación de Santiago del Nuevo Extremo el año 1541.

Volviendo a la ideología indigenista, hay que connotar que fueron los *latin american studies* de ciertas elites académicas norteamericanas los que transformaron el indigenismo cultural en indigenismo político. Aparecen los conceptos de libre determinación e identidad política y planes pilotos para llevarlos a cabo coordinados por el Instituto Indigenista Latinoamericano, con apoyo de la Unesco y de la OEA, a partir del año 1961.

Como ha observado la historiadora María Elvira Roca Barea, los *latin american studies* cuentan la historia de Hispanoamérica desde el punto de vista de una realidad preexistente que serían los pueblos precolombinos -ahora llamados "originarios"- a los que se identifica ficticiamente con los países que se

forman con posterioridad. Perú sería la continuidad de los Incas, y Chile la continuidad de los mapuches y otros indígenas. El gran mal, el cáncer histórico, en el intertanto, sería la presencia europea española, puramente colonial, y luego la republicana blanca y mestiza, esencialmente alienante. En este plano, el indigenismo político reivindica la necesidad de despojarse de la identidad hispánica y republicana a fin de recuperar la identidad previa, manipulada y estropeada por los blancos europeos y sus descendientes. Hay que quitarse, dicen, esa costra europeizante, occidental, para recuperar el ser y la identidad ancestral, adulterados por la opresión y la imposición cultural.

Esto implica, obviamente, negar siglos de mestizaje activo. Durante los tres siglos de la época virreinal, la demografía demuestra lo escaso que eran los españoles y lo gravitante que fue el mestizaje para la cultura hispánica. De hecho, en Chile, no se puede hablar propiamente de indígenas en estado puro, sino de mestizos con mayor o menor grado de sangre indígena. La interacción e intensificación del mestizaje es innegable durante los siglos XVII y XVIII. Salvo el caso de los fueguinos o en el caso Rapa Nui durante el siglo XIX, no existe en nuestro país la homogeneidad racial en los pueblos indígenas. El indigenismo político lo sabe, y por ello se establece en el artículo 162.2 de la propuesta constitucional el criterio basal de la "autoidentificación" para formar parte de una "nación" indígena, y no el criterio de la comunidad de sangre y de cultura. Se trata de disgregar Chile, no de reconocer el aporte real de los pueblos indígenas.

Además del mestizaje, el indigenismo político niega una premisa política incontrovertible: la monarquía hispánica existió porque supo aliarse con los pueblos indígenas. De ahí nació la cultura integradora del barroco indiano, donde lo hispánico sumó lo indígena. Incluso en el caso extremo de la belicosidad, en el Chile llamado de "Flandes indiano", también se alcanzó -a su modo- esa integración. Situación que llegó hasta la República.

Por ejemplo, en el Parlamento de Tapihue de 1825, citado (o mal citado) por el Presidente Boric en su cuenta pública de este año 2022, suscribió el tratado, en representación de los caciques mapuches, el lonko y toki Francisco Mariluán. Pues

bien, Mariluán fue un líder mapuche católico, fiel a los ejércitos del Rey de España, quien aportó durante catorce años importantes tropas al ejército de chilenos realistas. Y es que lo hispánico fue cultura de integración. Y la nación chilena nació de ahí, de sangre española y de sangre indígena. Por eso el Tratado de Taphue de 1925 habla de la "gran familia chilena" (nº1).

El indigenismo político habla, en cambio, de "colonialismo", no solo político, sino cultural y constitucional. Sostiene que la colonia nunca ha desaparecido de Latinoamérica, porque primero la llevó a cabo el dominador español y después el burgués capitalista. A los pueblos indígenas se les habría impuesto durante siglos un colonialismo que incluye la religión cristiana, la lógica occidental, el derecho republicano y el modo de pensar greco-romano, elementos todos de los que hay que deshacerse. Por eso Enrique Dussel y Boaventura de Sousa hablan de las "epistemologías del sur" y de la necesidad de que los oprimidos y los excluidos enfrenten los cinco siglos de "violencia sistemática del colonialismo, del capitalismo y del patriarcado". No es broma. Lo proclaman en sus escritos y en sus conferencias, que también han dado en Chile.

Precisamente, la plurinacionalidad es un dispositivo constitucional del indigenismo político. Su exposición más o menos desnuda puede encontrarse en los escritos del ideólogo de Evo Morales y ex Vicepresidente de Bolivia, Álvaro García Linera, particularmente en su libro *Comunidad, Socialismo y Estado Plurinacional* (El Buen Aire, 2015, pp.1-210). También en el citado Boaventura de Souza, quien fue invitado por la Convención Constitucional chilena a deponer sobre el significado de la plurinacionalidad, ocasión en que instruyó a los convencionales indigenistas y de extrema izquierda sobre sus principios y diversos alcances. Puede verse su exposición en la Sesión 10 de la Comisión de Principios Constitucionales, el 11 de noviembre de 2021.

Estas dos fuentes -entre otras- dan cuenta del fuerte carácter ideológico que tiene el concepto de "plurinacional". Ideológico es aquel conjunto de ideas que no se interesa por describir la realidad, sino que pretende construirla de nuevo, de espaldas al orden natural e histórico de las cosas.

III. La plurinacionalidad, dispositivo del indigenismo político

La plurinacionalidad, irrigada por la ideología del indigenismo político, configura la estructura política en la Constitución boliviana y en la ecuatoriana (entre otros, arts. 1, 2, 3 y 5 de la primera; arts. 1, 2, 4 y 10, 257 y 380 de la segunda).

En la Propuesta de Constitución de la República de Chile de 2022 la idea de plurinacionalidad se encuentra, entre otros, en el artículo 1.1, que dispone que "*Chile es un Estado (...) plurinacional, intercultural, regional*". El vínculo con el indigenismo político se explicita en el art. 5 que establece que "*1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado. 2. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley. 3. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones*".

Que el Estado chileno sea plurinacional e intercultural significa que hay una nueva forma de organizar el Estado, de estructurar el poder político, de estatuir la república. Chile ya no es una sola nación que ha integrado en su trayectoria las diversas culturas indígenas y no indígenas. Por eso la propuesta constitucional ya no organiza el Estado sobre la base de una sola nación- la chilena- ni edifica la república en torno a un derecho nacional, común a todos. Ahora el Estado se organiza en torno a doce naciones (una, digamos, general, y las otras indígenas), cuyo número puede ser ampliado por ley. El ordenamiento jurídico también se fragmenta en al menos doce sistemas jurídicos (art. 309.1) y doce jurisdicciones (arts. 307.2 y 322).

No importa que varios de los pueblos indígenas mencionados en el art. 5.2 se encuentren, como

tales, extintos. O que ninguno posea un sistema jurídico (que es mucho más que la pervivencia de ciertas costumbres). El indigenismo político al designar a estos "pueblos o naciones" les crea un imaginario propio; les trata como comunidades étnicas de raza homogénea y no contaminada, petrificadas en el pasado. Pero que emerjan a la historia en el siglo XXI por obra y gracia de la propuesta constitucional. Reaparecen como si poseyeran una esencia purísima, guardada durante quinientos años, merecedoras ahora de autonomía política. Incluso con representantes que ni siquiera hablan las lenguas o dialectos originales. Nadie analizó críticamente la elección de la convencional Margarita Vargas (kawashkar), elegida por 95 votos, o de Lidia Gonzáles (yagán) con solo 91.

Esa esencia purísima no contaminada con los males de la civilización hispánica, europea y republicana es lo que les da derecho a la libre determinación política y cultural fijada en los arts. 5.3 y 34 de la propuesta constitucional. Se trata de entidades "preexistentes" dice el texto (algo así como existir con preexistencia), con derecho a "autonomía" y "autogobierno", con derecho a poseer territorios propios denominados "autonomías territoriales indígenas" (arts. 234 y 235), que tendrán que establecerse sobre el territorio de los demás chilenos.

Dentro de aquellos territorios, las "naciones y pueblos indígenas" no solo tendrán autonomía política, administrativa y financiera, que es lo que corresponde al resto de las entidades territoriales autónomas (regiones y comunas autónomas). También tendrán autonomía jurídica (su propio derecho), autonomía jurisdiccional (sus propias autoridades jurisdiccionales) y eventualmente -pues no está claro- su propio sistema económico. Como Boaventura de Sousa planteó a los convencionales chilenos, se trata de que al lado del sistema capitalista convivan territorios con sistemas económicos colectivistas, indigenistas, socialistas, etc. No hay nada en la nueva propuesta que lo impida, sobre todo porque la autonomía de los territorios indígenas queda abierta a lo que establezca la ley.

Si seguimos esta lógica, en cada autonomía territorial indígena tendremos libre determinación, autonomía, autogobierno, protección de tierras,

territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial (art. 34), derechos colectivos (e individuales) (art. 5.3, 18.2, 34). En este punto, se pueden enumerar al menos veintidós derechos colectivos e individuales que poseerán los pueblos y naciones indígenas y sus miembros, derechos que, sin embargo, no son reconocidos al resto de la población. Pueden verificarse al respecto los derechos enunciados en los artículos arts. 5.3, 11, 18.2, 14.3, 34, 36.5, 58, 65.1, 66, 79.1, 79.4, 96.3, 100, 162.1, 162.2, 191, 235, 252.3, 269.1, 283.1, 344.1, 387.1.

Este estatuto privilegiado, que establece una desigualdad flagrante con los chilenos comunes y corrientes, tiene hondas e irritantes repercusiones en la institucionalidad política. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho al autogobierno en sus territorios, pero no así el resto de los chilenos en el suyo. Pues a los no indígenas se les impone, de acuerdo con el citado art. 5.3, la *"efectiva participación"* de las naciones indígenas *"en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones"*.

O sea, los pueblos y naciones indígenas, de creación constituyente, pueden intervenir en la política del resto de los chilenos, con derecho a ser sobrerrepresentados a través de escaños reservados en todos los órganos de representación popular a nivel nacional, regional y comunal (art.162.1); en la Cámara de Diputados (art.252.3); en el Consejo de Justicia (art.344), o en una futura Asamblea Constituyente (art.387.1).

Y dado que es habitual que la organización de la representación indigenista -que no indígena-corra por cuenta de las izquierdas radicales, no es difícil considerar de qué manera la propuesta constitucional crea, de paso, un subsidio a este corriente, que podrá gozar de sus propios escaños reservados, torciendo descaradamente la voluntad electoral del resto de la población.

IV. A modo de síntesis

La "plurinacionalidad" está pensada para ser un dispositivo de dominación política de un grupo sobre otros, rompiendo la lógica de las reglas

del juego democrático. Más grave aún, es un instrumento para balcanizar Chile, disolviendo la nación en distintas unidades autónomas, que podrán desencajarse o contender entre sí bajo el empuje de diversas fuerzas centrífugas.

Derecho a la Educación: Una Educación Liberal o el Espectro del Estado Docente

Eduardo **Andrades Rivas**

I. Introducción

Recientemente, en un estudio realizado junto al profesor Martín Versluys Rubio (Actualidad Jurídica N° 46), revisamos la evolución de la libertad de enseñanza en nuestra dilatada y rica tradición constitucional. Pero tratarla divorciada del derecho a la educación resulta un artificio peligroso. Teniendo presente que son dos derechos, aunque diversos, profundamente enlazados.

La República de Chile del siglo XIX le dio a la educación pública un carácter civilizatorio para una sociedad que había alcanzado su independencia política con menos de un 10 % de la población alfabetizada. Durante largas décadas las energías y énfasis políticos tanto del Estado como de la sociedad civil colaboraron para dar educación a la población y dicha tarea continuó durante todo el siglo XX hasta alcanzar cotas de alfabetización cercanas al 100 % de la población. En este sentido, el éxito de la república fue, sin duda, apabullante. Ni un solo país de Hispanoamérica ha logrado estos estándares hasta hoy. Sin duda que la tarea no fue

fácil. La libertad de enseñanza fue protagonista de las encendidas luchas y disputas entre conservadores ultramontanos, defensores de la libertad de enseñanza y liberales laicistas defensores del Estado docente durante la segunda mitad del siglo XIX y fruto de esa querrela, bien resuelta en la reforma constitucional de 1874, se le dio rango constitucional a la primera y se le proyectó hasta fines del siglo XX. Aunque los promotores del Estado docente no cesaron en sus intentos, la libertad de enseñanza resultó triunfadora.

Recién en 1971, casi un siglo después de las querellas aludidas, se incorporaron a la Constitución de 1925 normas que serían el primer antecedente del Derecho a la Educación, aunque siempre vinculándolas con la centenaria Libertad de Enseñanza.

Posteriormente correspondería al Acta Constitucional N° 3 de 1976 el mérito de haber consagrado por primera vez, en forma explícita, el Derecho a la Educación, separando sus normas de las de la Libertad de Enseñanza. Es lo que consagró en similares términos, más adelante, la Constitución de 1980 en vigencia.

II. La constitución de 1925

Cuando don Arturo Alessandri Palma promulgó la Carta de 1925, uno de sus pilares doctrinarios fue recoger la Libertad de Enseñanza y añadir la existencia de una Superintendencia de Educación Pública que estaría encargada de vigilar y dirigir la educación. El gobernante tenía experiencia, teniendo presente su decisiva intervención en la Ley de Instrucción primaria de 1920.

Este fue el inicio de un dilatado periodo en el que el Estado hizo sentir su presencia en la educación chilena a través de la supervisión delegada de los liceos públicos sobre los colegios particulares, en donde aquellos tomaban exámenes a éstos, velando por la calidad de la educación privada. Es cierto que este control, particularmente intenso durante los gobiernos radicales (1938-1952), se fue transformando progresivamente en un sistema odioso para sus protagonistas, especialmente para los colegios de la Iglesia Católica, sus órdenes religiosas y los de las colonias de inmigrantes europeos que, huelga decirlo, con el paso del tiempo, se convirtieron

en los mejores del sistema educativo, pero que se mantenían bajo la tutela de los liceos fiscales que terminaron siendo claramente inferiores.

La libertad de enseñanza recibió un gran apoyo con el gobierno de don Gabriel González Videla, quien, en el año 1951, dictó la ley 9.864, conocida como Ley Especial de Subvención. El Estado prestó su apoyo económico expreso a los particulares que fundaran y mantuvieran colegios, lo que permitió una gran expansión de la cobertura nacional. Demás está decir que este es el origen de nuestro modelo de educación particular subvencionada. Pues es necesario indicar que nunca el Estado ha tenido ni los recursos materiales ni el personal para llevar adelante la consigna ilusoria del Estado docente. Nuestra larga historia es ejemplo de la colaboración pública con las fuerzas vivas de la sociedad que han aportado decisivamente para establecer el sistema mixto de provisión educativa de alta cobertura y calidad.

III. Estatuto de garantías democráticas

En virtud de la ley N°17.398, de 9 de enero de 1971, se modificó la Constitución de 1925, y se agregaron nuevas normas a la tradicional y centenaria libertad de enseñanza. El denominado "estatuto de garantías democráticas" que popularmente se conoció como el "dique de papel" fue el resultado de las negociaciones entre la Unidad Popular, el candidato Salvador Allende y el partido Demócrata Cristiano para hacer posible la elección, por un pacto partidario, de Allende como Presidente de la República.

La reforma dispuso que la educación sería una función primordial del Estado, cumplida a través de un sistema mixto de entidades fiscales y privadas. Lamentablemente, gran parte de estos derechos y garantías fueron sistemáticamente conculcados en la administración Allende, quien declarararía al poco tiempo, que había firmado la reforma reseñada por simples "necesidades tácticas" para llegar al poder.

IV. Las actas constitucionales

En la primera etapa del Gobierno Militar, con fecha 13 de septiembre de 1976 se dictó el "Acta Constitucional N°3", destinada a ser el antecedente

inmediato del actual capítulo III de la Constitución. En su numeral 13 consagró el "derecho a la educación", primer texto constitucional que lo incorporó. En el numeral 14 contempló separadamente a la libertad de enseñanza. La disposición, contempló un objeto humanista de la educación al indicar que se ella buscaba *"el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida y, para ello, se promoverá en los educandos el sentido de responsabilidad moral, cívica y social; el amor a la Patria y a sus valores fundamentales; el respeto por la dignidad del ser humano y el espíritu de fraternidad entre los hombres y de paz entre los pueblos."*

De hecho, muchas de las normas que hoy son propuestas en el proyecto de nueva Constitución, tienen un origen muy claro en esta norma constitucional.

V. La constitución de 1980

La Carta magna que nos rige hasta hoy recogió directamente los principios que hemos reseñado. Estableció nuevamente el Derecho a la Educación como separado de la Libertad de Enseñanza y reiteró varios de los principios que hemos indicado. El artículo 19° N°10 de la Constitución que nos ocupa, mantuvo el objeto de la educación como pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, y el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos y el papel del Estado como guardián del derecho. También reiteró el principio de la educación primaria obligatoria y gratuita con la obligación estatal de asegurar su acceso.

Hoy se contempla la educación parvularia, básica y media obligatoria y gratuita, con lo que se ha concluido hace años el largo proceso de establecimiento de un sistema de educación pública que cubre todos los niveles escolares, proceso que comenzara en 1920.

VI. La propuesta de constitución de la convención constitucional

Considerando los antecedentes históricos y jurídicos que hemos enunciado, es que debemos ponderar la propuesta del nuevo "Derecho a la Educación" en el proyecto de Constitución, presentada al país el 4 de julio de 2022.

La propuesta sostiene que toda persona tiene derecho a la educación (art. 35) y agrega que es un deber primordial e ineludible del Estado. Reitera a la educación como un proceso permanente a lo largo de la vida.

Pero agrega (inciso 3) unos "fines" propios de la labor educativa, que la Convención entendió como obligatorios: *"la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico, la capacidad creadora y el desarrollo integral de las personas, considerando sus dimensiones cognitiva, física, social y emocional."* Demás está decir que, dada la extremada amplitud de estos llamados fines, será tarea del legislador el intentar precisar su modulación jurídica concreta y dado que las leyes serán aprobadas con mayorías simples, la actividad educativa estará entregada a lo que la mayoría del poder legislativo desee imponer a todos los jóvenes. La falta de precisión de los conceptos usados, en medio de un exceso evidente de calificativos hace temer que cualquier cosa que las fuerzas que controlen el "Congreso de las Diputadas y Diputados" deseen transformar en fin de la educación será ley obligatoria para todo el sistema. Así podríamos ver enseñar la glorificación de la revolución cubana, Patria o Muerte, el Kmer Rouge, o cuanta tiranía del signo político que sea, se transforme en contenido obligatorio de la educación pública, en una operación de lavado de cerebro y adoctrinamiento de los jóvenes, que no hemos conocido nunca desde el intento frustrado de la ENU de la Unidad Popular.

Pero no conforme con lo anterior, la propuesta agrega un inciso 4° con unos "principios" también obligatorios como *"la cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tiene un carácter no sexista y se desarrolla de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística."*

Nuevamente la Convención nos satura con adjetivos calificativos de tal vaguedad que cualquier cosa puede ser sostenida como principio educativo, en

virtud de la ley, desde la prohibición del poema épico "La Araucana" de Ercilla o del primer poema editado por un chileno, el "Arauco domado" de don Pedro de Oña, hasta la instrucción obligatoria de los alumnos en la mitología indígena, suponemos, con sacrificios humanos incluidos. Por de pronto al establecer que "el enfoque de género" y el carácter "no sexista" son parte de esos principios hemos de darnos por notificados que toda la educación separada por sexos queda descartada, en lo que es un *diktat* que la Convención da, sin argumento alguno, para cerrar de portazo una controversia pedagógica que tiene siglos de duración y que está lejos de cerrarse: determinar si es mejor tener colegios mixtos o separados por niñas y niños.

Más grave es el inciso 5° del mismo artículo que comentamos, pues condiciona la "calidad" de la educación a que esta cumpla con los fines y principios esbozados. Y el inciso 6° encarga a la ley definir cómo se alcanzarán. Por lo que, si un proyecto educativo de un colegio católico o de una universidad pontificia no cuadra perfectamente con los criterios anteriores, definidos por ley aprobada por mayorías simples, entonces se cuestionará su calidad y no habrá acreditación de excelencia para ellos, ni tampoco financiamiento estatal, obviamente.

En el artículo 36, el proyecto crea un "Sistema Nacional de Educación" que estaría integrado por colegios básicos, medios e instituciones de educación superior. Llama, eso sí, la atención, que no se menciona expresamente en ningún inciso la educación privada, que siempre ha existido en la República. Igualmente sugerente, es el compromiso del proyecto con la teoría constructivista en la educación, al centrarla en el aprendizaje.

Se reitera el carácter coordinador y regulador del Estado en la educación. Pero se agrega que las instituciones educativas sujetas al "régimen común" deberán tener "carácter democrático" (inciso 3), junto con obviedades como la prohibición del lucro, mantra sacrosanto de sectores políticos extremos y la reiteración de que deben regirse por los "fines y principios" de la educación.

Hay que advertir la gravedad de lo que hemos reseñado. Si una universidad o colegio privado designa a sus autoridades académicas como rectores, decanos y directores, mediante un proceso

de selección de méritos definidos por sus consejos superiores y no por elecciones, estos mecanismos no serían de "carácter democrático" y por ello infringirían la Constitución. De ahí a que el Estado pueda intervenir a las universidades y colegios privados nombrando "altos inquisidores" hay solo un paso. El inciso 4° encarga al sistema nacional educativo la promoción de la "*diversidad de saberes artísticos, ecológicos, culturales y filosóficos que conviven en el país.*" No sabemos qué alcances podrá tener esta atribución. Corresponderá al político de turno en el gobierno. Pero si existiera un colegio o universidad vinculados a una tradición filosófico política que no sea del agrado del gobierno, aquellas instituciones podrían ser acusadas de vulnerar la Constitución, y ser igualmente, intervenidas.

Se declara (inciso 7°) que la educación pública es el "eje estratégico" del sistema, por lo que el Estado debe ampliarla y fortalecerla, mediante la articulación de un sistema gratuito y "laico". Suponemos que todo tipo de instrucción religiosa será vetada, salvo que se trate de las mitologías indígenas, que gozan de especial protección.

El inciso 8° obliga al Estado a financiar el sistema con aportes basales y múltiples adjetivos calificativos tan rotundos como "permanente, directa, pertinente y suficiente" pero no se tiene la menor idea de cómo se financiará.

En el artículo 37° se menciona al subsistema educativo de la Educación Superior. Incluye a todas las instituciones superiores como universidades, institutos profesionales, centros de formación técnica, academias y escuelas de formación de las policías y fuerzas armadas. El inciso 2° consagra la libertad de cátedra de los académicos, lo que representa un avance, pero la limita solo a los universitarios. Por lo que no se reconocerá, por ejemplo, a un científico que trabaje en una academia o en un instituto profesional.

Reitera, en el inciso 4° que deben existir universidades estatales e institutos técnico profesionales en todas las regiones del país. Se constitucionaliza así la política de la segunda administración de la expresidente Bachelet, que dispuso la creación de universidades en Rancagua y Coyhaique. Instituciones que fueron creadas sin ninguna garantía de calidad ni de seriedad académica.

En una confusa y ambigua disposición, el inciso 6° dispone que los estudios de grados académicos "iniciales" serán gratuitos en las instituciones públicas y en las privadas "que determine la ley". ¿Podría entonces, nos preguntamos, la ley disponer que el grado de bachiller (primeros dos años de estudios en general) sería gratuito en todas las universidades?

Por su parte, el artículo 39° propuesto dispone que la educación deberá fortalecer la preservación y conservación del medio ambiente, formando conciencia ecológica. No sabemos cómo se podrá lograr algo así. Seguramente mediante sendas normas legales que dispongan más limitaciones y obligaciones para el sistema educativo nacional. Similar duda nos merece lo dispuesto en el artículo 40° en donde se consagra el derecho a recibir una "educación sexual integral", con promoción del placer sexual, las diversidades sexuales, expresiones de género, prohibiendo los estereotipos de género y la prevención de la violencia de género y sexual. Nadie se atreve a imaginar lo que un gobierno, con el control del Congreso de Diputados, pueda imponer sobre el sistema educativo en estas materias. Finalmente, entre los artículos 41 a 43 se consagra anémica y limitadamente la libertad de enseñanza. Se reconoce el derecho de los padres y otros adultos a elegir la educación que reciben los niños, pero se la limita en todo lo que se puede, al disponer que deben respetar "la autonomía progresiva" de los menores de edad. Desaparece el derecho a crear colegios que cumplan con los requisitos que los padres desean para sus hijos. Esta omisión no solo es grave por desconocer toda nuestra historia de siglos en la materia, sino porque generará responsabilidad del Estado, al suprimir un derecho humano que consta en tratados internacionales a los que Chile adhiere y debe respetar.

Se reconoce a los profesores su libertad de cátedra, pero solo dentro del marco "de los fines y principios de la educación (artículo 41°). Por lo tanto, existe libertad, pero solo para decir lo que el Estado, en la versión política del gobierno de turno, estime correcto permitir.

El artículo 42°, dispone que los diversos integrantes de las "comunidades educativas" tienen derecho a participar en el proyecto educativo y en las

decisiones de las instituciones, según lo disponga la ley. Hay aquí una clarísima intención de imponer los modelos de gobierno tripartito que tanto complacen a ciertos sectores políticos que se han apoderado de la gestión de los colegios y universidades públicas e imponerlo a todo el sistema. El artículo 43 contiene varias disposiciones sobre la valoración del papel social de los profesores. Tuvo su origen casi literal en las propuestas del llamado "colegio de profesores", gremio que más que socios tiene militantes, las que se recogieron ampliamente, sin debate por cierto.

VII. Conclusiones

El proyecto de la convención en materia de Derecho a la Educación ha cruzado todos los límites imaginables. Los sectores extremos e identitarios que redactaron el texto, han desconocido nuestra rica y civilizada historia constitucional, para hacer realidad un proyecto no solo estatista sino que lleva al socialismo del siglo XXI, en su versión identitaria promovida por el Foro de Sao Paulo, en su esencia. Factor de enorme importancia, pero que ha pasado casi inadvertido en el debate público es la imposición directa de unos "fines y principios" de la educación, que de ratificarse el proyecto por la mayoría popular, harían del sistema educativo completo un rehén de los prejuicios, dogmas y creencias del gobierno de turno, que los impondría sin contrapesos. Quien no consintiere en incorporarse al corifeo de voces orquestadas desde el gobierno, primero sería excluido de beneficios, luego intervenido por "altos inquisidores" y finalmente clausurado. Es el camino directo, no meramente hipotético, al totalitarismo, con millones de alumnos con los cerebros lavados. Pero claro, ese es uno de los más caros sueños de la izquierda neomarxista gramsciana, que siempre ha acariciado la idea de controlar la cultura para construir su plataforma de poder desde ella. Y el proyecto también acusa una enfermiza obsesión por imponer la ideología de género a todo el sistema educativo.

Finalmente, la anémica reglamentación de la Libertad de Enseñanza, principio y derecho humano de centurias de desarrollo en Chile, revela que lo que se desea no es reconocer el derecho de las personas a dar una educación liberal a sus hijos, sino de imponer los dictados de un ogro filantró-

pico que ningún promotor del Estado docente de nuestro pasado se hubiera jamás atrevido a defender, olvidando que lo que es bueno y verdadero no necesita ser impuesto por la Constitución o la ley, sino que se defiende por la belleza de sus razones, de sus argumentos y por la nobleza de la libertad que lo anima.

Nueva Categorización de las Aguas y su Utilización: Una Reinterpretación Forzada de los Bienes Comunes

Camila Boettiger Philipps

Hace tiempo que nuestra Constitución requería una reforma en relación con las aguas; al menos, referirse más allá de la protección de los derechos sobre ellas, reconociendo su carácter de bien público, elemento ambiental y recurso natural esencial. También consagrar el derecho humano al agua y al saneamiento, e idealmente incorporar principios sobre la multifuncionalidad del agua y la unidad de cuenca. Mientras la discusión legislativa se enfocó en el Código de Aguas, la crisis hídrica se profundizó, pasando a ser uno de los temas más relevantes en la Convención Constitucional. Esto era esperable y positivo, ya que los problemas de la gestión y protección de los recursos hídricos en Chile debieran ser un tema de importancia política, por la necesidad de tomar decisiones, priorizar recursos públicos, ajustar regulaciones y coordinar alianzas de los diferentes actores en torno a un recurso de uso común, como el agua.

Sin embargo, durante el proceso en la Convención la discusión sobre las aguas no se asentó en bases técnicas y transversales; a poco andar, quedó de manifiesto en la Comisión correspondiente que había una idea preconcebida de cómo debía quedar su estatuto, independiente de la realidad existente y la diversidad de actores involucrados. La técnica, tan vilipendiada por algunos actores políticos, en materia de recursos hídricos y ciencias ambientales es la base para avanzar, mediante propuestas y acuerdos de soluciones, innovación de mejoras para el uso, restauración y preservación de las fuentes naturales de agua. Sobre ellas, los seres humanos somos meros interventores sometidos a las leyes de la naturaleza; mientras mejor las conozcamos y actuemos conforme a ellas, estaremos mejor. La ideología, por su parte, históricamente no le ha hecho muy bien al tratamiento de estos problemas, ya que por regla general lleva a propuestas de cambios radicales, dificultan la transición en lógicas polarizadas, y alejan las posiciones en un debate más de idealismos que de soluciones prácticas.

Así fue como esa discusión, tan necesaria y esperada para sentar las bases de un mejor sistema regulatorio de las aguas en el largo plazo, se transformó en un nudo de la propuesta constitucional. Una propuesta que recoge una visión sesgada y poco realista sobre un recurso esencial, multifuncional y complejo. ¿Qué se le puede criticar al proceso de la discusión en la Convención Constitucional en este tema?

En primer lugar, era necesario que el debate constitucional, a pesar de ser eminentemente político, se basara en información y datos técnicos, y en la realidad de las diversas cuencas de nuestro país. La regulación y los derechos sobre las aguas en Chile no comenzó en la década de 1980, por lo que una simple voluntad de refundación no servirá para cambiar una realidad preexistente de la que hay que hacerse cargo, como los derechos de uso que existen desde la época de la Colonia, y organizaciones de usuarios que desde el siglo XIX hasta hoy gestionan, distribuyen y mantienen obras que han permitido usar el agua disponible en usos como el sanitario, la agricultura, y la industria, entre otros. Esos actores no fueron parte de la discusión.

En segundo lugar, la realidad hidrológica y social

implica aceptar que el aprovechamiento de los recursos naturales necesita una regulación especial y flexible, donde las actividades de las personas se conjuguen con el interés público. Eso exige que la categoría jurídica utilizada permita ese equilibrio, como base de un sistema legal en que los derechos o concesiones de uso sobre ellos se adapten a exigencias de carácter ambiental, disponibilidad variable y un rol de la autoridad que no puede soslayarse, especialmente en planificación, información y fiscalización. Sin embargo, se ha propuesto entregar un rol exacerbado al Estado y a estamentos comunitarios en la utilización de las aguas, olvidando que la gestión estatal no constituye ninguna garantía de avanzar en restauración ambiental y adaptación al cambio climático, que requiere, además de regular sus usos, modificar el rol de la institucionalidad pública y los usuarios hacia una gestión integrada, que incluya el valor del agua en sus diferentes funciones.

En tercer lugar, es importante considerar que un texto constitucional tiene el rol de fijar principios, bases, directrices, y en un tema técnico y dinámico como las aguas, dar un marco estable dentro del cual tanto la ley como la autoridad, y también las personas, puedan desarrollar instrumentos y avanzar en concretar esos objetivos. Justamente se debe evitar caer en la fijación de una tipología de derechos o concesiones, detallar medidas en exceso, o generalizar reglas por casos específicos; menos aún derogar cuerpos legislativos o dejar sin efecto derechos. En la propuesta de la Convención hay mucho de eso, sobre todo en las normas transitorias.

Sucintamente, la propuesta de la Convención presenta una reinterpretación de la naturaleza jurídica de las aguas y, en consecuencia, de la forma y para qué podrían usarse. Y eso tiene una serie de consecuencias jurídicas importantes.

I. Naturaleza y estatuto jurídico de las aguas

El carácter público de las aguas, reforzado en el nuevo Código aprobado este año, daría paso a la de bien común natural, además, inapropiable (artículo 134). En Derecho, la categoría de bienes comunes, abiertos a todas las personas, estaba reservada para bienes difícilmente aprehensibles físicamente como el aire y el alta mar. Respecto de

ellos solo es posible regular su acceso y evitar su degradación, pero no se pueden asignar de forma excluyente; de ahí su categoría de comunes.

Los bienes públicos, por su parte, pertenecen a la Nación toda, por lo que pueden ser utilizados directamente por las personas, uso que puede ser común (por cualquiera) o privativo (por asignación); y son inapropiables justamente para que respecto de ellos la autoridad tenga la potestad para intervenir en su uso, aprovechamiento y protección, en función del interés público.

Aquí es donde a veces se produce la confusión; en el análisis institucional, los recursos naturales y elementos del ambiente sujetos a sobrexplotación son denominados "comunes", pero no en el sentido jurídico de la categoría. Físicamente, cualquiera podría acceder a ellos; pero ese libre acceso lleva a su agotamiento y degradación; esa es la tragedia de los "comunes". Por eso se necesitan sistemas que regulen quien, cómo y hasta dónde pueden usarlos; fijar límites de cantidades, épocas y áreas en las cuales esto puede hacerse; mantener un control, fiscalización, y sancionar en caso de infracción. Esa es la función pública de la autoridad respecto de las aguas. No como bienes comunes, sino públicos. Es importante entender que el cambio no es sólo nominal; tiene un fundamento político jurídico desde la ecología política, que desconfía de la autoridad pública y postula una gestión comunitaria en que cada territorio (¿concepto geográfico o político?) defina su uso, más que su protección. De esta forma, la propuesta cambia desde la categoría jurídica que permite una mejor gestión y protección de las aguas a través de una regulación general, a una que antepone el interés comunitario al interés público; pretende, mediante un cambio conceptual, cambiar las bases del sistema que regula las aguas en nuestro país.

II. Deberes del Estado y priorización de usos respecto del agua

Conforme al texto propuesto, el Estado debería preservar y restaurar estos bienes comunes naturales, y administrarlos en forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Se incluye también el deber de protección del agua en todas sus fases y del ciclo hidrológico, así como el velar por un uso razonable de las aguas (artículos 140 a 142).

Pero en esos deberes faltó la consideración de la multifuncionalidad de las aguas. No se consideran los usos productivos del agua, dejándolos fuera de la priorización de usos constitucionalmente establecidos: el consumo y saneamiento humano y el equilibrio de los ecosistemas. El 80% de la actividad económica del país se sustenta en agricultura o industria, y eso no fue considerado como parte de un equilibrio entre usar y proteger que si se contempla en el nuevo Código de Aguas.

Esto puede tener efectos concretos, ya que la regulación legal no podría desconocer el mandato constitucional de priorización, quedando la función del Estado enfocada en esos usos. Esto, que es coherente con la visión de bien común del agua en vez de bien público, no se condice con el balance que debería hacer la autoridad entre las diversas funciones del agua (ambiental, económica y social), y muestra el sesgo de la propuesta respecto de ellas. Si a eso además se le agrega la limitación a la libertad de emprender de respetar los derechos de existencia de la naturaleza (artículo 80), y el deber del Estado de mantener la integridad de humedales, glaciares, bosques nativos y suelos (artículo 136 y 137), se ve bastante difícil que las actividades productivas de cualquier tipo puedan ser realmente consideradas en dentro de las funciones de uso del agua.

III. Institucionalidad: agencia nacional del agua, consejos de cuenca y territorios indígenas

La creación de un ente autónomo y más técnico es una idea recomendada a nivel de diseño institucional, lo que la propuesta recoge al ordenar la creación de la Agencia Nacional del Agua. También se encarga al Estado asegurar una gobernanza de las aguas participativa descentralizada, lo que se materializaría a través de los Consejos de Cuencas (artículo 143 y 144).

Estos Consejos de Cuenca administrarán las aguas, y deberán integrarse por los usuarios, miembros de la sociedad civil y entidades territoriales, de manera que ninguna tenga el control por sí sólo. Es decir, la gestión integrada de cuencas queda en manos de un ente en el que la autoridad está ausente, pero otras entidades sobre representadas, dejando ver nuevamente el sesgo de administración comunitaria (no de gestión pública) que adopta la propuesta.

Esto debe conjugarse con otro factor que cruza todo el texto constitucional propuesto: el estatuto privilegiado de los pueblos y naciones indígenas. De acuerdo a varios artículos del texto, los pueblos y naciones indígenas tienen un derecho directo sobre los recursos, tierras y territorios situados en territorios indígenas o sus autonomías territoriales, y pueden usarlos como tradicionalmente lo han hecho (artículo 79). Se les reconoce además el uso de las aguas situadas en sus territorios, siendo deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento (artículo 58). ¿Cómo se hará gestión integrada en una cuenca dividida por autonomías territoriales? ¿Por qué se garantiza el uso de ciertos grupos, sólo los indígenas, sin priorización de usos ni limitaciones por sobre otros habitantes del país? ¿La Agencia Nacional del Agua o los Consejos de Cuenca podrán intervenir esos usos de agua cómo podría hacerlo con cualquier otro titular, si no dan su consentimiento de acuerdo al artículo 66 de la propuesta?

El esquema institucional propuesto puede parecer a primera vista adecuado, pero presenta falencias orgánicas que pueden hacer muy difícil su implementación y en la práctica desviarse del objetivo de una buena administración de recursos hídricos: un uso sustentable y protección de las aguas, con igualdad entre los usuarios tanto en sus facultades como obligaciones.

IV. Autorizaciones de uso v/s derechos de aprovechamiento

Al categorizar jurídicamente a las aguas como bienes comunes, se limita y cambia también la naturaleza jurídica de lo que puede darse por la autoridad sobre ellas. Respecto de los bienes comunes, de acceso abierto y sin titularidad jurídica, el Estado no podría más que autorizar alguna actividad o intervenir para evitar efectos negativos por la acción humana. No corresponde dar concesiones o derechos estables sobre bienes comunes; sólo autorizaciones de uso, que es lo que mandata la propuesta de la Convención, las que, según la misma, serán "de carácter intransferible" y "no generan derechos de propiedad" (artículos 134 y 142).

En los bienes públicos, en cambio, puede permitir un uso exclusivo temporal, restringido pero más estable, a personas que lo necesitan para alguna

actividad que sea beneficiosa, útil, mientras cumpla con las condiciones que se establezcan. Esa es la justificación de la concesión, que da derechos de uso sobre bienes públicos; no propiedad, sino titularidad para el uso y aprovechamiento. Asimismo, hay muchas maneras de evitar la sobreexplotación, la contaminación o priorizar usos de las aguas dentro de los derechos concesionales; justamente es el interés público (de todos) el que habilita al Estado a limitar y fiscalizar estos derechos, caducarlos, cobrar patente, imponer restricciones ambientales, etc. A todos los titulares por igual, en función de variables técnicas. Esa fue la dirección que tomó el nuevo Código de Aguas 2022, incluyendo modificaciones sustanciales al régimen de los derechos de aprovechamiento vigente desde 1981.

La principal diferencia es que las autorizaciones de uso son más precarias que los derechos concesionales, lo que permite su revocación y modificación sin que el beneficiario pueda exigir compensación, por ejemplo. También al ser esencialmente intransferibles, se le quita su carácter patrimonial (característica presente desde la Colonia en nuestro país) y aptitud de transferencia entre titulares, así como para realizar cualquier acto jurídico o contrato sobre ellos.

En la práctica, este tipo de permisos no garantiza un adecuado aprovechamiento y protección de las fuentes naturales. Por sus múltiples usos, funciones y características físicas, una autorización revocable no da la seguridad y estabilidad para construir obras y realizar inversiones; si además la autorización es intransferible, pues es personal e intransferible, y no permite darla en garantía, deja a los usuarios (ya no titulares) en una posición muy precaria frente a la autoridad o el ente administrador. Esto no incentiva un uso más eficiente, ni la inversión en infraestructura o la innovación; no permite cobrar el pago de patente o las cuotas de las organizaciones de usuarios, y elimina la capacidad de ajuste o negociación entre las personas. Todo esto tiene efectos negativos concretos en la gestión del recurso y consecuentemente, también en su protección como elemento ambiental.

La pregunta de fondo entonces es, sobre la base de su categoría jurídica, cuál sistema es aquel que permite aprovechar más eficientemente el agua, fijando un marco regulatorio que considere las di-

versas funciones de los recursos hídricos, la forma en que las personas realizan sus actividades, de manera que los usuarios puedan realizar inversiones para usar el agua disponible de manera sustentable, y también contemplar instrumentos a través de los cuales la autoridad pueda asegurar la protección ambiental y la conservación del recurso en función del interés público. Ni la categoría de bien común ni las autorizaciones de uso, reglamentadas como lo hace en detalle la propuesta constitucional, dan bases suficientes para lograr esos objetivos.

V. Normas transitorias: conversión y refundación inmediata

De acuerdo a la propuesta, con la entrada en vigencia de la Constitución los derechos de aprovechamiento se considerarán para todos los efectos legales, autorizaciones administrativas de uso. Se les aplicarán las reglas del Código de Aguas en cuanto a su constitución y extinción, por un plazo máximo de 3 años, a la espera que se dicte una nueva regulación legal acorde con el nuevo texto constitucional. También se ordena a la autoridad iniciar un proceso de redistribución de los caudales autorizados, para garantizar los usos prioritarios establecidos en la Constitución (humano y ecosistémico); salvo los de comunidades indígenas, los que se mantienen automáticamente (Disposiciones transitorias 34°, 35° y 36°).

Esto rompe con una regla de continuidad que se ha respetado en nuestro Derecho de Aguas desde los inicios de la república. Todos los Códigos y regulaciones sobre las aguas en nuestra historia, han reconocido y respetado los derechos otorgados bajo regímenes legales anteriores, contemplando normas de ajuste en su ejercicio y registro, como lo hace la nueva reforma al Código de Aguas. Estas normas transitorias ordenan una transformación sin precedentes en nuestro sistema, convirtiendo un derecho o titularidad concesional, patrimonial y real, en una autorización personal, intransferible y precaria, ordenando además una reasignación por vía administrativa de los caudales autorizados que básicamente refunda el sistema completo de uso de las aguas en nuestro país, excepto por los usos indígenas, pequeños agricultores y uso sanitario rural.

En síntesis, si bien hay algunos puntos rescatables de la propuesta, estos se diluyen al estudiarla en forma sistemática, lo que resulta en una evaluación negativa de la misma. Primero, porque lo positivo (institucionalidad, protección del ciclo hidrológico, derecho humano al agua y al saneamiento y protección de humedales, glaciares, etc.) ya se encontraba en el nuevo Código de Aguas o en vías de discusión legal. Segundo, porque la matriz ideológica de la propuesta es poco funcional a la realidad de la gestión de los recursos hídricos en nuestro país, desconociendo gran parte de la historia, regulación, infraestructura e inversión asociadas a la intervención sustentable de las fuentes naturales. Y tercero, porque la idealización de la gestión comunitaria y estatal no garantiza una gestión eficiente ni una adecuada protección de la función ambiental de las aguas.

Derecho Internacional y Propuesta de Nueva Constitución

Raúl F. Campusano Droguett

La propuesta de nueva constitución es un texto largo, que regula muchas materias, que lo hace en forma extensa y detallada, que pareciera responder en general a ciertas ideas fuerza, y que utiliza una técnica de redacción novedosa con algunas ideas abiertas y que, por tanto, podría promover una multiplicidad de interpretaciones.

En este contexto, analizar los temas de derecho internacional puede ser una tarea larga y compleja. En estas líneas se abordarán temas de derecho internacional directo, sin perjuicio de hacer el alcance que diversas otras materias del texto de propuesta tienen relación y efectos en derecho internacional. Esto es particularmente evidente en el ámbito de los temas indígenas y en los temas ambientales. La relación de estos temas con lo internacional es una materia importante y compleja que debiera abordarse de manera separada y especializada.

En los párrafos siguientes se presentarán reflexiones sobre disposiciones de derecho internacional que pudieran ser complejas, delicadas y/o con espacios significativos de interpretación diversa. Por supuesto, se trata de un trabajo en borrador y preliminar que debiera ser mejorado en versiones posteriores. Su finalidad actual es simplemente

poner atención en ciertos aspectos que debieran ser profundizados y clarificados más adelante. La propuesta de nueva constitución, como todo texto, es interpretable y, en el evento de ser aprobada, serán los tribunales de justicia y la práctica la que irá determinando, fijando y resolviendo los temas, su sentido y alcance. También, como todo texto de esta naturaleza, la propuesta de nueva constitución contiene aspectos destacables y otros que debieran observarse con detenimiento. El análisis de algunas de sus normas relacionadas con derecho internacional apunta a problematizar escenarios y explorar posibles interpretaciones. Es un trabajo en contexto académico que puede servir de base a profundizaciones por terceros.

I. Principios de política exterior

El artículo 14 establece principios de política exterior. Tiene tres numerandos. Dos de ellos contienen disposiciones que parece adecuado observar.

El primer numerando dispone que "Las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto al derecho internacional y a los principios de autodeterminación de los pueblos, no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, multilateralismo, solidaridad, cooperación, autonomía política e igualdad jurídica entre los Estados."

La idea de consagrar en el texto constitucional y de manera explícita y central la "no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados" es de difícil comprensión. Como se sabe, esta idea proviene del artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas, que dispone que "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta." Se trata de un artículo que fue y sigue siendo polémico en derecho y política internacional. Al respecto, cabe tener presente dos cosas: 1. Toda dictadura y gobierno autoritario existente en las últimas siete décadas ha invocado este principio para dificultar o impedir la participación de la comunidad internacional en defensa de los derechos de los ciudadanos de ese estado. Difícilmente puede entenderse que la República de Chile en el siglo

XXI levante este principio como algo central de su política exterior. 2. La tendencia en las últimas décadas va precisamente en dirección contraria a este principio, esto es, el mundo avanza hacia la cooperación y colaboración internacional en todos los campos: derechos humanos, medio ambiente, comercio, economía, etc. ¿Qué razón hay para levantar esta norma nacionalista tan ajena a las tendencias contemporáneas?

Sobre el punto 1 hay una situación de difícil comprensión: Luego de señalar que las relaciones internacionales de Chile se fundan en el respeto al derecho internacional, agrega un número de principios que son parte del derecho internacional. ¿Cuál es el propósito de esta técnica de redacción? Es difícil de entender. ¿Cómo se interpretará esta disposición? ¿Cuál sería su sentido lógico? ¿Tal vez dejar fuera otros principios? Con haber señalado la primera parte de la frase ello necesariamente incorpora todos los principios señalados. Ahora bien, si lo que se quería era enfatizar esos principios, bastaba con decir "y en particular los principios de..." Sin embargo, al elegir la palabra "y" hace una extraña separación entre el derecho internacional y esos principios.

El tercer numerando dispone que "Chile declara a América Latina y el Caribe como zona prioritaria en sus relaciones internacionales". Se compromete con el mantenimiento de la región como una zona de paz y libre de violencia; impulsa la integración regional, política, social, cultural, económica y productiva entre los Estados, y facilita el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas." Es difícil comprender el propósito de esta disposición. ¿Cuál es la necesidad de establecer una zona prioritaria de relaciones internacionales? ¿Qué objetivo de política exterior se logra? Las relaciones internacionales de Chile son con todas las regiones del mundo. Somos parte la comunidad internacional global, nuestro comercio se desarrolla en todo el mundo y no parece necesario recordar el alto nivel de intercambios que Chile tiene con China, Japón, Corea del Sur, Estados Unidos y la Unión Europea, por mencionar solo algunos países y asociaciones importantes fuera de Latinoamérica. Por otra parte, Chile no tiene relaciones diplomáticas con Bolivia. De hecho, es de los pocos países del mundo con quien no tiene relaciones diplomáticas. ¿Significaría esto una situación de inconstitucionalidad en la

nueva constitución? ¿Cómo podría interpretar (y usar) Bolivia esta norma constitucional en un tribunal internacional? Por ejemplo, en la causa del Silala. Por supuesto que es deseable tener excelentes relaciones con los países de Latinoamérica y por supuesto que es deseable tener relaciones diplomáticas con Bolivia. Sin embargo, estos deseos y prioridades se expresan en declaraciones políticas, no en el texto constitucional. Hacerlo nos amarra unilateralmente y sin razón alguna. Las relaciones internacionales son dinámicas y complejas. Mientras más libres seamos, mejor.

Finalmente en este punto, la idea de cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas abre amplios espacios de incerteza respecto de la aplicación práctica de esta norma. Se podría interpretar en el sentido de darle a los pueblos indígenas alguna participación en la política exterior de Chile, afectando las atribuciones del Presidente de la República? La norma no es clara y puede abrir espacio a este tipo de interpretaciones y aplicaciones.

II. Atribuciones y procedimientos

En materia de atribuciones y procedimientos, la propuesta no hace innovaciones muy significativas, pero aquellas que hace, vale la pena observarlas. Además de observarse temas, repetición de conceptos e ideas en forma incomprensible e innecesaria (por ejemplo 287 y 289). Las normas del 289 que se refieren a la Cámara de Diputados están en la sección sobre el Ejecutivo. ¿Por qué?

¿Por qué la facultad de sugerir reservas se le otorga a la Cámara de Diputados, pero no a la Cámara de las regiones, en circunstancias que ambas deben concurrir con su voluntad para aprobarse un tratado?

El artículo 289.11 dispone que "Serán públicos, conforme a las reglas generales, los hechos que digan relación con el tratado internacional, incluidas sus negociaciones, su entrada en vigor, la formulación y el retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia o el retiro del tratado, la suspensión, la terminación y su nulidad." No parece adecuado que las negociaciones de un tratado internacional sean públicas. Las negociaciones pueden ser

muy complejas, delicadas y sensibles y la práctica histórica y comprensión general es que deben ser reservadas, por lo menos durante el proceso y hasta un tiempo después. En algunos casos esta reserva debe mantenerse. Esta norma es un error y debe ser modificada: las negociaciones siempre debieran tener la posibilidad de ser reservadas.

El artículo 289.12 dispone que "Al negociar los tratados o instrumentos internacionales de inversión o similares, quien ejerza la Presidencia de la República procurará que las instancias de resolución de controversias sean imparciales, independientes y preferentemente permanentes." No es entendible el sentido y finalidad de esta norma. ¿Qué significa que el Presidente procurará que las instancias de solución de controversias sean imparciales e independientes? Es evidente que siempre debe ser así. ¿Es posible imaginar un presidente que busque una instancia que no sea imparcial o independiente?

La parte final de la norma es igualmente sorprendente: "preferentemente permanentes". ¿Qué quiere decir esta disposición? Pareciera ser que se dirige a atacar el arbitraje internacional y si así fuera, ¿cuál razón habría para ello? Quizás la respuesta debe buscarse en entender una fuerte carga ideológica contraria al arbitraje internacional de inversiones. Claramente es una potente señal para los inversionistas que revisarán esta norma con mucho detalle. ¿Es este el mensaje que queremos dar al mundo? El artículo 289.13 dispone que "Quienes habiten el territorio o las chilenas y los chilenos que se encuentren en el exterior y hayan cumplido los dieciséis años de edad tendrán iniciativa para solicitar a la Presidenta o al Presidente de la República la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos de acuerdo con los requisitos que establezca la ley, la que definirá el plazo dentro del cual la o el Presidente deberá dar respuesta a la referida solicitud." Esta norma es extraña en la forma y en el fondo. En el fondo porque el derecho de petición incorpora este escenario y lo hace redundante e innecesario. En la forma porque su redacción peculiar aparenta decir algo distinto de lo que dice. El artículo 54 dispone que "Es deber del Estado asegurar la soberanía y seguridad alimentaria." El concepto de "soberanía alimentaria" puede traducirse en una forma de proteccionismo inconsistente con las reglas generales del derecho internacional

del comercio. Por su parte, la idea de seguridad alimentaria es plenamente consistente con el derecho internacional.

III. Territorios

El Artículo 139 dispone que "Chile es un país oceánico que reconoce la existencia del maritorio como una categoría jurídica que, al igual que el territorio, debe contar con regulación normativa específica, que incorpore sus características propias en los ámbitos social, cultural, medioambiental y económico." El concepto maritorio no existe en derecho internacional. No es una categoría reconocida y proviene de otras disciplinas del saber, con lógicas internas ajenas al derecho. El tema marítimo es importante, complejo y delicado. Hace pocos años Chile participó en un juicio internacional sobre la delimitación de su territorio marítimo. ¿Cómo se habría interpretado este concepto por la Corte, de haber sido parte de nuestra Constitución en ese entonces? ¿Cómo lo habría usado Perú? El derecho internacional es una disciplina jurídica que da enorme relevancia a los conceptos y al uso compartido de los mismos. Incorporar este neologismo no es consistente con la política exterior de Chile y por lo tanto cabe preguntar ¿Cuál es el propósito de tener esta idea en la Constitución?

IV. Reflexiones finales de conjunto

1. Aspectos positivos

- Se trata de un texto que incorpora principios de política exterior.
- Tiene valiosas normas de reconocimiento en materias de derechos humanos.
- Tiene una aproximación clara y asertiva en favor de los temas globales ambientales y climáticos.

La Constitución aborda estos temas de manera extensa y sería menester un trabajo completo y separado sobre esta materia. Claramente, derechos humanos y medio ambiente son materias centrales en la propuesta de nueva constitución.

En términos generales puede decirse que hay claros avances y normas virtuosas en la materia, junto con ciertas normas de difícil comprensión e interpretación y una compleja armonización y coordinación con otros temas relacionados como propiedad, recursos naturales, rol del Estado, etc.

2. Aspectos para observar

Pareciera haber una tendencia de distancia con el comercio internacional y en general de menor elaboración textual respecto de los temas internacionales que no se refieren a derechos humanos, pueblos indígenas, y medio ambiente. Sin embargo, el derecho internacional es uno y hacer esta distinción puede debilitarlo en su conjunto. Querer tomar solo algunos aspectos del derecho internacional, dejando otros en la incerteza, no parece ser una estrategia internacional apropiada.

La propuesta de nueva constitución dice muchas cosas, pero no dice algunas cosas básicas que debiera decir. Por ejemplo, no resuelve el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional (con excepción de aquellos sobre derechos humanos en que sí resuelve en tema en forma explícita) y, en particular, no aborda el tema que fue parte de la reforma del 2005 y que dispone que "Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional." Esta norma es clave y fue abandonada en la actual propuesta.

Falta una norma de control preventivo de los tratados internacionales por parte de la Corte Constitucional. Este es el momento de revisar la constitucionalidad de un tratado, esto es, antes de su ratificación. Hacerlo después implica una violación al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Existe una especie de neo-nacionalismo soberanista que va contra los vientos de los tiempos contemporáneos en que la globalización tiende a unir a los pueblos más que a separarlos. Parece haber desconfianza en el comercio internacional, en las inversiones internacionales y en general en las relaciones internacionales fuera de algunos tópicos aceptados (temas indígenas, derechos humanos, temas ambientales).

Temas de observación mayor: lo que la propuesta no enfatiza:

1. Una visión de futuro, prosperidad y colaboración entre estados. Una Constitución que mire y cons-

truya futuro y esté preparada a los desafíos de los años que vienen.

2. Una política exterior que entiende que la paz y la seguridad internacional debe estar al centro de nuestra acción exterior.

3. Una política exterior que incorpora la variante científica y tecnológica y que permitirá dar a Chile una base para saltar al desarrollo.

4. Una política exterior no ideologizada, sino que pragmática, dinámica y ágil.

5. Una política exterior que logre armonizar su acción en los diversos temas importantes relacionados con derechos humanos, medio ambiente, comercio internacional, inversión extranjera, propiedad intelectual, cooperación internacional, seguridad internacional, etc.

6. Una política exterior abierta a todos, que no hace distinciones o separaciones odiosas y que promueve las relaciones con todos los estados del planeta.

Para incorporar todo lo anterior, no se necesitan largos párrafos de detalle, simplemente la voluntad de avanzar, declarando la adscripción de Chile al derecho internacional en su conjunto, en todos sus aspectos. El conjunto de tratados internacionales vigentes conforman parte importante del estatuto sustantivo de Chile en cuanto a su política exterior.

Obituario al Recurso de Protección y su Remedio Ineficaz: La Acción de Tutela de Derechos Fundamentales; Declamación de Derechos y Garantías Constitucionales Sin un Medio de Tutela Efectivo

Bruno Caprile Biermann

Manifiesto mi reconocimiento y gratitud al profesor Luis López Fuentes, por su valiosa cooperación en el acopio de fuentes.

La Propuesta Constitucional se vanagloria de consagrar un catálogo extenso de derechos y garantías constitucionales, pero cercena y restringe los medios para exigir su observancia y respeto. Se trata, por ende, de una mera declamación de derechos y garantías constitucionales, pero sin un medio de tutela efectivo.

Todo derecho deviene letra muerta sin un tribunal y un procedimiento eficaz para invocarlo. Así

ocurrió en la historia constitucional chilena, en que los derechos y garantías constitucionales eran declamados por las cartas fundamentales, pero sin que existiera un medio de tutela efectivo para alzarse contra su vulneración. Eso explica que, tradicionalmente, las constituciones eran textos que interesaban a la administración pública y al mundo político, mas no al ciudadano de la calle y ni siquiera al abogado del foro.

Todo cambió con el acta constitucional N° 3, de 1976 y, posteriormente, con la Constitución Política de 1980, que en su artículo 20 reguló el recurso de protección, instituyendo un medio expedito para alzarse contra la vulneración de los derechos y garantías constitucionales, sea que provengan del mismo Estado, sea de otros privados.

Fue gracias a esa acción constitucional de protección que la carta magna se convirtió en un instrumento eficaz para la protección de los ciudadanos, propiciando la aplicación directa de las garantías fundamentales en los más diversos ámbitos. Así, en materia de salud, ha permitido reclamar contra el alza injustificada del costo de los planes de salud de las Isapres, y contra la negativa de tratamiento o de cobertura o el término unilateral del contrato de salud previsional; ha permitido también reclamar contra los atentados al derecho de propiedad, tales como ocupaciones ilegales de inmuebles, bloqueos de caminos o acceso a playas; ha servido como instrumento eficaz para la protección del honor y de la vida privada, cuando surgen publicaciones que los afectan; y para asegurar el respeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; lo anterior por citar solo algunos.

Cualquiera sea el juicio de mérito que se tenga respecto a la Constitución Política de 1980, nos atrevemos a afirmar que existe un consenso casi unánime, salvo por ciertos grupos reducidos e ideologizados, de que la acción de protección significó una revolución copernicana que favoreció enormemente a los ciudadanos en la protección efectiva de sus derechos y garantías constitucionales.

La Propuesta de Nueva Constitución lo suprime y sustituye por la denominada Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, regulada en el art. 119 del proyecto. No se conocen las razones que pueden haber motivado la propuesta de derogar

y reemplazar una institución que se ha revelado útil y ha funcionado bien; se aventura que para la mayoría de la Convención Constitucional estaba contaminada por su génesis y esa era razón más que suficiente para exiliarla, tirando al tacho cuarenta y seis años de pausada y fructífera evolución jurisprudencial.

Lamentablemente, no se trata tan sólo de un cambio de nomenclatura, sino que el estatuto de la nueva acción, bajo una apariencia protectora, que aligera las exigencias para su interposición (I), en realidad introduce una serie de barreras y restricciones para su ejercicio (II), como se analizará en el cuerpo de este trabajo, para concluir con una referencia a las reglas transitorias (III).

Lo anterior nos motiva a ser particularmente críticos, pues **la Propuesta Constitucional se vanagloria de consagrar un catálogo extenso de derechos y garantías constitucionales, pero cercena y restringe los medios para exigir su observancia y respeto**, no solo en lo tocante a la acción en estudio, sino también a otros recursos constitucionales, como la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **Se trata, por ende, de una mera declamación de derechos y garantías constitucionales, pero sin un medio de tutela efectivo**, de tal suerte que pueden devenir en letra muerta. Para comprobarlo, invito al lector a reflexionar en el país que, en su parecer, sea el prototipo de régimen totalitario y lo desafío a observar luego las garantías que asegura su carta fundamental; me atrevo a apostar que encontrará un extendido catálogo, pero que de nada sirve si no existe un Poder Judicial independiente y un régimen de recursos adecuado.

I. La ilusoria atenuación o liberalización de la acción

El proyecto aligera ciertas reglas de forma y de fondo:

1. La supresión del plazo de treinta días para interponer la acción.

El recurso de protección debe interponerse *"dentro del plazo fatal de treinta días corridos desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos"*, según el N° 1 del Auto acordado sobre

tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.

La acción de tutela *"se podrá deducir mientras la vulneración persista"*

2. La ampliación de la legitimación activa para determinados derechos, ambientales y de pueblos indígenas.

El art. 119 de la propuesta prescribe: *"[8] Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo. [9] En el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, esta acción podrá ser deducida por las instituciones representativas de los pueblos indígenas, sus integrantes o la Defensoría del Pueblo"*.

En consecuencia, no está legitimado activamente para deducir la acción de tutela solamente el que *"sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales"*, sino también las personas, grupos, instituciones e integrantes referidos. ¿La Coordinadora Arauco-Malleco o CAM, agrupación mapuche armada, indigenista y nacionalista étnica o sus brazos armados, podrán entonces recurrir de tutela?

3. La supresión de la exigencia de que el acto u omisión sea "arbitrario o ilegal".

El recurso de protección se concede contra actos u omisiones "arbitrarios o ilegales", exigencia que se suprime para la acción de tutela, lo que significa que podrá ser ejercida y se podrá sancionar incluso a quien haya obrado en conformidad al ordenamiento jurídico y sin arbitrariedad alguna. ¿Cómo sabrá el ciudadano cómo debe conducirse, si el respeto de la ley y el derecho ajeno no basta? La certeza jurídica quedará comprometida; así, un permiso o resolución administrativa (v. gr., permiso de construcción o recepción municipal), podrá ser atacado vía acción de tutela, pese a haberse dictado respetando la ley y sin ser arbitrario.

4. La extensión de la tutela a todos los derechos y garantías constitucionales.

El recurso de protección sólo procede por privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos y garantías constitucionales,

señalados taxativamente en el artículo 20 de la Constitución. En realidad, la restricción es más aparente que real, pues rápidamente la cobertura se amplió a través del razonamiento de la *cosificación o propietarización de los derechos*, es decir, cuando se vulnera un derecho de aquellos que no están protegidos en el artículo 20, se argumenta que sobre aquél se tiene un derecho de propiedad, el cual sí está entre los cautelados por la acción de protección.

La acción de tutela procede por "amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales", cualquiera que sea; además, el n° 7 del art. 119 consagra que procederá cuando por acto o resolución administrativa se prive o desconozca la nacionalidad chilena.

II. Las evidentes barreras y restricciones para una tutela efectiva de los derechos y garantías fundamentales.

La propuesta introduce serias restricciones formales y substantivas para invocar la tutela.

1. El tribunal competente deja de ser la Corte de Apelaciones respectiva y será "el tribunal de instancia que determine la ley".

La competencia para conocer del recurso de protección corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva, en tanto que la acción de tutela se tramitará *"ante el tribunal de instancia que determine la ley"*, remisión que se entiende hecha al art. 331 de la Propuesta de Nueva Constitución, que prescribe *"Son tribunales de instancia los civiles, penales, de familia, laborales, de competencia común o mixtos, administrativos, ambientales, vecinales, de ejecución de pena y los demás que establezcan la Constitución y ley"*.

La apelación, que en el recurso de protección se interpone para ante la Excm. Corte Suprema, en la acción de tutela *"será conocida por la corte de apelaciones respectiva. Excepcionalmente, este recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de cortes de apelaciones. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal*

contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la corte de apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva”.

Nos manifestamos críticos de la competencia para conocer de acción, así como del sistema. Por una parte, producirán, sin duda alguna, la saturación de los tribunales de instancia, tal como lo advierte la misma Corte Suprema (Oficio 119-2019, de 5 de junio de 2019 y declaración de su vocera, Ministra Sra. Ángela Vivanco, de 19/04/2022, https://www.youtube.com/embed/QO_uohRO2EQ); basta considerar que, en Concepción, segunda o tercera ciudad de Chile, existen tres Juzgados de Letras en lo Civil, versus seis salas de la Corte de Apelaciones de Concepción, más todo el apoyo de su secretaría, que en los juzgados inferiores carece de los mismos medios. De acuerdo con las estadísticas publicadas por el Poder Judicial, el año 2021 se ingresaron 48.659 recursos de protección sobre materias en general y 119.524 por adecuación de planes de Isapres. ¿Podrán los Juzgados de Instancia soportar esa carga? La pregunta es meramente retórica.

Pero hay más, radicar la competencia para conocer el recurso de protección en las diecisiete Cortes de Apelaciones que existen en Chile reduce la dispersión de pareceres y propende a la tan valorada uniformidad en la jurisprudencia, disminuyendo además el riesgo de activismo judicial, máxime si la apelación es conocida por la Corte Suprema. El riesgo de dispersión de decisiones y de activismo judicial se acentuará si la competencia se entrega a cualquiera de los cuatrocientos cincuenta Juzgados que integran el Poder Judicial de nuestro país, ya que resolverá una persona, cercenando la pluralidad de miradas que caracteriza a los tribunales colegiados.

2. El procedimiento: “La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal”.

El art. 119 del Proyecto pregona pomposamente que: *“La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal”*. La expresión reenvía al procedimiento sumario, por mandato expreso del art. 680 n° 1 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, a un procedimiento ordinario y formalizado. Si se

suma la duración de aquél a la de la apelación en la Corte respectiva, será difícil concluirlo antes de un año, lo que contrasta con la tramitación abreviada y desformalizada que contempla el Auto Acordado que rige la ritualidad del recurso de protección.

3. El carácter subsidiario o residual: “Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho”.

La regla antes transcrita tornará residual e ilusoria la acción de tutela, pues sólo *“será procedente cuando el afectado no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho”*. La misma regla consagra una excepción: *“salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable”*. A falta de actas, ignoramos si son dos condiciones del daño, gravedad e inminencia, por una parte, o irreparable, por la otra, o si se trata de tres supuestos diferentes, para lo cual el filólogo hubiera agregado una coma después de grave. Cualquiera sea la respuesta, configurar la excepción no será tarea fácil: así, la usurpación o *“toma”* de un fundo configura un atentado que provoca al dueño un daño grave inminente y que puede devenir irreparable en caso de que se talen bosques; ¿pero acaso eso no es común a toda usurpación? El tribunal estará autorizado a rechazar la tutela, exigiendo que el afectado deduzca una acción posesoria o reivindicatoria o incluso que recurra al procedimiento penal.

El contraste con el recurso de protección es patente, pues aquél procede *“sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”*.

4. “No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales”.

La acción de tutela no procederá *“contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados”*. El recurso de protección ha originado decisiones dispares en la materia.

III. Las normas transitorias.

La norma cuadragésima segunda transitoria prescribe que mientras no se promulgue la ley

que regule el procedimiento para la acción de tutela "seguirán vigentes los autos acordados de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo de las acciones constitucionales pertinentes. El tribunal competente para conocer de dichas acciones será la Corte de Apelaciones respectiva y sus resoluciones serán apelables ante la Corte Suprema". Resulta prístino que, en caso de aprobarse la Propuesta, se mantendrá la competencia de la Corte de Apelaciones respectiva para conocer en primera instancia, al igual que la de la Corte Suprema para conocer de la apelación. Pero inmediatamente surgen dudas respecto a las demás reglas substantivas y algunas formales, máxime si conforme al art. 1º transitorio de la Propuesta, la nueva constitución debiera entrar en vigor desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ¿la Corte de Apelaciones que conozca de una acción de tutela deberá aplicar el plazo de 30 días para su interposición o bien entender que se puede deducir mientras la vulneración persiste? ¿Deberá considerar que la acción de tutela procede respecto a todos los derechos y garantías constitucionales o sólo al catálogo del art. 20 de la Constitución de 1980? ¿Deberá aplicar el carácter subsidiario o residual de la acción de tutela? Estimamos que en todas estas materias debiera aplicarse el régimen que contempla la Propuesta, en caso de ser aprobada; la referencia al Auto Acordado se limitará entonces a la tramitación en las cortes, en materias como exigencia de informe, apreciación de la prueba, agregación en tabla, plazo para fallar, etc.

La norma cuadragésima tercera transitoria prescribe que: "Si dentro del plazo de seis años desde la entrada en vigor de la presente Constitución no se dicta la ley de procedimiento respectiva, serán competentes para conocer las acciones de tutela los tribunales que establece esta Constitución, conforme a los procedimientos indicados en la disposición transitoria cuadragésima segunda". Nos manifestamos incapaces de ahondar en la inteligencia o desinteligencia de la norma; afortunadamente el horizonte se revela muy distante.

Como corolario, nos parece evidente que la Propuesta, en lugar de fortalecer la tutela de los derechos y garantías constitucionales, como hubiera sido lo esperable y lo que se proclama, la

debilita, no sólo por la competencia del tribunal que conocerá de ella, sino también por las barreras impuestas para su procedencia.

Orden Público Económico Minero en el Borrador de Nueva Constitución

Carlos Claussen Calvo

El "Orden Público Económico Minero" (en adelante OPEM) actual está establecido en los incisos 6° a 10° del N° 24 del art. 19 del texto actual de la Constitución; en tanto que el contenido en el texto propuesto está contenido en los artículos 145, 146 y 147 del borrador. Teniendo muy presente la exigencia de que ello sea explicado sintéticamente, procedo a analizar dichas normas y sus diferencias, a la luz de cuatro de los principales "Principios" que hasta ahora se habían entendido integrantes del OPEM, los cuales son i) del "dominio público y régimen concesional"; ii) de "reserva legal"; iii) de "reserva judicial"; y iv) de "protección propietaria".

I. Principio de dominio público de las minas y del sistema concesional para su aprovechamiento

a) Texto actual (TA):

Este principio, como indica su denominación, implica dos puntos esenciales para el OPEM, el primero de los cuales es atribuir el dominio de las minas al Estado/Nación, según se consagra en el inc. 6° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución; y, el otro, el acceso de los particulares a su explotación,

a través del instituto de la "concesión", del cual emana un derecho (calificado académicamente como "real administrativo"), consagrado en el inciso 7° del mismo numeral.

Como bien sabemos, el inciso 6° dispone que "el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...", señalando por vía ejemplar cuales son éstas y estableciendo que ellas son distintas a los predios superficiales en cuyo subsuelo ("entrañas") se encuentren; en tanto que el inciso 7° establece que esas "minas" pueden ser objeto de "concesiones de exploración o explotación", encomendando a la ley orgánica constitucional determinar que sustancias que componen las minas pueden ser objeto de dichas concesiones.

La norma del inc. 6° tiene su origen en la modificación que, en el año 1971, introdujo la Ley N° 17.450 al artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925 (como nuevo inciso 4°), la cual, a su vez, tuvo una finalidad eminentemente instrumental, ya que ella servía de justificación para la nacionalización de la gran minería del cobre, regulada en las disposiciones transitorias que también se introdujeron por aquella ley. Es también conocido que ese proceso de nacionalización fue producto de conceptos ideológicos que sobre el manejo de los recursos naturales comenzaron a surgir, a contar de la segunda mitad del siglo XX en el contexto jurídico internacional; y que su establecimiento se entronca con los proyectos de nacionalización de la gran minería del cobre por "vía legislativa" que datan de los años 1951, 1955, 1961 y 1966, los cuales no se llevaron a efecto como tales en razón del convencimiento final de que ello exigía una modificación constitucional.

Por su parte, el reconocimiento de la "concesión minera" como instituto jurídico para acceder a la riqueza minera Estatal/Nacional también encuentra su origen en la referida Ley N° 17.450, que en el nuevo inciso 5° del art. 10 N° 10 encomendó a la ley la determinación de las sustancias que pueden ser objeto de concesiones de exploración o explotación.

b) Texto propuesto (TP):

El artículo 145 del Borrador establece lo siguiente:

Artículo 145.

1.- El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas y las sustancias minerales, metálicas, no metálicas y los depósitos de sustancias fósiles e hidrocarburos existentes en el territorio nacional, con excepción de las arcillas superficiales, sin perjuicio de la propiedad sobre los terrenos en que estén situados"
2.- La exploración, la explotación y el aprovechamiento de estas sustancias se sujetará a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental".

c) Diferencias entre texto actual (TA) y texto propuesto (TP) en este punto:

l) Sobre el dominio estatal de las minas:

Si bien aparentemente el art. 145 del TP respetaría el principio del "dominio estatal" de las minas establecido constitucionalmente desde el año 1971 hasta la fecha, lo cierto es que esa conclusión se desdibuja al considerar que, conforme lo disponen los artículos 7° y 187 del TP, el Estado de Chile "está conformado por..." y, además, "se organiza en..." "entidades territoriales autónomas y territorios especiales", reconociéndoles a éstas "patrimonios propios", entre los cuales pueden considerarse las minas que se encuentre en sus respectivos territorios. Con ello, la propiedad de las minas quedaría en la incógnita, pues no existe certeza si ellas pertenecerán a alguno de los territorios autónomos -comuna autónoma, provincia, región autónoma o autonomía territorial indígena- o a los territorios especiales de Rapa Nui o Archipiélago de Juan Fernández, según donde aquellas se encuentren. Tal interpretación posible del TP se agrava al considerar que el artículo 191 -que garantiza la participación en las entidades territoriales en el Estado regional- señala en su numeral 2 que "los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución", de manera que cualquier acto que afecte las minas ubicadas en sus respectivos territorios deberían contar con la aprobación previa del respectivo pueblo o nación indígena, siendo ello una seria limitación a la explotación de la riqueza minera.

Al integrar, además, las minas el concepto genérico de "naturaleza" (ya que pertenecen a uno de los tres reinos que la componen), podría entenderse que ésta ostenta también el derecho de dominio sobre aquellas, conforme lo dispone el art. 18°; que el Estado tiene obligación de garantizar y promover tal derecho, conforme lo ordena el art. 103; y que a su respecto tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo podría interponer una acción constitucional, conforme al art. 119.

Para agregar más confusión aún a este respecto, el artículo 134 reconoce, dentro de los "bienes comunes naturales" de que el Estado sería sólo custodio, al "subsuelo", que es donde se encuentran las minas, el cual incluso podría ser de dominio privado.

Entre otras consecuencias que tal confusión produciría, está el que el royalty minero -entendido como una "compensación" al Estado por la explotación de un recurso minero no renovable- no tendría fundamento jurídico, al no ser el Estado Central el titular de la acción para exigir esa "compensación".

II) Sobre el concepto de mina:

El TP considera como categorías distintas a las "minas", a las "sustancias minerales", a los "depósitos de sustancias fósiles" y a los "hidrocarburos", al utilizar la conjunción "y" entre uno y otro concepto. Ello es jurídicamente erróneo, pues los tres primeros conceptos han sido considerados siempre como sinónimos (recordarán que la definición clásica de "minas" es el "depósito natural de sustancias minerales" y que el concepto de "sustancias fósiles" es el género próximo de todos los minerales); en tanto que los hidrocarburos, pese a su origen orgánico, se han considerado históricamente como integrante del concepto amplio de "mina" (tanto en la Constitución de 1925 como en la actual).

¿Persigue esa distinción extender el dominio público a las sustancias minerales ya extraídas y/o a las procesadas? Creemos que esa interpretación no sería correcta, por la extensión demencialmente amplia que ello conllevaría; por lo que consideramos que ello no es más que un grave error técnico, y que la Comisión sólo quiso diferenciarse de sus predecesores constituyentes, dando rienda

suelta a su "creatividad" literaria. El problema está, precisamente, en que el texto aprobado permite esas interpretaciones tan disímiles y peligrosas.

III) Sobre las sustancias que se asimilan al concepto de minas:

El TP deja fuera algunas sustancias que históricamente han sido siempre consideradas y calificadas como "minas", pese a que corresponden al concepto tradicional de sustancias minerales, como lo son los salares (que son cuencas hidrográficas endorreicas con aguas portadoras de sales), las covaderas (que corresponden a depósitos de guano de aves marítimas) y el carbón vegetal (que, como tal, no es mineral). De aprobarse el TP, esas sustancias no podrían ser explotados bajo el mismo régimen de las "minas".

IV) Sobre la diferenciación entre el terreno superficial y las "minas":

El TP eliminó la frase final del inciso 6° del actual N° 24 del art. 19, que establece que los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas. Con dicha eliminación, el TP dejó sin fundamento legal a las servidumbres prediales mineras, indispensables para acceder a la riqueza minera.

Otro error, casi irrisorio -si no fuera por la crucial importancia que tienen- es el contenido en la frase final de ese inciso ("*sin perjuicio de la propiedad sobre los terrenos en que estuvieren situadas*"), pues ésta se entiende referida, gramaticalmente, sólo a sustantivos femeninos "minas" y "sustancias minerales", dejando fuera de ese concepto a "los depósitos de sustancias fósiles" y a los "hidrocarburos existentes en el territorio nacional", los cuales son sustantivos masculinos.

V) Sobre el acceso de los particulares a la explotación de las minas:

El artículo 145 N° 2 del TP dispone que "*La exploración, la explotación y el aprovechamiento de estas sustancias se sujetarán a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección*

ambiental". Ese texto surgió como consecuencia del rechazo que hizo el Pleno a la proposición del artículo 27 de la Comisión de Medio Ambiente -que establecía "*las actividades mineras de exploración, explotación o aprovechamiento, requerirán ser autorizadas por los títulos administrativos que defina la ley*"- eludiendo con ello calificar la naturaleza jurídica del título jurídico que permitiría explorar, explotar y aprovechar las minas y, por lo mismo, precarizando ese título.

A ello se suma que el artículo 134 establece que, tratándose de los "bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado" -dentro de los cuales extrañamente se reconoce al "subsuelo"- el Estado tiene un deber de "custodia", lo que implica la facultad de "*regular su uso y goce*", pero no con cualquier finalidad, sino que específicamente para "preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos" y, además, de "administrarlos de forma democrática". Tal interpretación impediría la actividad minería en tales sitios.

II. Principio de "reserva legal" en materia minera

a) Texto Actual (TA):

La primera parte del inciso séptimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República dispone que la ley (orgánica constitucional) determinará las sustancias cuya exploración o explotación puede entregarse los particulares a través de concesión, con excepción de los hidrocarburos líquidos o gaseosos.

Esta norma tiene como precedente el inciso 5° del artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925, introducido por la Ley N° 17.450, con la diferencia que en aquella Carta no existía la categoría de las leyes orgánicas constitucionales.

b) Texto Propuesto (TP):

La única norma que podría asimilarse al del inciso 7° ya citado sería el artículo 145 N° 2 del TP, el cual -sin embargo- expresamente elude señalar si la regulación de "*la exploración, la explotación y el aprovechamiento*" de las sustancias minerales se hará por medio de ley o de potestad reglamentaria. Sólo señala que esa regulación deberá considerar "*... su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental*".

Si bien ese texto surgió como consecuencia del rechazo que hizo el Pleno a la proposición del artículo 27 de la Comisión de Medio Ambiente -que establecía "*las actividades mineras de exploración, explotación o aprovechamiento, requerirán ser autorizadas por los títulos administrativos que defina la ley*"- con lo cual se creyó eludir la calificación de la naturaleza jurídica del título jurídico que permitiría explorar, explotar y aprovechar las minas; lo cierto es que el texto final contenido en el borrador resultó ser aún más nocivo que el propuesto en su oportunidad por la Comisión, pues no sólo elude calificar jurídicamente dicho título, sino que deja abierta la posibilidad que todo el sistema de otorgamiento sea regulado por normas de rango reglamentario y no legal, lo que es la negación a la "certeza jurídica" que ha permitido el crecimiento de la industria minera en nuestro país.

III. Principio de "reserva judicial" en materia de constitución y declaración de extinción de concesiones mineras

a) Texto Actual (TA):

La reserva judicial en materia de constitución de concesiones mineras está en el inciso séptimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el cual dispone, que "*... Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional...*".

Por su parte, la reserva judicial en materia de extinción de concesiones mineras se encuentra establecida en el inciso 8° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, que dispone "*Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones...*

La "reserva judicial" para constituir la concesión minera corresponde a una tradición legislativa ininterrumpida desde los albores de la República (con las Diputaciones e Minas) y desde el primer Código de Minería de 1874 (con los jueces de letras), y aun cuando el constituyente de 1971 consideró el establecimiento de concesiones mineras otorgadas por la Administración en lugar de los tribunales ordinarios de justicia, ello nunca se llevó a cabo.

Sobre la "reserva judicial" para declarar la extinción de las concesiones, la norma constituyó una novedad del constituyente de 1980, puesto que el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925 permitía que la extinción de los derechos emanados de la concesión minera se declarara directamente por el legislador *"en caso de no cumplirse los requisitos fijados para mantenerla"* y, también –tratándose de causales no referidas a los requisitos de amparo- permitía que esa extinción se produjera por la *"resolución de la autoridad administrativa"*, considerando sólo en este último caso la posibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia.

b) Texto Propuesto (TP):

No existe norma semejante en el texto propuesto, con el agravante ya comentado, cual es que toda la "regulación" del sistema de explotación de la riqueza minera puede quedar sometida a la mera potestad reglamentaria.

Por lo demás, el artículo 307 del TP señala que la jurisdicción, como función pública, se ejerce exclusivamente por los "tribunales de justicia" y por "las autoridades de los pueblos y naciones indígenas"; agregando el art. 327 del TP que el "Sistema Nacional de Justicia" considera distintas categorías de tribunales, como lo son los tribunales de justicia: justicia vecinal, tribunales de instancia (dentro de los cuales están los administrativos), las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. La pregunta que subyace es, si es que se decide continuar con el otorgamiento o extinción judicial de las concesiones, mineras, ¿Tendrán competencia para ello las "autoridades de los pueblos indígenas"?

IV. Principio de "protección propietaria"

a) Texto Actual (TA):

El inciso 9° del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política dispone que *"el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número"*.

Su origen remoto se encuentra en la Ley N° 17.450, del año 1971, ya que al mismo tiempo que confirmó el dominio público sobre las minas y reconoció el derecho de los particulares para aprovechar las mismas a través de la concesión, creyó transformar

la naturaleza jurídica de estos derechos desde la del *"dominio"* hasta la de *"concesionario"* y que, por lo mismo, su protección debía ser regulada por un instituto especial, distinto al del dominio. El inciso 9° del número 24 del artículo 19 de la nueva Constitución recogió la misma inquietud del Constituyente de 1971, pero siendo más práctico que éste, en lugar de encomendar a una nueva ley la creación de un sistema de protección ad hoc para los derechos emanados de las concesiones mineras, decidió extender todo el régimen garantístico establecido para la propiedad a aquellos derechos.

b) Texto Propuesto (TP):

No existe texto alguno en tal sentido.

En definitiva, consideramos que el OPEM establecido en la propuesta de nueva Constitución es confuso, erróneo y desconoce los principios que, plasmados en la Constitución actual, han permitido otorgar certeza jurídica a la actividad minera, permitiendo su fortalecimiento y crecimiento durante décadas.

Los Sistemas de Justicia en el Proyecto de Nueva Constitución Política de la República de Chile: El Caos Jurisdiccional

Jaime Carrasco Poblete
Consuelo Ortiz Ortega

I. De "Poder Judicial" a "Sistemas de Justicia", entre otras modificaciones.

El Capítulo VI de la Constitución actual reconoce y regula el "Poder Judicial". El proyecto de nueva Constitución abandona dicha nomenclatura, denominándolo "Sistemas de Justicia". Si la propuesta es aprobada por la ciudadanía, entonces, ya no corresponderá referirse al "Poder Judicial" sino a los "Sistemas de Justicia".

Creemos que dicha modificación es perjudicial por las siguientes razones:

El Estado de Derecho exige una relación de frenos y contrapesos entre los tres Poderes del Estado, controlándose recíprocamente, con la finalidad de evitar que alguno de ellos concentre todo el poderío del Estado. Sin embargo, los Poderes del Estado sólo podrán limitarse mutuamente si se les reconoce la misma fuerza. En efecto, es al menos

dudoso que una entidad inferior pueda efectuar un control efectivo sobre una entidad superior, imprescindible entonces que el poder controlador se encuentre en un plano de igualdad frente al poder controlado.

En nuestra opinión, el proyecto de nueva Constitución no establece una relación de igualdad efectiva entre tres poderes del Estado, minusvalorando al Poder Judicial. Ello se aprecia, en primer lugar, en el cambio de denominación: el proyecto mantiene la categoría de "Poder Ejecutivo" y "Poder Legislativo" establecidos en la actual Constitución, pero concibe al "Poder Judicial" como "Sistemas de Justicia".

Algunos ex convencionales han defendido la modificación arguyendo que se trata de un cambio meramente formal. Sin embargo, en el Derecho las formas son importantes y, sin duda, la denominación le imprime carácter a la institución. En este sentido, no es posible soslayar que el proyecto de nueva Constitución denomina al Poder Judicial de forma análoga a otros órganos en los cuales tendrá injerencia directa el Poder Ejecutivo (Sistema de Educación Pública, Sistema Nacional de Salud, Sistema de Seguridad Social, etc.), lo cual es muy criticable en cuanto a la técnica.

Por otra parte, la propuesta de nueva Constitución señala que *"no existirá jerarquía entre quienes ejercen jurisdicción"* y *"no recibirán tratamiento honorífico alguno"* (art. 324.1). Es decir, los jueces ya no recibirán el tratamiento de "Señoría" que actualmente les concede el Código Orgánico de Tribunales (art. 306). ¿Era necesario eliminar el tratamiento honorífico de los jueces? En nuestra opinión, no.

El tratamiento honorífico de los jueces permite proyectar la solemnidad del Poder Judicial ante los demás Poderes del Estado y frente a la ciudadanía. En consecuencia, no se trata de un privilegio ni de una dádiva elitista, sino que se explica por la dignidad del cargo que ejercen. Así también, por ejemplo, el Presidente de la República recibe el honor de "Su Excelencia" y los parlamentarios, a su vez, reciben el tratamiento de "Honorables". Los tratamientos honoríficos engarzan dentro de un protocolo de relaciones institucionales al interior del Poder de que se trate, frente a los

demás poderes del Estado y ante la ciudadanía, debiendo reconocérsele al Poder Judicial, como acontece actualmente.

La modificación del nombre del Poder Judicial junto a la eliminación del tratamiento honorífico de los jueces -unido a otros cambios que por limitaciones de extensión no podemos abordar en esta ocasión-, en nuestra opinión, desmedran el estatus que goza actualmente el Poder Judicial, no contribuyendo a la pretendida igualdad que debe existir entre los tres poderes del Estado.

II. Ejercicio de la jurisdicción según raza o etnia

Un aspecto clave para que un país logre y mantenga la anhelada paz social es la correcta regulación del ejercicio de la jurisdicción. La propuesta de nueva Constitución señala que la jurisdicción la *"ejercen exclusivamente los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella"* (art. 307.2).

Consideramos que existen varias razones para afirmar que el otorgamiento de potestad jurisdiccional a las autoridades de los pueblos indígenas, en los términos planteados en la propuesta, es contraproducente para alcanzar la paz social.

En primer lugar, porque la propuesta valida dividir el ejercicio de la jurisdicción diferenciado, fundado en una categoría odiosa: la raza o etnia. Actualmente, los tribunales de justicia se diferencian según la materia que conocen y no según la raza o etnia de las partes. Así, los problemas en materia de arrendamiento son juzgados por los Tribunales de Letras en lo Civil; los conflictos laborales son resueltos por los Tribunales Laborales; y las controversias en materia ambiental son conocidas por los Tribunales Ambientales, por nombrar algunos ejemplos. En estos tribunales tanto las normas de derecho común como las procesales se aplican a todos los habitantes de la República (art. 14 CC), sin distinguir su edad, sexo, estirpe o condición (art. 55 CC). Dicho diseño jurisdiccional contribuye a la igualdad ante la ley, porque todas las personas que están en una misma situación deben recurrir al mismo tribunal, no pudiendo elegirse un foro distinto a aquél que ha establecido la ley con efectos generales.

Conferir potestad jurisdiccional a las autoridades indígenas, en los amplios términos que establece la propuesta (no sabemos la competencia de esas autoridades indígenas), provocará desigualdad en el trato que otorga un tribunal al justiciable y en la aplicación de la ley. En efecto, las personas ya no serán juzgadas necesariamente bajo un mismo procedimiento y tampoco se les aplicará la misma legislación sustantiva. ¿En base a qué normas procesales y sustantivas resolverá la autoridad indígena? Así las cosas, casos sustancialmente parecidos podrán ser resueltos de manera diametralmente diferente, lo cual no se condice con el anhelo de igualdad que reclamaría la sociedad chilena, afectándose la paz social. El diseño propuesto permite que cada jurisdicción indígena tenga un estatuto propio, distinto del Sistema Nacional de Justicia, profundizando el desmembramiento de la función jurisdiccional.

A lo largo de la historia el ordenamiento jurídico ha propendido a la eliminación y proscripción de los fueros que se le reconocían a algunas personas que alteraban el tribunal que conocería de esa controversia. El proyecto de nueva Constitución va en sentido contrario, estableciendo tribunales especiales para algunas personas. Lo más grave es que esta diferenciación se fundamentará simple y llanamente en la raza o etnia de los justiciables, lo cual es totalmente inadmisibile.

En segundo lugar, ante la omisión de la propuesta constitucional sobre las reglas mínimas de funcionamiento y organización de los sistemas indígenas, cabe legítimamente preguntarse: ¿cómo se asegurará y verificará la idoneidad de las autoridades indígenas que ejercerán jurisdicción?; ¿cuáles serán sus responsabilidades y prohibiciones?; ¿quién los calificará y removerá?; ¿cuál será la competencia de estas autoridades?; ¿a qué personas podrán juzgar?; ¿cuáles son los límites de su jurisdicción?; ¿en qué grado jurisdiccional conocerán los asuntos?; ¿cómo podrá inhabilitar a la autoridad indígena si existen dudas en cuanto a su imparcialidad? Ninguna de estas materias está regulada por la Constitución y quedará entregada, en el mejor de los casos, a lo que una mayoría circunstancial determine en una ley.

Probablemente algunos afirmarán que los sistemas de justicia indígena deberán ser coordinados por el

Consejo de la Justicia, pero ello no es efectivo. Las normas que regulan el Consejo de la Justicia (arts. 342 al 349) sólo le encomiendan el nombramiento, gobierno, gestión, formación y disciplina del Sistema Nacional de Justicia (art. 342.1), sin incluir los sistemas de justicia indígena. Por otra parte, el art. 309.1 de la propuesta señala expresamente que los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas coexisten con el Sistema Nacional de Justicia, lo que refleja que cada sistema es independiente del otro. A mayor abundamiento, el art. 327 de la propuesta establece que el Sistema Nacional de Justicia está integrado por la justicia vecinal, los tribunales de instancia, las Cortes de apelaciones y la Corte Suprema, sin mencionar a las autoridades indígenas.

En tercer lugar, como se sabe, el derecho indígena no está codificado, lo que causa incertidumbre en cuanto a la manera en que las autoridades indígenas resolverán los conflictos. Al desconocerse las razones jurídicas y las costumbres indígenas aplicables a un caso concreto cabe preguntarse qué tipo de control jurisdiccional podrá ejercerse y qué recursos podrán interponerse contra esas resoluciones judiciales, todo lo cual afecta la seguridad jurídica. La propuesta permite que las impugnaciones contra las decisiones de la jurisdicción indígena las conozca la Corte Suprema (art. 329), con lo cual no existiría la posibilidad de apelar contra estas resoluciones judiciales.

III. Función jurisdiccional, perspectiva de género y enfoque interseccional

Algunos han explicado que el enfoque de género propende a evitar que las decisiones judiciales se funden en sesgos y estereotipos arbitrarios. En nuestra opinión, establecer que la función jurisdiccional se regirá por la perspectiva de género es problemático e innecesario. Problemático porque al ser un concepto jurídico indeterminado, los abogados buscarán o utilizarán algún argumento de esa índole para intentar revertir una decisión judicial, aumentando la litigiosidad. También es innecesario porque un pilar fundamental de la organización judicial actual es el presupuesto procesal de la imparcialidad del juzgador, en cuya virtud, todos los jueces deben resolver las controversias sin estereotipos, sesgos, ni ideas preconcebidas, debiendo aplicar las fuentes del

Derecho, existiendo diversos mecanismos para proteger dicha imparcialidad (implicancias y recusaciones). En consecuencia, creemos que es mejor reformar los mecanismos y causales para inhabilitar a un juez que imponer el enfoque de género como un principio de aplicación irrestricta y obligatoria en la función jurisdiccional.

Lo mismo puede afirmarse respecto al enfoque interseccional. ¿Es necesario crear esta figura para sancionar aquellos casos en que pueden concurrir diversas categorías de discriminación arbitraria? Creemos que no, porque la imparcialidad que se le exige al juez le impone la obligación de resolver el conflicto de manera objetiva, sancionando toda diferencia arbitraria, en cualquiera de sus vertientes y grados y, además, resolver conforme al mérito del proceso y no en base criterios subjetivos ni a hechos no acreditados en el proceso judicial.

Por otra parte, exigir que la función jurisdiccional se ejerza bajo un enfoque de género e interseccional, sin distinción (arts. 311 y 312), es muy cuestionable. Cabe preguntarse, ¿en un juicio de arrendamiento el juez tendrá que tener en consideración la discriminación o injusticias que eventualmente ha sufrido la arrendataria y en base a eso lo podrá exonerar del pago de sus obligaciones contractuales?; ¿O en una causa de naturaleza tributaria el juez podrá exonerar del pago de impuestos a aquella persona que ha sido discriminada en razón de su nivel educacional, económico o cultural o en cuanto a su género?; ¿Cómo un juez resolverá con perspectiva de género una acción reivindicatoria, una de indemnización de perjuicios, una acción pauliana o la de nulidad de un testamento?

Estas preguntas no son retóricas ni tienen por objeto llevar el tema al absurdo, pues el art. 312.3 de la propuesta indica que los tribunales, "cualquiera sea su competencia", deben resolver con enfoque de género.

IV. La fundamentación de las resoluciones judiciales

El art. 109.4 de la propuesta expresa "*Las sentencias serán fundadas, asegurando la procedencia de un recurso adecuado y efectivo ante el tribunal que determine la ley*".

Luego, el artículo 319 dispone "*las sentencias serán*

siempre fundadas y redactadas en un lenguaje claro e inclusivo. La ley podrá establecer excepciones al deber de fundamentación de las resoluciones judiciales".

Una interpretación armónica de ambas normas permite concluir que el proyecto exige que las sentencias definitivas e interlocutorias sean fundadas, pudiendo la ley excepcionar la fundamentación de los autos y los decretos.

Es preocupante que la ley pueda autorizar al juez a no fundamentar los "autos" porque a través de una resolución judicial denominada "auto" se pueden resolver cuestiones de índole incidental que pueden significar la terminación del proceso judicial (incidente de abandono del procedimiento, desistimiento de la acción, nulidad de todo lo obrado, etc). La obligación de motivar las resoluciones judiciales proviene desde los albores de la independencia nacional, encontrándose antecedentes de dicha obligación en el artículo 219 de la Constitución de 1822, en una de las Leyes Mariana de 1837, en la Ley de 12 de septiembre de 1851 y, posteriormente, en el Código de Procedimiento Civil (1902) y en el Código de Procedimiento Penal (1906). La obligación de motivar las resoluciones judiciales, además, han sido adoptadas por las diversas leyes de procedimiento.

La posibilidad de exceptuar al juez de fundamentar lo decidido no se compadece con las exigencias mínimas que reclama un Estado de Derecho que proscribe la arbitrariedad. En efecto, si el juez no debe explicitar las razones en virtud de las cuales resolvió un determinado asunto, ¿cómo se puede garantizar que esa decisión se ajustó a Derecho y no es producto de un capricho? ¿Cuál sería la razón para establecer las excepciones a este deber tan esencial y que a la vez permite justificar la revisión de lo decidido? Como decía don Manuel Egidio Ballesteros en los comentarios a la Ley Orgánica de Tribunales de 1875: "las sentencias valen lo que valen las razones en que se apoyan".

V. Sobre los Juzgados vecinales y los tribunales ambientales

El proyecto de nueva Constitución crea los Juzgados vecinales y aumenta el número de tribunales ambientales. ¿Esto es correcto?

En cuanto a la justicia vecinal, el art. 334.2 establece que ejercerán jurisdicción respecto de aquellas controversias jurídicas que se susciten a nivel comunal que no sean competencia de otro tribunal. Lo primero que cabe preguntarse es cuáles controversias serán de competencia de estos tribunales. En la actualidad se trata de un concepto legalmente vacío que impide comprender cuáles controversias serán de competencia de estos tribunales. Piénsese en un problema de ruido molesto entre vecinos de un lugar, o una controversia de arrendamiento, ambiental, entre una comunidad, malos olores, filtraciones, comodato, etc: ¿serán de competencia de estos juzgados? Por otro lado, los centros de justicia vecinal son órganos encargados de promover la solución de conflictos vecinales y de pequeña cuantía dentro de una comunidad. ¿Qué se entiende por pequeña cuantía? Estas interrogantes no se responden en la propuesta y generan inseguridad jurídica.

¿No sería mejor agregar competencias a los tribunales de Policía Local que tienen una larga trayectoria en Chile? Creemos que esa es la solución o utilizar métodos alternativos de solución de conflictos, pero en ningún caso crear nuevos tribunales de justicia.

Por otra parte, los tribunales ambientales fueron creados por la N° 20.600 del año 2012. Los tribunales ambientales han demostrado que funcionan correctamente y que se respeta el debido proceso legal. Sus competencias son variadas y su organización está claramente delimitada en la misma ley. ¿Era necesario crear tribunales ambientales en cada región del país? La respuesta es negativa porque si existe la necesidad de crear más tribunales de justicia la tendencia ha sido no aumentar el número de tribunales sino el número de jueces que lo integran.

Así, por ejemplo, las Cortes de Apelaciones no han aumentado en el país, pero sí han aumentado el número de salas que las conforman. Lo mismo ha ocurrido en la Corte Suprema. Al inicio estaba integrada por 7 miembros y funcionaba en pleno. Actualmente está compuesta por 21 miembros y se divide en 4 salas especializadas. En el primer grado jurisdiccional no se han creado más tribunales de letras, sino que se ha aumentado el número de jueces, pasando de juzgados unipersonales a

juzgados unipersonales de composición múltiple. Este diseño permite que una misma estructura organizacional (tribunal) pueda albergar a varios jueces, lo que hace más eficiente la administración de justicia. La propuesta del proyecto de nueva constitución es contraproducente porque significa un mayor gasto fiscal cuando ningún estudio empírico demuestra que los tribunales ambientales están colapsados de trabajo. Los anuarios de cada tribunal ambiental demuestran que las causas se tramitan en tiempos razonables, y que la decisión final se obtiene dentro de un plazo menor a 2 años desde que se ingresa la causa al tribunal.

VI. Una breve referencia al idioma en la administración de justicia

La propuesta establece en el art. 12 que el Estado es plurilingüe, que su idioma oficial es el castellano y que los idiomas indígenas son oficiales en sus territorios y en zonas de alta densidad poblacional. El art. 100 señala que toda persona y pueblo tiene derecho a comunicarse en su *propia lengua o idioma* y usarla en todo espacio. Desde la perspectiva procesal la pregunta es evidente: ¿cuál será el idioma oficial para efectos de la litigación? Nada se dice sobre esto. El art. 319 sólo expresa que las sentencias deben ser redactadas en lenguaje claro e inclusivo.

Esto puede significar que ante cada autoridad indígena con potestad jurisdiccional se litigue en el idioma oficial de cada pueblo. Sin duda una mala idea. ¿Qué efectos genera esto? Mayor desigualdad, menor acceso a la justicia y mayores costos de litigación. ¿Y quién pagará estos mayores costos? Si lo asume el Estado el costo lo asumiremos todos los contribuyentes. Si lo debe asumir cada parte, aumentarán los costos de litigación.

Y el lenguaje inclusivo también lo es pues lo que genera es una degradación de la lengua, la utilización de expresiones redundantes o duplicidad de expresiones, confusión, problemas de interpretación y mayor tiempo de lectura. En otros países como Francia y Argentina se ha prohibido, sin embargo, en Chile se le quiere reconocer en la propuesta constitucional.

La Propuesta en Salud de la Nueva Constitución: Una Reflexión Necesaria Antes del Plebiscito de Salida

Paula Daza Narbona

El artículo 44 de la nueva propuesta constitucional contiene 11 incisos que establecen garantías constitucionales en materia de salud. Si bien, la propuesta presenta elementos positivos respecto hacia donde debe avanzar el sistema de salud público, como el rol de la atención primaria de salud como base del sistema, hay otros nudos críticos, que no permitirán el objetivo esencial de toda constitución: acceso a la salud de calidad y de forma oportuna.

Para entender estos aspectos negativos, es necesario explicar el contexto de salud actual en Chile. El sistema de salud en Chile está conformado por dos sectores principales: público y privado. El privado, cuenta con un porcentaje de afiliación de alrededor de un 17% de la población nacional y está constituido por las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE). En cambio, el público está integrado por alrededor de 15 millones de personas, representando alrededor de un 78% de la población nacional que son beneficiarias del Fondo Nacional de Salud

(FONASA). Y además, existe un pequeño porcentaje que corresponde a Fuerzas Armadas y otros.

Una de las falencias del sistema actual es la atención oportuna. Al 31 de marzo del 2022, el sistema público acumula 2.023.741 consultas de nueva especialidad en espera, correspondientes a 1.707.184 personas. Hay, además, 330.452 cirugías en espera, que corresponden a 293.109 personas con un promedio de 574 días de espera y, por otro lado, 62.848 garantías explícitas en salud atrasadas, con 156,5 días de retraso. Es decir; alrededor de un 11% de los afiliados a FONASA se encuentran a la espera de una consulta con especialista y casi un 2% a la espera de una cirugía.

Por otro lado, hay un déficit en recurso humano. Según los datos publicados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Chile posee 2,5 médicos cada 1.000 habitantes, siendo el estándar de 3,5 por cada 1.000, 2,7 enfermeras por cada 1.000 habitantes siendo el estándar de 8,8 por cada 1.000 habitantes.

Un tercer elemento para analizar es la infraestructura. Los países desarrollados están por sobre las 3,1 camas por cada mil habitantes, brecha que supone para Chile de más de 15.000 camas, es decir; 30 hospitales de 500 camas cada uno. Para este análisis es importante tener en cuenta que el ciclo de construcción de un hospital abarca desde la etapa de Pre Inversión Hospitalaria, etapa de Diseño y etapa de Ejecución con un tiempo de más de siete años.

Ya con este breve contexto expresado, es necesario analizar la propuesta de constitución en salud. Dentro de las normas transitorias se establece que: "El presidente de la República deberá presentar proyectos de ley que tengan por objeto la creación, adecuación e implementación de los siguientes sistemas: (...) Sistema Nacional de Salud, en el plazo de dieciocho meses".

Estos plazos propuestos no van acorde con los tiempos de mejoras de gestión que necesitamos en recursos humanos, infraestructura y atención oportuna. Solo como ejemplo, el periodo de construcción de un Cesfam o un hospital es casi el doble de tiempo propuesto, o bien, aumentar los

recursos humanos, demoraría más de una década en cubrir lo que hoy necesitamos, sin pensar aún en atención universal.

La mejora continua comprende tanto una filosofía como un sistema destinado a mejorar día a día el quehacer en materia de niveles de calidad, productividad, costos, niveles de satisfacción, niveles de seguridad, tiempos totales de los diversos ciclos, tiempos de respuesta y grado de fiabilidad de los procesos. Hay quienes utilizan la estrategia del "Más": más capacitaciones, contratar más personal, contar con más recursos, contar con más infraestructura, etc. Pero este "mas" no necesariamente implica una mejora si somos ineficientes con lo que ya tenemos.

Por lo tanto, si se considera el inciso 5 del artículo 44 de la propuesta: "El Sistema Nacional de Salud es de carácter universal, público e integrado..." esto implica que los 19 millones de chilenos se atenderán a través del sistema único de salud: público. Por consiguiente, es importante considerar que antes de pensar en un sistema único como plantea la propuesta, se deban pensar en mejorar la gestión y eficiencia del sistema actual.

Según los informes de la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (CNEP) del 2020 sobre "Uso Eficiente de Pabellones Electivos y Gestión de Lista de Espera Quirúrgica" y el del 2022 sobre "Eficiencia en la Gestión de Atención Primaria de Salud (APS)" ambos indican graves falencias de gestión en el sistema público, como, por ejemplo que en 201 establecimientos de atención primaria el número de inscritos supera la cantidad para la que fueron diseñados los centros o que en promedio la tasa de utilización de los quirófanos electivos en horario institucional es de 53%, lo que implica un uso diario de 4,8 horas (de las 9 horas institucionales).

Por tanto, modificar a un sistema universal, sin hacer previamente cambios de gestión, producirá un verdadero vía crucis para el pueblo chileno, como ha sido para los países que hicieron este cambio sin mejorar la gestión y los recursos humanos y físicos.

Por otra parte, es importante poner en la discusión la propuesta sobre el financiamiento: "El Sistema Nacional de Salud es financiado a través de las

rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema."

El cambio propuesto en el artículo anterior implica que todos cotizaremos en un mismo fondo y esto no necesariamente significa una mejora, sino que, por el contrario, se incurrirá en un mayor gasto fiscal.

Durante 2021, el gasto ejecutado por Fonasa (descontado del gasto en licencias médicas) fue de 10.336.532 millones de pesos para atender una población de 15.233.814 beneficiarios. Esto significa que el gasto anual en salud per cápita fue de 678.526 pesos.

En el caso de las ISAPRES, bajo las mismas condiciones, el gasto fue de 1.331.157 millones de pesos, para atender una población de 3.330.254. Es decir, se destinaron 399.716 pesos per cápita anual, menos del 60% de lo destinado por Fonasa por persona.

Que la iniciativa legislativa prioritaria se centre en los recursos no es la urgencia del sistema y muchos datos muestran eso. Por ejemplo, el presupuesto del ministerio de salud se duplicó, en términos reales, en 10 años, mientras que la población atendida creció solo un 15,4%. Incorporar el 7% de los afiliados a ISAPRES es menor al incremento del año 2022 del presupuesto del Ministerio de salud, y el cambio significa hacerse cargo de más de 3,3 millones de personas. Si no pudimos antes con menor carga, ¿por qué podríamos ser eficientes ahora? No es un cambio radical del sistema de salud el que mejorará la salud de los chilenos, sino que es cómo las piezas se combinan entre sí la clave para el éxito.

Cambiar la forma de financiamiento es un cambio macro. En ese sentido, existe un concepto que se llama Path Dependency: no se debe subestimar los costos de transición de las grandes reformas estructurales. Hacer una reforma Big Bang puede generar grandes impactos, especialmente en la transición, y esto puede no significar una mejora.

Por otra parte, es necesario relevar la importancia que le da la población a tener la posibilidad de

tener alternativas, especialmente cuando tenemos un sistema de salud poco eficiente. Según una encuesta realizada por el Centro de Políticas Públicas e Innovación en Salud UDD a través de Panel Ciudadano, develó que un 63% de los encuestados prefería tener la opción de elegir entre la salud pública y la privada. Por esto es fundamental tener opciones y la propuesta no garantiza la oportunidad de tener alternativas.

Tenemos que avanzar, sin duda alguna, pero no con esta constitución que nos llevará a un camino tortuoso que la población no necesita, ni merece. ¿Hacia dónde? Los cambios en salud se pueden hacer en materia de ley sin tener que modificar el sistema de salud de una forma radical. Debemos centrarnos en las cosas que realmente generan cambios e impactos positivos en la atención de salud de la población, se debe fortalecer el sistema público, se debe instalar un Plan de Salud Universal donde se comprometa con atenciones oportunas a las personas, donde todo el aparato estatal tenga la responsabilidad de ejecutar acciones en tiempo y calidad. Así, junto a otras acciones avanzamos a mejorar la salud de todos los chilenos.

Problemas de Derechos Fundamentales en el Borrador de Nueva Constitución

José Manuel Díaz de Valdés Juliá

El borrador de nueva constitución entregado por la Convención Constitucional (el "Borrador"), presenta una serie de problemas en sus contenidos sobre derechos fundamentales ("DDFF"). A continuación abordaré sintéticamente algunos de ellos.

I. Problemas Generales

1. No hay reserva legal para la limitación de DDFF

No existe en el Borrador una norma general ordenando que la limitación de DDFF deba hacerse por ley. En la actualidad, esta protección se fundamentaba en el artículo 19 N°26 de la Constitución de 1980, y había sido asiduamente aplicada por el Tribunal Constitucional. Este último exigía que toda limitación a los DDFF gozara de sustento legal específico y determinado.

En consecuencia, podría afirmarse que, bajo el Borrador, los DDFF podrían ser limitados y restringidos por simples actos administrativos, ordenanzas municipales, etc., sin necesidad de contar con un fundamento legal. Esta verdadera involución en la protección de los DDFF no sólo

vulnera el principio de no regresividad (que veremos más adelante), sino que desconoce una serie de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, en particular la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, dado que el Borrador reconoce rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos (artículo 15), podría argumentarse que la exigencia de reserva legal continúa vigente, no obstante la omisión del constituyente. Otro camino a explorar es que el Borrador prohíbe delegar en el Presidente la dictación de Decretos con Fuerza de Ley sobre derechos fundamentales (artículo 265.2), lo que implicaría que su regulación debe realizarse por ley.

2. ¿Eliminación de la teoría de la esencia de los DDFF?

Nuestro sistema constitucional vigente adhiere a la teoría de la esencia de los DDFF, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 N°26 de la Constitución de 1980. Ello significa que tales derechos poseen un núcleo irreductible, así como una serie de contenidos accesorios. El primero sería intangible, mientras que los segundos podrían ser regulados y limitados por el ordenamiento jurídico.

Si bien esta teoría, de origen alemán, presenta dificultades, opera como un factor adicional de protección de los DDFF frente al legislador y la regulación administrativa.

No obstante, el Borrador elimina toda referencia a esta teoría. Se plantea entonces la duda de si podría continuar vigente a través de otras fuentes jurídicas, como la jurisprudencia. De no ser así, nos encontraríamos frente a una debilitación adicional y relevante en la protección de los DDFF.

3. No regresividad

El principio de no regresividad supone una prohibición al retroceso en la protección de los DDFF. Así, alcanzado un determinado nivel de amparo del derecho, aquel no puede ser retirado o disminuido.

El Borrador recoge este principio expresamente (artículo 20.1). Sin embargo, no lo aplicó a sí mismo, desmejorando la protección de algunos derechos. Algunos ejemplos son:

i) La eliminación de la reserva legal para la regulación

de DDFF, ya mencionada.

ii) El derecho de propiedad (artículo 78), que ahora es de configuración legal, sin núcleo constitucional y con garantías expropiatorias debilitadas.

iii) El derecho a la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas (artículo 80), cuyo contenido y límites quedan íntegramente entregados a la ley.

iv) El derecho a la vida del no nacido (artículo 61). Si bien aquí podría argumentarse que existe un conflicto con los derechos de la madre, la redacción extremadamente permisiva deja a los no nacidos a la completa merced de la ley.

4. Vulgarización de la titularidad de los DDFF

El desarrollo de la teoría de los DDFF fue una conquista fundamental del constitucionalismo, íntimamente unida al reconocimiento de la dignidad trascendente del ser humano. Tras la protección efectiva de los DDFF se encuentra el convencimiento de que las personas son invaluable, irrepetibles, e irrestrictas acreedoras a un cierto trato.

El Borrador, siguiendo la innovación de la Constitución de Ecuador (2008), reconoce titularidad de derechos a la naturaleza (artículos 18.3, 98 y 103). Si ya la extensión de tal titularidad a las personas jurídicas era controversial, reconocer a la naturaleza derechos significa relativizar un logro que costó siglos construir, y que todavía está en construcción en diversas zonas del planeta. Se vulgariza así la protección especial que merece todo ser humano por el sólo hecho de ser tal.

5. Debilitamiento de acciones protectoras de DDFF

El Borrador suprime el recurso de protección y modifica la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Estos temas serán abordados por otro capítulo, sin embargo, quisiéramos destacar aquí que su debilitamiento afecta la efectiva protección de los DDFF.

Es así como el recurso de protección, que demostró ser una vía rápida, des-formalizada y eficaz en la protección de los derechos fundamentales, se sustituye por una acción residual (artículo 119.2). En efecto, aquella procede sólo si no existe otra acción procesal para reclamar el derecho (salvo casos urgente y graves). Peor aún, la redacción es ambigua y podría interpretarse de forma de requerir, después de dictada la sentencia, comenzar otro

procedimiento judicial para la efectiva resolución del asunto (artículo 119.3). Todo lo anterior conspirará contra la protección eficaz y oportuna mandatada por el propio Borrador (artículo 19.2).

En cuanto al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este fue crecientemente utilizado para el resguardo de derechos fundamentales cuando el sistema jurídico no otorgaba otra alternativa (e.g., la misma ley causaba el daño). Bajo la Constitución de 1980, toda persona que fuera parte de una gestión pendiente ante los tribunales podía presentar, directamente, el recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. El Borrador, en cambio, despoja a las partes de esta facultad, entregándosela al juez de la gestión pendiente (artículo 381.1). En consecuencia, las partes deberán ahora convencer al juez para que plantee la inaplicabilidad ante la Corte Constitucional, dificultando así el acceso de las personas a la justicia constitucional.

II. Problemas Particulares de Algunos Derechos

Considerando que otros capítulos versan sobre diferentes derechos, sólo haré referencia a dos de ellos: la igualdad y la propiedad.

1. Igualdad

La igualdad es una de las preocupaciones centrales del Borrador, apareciendo en múltiples ocasiones a través de los diversos capítulos. Si bien se observan avances importantes (e.g., reconocimiento de los ajustes razonables, artículo 25.5), destacaremos aquí tres problemas.

a) Distinción arbitraria

A diferencia de otros sistemas jurídicos, donde se prohíbe hacer diferencias en razón de ciertos factores (e.g., sexo, raza), la Constitución de 1980 adoptó una fórmula general: toda diferencia de trato arbitraria (caprichosa, no razonable) es inconstitucional (artículo 19 N°2 inc. 2°). De esta forma, se otorga una protección amplia, y a la vez flexible, permitiendo al juez evaluar, en las circunstancias concretas del caso, si existe o no justificación suficiente para la distinción realizada.

El Borrador elimina esta fórmula general, optando por establecer un derecho a la no discriminación

(artículo 25.1) y prohibiendo "toda forma de discriminación" (artículo 25.4).

Sin embargo, sería un error mayúsculo prescindir de la fórmula general antes descrita, consistentemente aplicada por la jurisprudencia, y trabajada durante décadas por la doctrina nacional. Para conservarla bajo el nuevo texto constitucional, habría que interpretar que la "discriminación" prohibida por el Borrador sigue siendo la "arbitraria", aunque no lo diga expresamente. Si bien existe cierto sustento textual para esta tesis (artículos 46.3, 189.1 y 246.2), no existe seguridad sobre la futura interpretación de las normas en cuestión. Se arriesga, por tanto, una peligrosa involución en el derecho antidiscriminatorio.

b) Igualdad sustancial

La igualdad constitucional presenta múltiples significados, los cuales pueden concurrir e incluso colisionar entre sí. Uno de ellos es la igualdad sustancial, que considera la realidad fáctica de las personas. No basta, por tanto, que una norma sea formal o aparentemente igualitaria, lo importante es cómo esa norma impacta al individuo en su realidad concreta.

Un corolario básico de lo anterior es que la igualdad sustancial normalmente exigirá un trato desigual. Así, por ejemplo, la igualdad sustancial en materia tributaria es incompatible con imponer el mismo pago a todos: se requieren normas diferenciadas que consideren que, en la realidad, pagar el mismo impuesto (o la misma tasa) afectará en forma muy distinta a las personas según los recursos con que cuenten, sus obligaciones, sus dependientes, etc. En consecuencia, la igualdad sustancial es siempre excepcional. De lo contrario, no podrían existir reglas generales ni ordenamiento jurídico. En efecto, si cada norma debiera considerar su impacto sobre cada persona, sería imposible contar con disposiciones comunes. Las penas de cárcel debieran ser más cortas para quienes sufren más con el encierro. Los preceptos de la ley del tránsito habría que adaptarlos según la habilidad real de los conductores. Y así hasta el infinito.

En conclusión, incluir la igualdad sustancial no es algo negativo, ya que puede ser muy útil para corregir injusticias que otras nociones de igualdad

no pueden erradicar. Pero consagrarla como la igualdad constitucional central, garantizándola a todas las personas (artículo 25.1 y 25.2) trasunta un error conceptual, el que redundará en expectativas que no podrán cumplirse.

c) Paridad radical

La paridad es un concepto que surge en el derecho francés (*parité*), y su evolución ha sido profundamente controversial. En parte porque busca distanciarse de las demás discriminaciones positivas – que son temporales y excepcionales – presentándose como permanente, en cuanto una redefinición de la democracia.

Sin embargo, ni los franceses, ni ningún país plenamente democrático, ha entendido la paridad de la forma extremadamente rígida que propone el Borrador. Paridad es un principio de igualdad de sexo/género que se concretiza a través de distintas reglas, principalmente vinculadas a la elección de autoridades políticas. Típicamente, se establecen cuotas electorales, las que se han ido sofisticando con el tiempo, de forma de evitar su evasión (la experiencia francesa es un claro ejemplo). Pero de ahí a señalar que la paridad exige un resultado de al menos 50% de mujeres en los órganos públicos electos y no electos (artículo 6) hay una distancia insalvable.

Debe recordarse a este respecto que el derecho constitucional consagra múltiples principios y derechos fundamentales, entre ellos el voto libre e igualitario, el cual resulta dañado cuando se imponen resultados a los votantes. Una cosa es aumentar la variedad de candidatos que aparecen en el voto, conservando la ciudadanía la decisión final sobre quién elige, y otra muy distinta cambiar los resultados queridos por el soberano para lograr un determinado balance. Ahí se altera la voluntad popular. Y es por eso que cuotas tan rígidas, que garantizan un resultado predeterminado, como las que propone el Borrador - verdaderos asientos reservados - sólo existen en países que no gozan de democracia plena, tales como, Sudán, Arabia Saudita y China (y ni siquiera cercanas al 50%)

2. Propiedad

El Borrador consagra el derecho de propiedad (artículo 78), aunque lo debilita en forma importante:

a) Libre configuración legal

El Borrador entrega completa libertad al legislador para *"determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme a su función social y ecológica"*.

Cesa de existir, por tanto, un núcleo propiamente constitucional de la propiedad, oponible al legislador, el cual gozaría de completa autonomía para definir, regular y limitar la propiedad.

Es cierto que existen otros países que han adoptado fórmulas similares, sin embargo, ello no es garantía de que las demás fuentes del derecho (principalmente legislación y jurisprudencia) otorguen protección suficiente al derecho de propiedad.

b) Garantías frente a la expropiación

El Borrador mantiene garantías existentes en materia de expropiación: autorización por ley, pago previo a la toma de posesión material, reclamo ante los tribunales de justicia, etc.

No obstante lo anterior, algunas protecciones actuales se pierden. En primer término, ya no se indemnizaría el "daño patrimonial efectivamente causado" sino que "el justo precio". Si bien este último término goza de cierto desarrollo en el derecho nacional e internacional, no hay garantías de que se vaya a interpretar como daño patrimonial efectivamente causado, o como valor de mercado. Surge entonces una cuota relevante de incertidumbre.

En segundo lugar, se garantiza el pago anticipado, pero no que sea completo, al contado y en dinero efectivo. Se abre, por tanto, un espacio a la arbitrariedad. Recordemos que estas calificaciones del pago, contenidas en la Constitución de 1980, obedecieron a situaciones históricas en que se hizo un uso abusivo del mecanismo de la expropiación, sin entregar la compensación necesaria.

III. Conclusión

El Borrador presenta múltiples problemas en materia de DDFF. Algunos aplicables a todos ellos, y otros propios de derechos específicos. En caso de aprobarse, será imprescindible realizar las modificaciones que permitan no retroceder en la protección efectiva de los DDFF.

Poderees Administrativos: ¿Potestades en Ascenso?

Nicolás Enteiche Rosales

I. Introducción

Los tres poderes del Estado han sido regulados en la propuesta de nueva Constitución. Por una parte, el Poder Legislativo, el cual emite normas generales, se compondría de una Cámara de las Regiones y una Cámara de Diputados y Diputadas; el Poder Judicial, a su vez, se desgranaría en un sistema de justicia; y, por último, la Administración del Estado se encabezaría por un Presidente de la República, en un contexto de regionalización y autonomías territoriales reforzadas. Nos centraremos en la estructura y en las atribuciones del tercer poder del Estado, la Administración del Estado.

La Administración del Estado se descompone en organismos, o entes ficticios insertos dentro de los cuadros de este poder del Estado, los cuales tienen finalidades u objetivos. Por su parte, dentro de los organismos existen órganos, que corresponden a los funcionarios y autoridades que tienen atribuciones, poderes, o potestades. Así, en la Administración del Estado existe una Superintendencia del Medio Ambiente –organismo– cuya finalidad es fiscalizar el cumplimiento de las normas e instrumentos de carácter ambiental; y dentro de esta Superintendencia se ubica el Superintendente –órgano–, quien tiene por atribución, por ejemplo, la de aplicar sanciones a los infractores de las normas e instrumentos de carácter ambiental.

La propuesta de nueva Constitución dispondría el aumento de ambas órbitas, la organizacional y la competencial, puesto que permitiría que la suma de organismos administrativos llegase a ser mayor a la actual, y daría pábulo para que las atribuciones de los órganos se potencien.

II. Organismos en ascenso

Lo primero que se puede observar es que se elevaría la cantidad de organismos que integrarían a la Administración del Estado.

Las fórmulas empleadas para crear o reconocer al tercer poder del Estado no son uniformes. La propuesta de nueva Constitución: mantiene a algunos de estos organismos administrativos ya existentes a nivel constitucional, como es el caso del Banco Central –artículo 357.1–, y la Contraloría General de la República –artículo 351.1–; replica a algunos entes que hoy están recogidos en la ley y los imbrica en el texto constitucional, como al Consejo para la Transparencia –artículo 169.1–, y a la Dirección del Servicio Civil –artículo 180.1–; origina a nóveles organismos administrativos, que resultan –en parte– del traslado de las funciones o competencias de otros preexistentes, cuyo es el caso de la Agencia Nacional de Aguas –artículo 144.1–; o bien da lugar a nuevos entes administrativos, como a la Agencia Nacional de Protección de Datos –artículo 376–.

Sin embargo, la mayor parte de los nuevos organismos administrativos que se crearán no tienen una directa génesis constitucional, sino que la propuesta de nueva Constitución es una fuente indirecta de su aparición. El ascenso en el número de entes estatales es un fenómeno en potencia, por ejemplo, al no exigirse algún cuórum especial a la ley que dé pábulo a las empresas públicas –artículo 182.3–, por lo que existe una alta probabilidad que el actual número de entes dependientes del Estado se incremente exponencialmente.

De igual modo, las regiones autónomas pueden motivar la generación de empresas públicas regionales –artículo 220 letra e)–. A lo mismo están habilitadas las comunas autónomas –continuadoras de las municipalidades, pues ellas “a fin de cumplir con sus funciones y ejercer sus atribuciones, podrán crear empresas, o participar en ellas, ya sea individualmente o asociadas con otras entidades

públicas o privadas, previa autorización por ley general o especial” –artículo 214–.

Por lo que, orgánicamente, sería ajustado a la realidad pronosticar un crecimiento sustantivo en el número de organismos administrativos. Ligado con el aumento en la cantidad, se sumarán nuevas funciones estatales a las actuales, por lo que las tareas que hoy día son realizadas por los particulares, serán mañana abocadas por el tercer poder del Estado.

III. Potestades en ascenso

Más allá de cómo se componga el Estado es relevante atender a sus facultades, atribuciones o potestades. Las potestades administrativas corresponden al conjunto de poderes que las normas, constitucionales o legales, otorgan a los órganos administrativos, con miras a que se materialice una finalidad pública.

En este punto existe una extensa e intensa regulación a nivel constitucional.

La extensión en la regulación se entiende pues existen muchos artículos dedicados a describir lo que los órganos de la Administración pueden hacer.

Si la medida de comparación es la Constitución vigente, es claro que hay más normas destinadas a tal labor. Esta latitud en el tratamiento de las atribuciones de los organismos administrativos se relaciona indisolublemente con el aumento de estos entes: a mayor número de organismos y finalidades satisfechas por el Estado, más atribuciones.

Del mismo modo, la exhaustividad con la que se abordan a las potestades administrativas se relaciona con el rol incisivo de la Administración del Estado en la vida social. Si bien la Constitución vigente, al establecer al principio de subsidiariedad, no supuso trabas o límites a los organismos administrativos, ni permitió a los privados incidir negativamente en la sociedad; la propuesta de nueva Constitución se ocupa especialmente de elevar a los poderes administrativos.

Por ejemplo, en el caso de la Agencia Nacional del Agua la propuesta de nueva Constitución dispone que existan nueve atribuciones, más otras tantas que se pueden agregar a través de las leyes

–artículo 144.2, letras a) a j), y artículo 144.3–. Otro tanto ocurre con la Defensoría de la Naturaleza, la cual goza de cinco atribuciones constitucionales, más la antedicha derivación a otros poderes entregados por la ley –artículo 149, letras a) a j)–.

La intensidad en la regulación se comprende toda vez que los poderes conferidos a la Administración del Estado pueden tener mayor impacto en los derechos de las personas. La propuesta de nueva Constitución habilita al legislador para otorgar poderes a los órganos administrativos. A través de esta novel disposición se establece, por el artículo 175.3, que "la ley [...] podrá conferir a sus órganos, entre otras, potestades normativas, fiscalizadoras, instructoras, interpretativas y sancionatorias".

Esta norma, inédita en las constituciones chilenas del siglo XX, permitiría al legislador otorgar a cualquier funcionario alguno de los cinco poderes antes enunciados. Con ello, un órgano podría, por ejemplo, contar con el poder de emitir normas jurídicas eventualmente obligatorias, o bien hacerse de la facultad de aplicar una sanción a quienes se sometan a esa ley. Con todo, en el borrador aprobado por el Pleno, que no llegó a ver la luz por los cambios realizados al final del trámite, se establecía algo más extremo: la obligación al legislador de entregar "a lo menos" las aludidas atribuciones.

Así, en el texto abortado el problema era más grave, ya que los poderes eran entregados cómo "mínimo". Este mínimo imponía un gravamen al legislador consistente en que, si a futuro hubiera pretendido establecer el deber de la Administración del Estado de satisfacer una necesidad pública, la ley en la que se hubiere materializado tal decisión no podría haber dispuesto libremente acerca de su contenido, sino que tendría que haberle dado todos los poderes establecidos a nivel constitucional.

Sin embargo, el hecho de haberse corregido tal exceso no implica que el texto contenido en la propuesta de nueva Constitución esté exento de amenazas.

Para graficar los problemas que conlleva esta norma nos enfocaremos en uno de los poderes conferidos: el de aplicar sanciones administrativas. Las sanciones administrativas o aquellos actos por los

cuales un órgano de la Administración del Estado puede desfavorecer a una persona, previo procedimiento, y con el principal propósito de reprimir una infracción, es –de forma inédita– expresamente reconocido en la propuesta de nueva Constitución.

Históricamente, el nudo de los poderes sancionadores de la Administración del Estado está relacionado con su aplicación y los principios con los cuales se resguardan a sus destinatarios. Existe una añosa disputa en cuanto a la proveniencia e intensidad con que debiesen regir estos principios. Mientras unos sostienen que los principios deben ser iguales a los del Derecho Penal, debido a que ambos se traducen en la aplicación de castigos; otros señalan que no deben trasladarse tales instituciones a una disciplina que persigue fines diversos; y los últimos afirman que los principios del orden penal tendrían que aplicarse con matices. Este asunto está en directa relación con el connatural contrapeso que deben tener las atribuciones de sanción detentadas por un poder que no ejerce jurisdicción: la presencia y la relevancia del juez, como último árbitro de los conflictos suscitados entre partes.

Para solucionar este problema, la propuesta de nueva Constitución contaba con tres alternativas: la primera, otorgar la competencia de aplicar sanciones a los tribunales de justicia; la segunda, reconocer a la atribución de sanción administrativa, expresando que ella está sometida a determinados principios; y la tercera, consagrar a las atribuciones sancionadoras administrativas, derivando a la ley el establecimiento de los principios aplicables.

Ninguna de estas alternativas fue la adoptada en la propuesta de nueva Constitución. La solución otorgada fue la de disponer que el legislador puede otorgar nuevas atribuciones de sanción –artículo 175.3–, y la de precisar que algunos organismos administrativos tendrán en su haber este poder, como en materia del consumidor –artículo 81.2–, o en la de aguas –artículo 144.2, letra h–.

Como se observa, el foco de la propuesta de nueva Constitución es asociar a las potestades sancionadoras administrativas con la potencialidad de su desarrollo en la ley, legitimando a los poderes administrativos –ahora– galvanizados por su contenido constitucional.

Aun cuando se comparta la necesidad de legitimar a los poderes de los que se viene tratando, con el propósito de zanjar su eventual inconstitucionalidad, en el caso de las potestades de sanción hay que considerar que ellas comparten un común denominador con las penas. Las sanciones administrativas corresponden a los actos administrativos más gravosos o ablatorios para sus destinatarios. La aplicación de tales actos puede significar el impedimento del ejercicio de una actividad económica, piénsese en la imposibilidad de un certificador eléctrico para seguir trabajando en su rubro, o en el impedimento que una multa aplicada a unos pescadores artesanales puede ocasionarles en la continuación de su giro.

Lo cierto es que al abordarse de este modo a la potestad sancionadora administrativa se producen dos consecuencias indeseadas. Por una parte, se desconecta a la Administración del Estado con la situación de las personas y; por otra, se desaprovecha una oportunidad para zanjar un problema que aqueja a esta clase de poder, la definición de los principios que le son propios.

Un inconveniente que envuelve al establecimiento constitucional de la potestad sancionadora administrativa es su falta de vinculación con la situación de los sancionados. Esta carencia se explica pues, al optarse por reconocer a la potestad sancionadora, debió haberse previsto sus graves efectos en quienes las reciben, por lo cual la constatación de principios, expresamente establecidos a nivel constitucional, hubiese sido un remedio adecuado para aquella amenaza.

Desde esta perspectiva, al no listarse expresamente algún principio aplicable en la materia, no se siguió el modelo comparado que sirve de referente, el caso español. En España, los artículos 25.1 y 25.3 de la Constitución de 1978, entre otros, reconocen a la potestad sancionadora administrativa y la asocian con determinados principios. De igual modo, la omisión en la referencia a los principios no considera que el legislador chileno no ha sido diligente en realizar esa labor. El año 2004, a través del Proyecto de Ley N° 3.475-04, se presentó por el Presidente de la República un proyecto de ley sobre la materia, el cual fue archivado el año 2006.

La importancia en la determinación de los principios está en que ellos son un modo a través del cual los jueces pueden controlar efectivamente a la Administración del Estado. Y al explicitarlos se hubiese hecho más sencilla la labor judicial, ya que se hubiera posibilitado su invocación desde una norma expresa de la Constitución.

Otro problema se deriva del anterior, al no expresarse los principios y no habilitarse expresamente a los jueces a emplearlos en la labor de control, se repite una patología que se viene arrastrando desde hace casi una centuria. A partir del texto de la Constitución de 1925 y de la vigente, los tribunales han declarado inaplicables leyes, o bien han eliminado o modificado algunas sanciones administrativas que no satisfacen el estándar constitucional de protección de los derechos de las personas. Pero lo han hecho acudiendo a la cláusula del debido proceso y a los principios penales, y no fruto de lo dispuesto en una norma expresa. Esto ha sido altamente inadecuado puesto que, como se vio, existen disparidades en cuanto a la pertinencia o respecto de la intensidad en la aplicación de estos principios.

Por lo cual, al no haberse aprovechado esta oportunidad para dar certeza normativa en la propuesta de nueva Constitución, lo más probable es que se continúe con la inestabilidad. Al no haberse revestido a las potestades sancionadoras administrativas –ahora– de principios, se desaprovecha la ocasión de aportar a los derechos fundamentales de las personas.

Solo los poderes administrativos van en ascenso.

¿Un Nuevo Sistema de Protección Jurisdiccional a ddff? Claroscuros de las Nuevas Acciones Constitucionales de Tutela

Gaspar Jenkins Peña y Lillo

Las acciones de tutela directa de derechos fundamentales son uno de los principales aportes que el constitucionalismo latinoamericano ha realizado en las últimas décadas -con excepción, claro está, del habeas corpus, que algunos autores rememoran sus orígenes hasta en el derecho romano-.

La Constitución de Yucatán, de 1841, sería el primer texto de carácter constitucional que contemplaría una regulación -incipiente- sobre el denominado "juicio de amparo", acción entregada al ciudadano para protegerse de los abusos de poder que pudiera cometer una autoridad en desmedro de los derechos garantizados en la Carta estatal, que sería conocida por un juez de primera instancia, salvo, en caso de que la autoridad abusiva fuese aquel propio juez, donde el Tribunal competente de conocer la acción sería su superior jerárquico. Tanta fue la importancia de los artículos 7º, 8º y 9º de la Constitución de Yucatán, que la Constitución Federal Mexicana de 1857 elevaría la regulación a nivel nacional.

Desde ese momento, la "jurisdicción constitucional de la libertad" -como la llamaba el profesor Mauro Cappelletti- se popularizó, y la mayoría de las Constituciones que fueron elaboradas durante el siglo XX incluyeron alguna herramienta judicial dirigida a proteger derechos fundamentales como complemento a lo ya existente en materia de libertad personal, sin ser Chile la excepción, cuya primera manifestación se apreciaría en el artículo 2º del Acta Constitucional N°3 de 1976.

Sin perjuicio de ello, es posible considerar como un hito trascendental en esta materia la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969 -que entró en vigencia en 1978-, mediante la cual se crean las bases para la protección de los derechos fundamentales en el continente americano, destacando en este sentido su artículo 25, sobre la "protección judicial", puesto que a través de él se intenta establecer un estándar básico o mínimo que los estados-parte deben garantizar a sus habitantes. Según dicha norma, las personas tendrían derecho a un "amparo" frente a actos que violen los derechos convencionales, constitucionales o legales, sustanciado en procedimientos contruidos en base a los principios de efectividad -coherente con el derecho a una tutela judicial efectiva, especialmente respecto del cumplimiento de las sentencias que se dicten-, de sencillez o "desformalización" y celeridad o rapidez -cosa que puede dar pie a procedimientos de urgencia-. Este es, como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Niños de la Calle vs Guatemala", de 1999, "uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".

La propuesta de nueva Constitución, por ende, no podía ser ajena a dicha historia, y debía implementar un mecanismo de "amparo" -como se les conoce a estos mecanismos de tutela jurisdiccional en gran parte del continente-, más aún si recordamos que el artículo 135 de la Constitución vigente fijaba como límite o barrera material para el contenido de la propuesta, en el sentido de entender que el texto debe respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, implementando el estándar mínimo construido desde la Convención Americana dentro del debate constituyente, en la forma de piso mínimo a garantizar.

El artículo 119 de la propuesta de nueva Constitución consagra el "amparo" principal o general, mientras que el artículo 120 recoge el habeas corpus dirigido a proteger la libertad personal, ambulatoria o la seguridad individual. Respecto de esta última, la propuesta opta por una redacción en términos similares a su regulación dada por la Constitución actual, demostrando muy poca innovación salvo, tal vez, en lo que respecta a la inclusión expresa de la libertad ambulatoria como derecho objeto de tutela. Sin embargo, será respecto del primer mecanismo de tutela en donde podremos apreciar una serie de diferencias en relación con su símil actual, el recurso de protección, que será interesante observar:

I. Sobre el principio de sencillez o desformalización.

Como se indicó, un primer estándar establecido por el artículo 25 de la Convención Americana para la construcción de un mecanismo de tutela directa de derechos fundamentales es su sencillez, exigiendo que tanto los requisitos de interposición como las reglas procedimentales dirigidas a su sustanciación eviten configurar barreras u obstáculos para que las personas afectadas puedan acceder a la justicia y vean al sistema judicial como un "compañero" en la tutela de sus derechos, y no como un obstáculo insalvable.

En ese sentido, tanto el recurso de protección contemplado en el artículo 20, como la acción de tutela del artículo 119 de la propuesta, compartirían, en principio, un espíritu desformalizado, derivado de una regulación escueta en relación a los presupuestos de procesabilidad y del procedimiento en sí mismo, salvo por el Auto Acordado correspondiente, en donde dicha sencillez se aprecia en la inexistencia de contestaciones o fases de pruebas innecesarias, o inexistencia de formas específicas para la deducción de la pretensión -salvo respecto la representación-.

Pero lo dicho en principio no implica desconocer una profunda diferencia: la propuesta añade un elemento nuevo caracterizado por un principio de supletoriedad de la acción. Así, el artículo 119.2 del borrador establece como uno de sus requisitos para la interposición de la acción que el afectado "no disponga de otra acción, recurso o medio

procesal para reclamar su derecho", salvo casos urgentes y graves. Este nuevo presupuesto, en caso de aprobarse la propuesta, podrá traer una serie de complicaciones que la jurisprudencia deberá ir resolviendo, especialmente vinculadas a la determinación de las nociones de "urgente" y de "grave" cuando en el caso concreto exista otra acción para proteger el derecho. Un ejemplo sobre esto se daría al momento de combatir discriminaciones en contra de personas, ya que es lícito pensar que el sistema ofrecerá la nueva acción tutelar frente a la ya existente acción de no discriminación arbitraria (Ley 20.609), que posee una tramitación procedimental mucho más compleja y engorrosa, caracterizada por la aplicación supletoria del juicio civil y sus instituciones (receptores pagados, audiencias de conciliación, periodo de prueba, principio de impulso de parte, entre otras), muy contrarias al principio de sencillez.

II. Sobre el principio de rapidez o celeridad.

Un segundo estándar exigido por el artículo 25 de la Convención Americana es el principio de rapidez que permite entender que la tutela directa de derechos fundamentales debe responder a la urgencia inherente al enfrentarnos a una vulneración de los bienes jurídicos de máxima importancia dentro de un Estado constitucional de derecho, requiriendo de una reacción de tutela expedita que evite la perpetuación de los efectos perjudiciales en el tiempo.

Sobre esto, ambas acciones demuestran un sentido de urgencia, ya que confieren la competencia al juez para restablecer el imperio del derecho adoptando las providencias que estime necesarias "de inmediato". Inclusive, la tutela contemplada en la propuesta recalca lo dicho al exigir que el procedimiento que sustancie la acción debe tramitarse sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.

Sin embargo, en ambos casos la Carta constitucional omite pronunciarse sobre el procedimiento específico, impidiendo comprobar con este solo antecedente si se satisface o no el estándar internacional, lo que demuestra la relevancia de las reglas procedimentales complementarias que, respecto del recurso de protección constan en un Auto Acordado, que se mantendrá vigente para el caso de la tutela hasta que se dicte la ley procesal

respectiva. Es por lo que, en una primera lectura, ambos mecanismos lograrían un similar nivel de satisfacción respecto del estándar, ello esperando que la futura ley no reduzca dicho halo protector. Pero lo dicho no impide reconocer una diferencia derivada del cambio de tribunal competente, ya que aquel cambio ha permitido crear un nuevo momento procesal durante la tramitación de la tutela general de la propuesta: según el artículo 119.6, excepcionalmente existirá la posibilidad de deducir el recurso de apelación ante la Corte Suprema la que tendrá que realizar un examen de admisibilidad previo a conocer del mismo y que podría implicar una demora eventualmente. En este sentido, habrá que esperar cómo la Corte da vida a dicha fase procesal para constatar si ella se convierte o no en una dilación innecesaria que atente contra los fines de este proceso.

III. Efectividad de la sentencia judicial.

El tercer pilar del artículo 25 de la Convención Americana hace relación a la creación de un "recurso efectivo", esto es, aquel que garantice su cumplimiento por las autoridades competentes. Y este punto es interesante, puesto que una de las principales críticas que sufre el recurso de protección actual es, justamente, los problemas que tiene la sentencia respecto de su ejecución, y que eventualmente podrán ser transmitidos a la tutela general. Si se observa el tenor del artículo 20 de la Constitución, y 119 de la propuesta, se constatará que se dice poco sobre la ejecución del fallo definitivo, aunque esta última, en su punto N°4, eleva a rango constitucional la posibilidad de decretar medidas provisionales, como una "orden de no innovar" -cosa que en el recurso de protección sólo es posible por autorización del Auto Acordado-.

Lo dicho es relevante, ya que el Auto Acordado -numeral 15°- plantea vías de ejecución compulsiva débiles y difíciles de concretar, principalmente dirigidas a autoridades administrativas. Esto evidentemente no es coherente con la importancia de la materia en discusión ni con la exigencia impuesta por la Convención Americana.

Es de esperar que la legislación pueda superar esta gran deficiencia, sea manteniendo operativo el recurso de protección actual o entre en vigor la propuesta constitucional, frente a lo cual resultará

de utilidad recordar que el Boletín N°2809-07 que contenía el proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales, cuyo artículo 24 desarrollaba extensamente la ejecución de las sentencias judiciales respecto de estas materias, complementado por su artículo 70, que permitía originar responsabilidades civiles, administrativas y penales de forma complementaria, en caso de ser necesario para obtener el cumplimiento.

Ahora bien, además de lo dicho, la propuesta propone una serie de innovaciones que son dignas de ser mencionadas, aunque sea brevemente:

a) Eliminación de la calificación antijurídica de la conducta.

A pesar de que la doctrina ha realizado profundas críticas a las expresiones "ilegal o arbitrario" que el artículo 20 fija como presupuesto de la acción de protección -se les considera uno de los principales elementos en la transformación de esta acción en un "control de legalidad" administrativa más que en un amparo iusfundamental-, no deja de sorprender que la propuesta haya prescindido totalmente de dicho estándar, sin perjuicio de que aquel puede ser subentendido de las expresión "sufra" que ella contempla antes de identificar el presupuesto de lesividad o afectación.

b) Cambio del tribunal competente.

Uno de los aspectos más polémicos ha sido el cambio del Tribunal competente para conocer la acción, trasladándola a jueces de instancia. Esta decisión que ya estaba contemplada en la propuesta constitucional impulsada por la Presidenta Michelle Bachelet, no es del todo perjudicial a nuestros ojos, puesto que con ella se logra favorecer el principio de proximidad inherente a este tipo de acciones jurisdiccionales.

c) Prohibición expresa de ser deducida contra resoluciones judiciales.

Esto ya era algo establecido por la jurisprudencia nacional -con ciertas excepciones- por lo que, en estricto sentido, no es en sí mismo una gran novedad, sino que buscaría zanjar dicha discusión académica sobre los actos sujetos de impugnación.

d) Recursos.

Un cambio interesante es la posibilidad de que el recurso de apelación posea una naturaleza dual: por

un lado, permite impugnar la decisión de primera instancia, pero por otro, sirve como mecanismo de unificación de jurisprudencia, ya que el artículo 119.6 permitirá apelar ante la Corte Suprema, excepcionalmente, cuando existan fallos en directa contravención. Esta es una clara apuesta de la propuesta, pues puede servir de base para crear una jurisprudencia que profundice la dogmática judicial iusfundamental, o puede terminar convirtiéndose en un mecanismo de dilación indebida que retarde la obtención del fallo final.

e) Ampliación del catálogo de derechos fundamentales tutelados.

El artículo 119 de la propuesta no establece limitación alguna sobre los derechos tutelados, marcando una gran diferencia con la redacción del artículo 20 de la Constitución actual. Esto sin duda puede significar un riesgo, al generar una apertura a la litigación y a la judicialización de asuntos de política pública respecto de la forma en que se materializan derechos -en especial, aquellos de carácter social-, y al incrementar el número de causas. Este riesgo será imposible de evitar conforme al texto constitucional, quedando a la ley y al desarrollo jurisprudencial la responsabilidad de fijar los márgenes del asunto. Esta ampliación incluye la tutela del derecho a la nacionalidad -actualmente amparada por una acción especial regulada en el artículo 12 de la Constitución-, los derechos de la Naturaleza y ambientales -en donde la acción adquiere el carácter de "popular"-, y los derechos de pueblos indígenas.

La propuesta de nueva Constitución significa, como se ha podido vislumbrar, un cambio complejo en materia de tutela directa de derechos fundamentales, atendido especialmente a que traerá un gran espectro de asuntos no resueltos que quedarán entregadas a la ley y a la jurisprudencia, las que se demorarán -sin lugar a duda- en ser contestadas.

Estatuto Macroeconómico en el Proyecto de Nueva Constitución

Francisca Labbé Figueroa

Como es sabido, el bienestar social depende de múltiples factores, siendo uno de ellos la situación económica de cada una de las personas que residen en el país. De esta manera, estabilidad y certidumbre en materia económica se vuelven fines deseables en una sociedad que aboga por la paz social. En otras palabras, la ausencia de crisis económica, o bien su manejo oportuno y eficaz, es fundamental en una sociedad cuyo norte es el bienestar de todos los individuos que la componen.

Por estabilidad macroeconómica entendemos equilibrio y ausencia de crisis, o bien crisis, pero con efectos poco profundos. Aunque lograr una adecuada armonía no es tarea fácil, es muy importante propender a ella. Lo contrario implica costos extremadamente altos, y es la ciudadanía quien debe pagarlos. De esta manera, crisis e inestabilidad forman una mezcla peligrosamente explosiva, que puede arrasar hasta con las bases más sólidas de la sociedad.

A pesar de que hoy nos encontramos en medio de un alza en la inflación, la más alta desde 1994,

la realidad es que, hasta antes de este período de tendencia al alza, los últimos 30-35 años han estado marcados por estabilidad macroeconómica en Chile. Una rápida revisión de los datos refleja que la última crisis en materia de inflación fue entre los años 1972 y 1976. Asimismo, en cuanto a balanza de pagos, Chile no conoce una crisis desde 1982. Estos buenos resultados del país son consecuencia directa del manejo correcto de los siguientes factores: política monetaria, regulación y funcionamiento del sistema financiero, y política fiscal. Gracias a la responsabilidad con la que estas materias han sido tratadas, el alza en los precios de mediados de los años 90 fue controlada antes de entrar en una crisis con efectos devastadores.

Por los motivos expuestos, el diseño constitucional de las instituciones a cargo de estos elementos debe seguir permitiendo la necesaria autonomía, coordinación y cooperación entre los distintos agentes sociales, económicos y políticos, motivo por el cual a continuación analizaremos las normas pertinentes del proyecto de nueva Constitución, esto es normas relativas a la política monetaria y a la política fiscal. La regulación y el funcionamiento del sistema financiero no forman parte de la discusión constitucional, razón por la que no serán incluidos en este análisis.

En primer lugar, nos referiremos a la política monetaria, la que está conformada por las acciones que toman las autoridades correspondientes, con el objeto de velar porque el valor de la moneda nacional, esto es, el peso chileno, se mantenga firme. Esto significa que la inflación sea baja y estable, en torno al 3% anual, con un rango de tolerancia de más o menos un punto porcentual.

La autoridad que maneja esta política es el Banco Central, quien tiene por mandato constitucional velar por la estabilidad de la moneda y el normal desenvolvimiento de los pagos internos y externos. De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución vigente (artículos 108 y 109), el Banco Central es un órgano autónomo y de carácter técnico, que solo puede realizar operaciones con el sistema financiero, y que tiene expresamente prohibido prestar dinero al Estado para financiar gasto público. Así como su autonomía le ha permitido ser altamente creíble y tener un manejo contundente de la política

monetaria, su carácter técnico ha sido clave en la toma de decisiones de políticas públicas.

En lo que al Banco Central se refiere, el proyecto de nueva Constitución socava su autonomía al establecer instancias de coordinación con el Gobierno (artículo 357) y de rendición de cuentas al Congreso de Diputadas y Diputados y a la Cámara de las Regiones (artículo 361).

Asimismo, la propuesta de nueva Constitución atenta en contra del carácter técnico del Banco Central, al señalar que los integrantes del Consejo deben ser personas idóneas en materias relacionadas con las competencias de la institución (artículo 362). Si no leemos la letra chica, esto parece ser algo adecuado dado que lo técnico se relaciona con el ser idóneo para algo. No obstante, el proyecto de nueva Constitución impone al Banco Central la obligación de considerar la protección del empleo (que normalmente es contraria al control de precios), el cuidado del medioambiente y del patrimonio natural (temas fuera del alcance del Banco Central), y tener presente la orientación general de la política económica del Gobierno (artículo 358). Surge así la duda de si la idoneidad para el cargo de los consejeros tendrá que ver con su capacidad para manejar la inflación, como lo es en la actualidad, o con la habilidad para responder a estas nuevas tareas que le son encomendadas por el artículo 358 recién mencionado.

Todo esto implica un mandato extremadamente amplio y confuso, con lo cual se abre la puerta para interpretaciones subjetivas, y para que los consejeros del Banco Central queden, en definitiva, a merced de la autoridad política de turno. El broche de oro es que la nueva Constitución entrega al Presidente de la República y al Congreso de Diputadas y Diputados la facultad de solicitar la destitución de los consejeros del Banco Central (artículo 363). Es cierto que quien resuelve estas materias es la Corte Suprema; también, difícil es que prospere. Pero lo anterior no quita que el poder político pueda utilizar esta herramienta como un mecanismo de presión, lo que evidentemente resta autonomía al Banco Central.

Al hablar de estabilidad macroeconómica, el otro factor a analizar es la política fiscal, es decir, la

gestión y administración que hace el Estado de sus recursos. En este aspecto, es interesante ver como el artículo 183 del proyecto de nueva Constitución establece el principio rector en esta materia, esto es, que las finanzas públicas deben conducirse conforme a los principios de sostenibilidad y responsabilidad fiscal, obligando al Estado a usar sus recursos de forma razonable, óptima, eficaz y eficiente.

Sin embargo, la norma del artículo 183 referida, y el principio rector contenido en ella, se encuentran en evidente contradicción con los cambios incorporados en el sistema político, en específico en aquellos casos en que se cambia la iniciativa exclusiva del Presidente de la República por la necesidad de concurrencia presidencial (por ejemplo, en materia de gasto fiscal y tributos) y en los que definitivamente se elimina dicha iniciativa exclusiva (por ejemplo, en materia seguridad social). Ambas normas se encuentran en el artículo 266 del proyecto de nueva Constitución, pero no son las únicas que vienen a complicar el panorama y ponen en jaque la estabilidad macroeconómica del país.

En el sentido indicado en el párrafo anterior, podemos citar también la facultad de las entidades territoriales de emitir deuda y recaudar impuestos (artículos 247 y 250 del proyecto de nueva Constitución), el que los derechos sociales no queden condicionados a la disponibilidad de los recursos fiscales (artículo 1 del proyecto de nueva Constitución), la autonomía territorial indígena para establecer regímenes económicos y administrativos diferentes pero financiados por el Estado (artículo 234 y 235 del proyecto de nueva Constitución), el consentimiento previo de los pueblos originarios obtenido mediante una consulta vinculante en aquellos casos en que sus derechos se vean afectados (artículo 191 del proyecto de nueva Constitución), entre otras. En paralelo, el proyecto de nueva Constitución configura un Estado bastante mayor en tamaño al que actualmente conocemos.

Un problema aún más complejo, más allá del de las contradicciones que existen entre el artículo 183 y las normas relacionadas con el sistema político a las que hemos hecho referencia, lo presenta la relación entre política fiscal y los principios de progresividad y no regresión de los derechos fundamentales, que ahora tendrán rango constitucional (artículo 20).

Nuevamente nos encontramos frente a una norma que representa un gran ideal, sin embargo, lo ideal no siempre es coincidente con la realidad, y en el mundo real, los recursos no solo son escasos, sino que además no son estables ni crecientes en el tiempo. Nadie puede asegurar que Chile contará con los recursos económicos necesarios y suficientes en el futuro para ir aumentando de manera progresiva la cobertura de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales. Tampoco tenemos la certeza de que el país podrá sostener tal cobertura en el tiempo. Por lo tanto, frente a un escenario de escasez, el artículo 20 del proyecto de nueva Constitución tiene el poder de poner en entredicho los principios rectores en materia de política fiscal.

Todos los cambios mencionados implican entregar gran poder al Congreso de Diputados y Diputadas, a las entidades territoriales y/o a los pueblos y naciones indígenas, entregando así a los órganos más políticos y menos controlados de todo el sistema la facultad de ejercer fuerte presión al poder Ejecutivo, y así poner en riesgo la disciplina fiscal.

Un elemento adicional a considerar dice relación con las bases del sistema económico que el proyecto de nueva Constitución establece. A pesar de que la propuesta no se inclina de manera expresa por un sistema económico en específico, resulta evidente que intenta apartarse lo más posible de cualquier modelo económico en el que prime la libertad de las personas, incluso del sistema social de mercado. Esto lo hace al mandar al Estado a participar en la economía desarrollando actividades económicas y otorgándole iniciativa para ello (artículo 182), caducando el derecho de propiedad sobre los derechos de agua (artículo 142), debilitando la propiedad privada (artículo 78), dejando sin protección la propiedad industrial (artículo 95), eliminando el principio de neutralidad competitiva entre empresas públicas y privadas (artículos 214 y 220), debilitando el mecanismo de delación compensada (artículo 365), limitando el delito de colusión a las empresas (artículo 182), entre otras cosas.

En síntesis, el estatuto macroeconómico de la Constitución actualmente vigente ha resultado ser exitoso, puesto que ha permitido el crecimiento económico del país, en razón de que pone el énfasis en

la autonomía de la autoridad a cargo de la política monetaria (Banco Central) y ha permitido al país ser fiscalmente sólido. Los cambios introducidos por el proyecto de nueva Constitución apuntan en dirección absolutamente contraria, lo que implicará un giro importante en los resultados económicos del país. Así, podemos esperar un escenario de menor crecimiento económico, por una parte, y de mayor inflación y crisis cambiaria, por la otra. Todo esto, con el conocido impacto negativo en el bienestar social.

La Ausencia del Desarrollo Sustentable como Principio Rector o Valor Fundante de la Constitución

Felipe Leiva Salazar

La discusión del estatuto constitucional del medio ambiente, la naturaleza y los bienes comunes y modelo económico constituyó, sin lugar a dudas, en una de las materias más controvertidas no solo dentro del seno de la propia Convención sino que también en la discusión académica y política. En sus primeras aproximaciones se instaló fuertemente en la Convención un espíritu refundacional no solo respecto de las bases constitucionales del medio ambiente, sino que también del paradigma económico y filosófico que inspira el desarrollo económico del país. En este contexto, ideas que parecían lejanas de consagrarse constitucionalmente, tales como los derechos de la naturaleza y la inapropiabilidad de ciertos bienes naturales, gozaron de la simpatía de gran parte de los convencionales lo que se tradujo en un texto que a todas luces moviliza el cerco de la discusión ambiental hacia fronteras que eran impensadas hasta hace pocos años.

A nuestro juicio, el debate ambiental de la convención estuvo marcado por dos tópicos o sesgos, que tiñeron las aproximaciones sobre la materia. El primero de ellos, es la adopción de un diagnóstico

claramente pesimista respecto del futuro ecológico de la humanidad y de la situación ambiental del país. De hecho, incluso antes del inicio del trabajo de las comisiones respectivas, en octubre de 2021, se declaró que la discusión constitucional se hacía en el contexto de un "estado de emergencia climática y ecológica" donde se encarga a todas las comisiones tener presente las garantías de "educación ambiental, prevención, precaución, no regresión, mitigación, adaptación y transformación para enfrentar la crisis climática y de los ecosistemas". La adopción de este diagnóstico nos lleva al segundo tópico que marcó la discusión. La existencia de una profunda desconfianza y sospecha respecto del crecimiento económico y al uso de los recursos naturales como motor del desarrollo del país. La reiterada referencia, entre algunos convencionales, a la superación del "extractivismo" como base de nuestro modelo económico, la idea de prohibir ciertas actividades específicas en territorios o áreas determinada y la exclusión del comercio humano a los bienes comunes inapropiables, constituyen a nuestro juicio, un ejemplo palmario del diagnóstico y sospecha aquí consignadas.

En resumen, el estatuto constitucional sobre el medio ambiente está presente no sólo respecto de su regulación como derecho, sino que es parte relevante en diversos capítulos de la propuesta. De hecho, el propio artículo 1 del Capítulo I sobre principios y disposiciones generales, consagra entre otras cualidades, que Chile es un Estado "ecológico". Luego, en el Capítulo II sobre derechos fundamentales y garantías, se consagra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al aire limpio y a la justicia ambiental. Además, la propuesta de nueva constitución contiene el Capítulo III denominado "Naturaleza y medio ambiente", donde a nuestro juicio se contienen las normas centrales donde se demuestra el carácter "ecológico" de la propuesta. Es en este Capítulo donde se declara que la naturaleza tiene derechos, se consagran constitucionalmente ciertos principios para la protección del medio

ambiente y la naturaleza, tales como el de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, solidaridad intergeneracional, responsabilidad y acción climática justa. Se establecen deberes del Estado respecto del cambio climático, la biodiversidad, los animales como seres sintientes,

las áreas protegidas y los residuos. Finalmente, este capítulo regula los bienes comunes naturales, donde se entrega al Estado una serie de deberes especialmente el de "custodia" respecto de estos bienes. Se regula el estatuto del agua, de los minerales y se crea una Defensoría de la Naturaleza cuyo defensora o defensor será seleccionada de una terna elaborada por organizaciones ambientales de la sociedad civil.

El estatuto constitucional del medio ambiente resultante es un claroscuro. Como un acierto se presenta la actualización de la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado lo que está en sintonía con las constituciones modernas. En el mismo sentido actualizador, podemos encontrar el mandato que habilita a la Ley para establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente y la naturaleza y la incorporación de principios ambientales. Otro elemento a destacar es la incorporación de diversos deberes del Estado respecto de distintos componentes del medio ambiente.

Por otra parte, el texto adolece de sombras preocupantes. Entre ellas mencionamos el debilitamiento del estatuto del agua, donde derechamente se elimina la propiedad sobre su aprovechamiento, y el estatuto minero, donde se excluye el ejercicio de esta actividad en glaciares y áreas protegidas, entre otros lugares.

Sin embargo, y también como una sombra de la propuesta, nos parece sensible la escasa referencia en el texto al desarrollo sustentable/sostenible entendido por décadas como "aquél que satisface las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades". Como se indicó en nuestro documento "La protección constitucional del medio ambiente: perspectivas y propuestas para el debate constitucional", es indudable que este principio es un catalizador o mandato de armonización entre el necesario desarrollo económico y la debida protección ambiental. Su contenido está lo suficientemente determinado no solo a nivel internacional sino que también por la legislación nacional y la jurisprudencia.

A nuestro juicio, nos parecía que la adopción del Desarrollo Sustentable como principio rector y eje cardinal de orientación el Estado, la sociedad y las personas era fundamental para el estatuto constitucional del medio ambiente. Su inclusión permitiría afinar y balancear no solo el contenido del derecho a un medio ambiente sano o adecuado en relación con el despliegue de los derechos económicos y de propiedad, sino que además orientaría a los destinatarios de la Constitución y daría sentido al desarrollo económico que el país requiere de cara a los desafíos del siglo XXI. Sin embargo, esto no ocurrió.

El concepto de desarrollo sustentable/sostenible es utilizado en el texto a propósito del deber de las entidades territoriales de establecer una "política permanente de equidad territorial, de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza". Similar norma se encuentra a propósito de las competencias de la región y comuna autónoma como también a propósito de las competencias financieras del Estado.

En cambio, lo que hay es un uso polisémico del concepto sustentable/sostenible con referencias relacionadas a la "movilidad segura y sustentable", "la producción agropecuaria sustentable", el apoyo del Estado a la pequeña minería y pirquineros con recursos para el ejercicio "tradicional" y sustentable de la actividad. Asimismo, el término "sostenible" o "sostenibilidad" es utilizado en materias tan variadas como el derecho a la memoria y las garantías de no repetición, la seguridad social, y las atribuciones de la Agencia Nacional del Agua.

Así las cosas podría argumentarse que lo anterior puede demostrar precisamente lo contrario a lo que afirmamos. Es decir, que el uso del concepto Desarrollo sustentable/sostenible está presente a lo largo de la propuesta constitucional. No obstante lo anterior, su ausencia es notoria precisamente donde, insistimos, debió haberse incorporado, esto es, en el estatuto del medio ambiente donde el desarrollo sustentable debió haber sido delineado como idea directriz o bisagra entre el desarrollo económico y la protección ambiental. Así se hubiese dado sentido a la concepción constitucional sobre la materia.

Por el contrario, la lectura integrada del estatuto del medio ambiente nos permite afirmar que la propuesta de nueva Constitución enfatizó claramente en considerar la protección del ambiente y especialmente de la naturaleza como límites de contención de la actividad económica. De hecho, el artículo 80 de la propuesta consagra que "toda persona tiene libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio debe ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y la protección de la naturaleza". Su contenido y límites se entrega a su determinación por la Ley. Asimismo, el carácter ecológico declarado para el Estado, el reconocimiento del concepto de buen vivir, desarrollado a partir de visiones indígenas latinoamericanas y la declaración del Estado como custodio de la naturaleza, nos dan cuenta de esta opción que, creemos, era necesaria de establecer en consonancia con la mayor conciencia sobre el valor del medio ambiente y la gravedad de su deterioro en los tiempos que corren.

Sin embargo, reiteramos que era necesario también considerar el Desarrollo Sustentable como principio bisagra y mandato de armonización sustantivo e indispensable para equilibrar los pilares ecológico, social y económico que componen su contenido, de manera tal, de guiar el camino hacia el logro de un bienestar material y espiritual satisfactorio para todos los habitantes de Chile y que tan esquivo ha sido para nuestro país a lo largo de su historia.

El Ministerio Público en el Proyecto de Nueva Constitución

Ximena Marcazzolo Awad

I. Antecedentes generales y diagnóstico sobre la regulación del Ministerio Público en la Constitución vigente

El Ministerio Público fue incorporado a la Constitución de 1980 mediante la Ley N° 19.519 publicada en el Diario Oficial el 6 de septiembre de 1997, que agregó el capítulo VI A, regulando esta materia entre los artículos 80-A al 80-I. Con posterioridad, la Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005, modificó nuevamente la Constitución dando lugar al texto refundido que se mantiene hasta hoy, lo que conllevó que dicha institución actualmente se encuentre plasmada en el capítulo VII, que comprende los artículos 83 al 91.

El Ministerio Público fue concebido como un organismo autónomo constitucional en consideración a las funciones con las que fue instituido. Dentro de dichas prerrogativas se encuentra el deber de investigar los hechos que revistan los caracteres del delito, los que determinen la participación de los imputados o la excluyan; el ejercicio de la acción penal pública de acuerdo a la ley y otorgar protección a víctimas y testigos.

El modelo o sistema de organización institucional del Ministerio fue ampliamente debatido antes de incorporarse en la Constitución. En este orden de ideas, durante la discusión legislativa se revisaron algunos ejemplos comparados. Dentro de las opciones que se evaluaron, el Ministerio Público podría haber quedado radicado al interior del Poder Judicial, vinculado al Poder Ejecutivo o ser un organismo de elección popular. La primera opción se rechazó en consideración a que una de las ideas fuerza de la reforma procesal penal propendía a la separación de funciones. En esta materia resultaba particularmente relevante eliminar la acumulación de las actividades de investigación y ejercicio de la acción penal, de lo propiamente jurisdiccional. A su turno, la posibilidad que el Ministerio Público quedase radicado en el Poder Ejecutivo fue rechazada porque se quiso dotar de independencia al órgano encargado de investigar los hechos que revistieran la calidad de delitos. Lo anterior generó especial preocupación respecto de los ilícitos cometidos por funcionarios públicos, porque esta dependencia podría haber generado reparos en relación con la independencia al momento de perseguirlos penalmente. En base a estos fundamentos, se optó por la autonomía constitucional del Ministerio Público, de modo tal de garantizar su independencia para cumplir con sus tareas de persecución penal.

Como contrapartida a dicha autonomía constitucional se establecieron un conjunto de controles. De acuerdo a la doctrina nacional estos se clasifican de la siguiente manera:

1) controles políticos: dentro de estos se encuentra el proceso de nombramiento del Fiscal Nacional en el que intervienen representantes de los tres poderes del Estado, la aprobación del presupuesto del Ministerio Público que debe ser discutido anualmente e incorporado en la ley de presupuesto de la nación, la cuenta pública de actividades que realiza el Fiscal Nacional y los fiscales regionales y el procedimiento de remoción; **2) controles procesales:** lo relativo al ejercicio de la acción penal, el control de garantías y la intervención del Juez de Garantía en un conjunto de decisiones; y **3) control relativo a las responsabilidades de los fiscales:** civil, administrativa, penal y disciplinaria. Pese a la existencia de dichos controles, desde los inicios del funcionamiento del Ministerio Público

comenzaron las críticas en relación con diversos aspectos de su gestión institucional. Dentro de estos, fueron constantes las alusiones que se formularon al aislamiento del Ministerio Público, su falta de coordinación institucional, especialmente con las policías, críticas a las decisiones en relación con el ejercicio de la acción penal, falta de atención a las solicitudes de los querellantes, autogeneración de autoridades y endogamia en la selección de las mismas.

Basado en estas críticas se plantearon diversas modificaciones a nivel legal y constitucional que podrían perfeccionar este tipo de cuestionamientos. Algunas de las propuestas que se presentaron fueron las siguientes: **a)** mejorar el procedimiento de selección de las autoridades del Ministerio Público y elevar los requisitos para poder optar a dichos cargos; **b)** prohibir definitivamente que los períodos de duración del cargo de fiscal regional pudieran extenderse gracias a la renuncia anticipada a los ocho años de duración del cargo y la postulación al mismo cargo en otra región; **c)** Permitir que las víctimas, ejerzan la acción penal incluso en aquellos casos en que el Fiscal no hubiese formalizado la investigación; **e)** revisar incorporar al Fiscal Nacional dentro de las autoridades susceptibles de ser acusadas constitucionalmente, entre otras.

II. Comentarios a las disposiciones sobre Ministerio Público en la propuesta de Nueva Constitución preparada por la Convención Constitucional

De acuerdo al texto de la propuesta de Nueva Constitución del 4 de julio de 2022, el Ministerio Público quedó plasmado en el capítulo X relativo a los Órganos Autónomos Constitucionales, concretamente entre los artículos 365 al 372. Junto con ello, el artículo quincuagésimo transitorio dispone que mientras no se dicte la ley que determine las competencias del Fiscal Nacional y del Comité del Ministerio Público, tanto el primero como el Consejo General del Ministerio Público, seguirán ejerciendo las atribuciones y competencias vigentes. A su turno, la disposición transitoria número quincuagésimo sexta, que se refiere al delito de colusión tipificado en el artículo 62 del Decreto ley N°211, en relación con la exención de responsabilidad y la circunstancia atenuante compensada, dispone que mientras no se regule legalmente el otorgamiento del beneficio de la

delación compensada, no se requerirá declaración del tribunal de defensa de la libre competencia.

III. Comentarios generales sobre el Proyecto en materia de Ministerio Público:

El Ministerio público institucionalmente corresponde a un organismo constitucional autónomo y jerarquizado. Al igual que la Constitución vigente, no le concede personalidad jurídica, ni patrimonio propio, a diferencia de otros órganos regulados en el capítulo X del Proyecto.

La conservación de la autonomía constitucional es positiva porque garantiza la independencia y previene algunos riesgos de captura política de la institución. Lamentablemente la Propuesta no incentiva la coordinación interinstitucional que era uno de los aspectos que se debían mejorar. La institución conserva las tres funciones principales que estipula la Constitución vigente, esto es, la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos y de la participación punible; ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas y de los testigos. Si bien señala que la acción se ejerce a nombre de la sociedad, el texto consigna que se deben considerar los intereses de las víctimas. La manera de compatibilizar los intereses de la víctima y el ejercicio de la acción a nombre de la sociedad, no es siempre posible ni fácil de lograr.

Se permite que el Ministerio Público investigue y ejerza la acción penal pública en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos, pese a que exista la facultad exclusiva de algunos órganos de la administración del Estado para presentar denuncias o querellas. Con esta disposición se quiere evitar que ciertos delitos no sean investigados y conocidos por los tribunales penales. Sobre esta propuesta el Fiscal Nacional Económico hizo ver que podría haber incompatibilidad entre las investigaciones penales y el otorgamiento de exenciones de responsabilidad penal o rebajas de pena en los casos de delación compensada que tienen lugar con motivo de los delitos de colusión. A raíz de ello, la disposición transitoria número quincuagésimo sexta, mantiene vigente la exención y la rebaja de pena, sin ser necesario el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia, mientras el legislador no regule las condiciones y modo de obtener estos beneficios. De este modo el legislador deberá resolver este nudo crítico.

Se mantuvo la prerrogativa de la víctima para ejercer la acción penal en términos similares a lo contemplado en el artículo 83 del texto de la Constitución vigente. Con ello no se da solución a la controversia que se ha producido, especialmente, en ciertos casos en los que los fiscales no han formalizado la investigación y las víctimas han acudido al Tribunal Constitucional para que se les permita forzar la acusación y continuar la tramitación. Sobre el punto se debe tener en consideración que la jurisprudencia de nuestra corte constitucional ha cambiado, aceptando y rechazando esta posibilidad.

De acuerdo al mismo artículo 365 del Proyecto, el Ministerio Público además de impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, participará en la fijación de metas y objetivos, como también en la evaluación del cumplimiento de todas ellas. Si bien el objetivo tras esta disposición es mejorar la coordinación entre las policías y el Ministerio Público, cuestión que reiteradamente fue representada como uno de los aspectos a perfeccionar, la forma de realizarlo genera muchas dudas, por ejemplo: ¿cómo se fijan e implementan las metas que indique el Ministerio Público en relación con las establecidas por los superiores jerárquicos de las policías?; ¿con la fijación de metas se logrará mejorar la coordinación entre estas instituciones? ¿cómo se va a implementar esta disposición si el Proyecto estipula que las policías dependen del Ministerio a cargo de la Seguridad Pública? En caso de incompatibilidad entre las metas fijadas por las autoridades superiores de las policías y las planteadas por el Ministerio Público ¿quién resuelve esta controversia? ¿La Corte Constitucional u otro organismo?

El Proyecto dispone que fiscales y funcionarios tendrán un sistema de promoción y ascenso que garantice una carrera que permita fomentar la excelencia técnica y la acumulación de experiencia en las funciones que estos desempeñan. Agrega que cesarán en su cargo al cumplir setenta años. Si bien parece correcto que se garantice un sistema de ascensos basado en la excelencia técnica, también

es relevante permitir que personas externas a la institución puedan participar en los concursos, evitando el ostracismo institucional por el que ha sido tantas veces criticado.

A lo expresado, se adiciona, en este caso derechamente en contra de la posibilidad que profesionales externos postulen e ingresen al Ministerio Público, que para ser nombrado fiscal regional debe haberse desempeñado previamente como fiscal adjunto durante cinco o más años. Junto con ello, no debe haber ejercido como fiscal regional y haber aprobado cursos de formación especializada y poseer las demás calidades que establezca la ley. Esta disposición no permitirá una verdadera renovación de las autoridades del Ministerio Público, ni el acceso a un mayor número de candidatos. La autogeneración de autoridades probablemente se va a traducir en un mayor aislamiento institucional y nuevos reparos por su endogamia. Lo positivo del nuevo precepto, es la definitiva eliminación de la posibilidad de que quienes ya se desempeñaron como fiscales regionales, puedan seguir ejerciendo esta labor en otra Fiscalía Regional.

La duración del cargo de fiscal regional se reduce de ocho a cuatro años. Este período podría ser excesivamente escueto considerando que dicha autoridad se encarga del ejercicio de la acción penal y los aspectos administrativos de gestión de la respectiva Fiscalía regional. Otro problema que puede conllevar el Proyecto, es lo mencionado por el artículo 367, que indica que trascurrido los cuatro años podrán retornar al cargo que ejercían en el Ministerio Público. La interrogante que surge es ¿cómo se materializa dicho regreso? ¿tendrán que crearse nuevos cargos de fiscales adjuntos para garantizar su regreso? o ¿quiénes los reemplazaron cesarán en sus cargos? Ambas fórmulas son anómalas. La primera porque generará un crecimiento exacerbado de la planta de fiscales adjuntos o funcionarios y la segunda porque el ejercicio de la función de fiscal no es de naturaleza temporal.

Un aspecto positivo de la propuesta de la Convención consiste en la eliminación de la participación del Poder Judicial en el nombramiento de los fiscales regionales y del nacional. Lo criticable del precepto nuevo es que radica la elaboración de la terna,

a partir de la cual el Fiscal Nacional designa al Fiscal Regional, exclusivamente en un órgano político como es la respectiva asamblea regional. Habría sido positiva la intervención de organismos colegiados técnicos que pudieran buscar y recibir los antecedentes de los candidatos y evaluar sus antecedentes conforme al mérito de los postulantes.

La Propuesta acertadamente conserva la dirección superior del Ministerio Público en el Fiscal Nacional, quien durará seis años en el cargo, sin reelección. Mantener la figura del Fiscal Nacional a la cabeza de la institución está en consonancia con el carácter jerárquico de la misma. El órgano colegiado propuesto conllevaba riesgos de politización institucional, de generar lentitud en la adopción de las decisiones y desdibujar las responsabilidades por las decisiones colegiadas adoptadas.

Respecto del sistema de nombramiento del Fiscal Nacional, su designación se realizará en sesión conjunta por el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio a partir de una terna propuesta por el Presidente de la República, quien contará con la asistencia técnica del Consejo de la Alta Dirección Pública, conforme al procedimiento que determine la ley. La disposición no alude a la publicidad ni a la reglamentación del proceso de selección, lo que sería muy deseable si se consideran experiencias ocurridas con anterioridad.

Respecto de los requisitos de nombramiento del Fiscal Nacional, si bien se amplió a quince el número de años de posesión de título de abogado, los requisitos son muy similares a los actuales. Al respecto es deseable que el Fiscal Nacional tenga una comprobada trayectoria profesional y/o académica que se corresponda con la autoridad y función que debe desempeñar.

También en relación con el Fiscal Nacional, llama la atención que el Proyecto mencione algunas de sus funciones y deje otras al legislador. Dentro de éstas no se hace referencia a la solución de controversias que pueda suscitar el conocimiento de un caso entre diversas Fiscalías Regionales. Si bien ello perfectamente se puede mencionar en la ley, es relevante que se estipule, porque frecuentemente se producen este tipo de dificultades, que además requieren de una rápida solución.

El Consejo General se reemplaza por un Comité del Ministerio Público, que se integra por los fiscales regionales y El Fiscal Nacional. Este último lo preside. Este organismo deberá fijar la política de persecución penal y los criterios de actuación para el cumplimiento de sus objetivos, velando por la transparencia, la objetividad, los intereses de la sociedad y el respeto de los derechos humanos. Un aspecto importante, no resuelto, es la manera de cómo se adoptarán los acuerdos, si fuera la mayoría no se sabe qué sucederá en caso de empate. Esto es relevante si consideramos que actualmente existen 19 Fiscales Regionales y un Fiscal Nacional, vale decir, veinte por lo que resulta relevante saber cómo se resolverán dichos empates. También se presentan importantes desafíos en relación con la paridad, porque de acuerdo a la propuesta, todos los órganos colegiados deben ser paritarios. Por paritario se entiende que al menos el 50% deben ser mujeres.

La rendición anual de su gestión, de acuerdo al artículo 371, se debe realizar por el Fiscal Nacional ante el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, en sesión conjunta. Mientras que los fiscales regionales deben realizarlo ante la asamblea regional respectiva.

Se descartó la acusación constitucional contra del Fiscal Nacional probablemente para evitar el uso político de esta institución y con ello afectar las investigaciones penales.

Sobre la Expropiación y su Tratamiento en el Proyecto de Nueva Constitución

Renzo Munita Marambio

Nota introductoria

Hablar de derecho de propiedad implica reconocer una relación de soberanía que se formaliza, por derecho natural, entre el dueño y los bienes objeto de su dominio. Consideramos que la cuestión que pretendemos revisar no solo implica un análisis en clave constitucional, puesto que aquí, quizás con mayor fuerza, es en donde la civilística aporta luces relevantes en cuanto a su contenido.

Bien sabemos que es en el Código Civil en el que se consigna el concepto de propiedad, particularmente en el art. 582, y que a continuación es complementado en el art. 583. A su turno, es también materia de Derecho civil, el análisis de los caracteres, como de los atributos del dominio. Así las cosas, no puede haber tratado, manual o cualquier otra obra con vocación de seriedad, que no refiera al carácter de real, de absoluto, de exclusivo y de perpetuo del derecho que nos ocupa; ni tampoco que no reserve un par de líneas al menos, a las facultades de uso, goce y disposición de las que el titular es impregnado.

Digo lo anterior sin afán de jactancia, sino tan solo para mencionar que si se pretende aprobar una norma que regirá a título de ley fundamental los destinos de nuestra patria, en un punto de relevancia tal como lo es el derecho de propiedad de espaldas a conceptos tan importantes como los señalados, o silenciándolos sin elevarlos expresamente a rango constitucional, no es difícil anticipar inseguridades jurídicas e incertezas normativas, que pronto traducidas en vulneraciones bien pueden recordar ultrajes del pasado, no obstante haber ellos gozado de aparente legalidad.

En los minutos que siguen pretendemos pronunciarnos sobre el tratamiento de la expropiación en el proyecto constitucional que se someterá a votación el próximo 4 de septiembre, y les propongo seguir un esquema un poco más ambicioso que el meramente relativo a la cuestión del justo precio, toda vez que si bien aquel nudo es reflejo de una expropiación formal, el cual desde luego comentaremos, afirmamos que la defectuosidad del texto en examen también puede leerse desde una perspectiva sustancial, en atención a la desprotección que esta garantía pudiera llegar a evidenciar, de ser aprobado el texto en los términos conocidos.

Luego entonces, la primera parte de nuestra intervención persigue hacerse cargo de lo que hemos llamado expropiación sustancial, mientras que, en la segunda, nos ocuparemos de la expropiación formal.

I. En cuanto a la expropiación sustancial

Mediante la denominación a la que hemos recurrido, pretendemos hacer notar que las normas propuestas y que abordan el derecho de propiedad, incurren en defectos que pueden conducir a una garantía vacía, carente de protección adecuada y sujeta a los vaivenes de las fuerzas políticas de turno.

En este sentido, desde el análisis de las disposiciones que ocupan esta intervención, constatamos, que el impacto que significa una carta fundamental como la propuesta, supone oscurecer dramáticamente lo que ha sido conocido como contenido esencial del derecho de propiedad, lo cual presentaremos desde el desfondo o vaciamiento de dos de sus

aspectos fundamentales: su contenido normativo (a) y sus límites (b).

a.- El desfondo de su contenido normativo

El redactor del artículo 78 del proyecto armonizado, más allá de afirmar que: *"Toda persona, natural o jurídica tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes"*, no hace referencia alguna a las antes apuntadas facultades o atributos del dominio; dicho de otro modo, simplemente afirma que existe el derecho de propiedad, que se incorpora en el patrimonio de los sujetos, pero no ha considerado pronunciarse respecto del modo en que el dominio por esencia exclusivo debe ser ejercitado, en definitiva, guarda silencio en un aspecto sensible y que podríamos tildar como el corazón de la garantía dominical: su contenido.

Más claro aún, en el texto sobre el que debemos manifestar nuestro parecer no se extiende la garantía al ejercicio del derecho, no hay una línea respecto de esto. Se puede relevar aquí, un claro defecto que se advierte en la disposición propuesta, en comparación con el actual 19 n° 24 de la Carta Fundamental de 1980 o de 2005, como quieran ustedes. En efecto, en los incisos 2do y 3ro de la señalada norma se consigna lo que para nosotros es indisponible: *"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social"*, y *"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio"*, respectivamente.

Lo que decimos es importante, ya que, según suscribimos, la garantía no solo comprende al bien propiamente tal, sino que también, abarca su utilización discrecional o arbitraria en la medida que aquello no sea contra ley o derecho ajeno, lo cual refiere a la facultad de uso; a las utilidades que deriven de su explotación, idea vinculada con la facultad de goce; y a la prerrogativa enajenativa que remite al atributo dispositivo.

La falencia de la norma propuesta es más grave de lo que pudiera pensarse, y se entenderá ahora la forma que he hemos preferido para dar inicio a estas líneas,

ya que el convencional octubrista, en el citado artículo 78, ha redactado, que: *“Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica”*, de aquí que será una ley, la que perfectamente podrá enfrentar o desconocer la trilogía de atributos antes mencionada, lo que supone un escenario muy riesgoso que incide en las bases de la propiedad.

Como se dijo, la constitución en vigencia es más cautelosa en este punto, si bien se hace referencia a la función social como parámetro de límites y de obligaciones, el texto del proyecto es sutilmente tanto distinto como nocivo, pues es también el contenido - que vaya a saber uno que se entenderá por este - y también sus límites y deberes, los que se sujetarán a la función social y ecológica del derecho.

Será entonces la contingencia del momento, y no la ciencia ni la dogmática jurídica, la que modelará, ciertamente según los deseos o intereses de la coalición gobernante, cual arcilla, a esta garantía. No habrá un estatuto irrenunciable al cual deba sujetarse la intervención del legislador, pues ni el uso, ni el goce ni la disposición revisten una barrera infranqueable, sino que serán sus subjetivas aproximaciones muchas veces mal dotadas de ignorancia o reflejo de oscuras intenciones las que definirán sus postulados.

b.- El fondo de sus límites

Otra delicada separación del texto constitucional vigente es identificada en el citado artículo 78 del proyecto, en la parte en que se indica que son los límites del dominio los que serán determinados por el legislador conforme a su función social y ecológica. Dicha exhortación nos parece preocupante. Bien sabemos que el legislador puede establecer limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad, pero otra cosa es, la de dotarlo de facultades para imponer límites al derecho de dominio.

Aquello impacta derechamente en su concepto, y no solo en eso, toda vez que un derecho de propiedad no definido con límites inciertos, pudiendo estos ser fijados por el legislador, torna impracticable que ellos puedan ser entendidos como inconstitucionales.

Pudiera decirse, en contra, que el inconveniente que denunciamos es más aparente que real, ya que sería la función social la que define cuando el establecimiento de un límite es amparado por la norma primera, o no. Pensamos que aquello pudiera considerarse, pero solo en la medida en que en el texto se hubieran entregado luces relativas a lo que se entenderá por función social. El no haberlo hecho, transforma el concepto en fuente de arbitrariedades.

Es del caso mencionar que en el citado error no incurre el texto constitucional que nos rige, en atención que se ordena expresamente en el inciso 2° del artículo 19 n° 24, que: *“Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*, formulación que deseablemente debía haber sido reiterada.

Pues bien, concluyendo esta primera parte, y reiterando el riesgo al que se enfrenta un país con un tratamiento constitucional como el expuesto, hemos tratado de explicar por qué sin que exista una expropiación formal, puede en los hechos un dueño verse despojado del núcleo de su dominio, sin necesidad de ser privado del objeto en el que recae y sin que sea titular de protección alguna.

Esto es precisamente lo que la Constitución actual impide, pues tal como ordena el inciso 3° de la disposición antes citada: *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”*, lo cual supone un expediente de expropiación formal que, críticamente, revisamos a continuación.

II. En cuanto a la expropiación formal

La expropiación es regulada en el proyecto armonizado particularmente en el artículo 78 entre los números 2 al 6, ambos inclusive. Sostenemos que el tratamiento por un lado es imperfecto (a), y por otro lo entendemos como un soporte de desigualdad (b), que no deja de llamar la atención en razón que el proceso que dio curso a la convención

precisamente se presentó como un rechazo a la misma.

a.- La imperfección

El proyecto obliga a que la ciudadanía confíe en los criterios que un juez de turno, de no sabemos cuál tribunal, imponga al afectado por el despojo. Por cierto, la cuestión incide en lo que el convencional redactor ha plasmado bajo la clásica expresión justo precio, que si bien no es ignorada entre nosotros, pues se emplea en materia de lesión enorme en compraventas voluntarias de bienes raíces, según lo preceptuado por el Código Civil en sus artículos 1889 y 1890, nos parece que es menos feliz que aquella que en esta materia contempla la Constitución vigente, y que valora la contraprestación a favor del expropiado en los términos de una "*indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado*", según el inciso 3° del artículo 19 n° 24, ¿para qué modificarla?

Podrá decirse aquí que precisamente justo precio es valor de mercado o cercano al valor de mercado, y que incluso los convencionales que propusieron esta forma de redacción lo hicieron teniendo a la vista algunas sentencias de la Corte Suprema, luego, lo que no entendemos es por qué entonces no se mantuvo la redacción actual con el propósito de evitar interpretaciones erróneas.

Sabemos que en Chile no existe un sistema de precedentes en jurisprudencia, de manera que los tribunales no deben resolver conforme lo hace el máximo tribunal, ni tampoco el mismo máximo tribunal debe mantener idéntico criterio en cada una de sus resoluciones, los vuelcos de jurisprudencia existen, y la amplitud que supone la voz justicia o justo, no parece corresponder a un concepto cerrado e indiscutible, como tampoco lo es orden público o buenas costumbres. Que se nos pretenda hacer pensar que es así, lo entendemos como un abuso a la confianza de la ciudadanía de cara a un proceso que no se ha caracterizado por su seriedad.

Poco importa, nos parece, que la norma propuesta sea muy similar a la francesa - así lo señaló la convencional Politzer - y esto pues cada país se sujeta de cierta manera a los vientos que guían sus épocas políticas, y el nuestro, reflejo de refundaciones declaradas, perspectivas de

género, plurinacionalidad, sistemas de justicia, y restituciones tal como abordaremos más abajo, nos hacen recelar de la redacción utilizada.

La imperfección de igual forma se expresa en que la norma propuesta establece que todo lo que diga relación con reclamos relativos a la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y de la modalidad de pago del justo precio, deben ser entablados ante los tribunales que determine la ley. Luego, de suyo surge la pregunta tendiente a averiguar ¿Cuáles serán estos tribunales, ya que derechamente no son los ordinarios que hoy conocen de planteamientos similares?

Se incorpora entonces un tribunal especial integrado por jueces de cuya investidura tampoco conocemos mucho más y en cuyo razonamiento la problemática del justo precio que antes evocamos perfectamente pudiera tener lugar, pudiendo ser considerado el interés público comprometido, a la luz de la jurisprudencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como ha prevenido el profesor Jaime Alcalde.

Además, el texto nada dice sobre la forma de resolver las discrepancias, lo que, si fue objeto de norma por la Constitución actual, en este sentido el inciso 5° del artículo 19 n° 24, ordena: "*... a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley*", así las cosas, si de ser aprobada la nueva constitución y no hay acuerdo en el justo precio, ¿Cómo resolverá el juez?

La desprolijidad del artículo 78 también queda en evidencia en la parte en que se lee que el pago deberá efectuarse en forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado. Nuevamente la seguridad jurídica está en riesgo. Nada asegura que el pago total sea al contado y en dinero efectivo, como dispone el inciso 4° del artículo 19 n° 24.

De aquí, que, así como antaño, nada impida que el pago del precio además de desproporcionado eventualmente pueda ser fijado en un considerable número de cuotas, ¿quién lo podría limitar si la constitución no lo hace con claridad?

Por otra parte, el inciso 5° del citado 19 n° 24 de la Constitución vigente, sostiene, que: "*En caso de reclamo acerca de la procedencia de*

la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión”, lo cual tampoco fue evocado en el texto propuesto, aspecto que tiene la mayor de las relevancias.

b.- Soporte de desigualdad

A lo expuesto debe agregarse lo que el proyecto contempla en el artículo 79, en cuanto a que la propiedad de tierras indígenas goza de especial protección, y en este sentido se le permite al Estado establecer instrumentos jurídicos eficaces para su restitución, entendiendo además que dicha acción constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general.

Entonces, si bien para la expropiación es necesaria una ley dictada bajo un criterio de utilidad pública, dicha fundamentación a propósito de tierras calificadas como indígenas, el argumento es entendido constitucionalmente como de su esencia, otorgándosele al Estado patente de corso para el despojo, siendo cuestionable incluso la reclamación.

En esta misma línea, el proyecto establece que los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva; a propósito de esto la duda que aparece es la siguiente: ¿qué entenderemos como tradicionalmente? ¿se refiere a una ocupación actual o ancestral que no necesariamente sea actual? no parece claro.

Lo que sí es evidente, y siguiendo las palabras de la convencional Hube es que “se sigue consolidando una constitución indigenista, separatista y desigual”. Desigualdad que se aprecia con claridad en la protección preferente de la propiedad indígena, respecto de la del resto de los chilenos.

III. Nota final

Una última idea que no quiero dejar de transmitir, y es que me parece torcido, que algunas personalidades y académicos de nuestro país se limiten, con conocimiento de causa, a afirmar que basta con leer el proyecto para despejar dudas y liberarse de temores instalados artificialmente. Nada de eso. Hemos presenciado un

aprovechamiento de la justa ignorancia de muchos, particularmente en el tratamiento dogmático del dominio, en el cual como hemos visto, el análisis de conceptos que van más allá de las normas constitucionales resulta esencial para valorar coherentemente las disposiciones aquí referidas.

Finalmente me permito indicar que el proyecto constitucional, al menos en el punto que me ha correspondido abordar, lo considero riesgoso, falto de prolijidad, carente de elementos esenciales, y que comparativamente es muy inferior a las normas pertinentes que contempla la Carta Fundamental que hoy nos rige y, digámoslo, le ha dado prosperidad a nuestro Chile.

Cambios en Materia Laboral: ¿Qué Riesgos trae la Nueva Constitución?

Jorge **Ogalde Muñoz**

En esta presentación revisaremos someramente las normas laborales que ofrece el proyecto de nueva Constitución (en adelante "el proyecto"), pero debo advertir que otras normas deberán interactuar con éstas, probablemente exacerbando los riesgos a que haré referencia más adelante.

Para hacer esta revisión resulta conveniente recordar que el fenómeno jurídico de incorporación de derechos laborales a las normas constitucionales se remonta a comienzos del siglo XX, apuntando esencialmente a sustraer de la contingencia jurídica política ciertos derechos sobre los cuales debe existir un amplio consenso social, de modo de dificultar su cuestionamiento o revisión, a la vez de promover su aplicación y desarrollo legislativo. En la propuesta que se plebiscitará, algunos de los derechos laborales que se consignan efectivamente responden a esta exigencia, pero hay otros, particularmente en derecho colectivo, que no cumplen este requisito, lo que evidentemente, provocará serias dificultades.

De hecho, disposiciones no aprobadas en la tramitación legislativa de los últimos años, se pretenden instalar ahora como normas supraleales, saltándose cualquier posible cuestionamiento propio del

proceso democrático de formación de la ley, como ocurre, por citar algunas, con el reforzamiento de la actividad sindical, con la negociación colectiva más allá del ámbito de la empresa y con la huelga sin ningún límite.

De aprobarse, habrán proyectos de ley que modificarán sustancialmente toda la estructura del sistema de relaciones laborales que conocemos. Adicionalmente, muchas de las disposiciones son autoejecutables (esto es, directamente exigibles en los tribunales) con el consiguiente riesgo -denunciado por Larraín y Urzúa del Centro Clapes UC- de aumentar los costos de contratación, disminuir el desarrollo económico del país y aumentar la frustración de la población al sufrir una "inflación de derechos sociales" que necesariamente los desvaloriza, pues la sociedad no será capaz de satisfacerlos. Como no alcanzaremos a un análisis pormenorizado, procuraremos una visión general de los temas abordados, contrastando con la constitución vigente (en adelante "CPR"), y agrupándolos en materias de **derecho individual** (relación trabajador-empleador) y de **derecho colectivo** (relación de trabajadores organizados y empleador).

I. Normas de derecho individual

Los grandes temas laborales individuales hasta ahora recogidos a nivel constitucional son básicamente: Libertad de trabajo; Justa retribución; y Prohibición de discriminación en materia laboral.

1.- Libertad de trabajo:

La CPR del '80 fue reacia a consagrar un "derecho al trabajo" porque, en este como en otros casos, no se quiso consagrar garantías respecto de derechos que no necesariamente se podrían cumplir.

La libertad de trabajo, actualmente reconocida, supone una libertad de contratación, de libre elección de trabajo y la eventualidad, desde luego muy acotada, de trabajos prohibidos por ley, exigible tanto al Estado como frente a poderes particulares. Quizás sólo por un afán indisimulado de alejarse del actual texto, se cambia lo anterior por un "**derecho al trabajo y a su libre elección**".

Sin embargo, cabe destacar que la CPR vigente refuerza la libertad, tanto para "contratar" como

para "contratarse", es decir, protegiendo ambos extremos de la relación laboral o contractual. En la propuesta del proyecto, la parte empresarial ha quedado desdibujada, con el riesgo de imponerle el costo de contrataciones obligadas, aunque sea por buenas razones como la contratación de discapacitados o lo que pueda estatuirse como discriminación activa.

Desde el punto de vista del trabajador, se prohíbe el **trabajo forzoso** en un par de normas del proyecto. Nadie podría oponerse a ello o a declarar inaceptable el "**trabajo humillante o denigrante**", como serían por ejemplo, "**la esclavitud, la servidumbre o la trata de personas**". Sin embargo, en términos absolutos, como está previsto, se imposibilitarán labores que no comprometen nuestros valores, como ocurriría con las cargas públicas o deberes que impliquen trabajos, como ser vocal de mesa o el servicio militar; o trabajos comunitarios a modo de sanción judicial; por mencionar algunos.

Se agrega la "**garantía del trabajo decente**", que es un concepto que puede resultar ambiguo (siendo ésta una crítica que se ha hecho en general al proyecto) y que busca expresar lo que debería ser un buen trabajo o un empleo digno. Para contextualizar, en 1999, Juan Somavia –primer director general de la OIT proveniente del hemisferio sur y, además, chileno- presentó su memoria "Trabajo decente". En ella introduce el mencionado concepto, caracterizado por cuatro objetivos estratégicos: los derechos fundamentales en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Así entendido, bastaría entonces con esta garantía para comprender la mayoría de lo agregado en el proyecto, lo que naturalmente genera confusión interpretativa: ¿Si se garantiza el trabajo decente, para qué desarrollar elementos que lo configuran? ¿Se querrá decir algo distinto con trabajo decente? ¿Se deberán cumplir a todo evento, ya que la ley no podrá modularlos, como lo hace hoy?

Se incluyen en este desarrollo normas que aluden al **derecho a la salud y seguridad en el trabajo**; al derecho "**al descanso**"; "**Al disfrute del tiempo libre**", que siendo una novedad, no es propiamente laboral ni resguardable por normas; "A la desconexión digital" (otra forma de descanso); "**A la garantía de indemnidad**"; "**Al pleno respeto de los derechos**

fundamentales en el contexto del trabajo".

Se considera el derecho a "**condiciones laborales equitativas**". Otro concepto indeterminado que puede transformarse en un instrumento para afectar la libertad de contratación, basta recordar la inequidad que algunos plantearon en relación a trabajos en plataformas digitales como Uber, Rapid y otros, hasta antes de su regulación en el Código del Trabajo.

Incluyo aquí la prohibición, expresamente considerada, de **toda forma de precarización laboral**. Cabe recordar aquí que los contratos de trabajo a plazo, por obra o faena, de suministro y otros, han sido tradicionalmente considerados en doctrina como formas de "precarización laboral", de modo que no debiera sorprendernos si, en base a estas normas constitucionales, desaparecieran estas formas contractuales, con la consiguiente afectación de la actividad empresarial y el acceso al trabajo.

También se incluyen ciertos criterios orientadores de la actividad estatal, ninguna de las cuales eran ajenas a nuestra realidad, como son:

La "**función social del trabajo**" o la consagración de ciertas "**garantías**" de políticas públicas. Entre ellas las siguientes con mayor o menor desarrollo legal:

- Generar políticas públicas que permitan conciliar la vida laboral, familiar y comunitaria y el trabajo de cuidados.
- Respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, eliminando riesgos que afecten la salud reproductiva y resguardando los derechos de la maternidad y paternidad.
- Condiciones justas y dignas en el trabajo de temporada, resguardando el ejercicio de los derechos laborales y de seguridad social: esto último, circunscrito al ámbito agrícola y rural: ¿por qué solamente para esos trabajos? ¿No es acaso una garantía que debería ser para todos?
- El especial reconocimiento a los **trabajos domésticos y de cuidados** así como a la **corresponsabilidad social y de género**.

2.-Derecho a una "justa retribución" o "justa remuneración".

La justa retribución del trabajo que estaba en la CPR y que ahora se complementa con que debe ser

"equitativa y suficiente" y exige que ella "asegure su sustento y el de su familia".

Estos nuevos calificativos que deben satisfacerse, no parecen aportar más que confusión al concepto de "justa remuneración" porque la justicia debiera comprender los otros dos y, al tratarlos como cosas distintas, limitan una noción de por sí ambigua pero, en este caso, con décadas de desarrollo.

Y no pasa inadvertida la involución a un concepto estrictamente laboral de "remuneración" en lugar de la noción de justa "retribución" que ocupa la actual CPR, con lo que se cercena esta protección solamente al ámbito laboral.

El proyecto agrega que "**trabajadores y trabajadoras tienen derecho a... igual remuneración por trabajo de igual valor**": lo que es una expresión de la igualdad, aparentemente con especial enfoque en las diferencias de género, pero -siendo generoso con los convencionales- creo que la referencia a "trabajadores y trabajadoras" es un mero abuso retórico, al que nos acostumbra el texto, pero no es la única forma prohibida de diferenciación en la remuneración, por cierto regulada en la ley.

También deja espacio para nuevos problemas, por ejemplo ¿cómo se logrará que un trabajador con familia numerosa gane más que quien se sostiene solo, que es lo ordenado por la primera parte, si su trabajo es de igual valor?

3.- La prohibición de discriminación laboral

Probablemente la norma de la CPR vigente, avanzada en su época, revisada después de 40 años, parezca en exceso prudente, pero ha tenido un amplio desarrollo legal y doctrinario.

En el proyecto se prohíbe expresa y categóricamente "**cualquier**" discriminación laboral, lo que es novedoso, pues se amplía la protección que estaba de alguna forma limitada a la discriminación "arbitraria", en tanto equivalente a caprichosa o irracional, para pasar a un nivel superior de protección frente a la discriminación estructural, es decir, no necesariamente arbitraria. Esto ampararía acciones positivas o discriminación inversa, abriendo la puerta a intervenciones y acciones.

También se prohíbe el **"despido arbitrario"**, entrando con esto en un ámbito propio de la ley que, por cierto, la legislación actual, regula y sanciona.

Dediquemos ahora el espacio que nos queda a una mirada de lo más polémico del proyecto constitucional, en orden a regular (o quizás mejor dicho "desregular" la actividad sindical).

II. Normas de Derecho Colectivo

Pasamos a revisar las normas con incidencia en los tres pilares que clásicamente sustentan la libertad sindical: sindicación / negociación colectiva / huelga.

Se propone que tanto el sector público como el privado, tengan derecho a la libertad sindical y **"este comprende el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga"**. Esto estaba consagrado en forma expresa o implícita, aunque no totalmente para el sector público.

Se establecen a continuación algunos derechos del sindicato sobre los cuales existe consenso y que están considerados a nivel legal o, incluso, constitucional.

¿Qué es lo que no dice el proyecto y constituye un silencio relevante en el ámbito sindical?

No se mantiene aquella norma constitucional que señala que *ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos*.

Esta expresión clásica e individual de la libertad sindical ha quedado omitida y este vacío posibilitaría obligar a la afiliación sindical o impedir la desafiliación, a pretexto de fomentar o fortalecer los sindicatos. Esta posibilidad es real, pues el proyecto dota a los sindicatos de tal autonomía y poder que pueden transformarse en entidades que repriman o condicionen la libertad de contratación de personas naturales.

Se dirá que es suficiente señalar que existe la facultad de afiliarse y desafiliarse de ellas, pero sabemos que ello podría sujetarse a condiciones, incentivos

y desincentivos que pueden hacer que ese derecho sea, en la práctica, meramente teórico.

Por otra parte, se consagra que las **"organizaciones sindicales son titulares exclusivas del derecho a la negociación colectiva, en tanto únicas representantes de trabajadoras y trabajadores ante el o los empleadores"**. Es decir *todo a través del sindicato, nada fuera del sindicato*. Esto es garantía de poder monopólico y, me atrevería a decir, fuente de ineficiencias y corrupción en las empresas.

En el modelo que se nos propone la sindicalización será, de hecho, obligatoria, resultando muy difícil de medir en sus consecuencias, particularmente en un país en que la sindicación se acerca, como mucho, al 20% de los trabajadores.

La CPR señala: *"la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para una solución justa y pacífica"*: en el proyecto queda exactamente al revés. Se asegura el derecho a la negociación colectiva, sin referencia a una posible regulación legal, que podría ser incluso cuestionable, y sin ninguna alusión a que a solución haya de ser justa ni pacífica.

La negociación que estaba amparada, pero no restringida, a nivel de empresa por razones de eficiencia, ahora se garantiza a cualquier nivel y, por si quedara alguna duda, se señala **incluyendo la negociación ramal, sectorial y territorial**. En Chile no hemos tenido experiencia de negociación ramal, sectorial y territorial porque se ha temido -me parece que con fundamento- que pueda implicar estándares imposibles para pequeñas empresas.

Se ha argumentado que si las pequeñas empresas no pueden solventar condiciones de trabajo decente, es preferible que no existan. Pero no se dice que aún las empresas más modestas están obligadas a cumplir con todos los derechos (legales y constitucionales) asociados al trabajo, de modo que la negociación supraempresa necesariamente llevará los beneficios más lejos. Veremos cómo funciona el experimento.

Se refuerza lo anterior con que el legislador no podrá establecer ninguna restricción a lo que se negocie salvo **"aquellas concernientes a los mí-**

nimos irrenunciables fijados por la ley a favor de trabajadoras y trabajadores", incluso si con la negociación se atentara contra principios o valores constitucionales, como la libertad de trabajo. Y se remata con: **"las organizaciones sindicales decidirán el ámbito de intereses que se defenderán a través de ella, los que no podrán ser limitados por la ley"**. Es decir, podrán llevar a la negociación colectiva cualquier interés (ej. sociales, ambientales, comunitarios, incluso políticos) y, esto a todo nivel, por ejemplo de una comuna o territorio autónomo o de un sector de la economía o simplemente de un grupo empresarial.

¿Y qué pasa con la huelga, como tercer elemento de la libertad sindical?

Actualmente, la ley (no la constitución) acota el ejercicio del derecho a huelga la que se hará efectiva sólo por razones laborales y no por motivos que escapan a las posibilidades del empleador (como son por ejemplo, las huelgas por razones políticas, por razones económicas, por solidaridad u otras); se precisa la oportunidad para ejercerla, es decir existe periódicamente la posibilidad de huelga, pero no en cualquier momento y ante cualquier estímulo; se requiere de aprobación formal y comprobable de los trabajadores (no por mera decisión de la cúpula sindical); tiene algunas limitantes en cuanto a no afectar los bienes, la vida, salud, medio ambiente y otras.

Todo ello se elimina y, con este nuevo texto constitucional, nos tendremos que acostumbrar a huelgas en cualquier momento, por cualquier motivo y sin restricciones, lo que no ha existido nunca en nuestra historia legislativa.

La ley no podrá prohibir la huelga. Solo podrá limitarla excepcionalmente con el fin de atender servicios esenciales cuya paralización pueda afectar la vida, salud o seguridad de la población. ¿Y si afecta a la naturaleza, a los animales, a la economía de todo el país, etc.? ¿Y si implica violencia, daños u otras afectaciones?

Toda huelga será posible, solamente con una salvedad, no podrán sindicalizarse ni ejercer el derecho a la huelga quienes integren las policías y las Fuerzas Armadas.

Los partidarios de una huelga de este tipo, sostienen que se debe confiar en que los trabajadores sabrán usar prudentemente esta formidable arma de lucha. ¿Se podrá confiar en ello y dejar, de un día para otro, en manos de los dirigentes sindicales el destino de la actividad económica? ¿Qué costos insospechados tendrá esto para nuestra sociedad, nuestro desarrollo y, en definitiva, el bienestar y calidad de vida de todos?

Pero hay más, una verdadera "perla", algo totalmente novedoso y sin parangón con este nivel de consolidación: **Las trabajadoras y los trabajadores, a través de sus organizaciones sindicales, tienen el derecho a participar en las decisiones de la empresa. La ley regulará los mecanismos por medio de los cuales se ejercerá este derecho.**

Implica un subsidio adicional y potentísimo al sindicato, ya que se erige en la única vía de participación. Y deja varias preguntas sin respuesta, entre ellas: ¿Quién será, en definitiva, el "dueño" de la empresa, en el sentido de poder dirigirla y administrarla? ¿Quién invertirá en esas condiciones? ¿Qué límite tendrá la participación sindical en las decisiones de la empresa? ¿Los que el sindicato decida en ejercicio de su libertad, como parece ser? ¿Tendrá restricciones la ley, obligada a regular los "mecanismos" de participación en las decisiones de la empresa?

Esta invención tiene una amplitud y nivel francamente osados: a nivel constitucional sólo comparables a Venezuela y Bolivia que, por cierto y a diferencia de nuestro proyecto, lo acotan a empresas estatales. Y, ciertamente, en ninguna parte se le otorga el monopolio de ello exclusivamente a los sindicatos.

En suma, el modelo de relaciones laborales que nos propone el proyecto si bien a nivel individual -y pese errores de formulación, exceso de promesas y sensibles omisiones- podría ser aceptable, no lo es en su expresión colectiva y lo aleja evidentemente de aquél en que el motor de crecimiento está en la libertad, que es el único que ha demostrado eficiencia en lograr prosperidad y desarrollo, tal como lo hemos visto en otras sociedades y lo hemos experimentado -hasta ahora- en nuestro país.

Nuevo Estatuto Constitucional Tributario: Una Visión Crítica

Matías Pascuali Tello

Existe un dicho muy antiguo que reza "si no está roto no hay que arreglarlo" y es la frase que se me viene a la cabeza cuando pienso en el régimen tributario de la propuesta de nueva Constitución.

I. Régimen constitucional tributario

En la Constitución de 1980 la norma fundamental en materia tributaria es el artículo 19 número 20 que establece:

"20° La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo".

Además, existen otras normas relevantes, principalmente en lo relativo a iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia tributaria, y a la tramitación de proyectos de Ley.

El sistema tributario está basado en principios formales y materiales, el principio formal más importante es el principio de legalidad que establece que la creación modificación y extinción de un impuesto debe ser realizado por una Ley y dicha Ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Por otro lado, existen principios materiales, tales como el principio de igualdad tributaria, el principio de no confiscatoriedad, el principio de justicia, el principio de no destinación, entre otros.

II. Críticas al sistema actual

Si bien el sistema tributario actual funciona de forma suficiente, existen críticas que pueden hacerse. Principalmente podemos decir que existen ciertos principios que existen a nivel comparado que no se encuentran en la Constitución actual, entre estos podemos mencionar al principio de capacidad contributiva.

Otra crítica que se puede hacer es que el sistema actual está basado en derechos del contribuyente, pero no existe un principio general de obligación a aportar a la sociedad mediante impuestos. Finalmente, una última crítica que hacen algunos, es que no existe un estatuto tributario de las regiones, sin embargo, no concordamos con esta crítica, ya que la estructura impositiva actual va de la mano con la estructura territorial de nuestro país, con lo que la norma vigente, que permite la creación de impuestos con una clara identificación regional, es suficiente.

III. Críticas a la propuesta constitucional

El sistema constitucional tributario de la propuesta tiene como base el artículo 185 que señala:

"1. Todas las personas y entidades deberán contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de los impuestos, las tasas y las contribuciones que autorice la ley. El sistema tributario se funda en los principios de igualdad,

progresividad, solidaridad y justicia material, el cual, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Tendrá dentro de sus objetivos la reducción de las desigualdades y la pobreza.

2. El ejercicio de la potestad tributaria admite la creación de tributos que respondan a fines distintos de la recaudación, debiendo tener en consideración límites tales como la necesidad, la razonabilidad y la transparencia.

3. Los tributos que se recauden, cualquiera sea su naturaleza, ingresarán a las arcas fiscales o a las entidades territoriales según corresponda conforme a la Constitución. Excepcionalmente, la ley podrá crear tributos en favor de las entidades territoriales que graven las actividades o bienes con una clara identificación con los territorios.

4. Las entidades territoriales solo podrán establecer tasas y contribuciones dentro de su territorio conforme a una ley marco que establecerá el hecho gravado.

5. Anualmente, la autoridad competente publicará, conforme a la ley, los ingresos afectos a impuestos y las cargas tributarias estatales, regionales y comunales, así como los beneficios tributarios, subsidios, subvenciones o bonificaciones de fomento a la actividad empresarial, incluyendo personas naturales y jurídicas. También deberá estimarse anualmente en la Ley de Presupuestos y publicarse el costo de estos beneficios fiscales.

6. No procederá plebiscito y referéndum en materia tributaria".

Las principales críticas que se hacen a la propuesta constitucional, son las siguientes:

1) No se consagra expresamente el principio de contribuir según la capacidad económica.

La propuesta constitucional tiene una estructura totalmente diferente en cuanto a regulación constitucional tributaria a la Constitución vigente. La Constitución de 1980 establece un sistema basado en derechos del ciudadano ante la carga tributaria, y así la piedra angular es el derecho a la igual repartición de las cargas tributarias en proporción a las rentas.

La propuesta se estructura en base a una obligación, la cual es contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Luego, se establece que el sistema tributario se debe fundar en ciertos principios, estos son: igualdad, progresividad, solidaridad y justicia material, para luego señalar que el sistema no tendrá carácter confiscatorio.

Acá surgen las primeras críticas. Se echa de menos una referencia a varios principios que existen a nivel comparado, tales como, el principio de capacidad contributiva, que dice relación a que, si bien las personas deben contribuir, dicha contribución debe establecerse en relación a sus capacidades económicas, por lo que nadie debiera ver su patrimonio gravado más allá de sus capacidades. Este principio también impide que alguna persona o actividad se vea gravada por finalidades personales o por características del mercado de la actividad, es decir, la Ley no puede gravar a alguien por ser quien es, lo debe gravar debido a cuanto tiene.

2) Se establecen como fines extrafiscales la reducción de la desigualdad y la pobreza.

La reducción de la desigualdad y la pobreza son fines que van más allá de los objetos de un impuesto. La eliminación de la pobreza es uno de los fines más importantes de un gobierno, sin embargo, la eliminación de la desigualdad es un tema más conflictivo, podríamos preguntarnos cuan relevante es terminar con la desigualdad, alguien podría señalar que la eliminación de la pobreza es lo relevante.

Este punto es, en nuestra opinión el más grave de la propuesta de nueva Constitución.

Tradicionalmente los impuestos tienen como finalidad principal el recaudar fondos para el financiamiento del Estado, sin embargo, en los últimos años han surgido los denominados impuestos con fines extrafiscales.

Con la redacción de la Propuesta el sistema tributario podría transformarse en un instrumento de redistribución de la riqueza, lo que atenta contra la esencia de la justicia tributaria, ya que podría utilizarse como un mecanismo para dirigirse contra ciertas personas en atención a la posición económica que tienen en la sociedad.

Ya no importa si el impuesto es útil en un sentido recaudatorio, sino que es un medio para lograr un fin que puede ser el perseguir a sectores de la sociedad, existiendo el peligro de que sea utilizado ideológicamente.

3) Debilitamiento del principio de legalidad.

El principio de legalidad tributaria se ha entendido como que todos los elementos de un impuesto, es decir, el hecho gravado, su base imponible, los sujetos y la tasa, deben estar establecidos por una Ley dictada por el Congreso, iniciada mediante mensaje del Presidente de la República con iniciativa exclusiva. Esto es importante ya que el poder ejecutivo debe estructurar el sistema tributario para lograr los recursos necesarios para cubrir las necesidades económicas del gobierno y debe distribuir su gasto en virtud de la Ley de Presupuesto de la Nación.

Con la Propuesta este principio de legalidad se ve debilitado, ya que se establece expresamente que en virtud de una ley marco, las entidades territoriales podrán establecer tributos, por lo que, en esos casos, la Ley sólo establecerá el marco de delegación de atribuciones, pero los elementos del tributo no estarán establecidos en la Ley, entregándose esto a autoridades regionales, las cuales podrán ejercer funciones fiscales conforme a la Constitución y a la Ley.

Otra manifestación de este debilitamiento es la figura de la Ley de Concurrencia Presidencial. Así, los temas tributarios ya no son de iniciativa exclusiva de Presidente de la República, solo se exige que éste concorra con su voluntad en cualquier momento de la tramitación, con lo que el Congreso podrá tener iniciativa en temas tributarios, lo que ha quedado demostrado en los últimos años que no es una buena idea, esto, puede generar la presentación de proyectos tributario técnicamente incorrectos, pero populares, lo que podría forzar a los gobiernos a concurrir a leyes tributaria con las que no esté de acuerdo

4) Críticas al concepto de justicia material.

La Constitución de 1980, en relación con el principio de justicia tributaria señala que en ningún caso se podrán establecer tributos manifiestamente desproporcionado o injustos, esta redacción es

de una gran protección contra contribuyentes y considera a la justicia tributaria como una manifestación de la igualdad de las cargas, esto ya que relaciona a la justicia con la proporcionalidad de las cargas.

La propuesta habla de justicia material, que en estricto rigor mira a la justicia de una forma distinta. Esta justicia material tiene relación con la justicia real incluso más allá de la norma y puede generar cargas e inestabilidad jurídicas a los contribuyentes. Justamente el principio de legalidad existe para dar certeza jurídica. Temas como la inversión requieren tener un mínimo de certeza para ser viables. Conceptos como la justicia material atentan contra esto, ya que esta redacción puede significar que la conducta exigible puede ir más allá de la letra de la norma legal tributaria si el acto es considerado por la autoridad como injusto socialmente.

5) Se eliminan los tribunales tributarios.

Entendemos que la finalidad de la eliminación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros (TTA) es el principio de unidad de la función jurisdiccional. Sin embargo, creemos que esto es un error.

No entendemos la eliminación de una jurisdicción muy especializada, que funciona relativamente rápido y que en su composición está integrada por profesionales especializados, más allá del área del derecho.

De acuerdo con la propuesta de nueva Constitución, los TTA deberán fusionarse en los nuevos tribunales Contencioso Administrativos, los cuales, por la naturaleza de su competencia, especialización y forma de enfrentar las causas, justifica mantener una jurisdicción distinta, altamente especializada. Por otro lado, el análisis de la estructura normativa de la propuesta constitucional nos muestra un grado de contradicción, ya que se mantienen otros tribunales especiales, tales como el Tribunal de la Libre Competencia y los Tribunales Ambientales. Esto da cuenta de que el establecimiento de Tribunales Administrativos no es incompatible con la existencia de ciertos tribunales especiales.

6) Rango Constitucional de la Dedecon (Defensoría del Contribuyente).

Hace algunos años se creó un organismo autónomo, con rango legal denominado la Defensoría del Contribuyente que tiene como misión resguardar,

promover y proteger los derechos de los contribuyentes, principalmente de aquellos más vulnerables, a través de servicios gratuitos, especializados y modernos, que permitan un adecuado cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

La propuesta constitucional perdió la oportunidad de darle rango constitucional a esta institución, siendo que se creó un sistema de defensorías en distintas áreas como la Defensoría del Pueblo o Defensoría del Medioambiente, a pesar de que dentro de los fines de la primera se pueden encontrar traslapes entre ambas instituciones.

Seguridad y Defensa en la Nueva Constitución: ¿Un Equilibrio No Resuelto?

Marisol Peña Torres

El Preámbulo de la primera de las constituciones escritas en el mundo, la de Filadelfia de 1787, alude a la defensa y a la seguridad doméstica reconociendo que se trata de condiciones que posibilitan el desenvolvimiento de la vida diaria de las personas, del mismo modo que garantizan la independencia del Estado en el concierto de las naciones.

La forma en que un Estado aborde su seguridad y su defensa parte de la base que el ser humano tiende a verse involucrado en conflictos de diverso orden que, de no ser canalizados debidamente, llevan a la fractura de la convivencia social y al debilitamiento del mismo Estado y de sus instituciones.

Si bien Kant abogaba por una institucionalidad mundial que asegurara la paz perpetua, lo cierto es que las amenazas no han desaparecido del panorama mundial, sino que se han intensificado. Así lo demuestra la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Al mismo tiempo, junto con las amenazas tradicionales han emergido otras nuevas, como el narcotráfico y el crimen organizado, que ponen en jaque la capacidad de respuesta de los Estados.

De esta forma, las constituciones de nuestros tiempos suelen incorporar capítulos especiales que

regulen las materias de seguridad y defensa nacional (como en el caso del Perú) o, al menos, consideren estas materias al normar las potestades que se otorgan a los jefes de Estado y a los Parlamentos (como ocurre en la Constitución de Italia).

Lo importante es que, independientemente de la fórmula que se adopte, el fundamento de la regulación constitucional referente a la seguridad y a la defensa tiene que ver con que es responsabilidad del Estado brindar protección a la población al tiempo que ejercer el monopolio legítimo del uso de la fuerza.

La Constitución vigente -siguiendo la tendencia iniciada por la Carta de 1822- contempló un capítulo especial destinado a regular a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las que, durante muchos años, fueron agrupadas bajo el concepto de la "Fuerza Pública."

En la propuesta de nueva Constitución se contempla, sólo en forma implícita, el fin de proteger a la población, en su Capítulo I sobre "Principios y Disposiciones Generales", al señalar que el Estado se compromete a la paz, la convivencia y la solución pacífica de los conflictos" (Art. 14.2) como parte de los principios que deben regir las relaciones internacionales de Chile. Posteriormente, en el Capítulo II, sobre "Derechos Fundamentales y Garantías" se asegura el "derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia" centrando el deber que se impone al Estado en la protección equitativa de este derecho a todas las personas a través de una política de prevención de la violencia y el delito (Art. 53).

El segundo fundamento relativo al monopolio legítimo de la fuerza por el Estado es recogido, en forma explícita, en el texto de la propuesta de nueva Constitución en el artículo 295.1 agregando que la ley regulará el uso de la fuerza y el armamento que pueda ser utilizado en el ejercicio de las funciones de las instituciones que la Carta autorice.

Conviene puntualizar que cuando hablamos de seguridad y de defensa no aludimos a términos sinónimos. La seguridad se ha asociado a una condición que posibilita el desarrollo de un país en su más amplia dimensión. Dentro de la seguridad encontramos un ámbito más específico que se

refiere a la defensa destinada a enfrentar las agresiones de carácter externo que puedan desafiar la soberanía de un Estado, su independencia o su integridad territorial. Esta función se encomienda a las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la seguridad abarca también otras hipótesis de conflicto que se dan en el ámbito interno de un Estado y allí hablamos de seguridad pública asociada también al orden público interior. En este caso, los órganos encargados de esta función son los cuerpos policiales.

La propuesta de nueva Constitución recoge la función de seguridad del Estado a partir de los siguientes cambios respecto de la Carta actualmente vigente:

1. Desaparece el actual capítulo específico destinado a regular a los órganos que materializan la función de seguridad para ser reemplazado por una normativa que se encuentra dentro del Capítulo VIII referido al Poder Ejecutivo.

Este cambio de ubicación no es superficial. Obedece a la tendencia que acompañó diversas modificaciones efectuadas a la Constitución vigente, especialmente en el año 2005, que tenían como objeto lograr una efectiva subordinación de los cuerpos militares y policiales a la autoridad del Presidente de la República.

Por eso la propuesta constitucional indica que "a la Presidenta o al Presidente de la República le corresponde la conducción de la seguridad pública a través del ministerio correspondiente" (Art. 296.1) y que "A la Presidenta o al Presidente de la República le corresponde la conducción de la defensa nacional y desempeña la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas. Ejercerá el mando a través del ministerio a cargo de la defensa nacional." (Art. 298.1).

Estas normas deben relacionarse, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 287, que señala las atribuciones del Presidente de la República, entre las que se lee "Ejercer permanentemente la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, disponerlas, organizarlas y distribuirlas para su desarrollo y empleo conjunto" (letra i). Asimismo, le corresponde "Conducir la seguridad pública y designar y remover a los integrantes del alto mando policial"

(letra k)). Finalmente, se confía al Presidente de la República "Designar y remover al jefe del Estado Mayor Conjunto, a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas" (letra j)).

¿Cuáles son las principales innovaciones que se desprenden de estas normas de la propuesta constitucional?

a) Al Presidente de la República se confía la conducción tanto de la defensa nacional como de la seguridad pública, en ambos casos, a través del ministerio correspondiente (Interior y Seguridad Pública y Defensa Nacional, respectivamente).

b) En el caso de la defensa nacional, el Presidente es considerado "jefe supremo de las Fuerzas Armadas", lo que suele ser común en el derecho comparado. Conforme a la Constitución vigente ejerce la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas sólo en caso de guerra mas no en tiempo de paz.

c) Además, el Presidente tendrá el "mando" de las Fuerzas Armadas, concepto que, hasta hoy, ha tenido un alcance netamente militar en cuanto representa la autoridad que se ejerce sobre los subordinados en razón de la antigüedad que se funda en los escalafones respectivos. Ello permitiría entender que, aunque el Presidente no tenga "antigüedad" sobre los integrantes de las Fuerzas Armadas pueda, en caso de una hipótesis bélica, conducir directamente las operaciones militares destinadas a enfrentarla.

d) En lo que se refiere a los nombramientos, ascensos y retiros de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas se ha eliminado el equilibrio que actualmente supone que dichos nombramientos se efectúen en base a una quina compuesta por los cinco oficiales generales de mayor antigüedad. Esta norma permitía evitar los nombramientos "políticos" -y también los ascensos y retiros- considerando a aquellos oficiales proclives o no al gobierno de turno. Pero, además, suponía respetar la carrera militar en base a la consideración de las antigüedades que se desprenden del escalafón correspondiente. El problema que representa la norma propuesta se hace aun más delicado en el caso de los retiros de los Comandantes en Jefe, pues al dejar en

absoluta libertad al Presidente de la República se abre un espacio propicio para el descabezamiento de las cúpulas militares en favor de oficiales que sintonicen mejor con el gobierno. Hasta hoy, en cambio, para proceder al llamar a retiro a un Comandante en Jefe, el Presidente de Chile requiere dictar un decreto supremo fundado e informar previamente a la Cámara de Diputados y al Senado (Art. 104, inciso final).

Como puede apreciarse, una cosa es asegurar que el Jefe del Estado, en un régimen presidencial de gobierno, ejerza una autoridad efectiva sobre los cuerpos armados, pero otra muy distinta es sacrificar la finalidad de que estos órganos, netamente profesionales, estén al servicio de la nación como un todo en función de que las máximas autoridades institucionales pasen a estar al servicio del gobierno de turno.

2. Se confía al legislador la determinación de los aspectos básicos de las Políticas de Defensa Nacional, Militar y de Seguridad Pública.

Aunque, al día de hoy, nuestro país cuenta con una política de defensa y una política de seguridad, la propuesta de nueva Constitución les da a ambas un basamento constitucional. Se dispone que corresponde a la ley la disposición, la organización y los criterios de distribución de las policías y de las Fuerzas Armadas a través de las respectivas Política Nacional de Seguridad Pública, Política de Defensa y Política Militar.

Y tal como ocurre con varias otras disposiciones incluidas en la propuesta, el legislador debe ajustarse necesariamente a ciertos parámetros indicados en la propia Constitución considerando principios como los de cooperación internacional, perspectiva de género e interculturalidad y el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales (Arts. 296 y 298).

La aplicación de estos principios supondrá, sin duda alguna, que habrá que introducir modificaciones en los requisitos de ingreso a las carreras militar y policial, de la misma forma que a los ascensos y promociones y, en general, al desempeño mismo de las funciones de los cuerpos policiales y armados, así como a las reglas que permitan el uso de la fuerza. En el caso de las policías, este uso deberá

sujetarse a los principios que expresamente detalla la propuesta: legalidad, necesidad, precaución, proporcionalidad, no discriminación y rendición de cuentas (Art. 297.2), lo que, hasta hoy, constituían parte de las Reglas de Uso de la Fuerza acordadas internacionalmente.

3. El cambio en la naturaleza y funciones de los institutos armados y policiales.

Uno de los cambios más notorios en la propuesta que se analiza tiene que ver con la definición de las policías (Carabineros y la Policía de Investigaciones) como instituciones policiales y "no militares" con el claro propósito de evitar cualquier similitud con las Fuerzas Armadas.

En lo que respecta a sus funciones se mantiene aquélla de garantizar la seguridad pública (se omite la expresión "interna" que se utiliza en la Carta actual), al igual que la de dar eficacia al derecho. Se agrega, en cambio, la función de "resguardar los derechos fundamentales en el ámbito de sus competencias", lo que podría explicarse por los reproches que despertó, desde el estallido social, el uso de la fuerza por parte de Carabineros. Con todo, si se asigna a las policías la función de "dar eficacia al derecho", no cabe duda de que este concepto comprende el resguardo de los derechos fundamentales que, en el constitucionalismo contemporáneo, constituye la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico.

En el caso de los estados de excepción constitucional, el artículo 303.4 elimina totalmente la hipótesis de que ellos queden bajo el mando del Jefe de la Defensa Nacional que el Presidente de la República designe para indicar que "Las Fuerzas Armadas y policías deberán cumplir estrictamente las órdenes de la jefa o del jefe de estado de excepción a cargo".

4. La especial exigencia de probidad y transparencia en el caso de las policías y las Fuerzas Armadas.

Es natural pensar que quienes ejercen, en representación del Estado, el monopolio legítimo del uso de la fuerza, deban estar afectos a una responsabilidad especial.

En la propuesta de nueva Constitución se mantiene la acusación constitucional contra los generales

y almirantes de las Fuerzas Armadas por la causal de haber comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado. Se agrega explícitamente que ella también será procedente contra el General Director de Carabineros y el director general de la Policía de Investigaciones.

Lo que llama la atención es que la propuesta incluye una norma especial según la cual se sujeta tanto a las instituciones militares y a sus integrantes como a las policías y a sus integrantes a controles en materia de probidad y transparencia en la forma y condiciones que determinen la Constitución y la ley (Arts. 297.4 y 299.4).

Esta última norma puede ser estimada como absolutamente redundante, pues el artículo 185 sienta el principio general de que "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar cumplimiento a los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas en todas sus actuaciones." ¿Qué justifica, entonces, una norma especial aplicable sólo a las instituciones armadas y policiales que también ejercen una función pública? Sólo podemos pensar que ella es una reacción frente a las situaciones de fraude y corrupción que se han conocido en el último tiempo y que mantienen investigaciones judiciales aún abiertas. No obstante, es oportuno recordar que las Constituciones deben ser capaces de proyectarse más allá de las coyunturas históricas que rodean su creación regulando las pautas permanentes de la convivencia ciudadana.

Conclusión:

La propuesta constitucional en materia de seguridad y defensa subordina a los integrantes de las Fuerzas Armadas y de las policías a la autoridad del Presidente de la República bajo un concepto errado de "mando" que sólo es aplicable en el ámbito de esas instituciones en base a las respectivas antigüedades.

Pero, lo que es más delicado, retrocede en los delicados equilibrios que se habían venido logrando después de la reforma constitucional de agosto de 2005, en orden a equilibrar la indiscutible autoridad del Presidente de la República, en cuanto cabeza de la Administración del Estado, de la que forman parte, con la necesaria independencia de que deben estar dotadas estas instituciones frente al gobierno

de turno. La implicancia de este equilibrio tiene que ver, precisamente, con el hecho de que dichos órganos son los que, en representación del Estado, ejercen el monopolio legítimo del uso de la fuerza en resguardo del mismo Estado, lo que exige una adecuada independencia de la autoridad temporal que puede sentirse tentada a manipularlas como ha ocurrido en Venezuela.

¿Quién Será el Guardián del Nuevo Pacto Constitucional?: La Justicia Constitucional Debilitada y el Poder Político Desatado

Catalina Salem Gesell

El constitucionalismo es un movimiento histórico cuyos inicios se remontan al siglo XVIII, en respuesta al absolutismo monárquico, esto es, a la concentración de todo el poder en un monarca de designación divina y de sucesión hereditaria. La finalidad de esta corriente de pensamiento político es consagrar, en textos escritos y solemnes, el límite al poder del Estado y reconocer los derechos y libertades de las personas. Esto significa que las constituciones políticas son una garantía que tienen las gobernados respecto de sus gobernantes, a fin de que estos últimos no abusen del poder que les ha sido confiado para la conducción de la comunidad política.

La formación de la idea de Constitución ha sido un proceso acumulativo y evolutivo en el tiempo. Es decir, en cada una de sus etapas se han ido alcanzando logros que no desaparecen en la etapa siguiente, sino que se suman como conquistas irrenunciables. Estos dogmas tienen tres grandes

ejes que constituyen el contenido mínimo de cualquier constitución política: el pacto originario; los postulados liberales; y una determinada ideología del poder.

La Constitución Política como pacto originario significa que ella misma constituye un acuerdo que funda y estructura la comunidad política. Al ser un pacto, supone la concurrencia de la voluntad de todos quienes integran esa comunidad. De la amplitud de ese acuerdo pende lo que se denomina la "legitimidad de origen" de una Constitución. En la práctica, esto se traduce en que, para adoptar una nueva Carta Política, o reformar a la existente, se exige el cumplimiento de altos quórum de aprobación en los órganos que detentan el Poder Constituyente. En ocasiones, además, este proceso va acompañado de un referéndum ratificatorio que convoca al cuerpo electoral para ejercer directamente la soberanía mediante el sufragio.

Los postulados liberales son un segundo eje dogmático de las constituciones políticas. Se traducen en dos ideas fundamentales. La primera, que la soberanía, es decir, el poder último y absoluto del Estado, reside en el cuerpo social, que algunas constituciones identifican con la Nación o con el Pueblo, entendido este último como cuerpo electoral. De esta forma, cada uno de los integrantes de la comunidad política concurre con su voluntad particular para formar una única "voluntad general", que es la del soberano. La segunda idea liberal de una Constitución es que las personas poseen derechos anteriores a la existencia misma de la comunidad política y que esta última, organizada en el Estado, está obligada a respetar. Esos derechos emanan de la dignidad radical que tiene todo ser humano y que lo hacen titular de una serie de derechos que no pueden ser desconocidos sin negar su misma condición de persona. Por ello, se erigen como el fundamento primero y último del límite al poder.

Íntimamente vinculado con los dos ejes anteriores, el tercer eje es una determinada ideología del poder: este debe estar limitado. De ello surgen dos principios: el principio de separación de funciones del Estado y la subordinación del poder al derecho. El primero obliga a desconcentrar el ejercicio del poder y a distribuirlo en distintos órganos. La distribución más clásica consiste en separar la función

de discutir y aprobar las leyes (Poder Legislativo), de aquella de ejecutarlas (Poder Ejecutivo) y de hacerlas cumplir (Poder Judicial). El objetivo es que ningún órgano del Estado detente la potestad absoluta, y que al mismo tiempo todos los órganos estatales tengan atribuciones de vigilancia y veto respecto de los demás. Es lo que modernamente se conoce como la existencia de un adecuado sistema de "frenos y contrapesos": que el poder detenga el poder; que el exceso en que incurra un órgano sea denunciado y detenido por otro órgano. El segundo principio que limita al poder, es aquél que lo obliga a someterse al derecho; es decir, a reglas, principios y valores contenidos en normas jurídicas.

La fórmula "Estado constitucional y democrático de derecho" es la síntesis de los tres ejes que forman el contenido de una Constitución Política. Alude a la existencia de una norma jurídica superior –la Constitución–, que es obra del Poder Constituyente, y a la cual se someten todos los órganos del Estado, incluidas las personas y grupos que conviven en la sociedad. De esto mismo se deriva que el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico estatal, como las leyes y los reglamentos, también se encuentren limitadas por la Constitución, tanto en la forma de su elaboración como en su contenido.

La Constitución Política vigente diseña un robusto sistema de frenos y contrapesos que permite asegurar la eficacia del Estado constitucional y democrático de derecho. Por ejemplo, la Contraloría General de la República tiene por función controlar, de forma preventiva, que los actos y resoluciones de la Administración del Estado –cuya cabeza es el Presidente de la República– se ajusten a la Constitución y a la ley; también, los tribunales de justicia controlan que los órganos del Estado y los particulares cumplan la ley, además de conocer acciones especiales de tutela o amparo de derechos fundamentales, que están reconocidos en la Constitución.

Dentro de este sistema de frenos y contrapesos, una institución clave en las modernas democracias son las cortes o tribunales constitucionales. Estos órganos, entre otras atribuciones, velan para que todas las normas del sistema jurídico se adecuen a la Constitución Política. Ello significa que las leyes

también están sometidas a su control. Hasta el siglo XX, los países que siguen la tradición europea continental –como Chile–, concebían a la ley como la máxima expresión de la voluntad general, y a las constituciones como meras cartas de navegación política que debían ser desarrolladas por el legislador para que tuvieran algún efecto vinculante. Al estar los parlamentos integrados por los representantes directos del soberano (el pueblo), no había otra autoridad por sobre ellos.

Sin embargo, este paradigma denominado del “Estado Legislador” sería abandonado por el constitucionalismo de las post-guerras y reemplazado por el del “Estado Constitucional”. Este cambio supuso una nueva comprensión del concepto mismo de Constitución: ya no es entendida como una carta de navegación política, sino que como una norma jurídica suprema directamente aplicable y vinculante. No necesita de la mediación de la ley. Al mismo tiempo, el legislador queda sometido a la Constitución bajo la evidencia histórica que las mayorías no están exentas de incurrir en abusos de poder, y por lo mismo, también se encuentran limitadas por la Constitución. Para ello, comienzan a crearse en distintos países de Europa tribunales o cortes constitucionales que controlen a los parlamentos, asegurando su sometimiento a la Constitución.

Chile no estuvo ajeno a esta evolución del constitucionalismo. Bajo la vigencia de la Constitución de 1833, el Congreso Nacional abrazó prácticas propias de un sistema parlamentario, pero bajo la vigencia de un régimen presidencial. Esto devino en un abuso de poder por parte del Parlamento, que se consolidó y profundizó aun más tras la Guerra Civil de 1891. En 1925, los redactores de una reforma integral a la Carta Política, liderados por el Presidente Arturo Alessandri Palma, deliberaron sobre la creación de un mecanismo que permitiera a los ciudadanos frenar los abusos del Parlamento. Hasta ese momento, el único órgano encargado de velar por la constitucionalidad de la ley era el propio Parlamento.

El artículo 86, inciso segundo, de la Constitución de 1925 consagró por primera vez en la historia constitucional chilena una acción –que denominó “recurso”– para que cualquier persona que fuera parte en un juicio ante un tribunal de justicia

podiera impugnar ante la Corte Suprema una ley inconstitucional. Es decir, para que la Corte ordenara al juez que conocía del juicio que no aplicara la ley impugnada en la resolución del conflicto jurídico, por ser inconstitucional.

La Constitución de 1980 mantuvo en su texto la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, agregando el derecho de las partes para solicitar la suspensión del procedimiento en el juicio pendiente, a fin de que este no concluyera mientras la Corte Suprema revisaba la constitucionalidad de la ley. De esta forma, esta acción estuvo radicada en el Máximo Tribunal del Poder Judicial durante 80 años.

El año 2005, bajo el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, se perfeccionó el control de constitucionalidad de la ley concentrándolo en un solo órgano: el Tribunal Constitucional, creado de forma previa el año 1970 mediante una reforma a la Constitución de 1925. El objetivo de este cambio fue concentrar en un solo órgano el control de constitucionalidad de la ley, a fin de generar una jurisprudencia técnica, especializada y uniforme. Eso implicó, entre otros aspectos, traspasar la acción de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional. Asimismo, se creó una nueva acción de inconstitucionalidad que permite abrogar, con efectos generales, un precepto legal contrario a la Constitución, que haya sido previamente declarado inaplicable. A esto se suman las atribuciones de control preventivo de la ley que el Tribunal ya detentaba desde su creación.

Dentro del diagnóstico que el constituyente de 2005 tuvo respecto de la inaplicabilidad, se consideró que la Corte Suprema no había ejercido de forma relevante su competencia de inaplicación de la ley para garantizar el principio de supremacía constitucional. En sentido opuesto, a 17 años de aquella reforma, la inaplicabilidad ha resultado ser un mecanismo de control de la ley que acapara casi el 98% de la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Y, en la práctica, se ha convertido en un verdadero amparo de derechos fundamentales contra el legislador. También, ha permitido que los jueces puedan requerir directamente al Tribunal Constitucional, cuando tienen dudas sobre un precepto legal cuya aplicación resulta contraria a la Constitución.

Este gran logro del constitucionalismo chileno es puesto en entredicho por el proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Convención Constitucional. El texto propuesto suprime el derecho que desde 1925 tienen las partes en una gestión judicial pendiente para requerir directamente la inaplicación de un precepto legal que produce efectos inconstitucionales. Ahora sólo lo conseguirán hacer a través del juez de la causa, quien podrá plantear la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Además, se establece un privilegio procesal a favor de la Corte Suprema: si el asunto está siendo conocido por el Máximo Tribunal del Poder Judicial, no se podrá plantear una cuestión de inaplicabilidad. En la actualidad no existe esta restricción.

Detrás de este cambio hay varias cuestiones que implican un retroceso.

Primero, la acción de inaplicabilidad ha sido y puede ser concebida como un derecho político de la ciudadanía para controlar el abuso del Poder Legislativo. En este sentido es un derecho de participación en la deliberación democrática de la ley y de la Constitución. El proyecto de Nueva Constitución lo empobrece, ya que sólo puede ser ejercido ante un juez que no cuenta con la especialización necesaria para discernir la existencia de un conflicto de constitucionalidad y, sólo eventualmente, si ese juez lo permite, ante la Corte Constitucional.

Segundo, la nueva institucionalidad propuesta es regresiva desde el punto de vista del acceso a la justicia. Este es un derecho humano reconocido en tratados internacionales y en el texto político vigente. Si bajo la actual Constitución cualquier persona que es parte en una gestión judicial pendiente puede acudir directamente ante el Tribunal Constitucional para solicitar el amparo de sus derechos constitucionales afectados por la aplicación de un precepto legal, el texto a plebiscitar elimina esta facultad.

Tercero, la acción de inaplicabilidad ha contribuido a democratizar a la justicia constitucional que ejerce el Tribunal Constitucional: no es una corte a la cual sólo pueda acceder el Presidente de la República o el Congreso Nacional, o un grupo de parlamentarios. Lo puede hacer cualquier persona. De aprobarse la Nueva Constitución, esa persona

requerirá contar con la anuencia previa de un juez para poder litigar en la Corte Constitucional.

En síntesis, la inaplicabilidad es una herramienta que tiene cualquier persona para que en un caso específico que la afecta y que está siendo conocido por un tribunal de justicia, pueda exigir el respeto del pacto originario contenido en la Constitución. Esto incluye lograr el efectivo amparo de sus derechos y libertades fundamentales, además de denunciar los abusos de poder en que incurran los órganos encargados de la elaboración de las leyes, con el objeto de someterlos nuevamente al derecho. El debilitamiento de la inaplicabilidad como derecho político y jurisdiccional, sin duda ensancha las áreas de acción del poder político, el cual resultará fortalecido.

Régimen de Partidos Políticos en la Nueva Constitución

Sergio Verdugo

I. Introducción

Las democracias modernas requieren de un sistema de partidos políticos robusto para reducir aquellos costos que perturban el ejercicio de la representación política. Los ciudadanos carecen de tiempo para identificar información relevante sobre la gran cantidad de candidatos que existen, nuestros representantes necesitan formar coaliciones estables y confiables para impulsar reformas políticamente factibles, y se requiere de grupos relativamente disciplinados para respetar los acuerdos llevados a cabo en negociaciones políticas. Necesitamos un sistema de selección de candidatos que incentive la formación de grupos doctrinariamente consistentes y políticamente leales, que pueda simplificar la información para los votantes y estimular la existencia de pactos políticos que se proyecten más allá de las elecciones. Cuando el sistema de partidos políticos se debilita o fragmenta demasiado, la disciplina de sus miembros decae, la capacidad para seleccionar candidatos que respondan a un ideario común se debilita, y los costos de información de los votantes y de transacción entre los diversos grupos políticos hacen difícil que los políticos electos sean adecuadamente representativos y suficientemente

eficaces. En otras palabras, un sistema de partidos débil hace dificultoso aprobar aquellas reformas sociales y políticas más significativas y los programas contenidos en las campañas electorales se hacen más difíciles de cumplir.

En este breve ensayo, sugiero que la debilidad del sistema actual de partidos políticos impidió procesar demandas sociales relevantes, alimentando el malestar que condujo al estallido social de octubre de 2019. Argumentaré que la Convención Constitucional debió haber corregido los problemas del sistema de partidos pero que, lamentablemente, parece haber perdido la oportunidad de hacerse cargo del uno de los problemas constitucionales más importantes de nuestro país. La propuesta constitucional no menciona a los partidos políticos en su texto, crea una categoría de asociaciones denominada "organizaciones políticas", y establece incentivos institucionales que podrían reproducir los problemas que hoy observamos en nuestro sistema político.

II. ¿Cómo llegamos hasta acá?

Algunos culpan al Tribunal Constitucional, al modelo de leyes orgánicas constitucionales, a las reglas de reforma constitucional o a la Constitución de 1980 en términos más generales. Sostienen que estos arreglos institucionales habrían fortalecido el poder de veto de un sector político que no habría estado interesado en aprobar reformas sensibles para los chilenos, como ocurre en salud y en materia de seguridad social. No obstante, y sin perjuicio de la existencia de algunas sentencias específicas en áreas particulares (como ocurrió con la sentencia del Tribunal Constitucional que controló, con buenos argumentos, el proyecto de gratuidad de la ex Presidenta Bachelet), ninguna de esas materias requiere control preventivo obligatorio en el Tribunal Constitucional y ninguna de ellas está sujeta a una regla legislativa supermayoritaria (las reformas en salud se aprueban por mayoría simple y las reformas en pensiones por ley de quórum calificado). ¿Cuáles, entonces, la verdadera razón por la cual los gobiernos y los congresos no han logrado acuerdos relevantes para impulsar reformas sustanciales en estas materias? ¿Por qué la población ha percibido que la clase política no ha dado respuestas a sus demandas más importantes e intensas? ¿Qué justi-

ficó que un millón de personas salieran a protestar para generar algún tipo de respuesta en este tipo de materias?

Uno de los problemas que plausiblemente se asocian al problema constitucional que ha experimentado Chile (no exclusivamente, por cierto), es la fragmentación del sistema de partidos políticos y la debilidad y falta de credibilidad que los partidos tradicionales poseen. Sin un sistema de partidos fuertes, es muy difícil impulsar reformas debido a la dificultad de construir mayorías legislativas a través de acuerdos políticos amplios. La opinión pública no confía en los partidos, varios de ellos son incapaces de disciplinar a sus miembros relevantes, la cantidad de "descolgados" ha dañado a las coaliciones tradicionales, los presidentes de partidos y jefes de bancadas parlamentarias varias veces no logran cumplir los acuerdos legislativos acordados. Aunque pueda existir una discusión respecto de las causas por las cuales llegamos a esta situación, existen algunas normas constitucionales que no han colaborado a solucionar este problema.

El reemplazo del sistema binominal de elecciones por un modelo electoral proporcional para elegir al Congreso, contribuyó a que partidos más pequeños pudieran tener representación legislativa, estimulando que algunas facciones se separen de los partidos y a que nuevos movimientos puedan entrar al Congreso. Los costos de transacción se elevaron sustancialmente. Además, el diseño institucional del modelo presidencial chileno tampoco contribuyó a controlar dichos costos. Gobiernos que duran cuatro años sin reelección en un escenario de alta alternancia en el poder (lo que es, en principio, una buena noticia) pudo influir en la falta de interés de algunos presidentes por invertir el capital político suficiente como para impulsar reformas que requieren de tiempo para negociar, aprobar e implementar. ¿Quién se lleva el crédito por el éxito de una política de largo plazo? ¿Qué garantía existe de que el gobierno futuro le pueda dar continuidad a políticas adoptadas sin los debidos acuerdos transversales?

Otra explicación se vincula con la fecha y modalidad de las elecciones parlamentarias. Al tener lugar de manera simultánea con la primera vuelta de la elección presidencial, los partidos tienen incenti-

vos para construir las más altas minorías. Las dos rondas de la elección presidencial, que implican la existencia de muchos candidatos en la primera vuelta, invitan a los candidatos a fidelizar a los votantes de su sector para ganar la primera vuelta; y la fórmula proporcional en materia parlamentaria los estimula a generar listas competitivas para tener suficientes votos, no para aspirar a las más altas mayorías (eso es improbable en este modelo), sino que para obtener suficientes escaños en el Congreso. Las propuestas de los candidatos deben ser llamativas para atraer al votante probable. Hay buenos motivos para no apelar al votante mediano, sino que para fidelizar los votos del sector al que quieren pertenecer. En este escenario, unido a la existencia de primarias presidenciales previas y al voto voluntario, los partidos tienen incentivos para atraer a sus posibles votantes más duros. Si se logran algunas mayorías, ellas se deberán a la manera en que se diseñaron las listas y al modo como funcionarán las alianzas legislativas en el futuro. Pero dichas alianzas no son sostenibles en el tiempo. Si existen, tienen una fuerte indisciplina. En efecto, una vez que los parlamentarios son elegidos con una lógica minoritaria, los candidatos presidenciales victoriosos en primera vuelta deben continuar la campaña y aspirar a generar grandes mayorías para la segunda vuelta. La lógica mayoritaria los invita a buscar el votante mediano y menos ideologizado. Pero el Congreso ya fue electo con una lógica diferente.

En consecuencia, es probable que las coaliciones legislativas llamadas a apoyar a los presidentes electos pueden ser minoritarios (como ocurrió con los presidentes Piñera y Boric) o indisciplinadas (como ocurrió con la presidenta Bachelet). El destino político de los parlamentarios, cuya reelección ahora está limitada, no se asocia al éxito del gobierno de turno. Así, los pactos programáticos de gobierno son improbables. Por el contrario, las alianzas que se construyen para presentar las candidaturas son meramente instrumentales.

Si nuestra clase política se ha alejado de las demandas sociales relevantes, ello se debe, aunque sea parcialmente, a incentivos institucionales que han deteriorado nuestro sistema de partidos. Ello no es una novedad en Chile. La Constitución de 1980 fue redactada sobre la desconfianza hacia los partidos. Eran considerados como un mal menor. Pero

el sistema binominal de elecciones y las lógicas de democracia consensual que se generaron durante los 90's y a principios de los 2000's contribuyeron a que los partidos ganaran un poder relevante. Tal vez no la credibilidad que necesitaban. Pero sí el poder. Ese poder, no obstante, comenzó a diluirse con la aprobación de las reglas que conocemos hoy.

III. ¿Qué debió hacer la Convención Constitucional?

El sistema de partidos no depende solo de aquellas reglas que directamente los regulen. También depende de normas electorales, del régimen político, del contenido de los derechos políticos, de las reglas de mayoría que se utilicen en el proceso legislativo y, por supuesto, del estatuto de partidos políticos que pueda establecerse. No es fácil regular el sistema de partidos, ya que la cantidad de materias asociadas es alta y las oportunidades políticas para hacerlo son raras. Normalmente, las reformas constitucionales se dirigen a modificar materias precisas que afectan al sistema de modo directo (como la existencia de un sistema de primarias, y las prohibiciones para el financiamiento de los mismos) e indirecto (como los límites a la reelección y la fecha de las elecciones), pero ellas rara vez ofrecen una mirada sistémica del conjunto de reglas que afectan a los partidos políticos.

La Convención tuvo una oportunidad única para ofrecer un diagnóstico sobre el sistema de partidos políticos, identificar las causas por las cuales los partidos han perdido credibilidad, discutir mecanismos para que los partidos se empoderen y arreglos institucionales que incentiven la formación de pactos de gobierno que incluyan a sectores relevantes del Congreso. Solamente por nombrar algunas propuestas, algunos autores, conscientes de esta oportunidad, sugirieron establecer un sistema parlamentario, y otros recomendaron avanzar hacia un "presidencialismo de coalición". Algunos también propusimos, siguiendo recetas internacionales aceptadas por expertos, que las bases de los partidos estén reguladas en la constitución, que se incluyan reglas para los "descolgados", para la democracia interna de los partidos, que se prohíban las listas de candidatos independientes, que se establezcan umbrales mínimos para que un partido pueda sobrevivir, algunas reglas sobre financiamiento, y la permisión de la reelección in-

definida de los parlamentarios (esto los hace más proclives a "jugar en equipo").

Había muchas alternativas. Lo relevante era elegir un conjunto de medidas consistentes, que conversaran bien entre sí y que obedecieran a un diagnóstico común. Era deseable, además, que los convencionales constituyentes se tomaran en serio la idea de representación política. El problema de los derechos sociales no era solamente un problema asociado a su contenido, sino que se asociaba al modo como se podía construir un proceso político más sensible a las demandas sociales. Ello significaba establecer estímulos para la colaboración legislativa. Y sin partidos robustos, la colaboración legislativa en un sistema democrático es una quimera.

IV. ¿Qué propone la Convención Constitucional?

Lamentablemente, la Convención constitucional careció de un diagnóstico compartido acerca del rol que los partidos políticos debían cumplir. Muchos, al igual que los constituyentes de 1980, desconfiaban de los partidos políticos. Varios eran independientes que fueron electos como tal, ya sea en listas compartidas con militantes de partidos o en asociaciones de independientes. Ellos no obedecían a las lógicas de la política tradicional, no se disciplinaban en torno a un ideario compartido que les permitiera negociar de manera ordenada y predecible, y varios fueron electos sobre la base de promesas específicas en materias diversas (regionalistas, indigenistas, ecológicas, etc.). Ese tipo de candidatos no ofrecieron a sus votantes un ideario constitucional holístico que permitiera predecir sus preferencias en otras materias como régimen político, libertad de expresión u organización del sistema de justicia. Los pactos electorales que habían hecho eran débiles y no ofrecían una mirada sistémica. La ausencia de control por parte de los partidos políticos hizo imposible reducir los costos de información de los votantes, y los costos de transacción al interior de la Convención generaron fuertes tensiones.

Lamentablemente, la lógica política generada por las condiciones anteriores no fue proclive al robustecimiento del sistema de partidos. El resultado de lo anterior fue reproducir esa lógica. De este modo, la propuesta constitucional ni siquiera establece las bases de los partidos políticos. Ni siquiera los

menciona. La siguiente es una lista no exhaustiva de materias reconocidas en el proyecto constitucional que podrían resultar relevantes.

- Organizaciones políticas:

Aunque al parecer no hubo acuerdo para fortalecer a los independientes en la propuesta de nueva constitución, la mención a la idea de "organizaciones políticas" reconocidas legalmente (art. 163) y la referencia casual a su financiamiento, deja abierta la puerta a que el día de mañana el legislador pueda reconocer derechos políticos o beneficios a movimientos que formalmente no se han constituido como partidos políticos. Si ese escenario se materializa, los movimientos que no sean partidos podrán participar sin cumplir con los mismos estándares de transparencia, financiamiento y democracia interna que los partidos. Esta sería una muy mala noticia para el sistema de partidos políticos.

- Mecanismos de participación directa:

La cantidad de mecanismos de participación directa que podrían convocarse, como la iniciativa popular, la iniciativa indígena y los plebiscitos o referéndums (por ej., art. 155, 157, 158 269, N° 1, 383), en caso de prosperar o de amenazar con volverse relevantes, podrían ser utilizados para presionar y debilitar el poder de los partidos políticos en el manejo de la agenda legislativa, beneficiando a aquellos grupos suficientemente organizados como para controlar esos instrumentos de participación directa.

- Fecha de las elecciones, sistema electoral y régimen político:

El proyecto es claro en el establecimiento de un sistema presidencial. No obstante, el proyecto no regula aspectos elementales relacionados con el sistema electoral. No dispone el mecanismo para elegir a la Cámara de las Regiones (aunque fija un número mínimo y equivalente para los representantes de cada región), y el Congreso de Diputadas y Diputados se debe elegir "atendiendo a un criterio de proporcionalidad" (art. 252, N° 2). En cuanto a las fechas de las elecciones, sabemos que la Cámara de las Regiones se elige tres años después de la elección del Presidente y del Congreso (art. 254, N° 2), el Presidente de la República todavía es elegido con un sistema de doble turno (comúnmente llamado de "segunda vuelta"), y parece mantenerse la idea de que el Congreso se elija de manera simultánea a la primera vuelta.

- Duración del mandato parlamentario y límites a la reelección:

Al finalizar con el Senado y reemplazarlo por la Cámara de las Regiones, y establecer que todos los parlamentarios tienen una duración de cuatro años en sus cargos, incrementando el incentivo de legislar de acuerdo a lógicas electorales de corto plazo (los senadores duraban ocho años en sus funciones). La duración en el mandato legislativo explicaba, en parte, la diferencia entre ambas cámaras. Con la nueva constitución, ambas ramas del Congreso tendrán incentivos electorales similares. Se suma a ello que todos los parlamentarios podrán ser reelegidos por una sola vez.

- El veto presidencial:

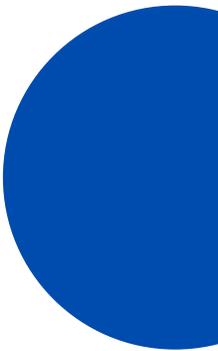
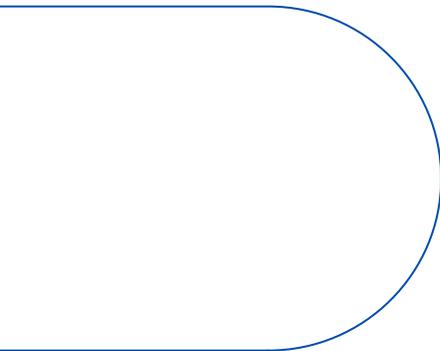
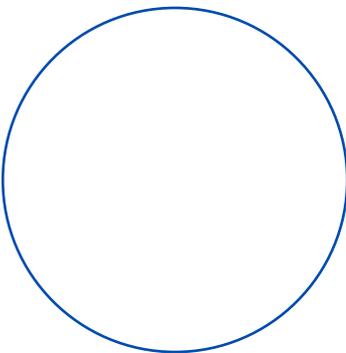
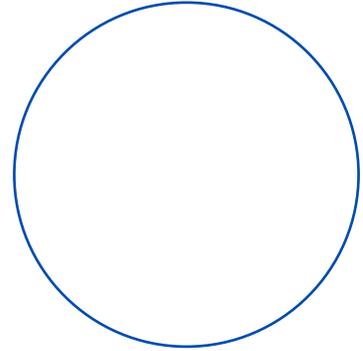
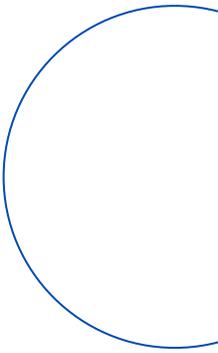
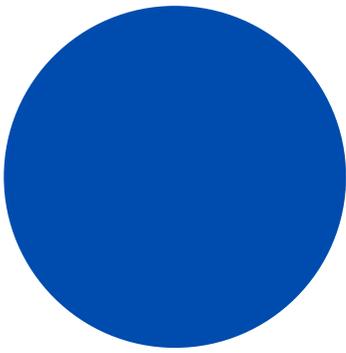
La institución del veto presidencial, que en la práctica permitía instancias para negociar modificaciones a los proyectos de ley y alcanzar acuerdos transversales, se ve reducida por el proyecto de nueva constitución. El proyecto reduce la mayoría legislativa requerida para que el Congreso rechace las observaciones del Presidente de la República a los proyectos de ley (art. 274, N° 3), dañando un instrumento útil de negociación, y estimulando a que el jefe de Estado se incline por una alternativa más radical: la de rechazar o aprobar totalmente el proyecto, en vez de discutir acuerdos que permitan encontrar soluciones intermedias. En ambos casos, la instancia negociadora se ve afectada.

Otros arreglos institucionales que pueden ser relevantes para la relación entre el poder ejecutivo y el legislativo son el régimen de urgencias, el reemplazo de la iniciativa exclusiva por las denominadas leyes de concurrencia presidencial, y la existencia de un número relevante de materias que solamente requieren la aprobación de una de las ramas del poder legislativo.

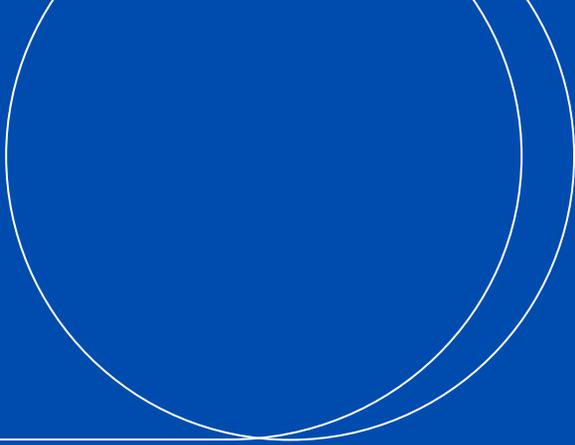
V. ¿Consecuencias del diseño constitucional?

Existen muchas normas cuyos efectos no podemos predecir debido a que los detalles están entregados al legislador. No obstante, la información que conocemos nos permite especular acerca del efecto acumulado que varias normas podrían producir en el sistema de partidos. El límite a la reelección puede restringir el poder de los partidos por sobre los parlamentarios en ejercicio, afectando su disciplina y dañando sus posibilidades de actuar como grupo.

La fecha de la elección del Congreso de Diputadas y Diputados, de mantenerse con la primera vuelta presidencial, mantendrá la lógica minoritaria (aunque no es claro el efecto que tendrá la instauración del voto obligatorio y de la reelección presidencial). Las modificaciones a las normas sobre el veto y la iniciativa exclusiva podrían terminar fortaleciendo al Congreso frente al Presidente de la República, pero es altamente probable que el poder legislativo mantenga niveles importantes de fragmentación. Ello se debe no solamente a la lógica proporcional de las elecciones, sino que también a la posible aprobación de un estatuto que asimile los partidos políticos a otros movimientos bajo el concepto indeterminado llamado "organizaciones políticas". El diseño no ata los destinos del poder ejecutivo con el poder legislativo, y mantiene las lógicas de conflicto asociadas a la drástica solución de la acusación constitucional. Aunque no podemos predecir con exactitud el modo como funcionará el proceso político, sí puede concluirse que el proyecto de nueva constitución no se hizo cargo del problema que el sistema de partidos políticos experimenta. Es más, es posible que el nuevo texto contribuya a su continuo debilitamiento.



Edición: Cecilia Alcalde Prieto | Constanza Aguirre Moyano
Diseño: Tatiana Vásquez Arellano



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho
Centro de Derecho Regulatorio y Empresa



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho
Centro de Justicia Constitucional

