LINEAMIENTOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

P!ensa

fpp.

ideapaís

CIUDADANO
AUSTRAL

AIRE
NUEVO

LYD
LIBERTAD Y DESARROLLO

FJG
FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

HORIZONTAL

i e s
instituto
de estudios
de la sociedad

acción Educar

INSTITUTO®
RESPUBLICA

INSTITUTO
LIBERTAD
ideas para Chile

ÍNDICE

1. Propuesta para el reglamento de la Convención Constitucional
2. Propuestas sobre el rol del Estado y de la sociedad civil
3. Derechos sociales
4. Libertades clásicas
5. Derechos y libertades económicas
6. Banco Central
7. Medio ambiente y recursos naturales
8. Sistema de gobierno e iniciativa exclusiva del Presidente de la República
9. Descentralización
10. Tribunal Constitucional
11. El tema indígena
12. Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública

INTRODUCCIÓN

Con miras a contribuir al trabajo de los convencionales constituyentes de Vamos por Chile y, en general, a la elaboración de la propuesta de nueva Constitución, ponemos a disposición este documento que reúne el trabajo de 12 centros de estudios, los cuales, conscientes del trascendental momento que vive nuestro país, han decidido unir esfuerzos para elaborar diagnósticos, lineamientos, principios y propuestas constitucionales en diversas materias, relevando en ellas los valores de una sociedad libre, para con ello aportar a la discusión constitucional.

En el presente texto se recogen planteamientos y propuestas compartidas respecto de las materias más relevantes que, a nuestro juicio, debieran considerarse en la elaboración de una nueva Constitución, las cuales fueron estructuradas en 12 temas centrales.

En primer lugar, se revisaron propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional, tema que reviste una enorme relevancia para el desarrollo del proceso en los meses que restan.

Zanjada la cuestión reglamentaria y entrando en las materias sustantivas, uno de los aspectos fundamentales sobre los que deberá pronunciarse la Convención Constitucional se refiere al rol del Estado (y de la sociedad civil) en el proyecto de nueva Constitución, de manera que esta temática es abordada en el presente documento.

Asimismo, las libertades clásicas, en cuanto derechos fundamentales, ocupan un lugar relevante en el análisis y propuestas que se efectúan, de la misma manera que lo hacen los derechos y libertades económicas. A su vez, se abordaron los derechos económicos, sociales y culturales, y los desafíos de su consagración constitucional, así como de su justiciabilidad, materias que estarán en el centro del debate del proceso constituyente.

Conscientes también que el desarrollo sostenible será de aquellas materias que concitarán particular interés, este trabajo aborda la cuestión medioambiental y los recursos naturales desde un diagnóstico compartido a partir del cual se formulan diversas propuestas. Otro tanto ocurre con el reconocimiento de los pueblos indígenas y otras materias relacionadas y con la forma de organización del Estado y la descentralización.

La organización y limitación al poder son, por excelencia, cuestiones que deben ser abordadas en una Constitución. De ahí que el presente trabajo se refiera expresamente a la cuestión sobre el régimen de gobierno, con un diagnóstico y con propuestas en la materia, como así también respecto de los aspectos esenciales del sistema electoral y del sistema de partidos y su importancia desde el punto de vista de la institucionalidad y de la disciplina y responsabilidad fiscal de la iniciativa exclusiva del Presidente de la Republica.

En materia de pesos y contrapesos y de organismos constitucionales autónomos, se profundiza sobre la importancia del Banco Central y su autonomía de iure y de facto y se perfilan planteamientos sobre la justicia constitucional y en particular, respecto del Tribunal Constitucional. Finalmente, el documento contiene un acápite con lineamientos y propuestas respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

Quienes suscribimos estos trabajos compartimos principios relevantes. Con ese espíritu, hemos trabajado colaborativamente para poner a disposición de las y los convencionales de Vamos por Chile un material que creemos puede servir de orientación para el debate constitucional.

No obstante lo anterior, también advertimos que tenemos diferencias, matices y visiones diversas en algunos temas. Se trata de legítimos puntos de vista que, no obstante, descansan sobre principios compartidos. Si el lector desea profundizar en aquellos temas en que constan los diferencias o mayormente en cualquiera de las temáticas aquí tratadas, puede consultar las publicaciones propias de cada centro de estudios.”

Propuesta para el reglamento de la Convención Constitucional[1]

Tabla de contenidos

A. Principios que inspiran la discusión

B. Propuestas para la organización, funciones y atribuciones

C. Protección de derechos de las minorías en la Convención

D. Mecanismos de participación de las minorías en la Convención

E. Transparencia y Probidad

F. Plazos involucrados

G. Sobre el control de la Corte Suprema

A. Principios que inspiran la discusión

i. Principio de funcionalidad y coherencia: el reglamento debe facilitar el diálogo, la deliberación y los acuerdos de los convencionales, así como permitir un flujo de trabajo ágil y constante para maximizar el uso del tiempo escaso, debiendo velar por que el proceso, sistema de votaciones, organización y funcionamiento permitan una deliberación razonada que arribe a una propuesta coherente de nueva Constitución. A la luz de estos principios, la Convención deberá contemplar mecanismos de desbloqueo en aquellas materias en que éstos se produzca. En esta línea, se sugiere que exista una comisión encargada de dar curso a los bloqueos o trabas[2], y que aquellas propuestas de texto de nueva Constitución que no alcancen el quorum de 2/3 requerido, pero hayan concitado apoyos de importantes mayorías o hayan "llegado segundas", puedan ser reconsideradas hasta alcanzar un texto de consenso, contemplando, asimismo, mecanismos para la debida revisión de las propuestas. El reglamento debe contemplar reglas que permitan revisar los textos, no solo considerando la mayoría que pueda haber alcanzado, sino también la importancia de que sean técnicamente bien planteados y guarden coherencia entre sí.

ii. Carácter unitario: el reglamento no solo debe abarcar el procedimiento de votación, sino también hacerse cargo del funcionamiento general de la Convención. En este sentido, entendemos que debe aprobarse un solo reglamento, para contar con una estructura organizacional coherente que no dificulte la tarea de alcanzar acuerdos amplios. Estas materias son interdependientes; así, una discrepancia en el procedimiento de votación podría justamente activar el ejercicio de una competencia por parte de algún órgano de la propia Convención. En definitiva, la elaboración de un solo reglamento, que abarque ambos asuntos, garantiza mayores posibilidades de coherencia interna.

iii. Carácter inclusivo: debe contener mecanismos que promuevan que todas las voces de los convencionales o grupos de convencionales puedan ser expresadas, atendiendo al derecho de las minorías. Este mismo principio debiera estar presente en la conformación de las comisiones.

iv. Principio de ética pública, caracterizado por:

a. El respeto irrestricto por la institucionalidad vigente, lo que incluye la Constitución actual y particularmente las normas del Capítulo XV, debiendo, asimismo, y de conformidad con lo allí señalado respetar y dar cumplimiento a las normas de la ley Nº 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, aplicables a los diputados, y a la ley Nº 20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

b. Un sistema de comunicaciones y vocería confiable, que pueda mantener informada a la población de la discusión y proceso, de manera que los contenidos sean comprensibles para la ciudadanía, con fiel apego a los debates y diversos planteamientos allí formulados, y que actúe con respeto por los demás poderes del Estado.

c. La creación de mecanismos internos (sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar) para hacer efectivas posibles responsabilidades éticas, conflictos de interés y patrimoniales.

d. Resolución de infracciones de carácter leve y que puedan ser resueltas en forma expedita, para no entorpecer en exceso el funcionamiento de la Convención, y sin perjuicio del derecho de los convencionales a reclamar ante la Corte Suprema -en conformidad al artículo 136 de la Constitución- por las infracciones al procedimiento aplicable a la Convención[3].

v. Principio participativo: el reglamento debe promover un mecanismo de participación institucionalizada, en el que se dé cabida a una participación igualitaria, incidente y diversa, abierto a instituciones y a personas de pensamiento y visiones distintas que colaboren y ayuden a nutrir el proceso de toma de decisiones que compete única y exclusivamente a la Convención. Este mecanismo debe permitir a todos los convencionales convocar a grupos y personas diversas, pudiendo también contemplar sorteos o herramientas aleatorias para evitar la captura por parte de grupos de interés, regulando asimismo el modo en que tendrá lugar y los momentos en que ocurrirá la participación. El mecanismo bien podría contemplar que la Convención o la comisión de participación que se propone en este documento, se desplace a distintos territorios a fin de conocer realidades diversas. En tal caso, sugerimos que ello ocurra en un momento distinto al que tienen lugar las semanas distritales en el parlamento, a fin de cuidar la esfera de atribu-

[1] *Rodrigo Pérez de Arce (IES), Natalia González (LyD), José Manuel Astorga (Horizontal), Miguel Ángel Fernández (Aire Nuevo), Víctor Manuel Avilés (Instituto Libertad), Felipe Lyon (FJG), Maximiliano Duarte (Fundación Piensa), Consuelo Alvial (Instituto Libertad).*

[2] *Si la diferencia o traba se debe a una diversa interpretación del reglamento, y sin perjuicio de las facultades que le competan a la Corte Suprema, sería la comisión de orden interno conforme se propone en este documento la que debiera intentar zanjar la materia.*

[3] *Por tanto, este mecanismo jamás podría constituirse como una instancia previa obligatoria para la reclamación a la Corte, ni como una forma de censurar propuestas "por secretaría".*

ciones y competencias de cada una de las respectivas instituciones. La participación ciudadana es muy relevante, pero también hay que tener presente la agilidad del proceso, de manera que la fórmula que se genere debe tener en consideración esta variable.

vi. Principio de transparencia: la transparencia debe ser la regla general en la Convención, así como el derecho de acceso, por parte de la ciudadanía, a la información pública. Eventualmente, podrán existir sesiones reservadas conforme lo acuerden los convencionales constituyentes en el reglamento y en la forma que ahí se disponga. Y es que el reglamento debe contemplar normas que armonicen la transparencia y acceso a la información con la idea de propiciar instancias para lograr acuerdos. No obstante ello, todas las actas de las sesiones deben ser públicas y puestas a disposición oportunamente a la ciudadanía. Otro tanto debe ocurrir con las votaciones y el registro de ellas, así como las propuestas que se sometan a consideración de los convencionales, las que además deben estar disponibles con la debida antelación. La Convención deberá adoptar las medidas necesarias para poner a disposición y facilitar la información del proceso y de los convencionales a los ciudadanos.

B. Propuestas para la organización, funciones y atribuciones

El reglamento deberá establecer, a lo menos, la estructura orgánica de la Convención, regulando las funciones, atribuciones y procedimientos correspondientes de (i) la Mesa, (ii) el Pleno, (iii) las diversas comisiones que la Convención acuerde crear al efecto, (iv) del comité externo administrador de las asignaciones de los convencionales, (v) las eventuales subcomisiones que se creen y (vi) la Secretaría Técnica. Asimismo, sugerimos que la reglamentación considere la existencia y organización de comités que agrupen a los distintos grupos políticos e independientes en la Convención, pues ello facilita el trabajo en la misma y la coordinación con la Mesa, además de favorecer la articulación de acuerdos.

I. Del Pleno

El Pleno es la instancia que reúne a los 155 convencionales constituyentes. A nuestro juicio, el reglamento debiera radicar en el Pleno las siguientes funciones:

a. Conocer y aprobar las normas de la propuesta de nuevo texto constitucional, lo que incluye las propuestas que vayan surgiendo de las comisiones temáticas y de la comisión técnica y armonizadora, por un quórum de 2/3 de sus miembros en ejercicio.

b. Conocer y aprobar el reglamento de la Convención, por un quórum de 2/3 de sus miembros en ejercicio.

c. Conocer y aprobar, por el quórum que los convencionales determinen en el reglamento, las demás materias que le encomiende el reglamento tales como la integración definitiva de las comisiones temáticas, técnica o de armonización, de participación y otras comisiones, etc., la conformación de la Secretaría Técnica, etc.

II. Presidencia, Vicepresidencia y Mesa de la Convención

Conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución, la Convención cuenta con un presidente y un vicepresidente. Pese a que la Constitución no lo establece en forma expresa, a nuestro entender de su lectura se sigue que solo estos cargos conforman la Mesa de la Convención. Las mejores prácticas de experiencias comparadas[4] dan cuenta de la conveniencia de que la Mesa pueda ser asistida en su tarea de gobernanza por un grupo más amplio de convencionales, para efectos de considerar las distintas visiones representadas en la Convención, además de contar con un secretario general. Así estimamos que, independiente de lo ocurrido hasta ahora, el reglamento pudiera prever que, además del presidente y el vicepresidente de la Convención, la Mesa cuente con un comité o grupo de apoyo -una suerte de comité directivo- permanente compuesto por un representante (jefe) de cada uno de los comités políticos y de independientes que se conformen. Podrían eventualmente integrar el comité de apoyo a la Mesa las presidentas o presidentes de las comisiones temáticas y orgánicas y el secretario general de la Convención (con derecho a voz), de manera de contribuir en la decisión de la agenda y demás cuestiones pertinentes a la Mesa[5].

[4] *Por ejemplo, el artículo 3 del Reglamento del Consejo Constitucional de Islandia (2011), establece que "el presidente, el vicepresidente y los presidentes de los comités temáticos, tras las elecciones previstas en el artículo 2 (elección de los presidentes de los comités), formarán el comité directivo del Consejo Constitucional" (el paréntesis es nuestro). En un sentido similar, como ha informado, entre nosotros, Lucas Sierra, "la AC de Colombia tuvo una Presidencia compuesta por tres personas con las mismas atribuciones y que debían actuar de consuno. Además, esta Presidencia junto a los presidentes de las comisiones en que se dividió el trabajo de la Asamblea, formaban una "Comisión de la Mesa" con el objeto de supervisar la marcha general del órgano". Sierra, Lucas, Estructura de Asambleas Constituyentes en América Latina: ¿Qué se puede aprender?, Punto de Referencia, Centro de Estudios Públicos, año 2020.*

[5] *Esto sustentado en que la Constitución no regula las funciones de la mesa, ni menos aún, y cómo es evidente, la forma en que funciona o adopta sus acuerdos.*

La Mesa de la Convención debiera liderar los siguientes procesos fundamentales para lo cual deberá actuar de consuno con el comité de apoyo:

a. Dar fiel cumplimiento al plan de acción y plazos acordados por el Pleno para elaborar el reglamento.

b. Proponer al Pleno, por escrito y con la debida antelación, las propuestas de candidato(a)s para ocupar el cargo de secretaria o secretario general de la Convención, que, como ya fue planteado, estimamos sería conveniente que el reglamento creara. Asimismo, y conforme al planteamiento que al efecto hagan los comités, proponer al pleno los candidato(a)s para conformar la Secretaría Técnica de la Convención. Conformada la Secretaría Técnica, deberá también liderar el proceso de contratación de las y los profesionales y administrativos o administrativas de la Secretaría Técnica y de la Convención y sus comisiones.

c. Proponer al Pleno, por escrito y con la debida antelación y conforme al planteamiento que al efecto hagan los comités -que deberán conformarse- y lo que acuerde la comisión provisoria de reglamento, las comisiones definitivas y la integración de cada una de ellas.

d. Proponer al Pleno, por escrito y con la debida antelación, un mecanismo de organización y de dirección del funcionamiento de la Convención, de acuerdo con las reglas establecidas en la Constitución y el reglamento, y sin perjuicio de las facultades de la Comisión de Orden Interno y Reglamento cuya creación proponemos más abajo.

e. Cuidar por la observancia del reglamento y de la Constitución en las sesiones del Pleno y en su actuar como Mesa.

Asimismo, entendemos que durante el funcionamiento de la Convención, **corresponderá a la Mesa:**
a. Determinar la orden del día del Pleno (con la colaboración del comité de apoyo permanente que mencionábamos más arriba).

b. Presidir, abrir, suspender -por causa fundada- y clausurar las sesiones del Pleno, con pleno conocimiento previo de los convencionales sobre la extensión u horarios de funcionamiento de las sesiones.

c. Cuidar que se lleve fiel registro de lo sucedido en las sesiones del Pleno y de las votaciones.

d. Mantener el orden en la sala del Pleno. Hacer despejar las tribunas cuando los asistentes a ellas falten al orden, etcétera.) y pedir el auxilio de la fuerza pública, ordenando el uso de ella para conservar o restablecer el orden, la seguridad, el respeto y la libertad al interior de la Convención.

Por su parte, **corresponderá al presidente de la Convención:**

a. Representar a la Convención en todos sus actos.

b. Dirigir el debate, velando por que se alternen en la discusión convencionales oradores que representen distintas tendencias, posiciones u opiniones, derecho que en todo caso deberá quedar establecido en el reglamento. En las sesiones del Pleno, corresponderá al presidente otorgar el uso de la palabra cuidando porque todos los sectores representativos de distintas corrientes políticas e independientes en la Convención participen del debate en condiciones de igualdad, y cuidando que les asista a ellos su derecho de usar la palabra, fundar su posición y votar.

III. De las Comisiones

Tipos de comisiones. El reglamento debería definir una estructura de funcionamiento en comisiones. Las comisiones son los organismos colegiados compuestos de un número determinado de convencionales, cuya función primordial es el estudio pormenorizado y especializado de cada una de las materias a tratar en ella y que, por disposición del reglamento, son sometidas a su conocimiento. En esta línea, tienen por objeto dedicarse a resolver cuestiones de su competencia, tales como (i) asuntos relativos al buen funcionamiento de la Convención (comisiones orgánicas, tales como la de participación, transparencia, etc.) y otras (ii) a deliberar, proponer y aprobar las propuestas de texto constitucional en las diversas temáticas o capítulos bajo su competencia, propuestas que se plasmarán en informes especializados escritos, para someterlos a la discusión y aprobación, en general y particular, del Pleno (comisiones temáticas y técnica o de armonización).

Integración y reemplazo. Las comisiones deben estar integradas por el número de convencionales que defina el reglamento. En todo caso, el reglamento debiese contemplar que los comités de convencionales deben estar representados en las comisiones por un número proporcional al número de convencionales con que cuenten.
Como ya se señaló, los miembros de las comisiones definitivas debieran ser elegidos por la Convención a propuesta de la Mesa, previa propuesta de los comités (a los que nos referimos más abajo). La propuesta no tendrá discusión, y si no se pide votación, se dará tácitamente por aprobada. Designados los miembros de las comisiones, podrá hacerse su reemplazo a propuesta del respectivo jefe de comité. Dicho cambio deberá contar sólo con la autorización de la Mesa, si fuese permanente, o por el secretario de la comisión respectiva, si tuviere el carácter de transitorio, y puede proponerse hasta el instante mismo anterior al de iniciación de la sesión de la comisión correspondiente.
Funcionamiento. El reglamento deberá regular el funciona-

miento operativo de las comisiones, el quorum para sesionar, el procedimiento para deliberar y votar las materias que en ellas sean consideradas, las condiciones para un posible funcionamiento conjunto (comisiones unidas), entre otras.

Como decíamos, en cada una de las comisiones se debe asegurar una representación proporcional de las fuerzas políticas e independientes[6], pudiendo además y considerando la composición de la Convención, velar para que en su conformación se promueva la equidad de género. En la designación de las presidencias de las comisiones también se deberá atender a los principios de integración plural, considerando las fuerzas políticas e independientes que integran la Convención.

Propuesta comisiones. Sobre la base de lo anterior, proponemos contemplar las siguientes comisiones[7]:

A. COMISIONES ORGÁNICAS:

i. Comisión de orden interno, transparencia y reglamento: esta comisión debiera tener la supervisión de la Secretaría Técnica y la función de interpretación y resolución de controversias internas en la aplicación del reglamento, sin perjuicio del rol que le cabe a la Corte Suprema y del derecho de los convencionales de recurrir ante ella, conforme a la Constitución.

Se sugiere que el reglamento considere, entre las funciones de esta comisión, las siguientes:

- Proponer un *Plan de Trabajo de la Convención* para que la Mesa lo someta a consideración del pleno.
- *Implementación y resolución de controversias* -sin perjuicio de las facultades de la Corte Suprema- y dudas interpretativas respecto del reglamento y sus modificaciones, las que tendrán el carácter de vinculantes, debiendo ser aprobadas por 2/3.
- *Administrar los recursos de la Convención*, en coordinación con el Comité Externo de asignaciones que deberá administrar éstas últimas. En efecto, la comisión de presupuesto que la Convención estaría acordando crear en sus primeras sesiones podría subsumirse en esta comisión.
- Velar por la instalación y *supervisar el trabajo de la Secretaría Técnica.*
- Implementar las reglas que el reglamento determine para *cumplir con la debida transparencia en la labor de la Convención y el acceso a la información pública* por parte de los ciudadanos. Así, esta comisión debiese velar porque técnica y operativamente se disponibilicen en el sitio web de la Convención las actas de las sesiones del Pleno y comisiones, el registro de votaciones, las propuestas que se sometan a la consideración del pleno y comisiones, y los demás documentos que corresponda. También resolver las solicitudes de acceso a la información de que sea objeto.

ii. Comisión constitucional técnica o de armonización: sugerimos que exista una comisión que tenga como objeto principal coordinar y sistematizar las propuestas que remita el Pleno tras las votaciones o estudio de éstas, debiendo efectuar las sugerencias del caso, al tiempo de colaborar a destrabar, a través de propuestas, aquellas materias respecto de las cuales no se produzca acuerdo en el Pleno. Por tanto, corresponderá a esta comisión conocer el borrador oficial de propuesta de nueva Constitución en su avance por sus distintas etapas de formación, armonizando el trabajo y las propuestas elaboradas por las diferentes comisiones temáticas y el Pleno.

Se sugiere que el reglamento considere, entre las funciones de esta comisión, las siguientes:

- *Proponer las bases de conciliación o una propuesta de texto para resolver diferencias* al interior de una comisión temática o entre dos o más comisiones temáticas, o en el Pleno. Esto incluye -por ejemplo- la posibilidad de conformar comisiones unidas, subcomisiones, paneles de expertos que puedan coadyuvar en la labor de los convencionales, entre otros, con el objeto de resolver dichas controversias[8].
- *Elaborar un informe técnico* (que incluye revisiones y propuestas de mejoras) respecto de los informes de cada comisión temática, debiendo exponerlos ante el Pleno. Estos informes deben incluir las propuestas que hayan sido presentadas por las minorías para la consideración del pleno.
- *Redactar el texto definitivo* de propuesta de nueva Constitución.

---

[6] *Ello se puede materializar, por ejemplo, en que cada partido, pacto político o agrupación de independientes tuviese derecho a que sus representantes integren las comisiones temáticas y orgánicas que se formen, en la misma proporción que representen respecto del total de convencionales.*

[7] *Sin perjuicio del resto de las comisiones accidentales o con cometidos especiales, subcomisiones y de los comités que se formen durante el funcionamiento de la Convención.*

[8] *Se trata de recoger la experiencia de las comisiones mixtas en el proceso legislativo, pero con la posibilidad de proponer los más amplios instrumentos para alcanzar acuerdos, sea sustantiva o procedimentalmente.*

- *Contar con amplias facultades respecto de las comisiones temáticas.* Como ya se dijo, puede usar diferentes herramientas para resolver las controversias que se susciten.

iii. Comisión de comunicaciones y participación ciudadana: encargada de elaborar, someter a aprobación y supervisar un programa de difusión, consulta y comunicación con la ciudadanía. Asimismo, debe hacer lo propio con el mecanismo de participación ciudadana incidente -no vinculante- de la Convención que se especifique en el reglamento. Además, debiese contemplar instancias de participación remota o electrónica en que la ciudadanía hace propuestas, ocupándose esta comisión de recibir, canalizar y sistematizar todas estas propuestas y hacerlas llegar a las comisiones temáticas correspondientes, según se desarrolla más adelante.

iv. Comisión de ética: entre sus funciones, estimamos relevantes las siguientes:

- Elaborar y proponer, al Pleno, en el marco del reglamento, un *Código de Conducta de la Convención*, que contenga las políticas dirigidas a orientar y promover la observancia del principio de probidad en el comportamiento de las y los convencionales y las sanciones del caso, velando porque se dé cumplimiento, entre otros principios, al principio de proporcionalidad.
- *Implementar ese Código de Ética.*
- *Conocer, resolver y hacer cumplir las sanciones* que en ese Código se contemplen en caso de infracción, debiendo el proceso sancionatorio en todo caso cuidar por el resguardo de la bilateralidad de la audiencia, derecho a defensa y demás principios del debido proceso.
- *La conducta de la Mesa podrá ser reclamada* en el marco de esta normativa. Si se acogiere la reclamación, se producirá de inmediato la vacancia de todos los cargos y se procederá a elegir nueva mesa en la siguiente sesión ordinaria. Lo mismo será aplicable respecto de la conducta del presidente de una comisión.

B. COMISIONES TEMÁTICAS O TÉCNICAS:

Todo convencional deberá participar en al menos una comisión temática, y éstas deben estar integradas proporcionalmente por miembros de todas las fuerzas políticas e independientes en la Convención. La conformación definitiva de cada comisión será aprobada por el Pleno a propuesta de la Mesa, la que a su vez debe recibir la propuesta de los comités.

Sugerimos la conformación de las siguientes comisiones temáticas:

i. Comisión de bases fundamentales de la República, nacionalidad y ciudadanía.

ii. Comisión de derechos, deberes y garantías.

iii. Comisión de régimen de gobierno, poderes ejecutivo, legislativo y judicial, órganos constitucionales autónomos y procesos electorales (incluyendo justicia electoral y justicia constitucional)[9].

iv. Forma jurídica del Estado, descentralización y gobiernos regionales y locales.

v. Comisión de reforma y revisión total de la nueva Constitución.

Esto sin perjuicio, como ha sido dicho, de las facultades de la comisión de armonización o técnica de conformar comisiones unidas, subcomisiones, paneles de expertos, o de adoptar otras medidas, tendientes a superar desacuerdos o resolver controversias.

IV. De los Comités

Como decíamos, sugerimos que los distintos grupos políticos e independientes presentes en la Convención se organicen en comités. Los comités son los organismos que, constituidos de conformidad al reglamento, agrupan a un número de convencionales a través de su jefe (de comité). Entre otras funciones, permiten facilitar la relación de la Mesa con los convencionales, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Cada comité debiera tener un jefe que es el convencional que representa a ese comité en particular. El reglamento debiera establecer la reunión de los jefes de comités con la Mesa de manera que en esa instancia se determinen las materias a tratar y la tabla de las cuestiones a votar, así como el orden de estas. Los comités podrán incorporar cambios a la tabla propuesta por la Mesa. Con ello, los comités permiten no solo una mejor coordinación de la Mesa con los grupos de convencionales, sino que constituyen también un resguardo de los derechos de todos los grupos (todos minoritarios) que componen la Convención. De esta manera, la tabla que servirá para el Orden del Día de las sesiones ordinarias será formada semanalmente por la Mesa y la unanimidad de los comités, quienes podrán modificarla del mismo modo. La Mesa formulará una propuesta que servirá de

[9] *Esta comisión bien podría funcionar en dos subcomisiones dada la importancia y volumen de materias a cubrir.*

base para su formación. Sin perjuicio de las normas provisorias que han operado a la fecha, la tabla para el Orden del Día deberá darse a conocer a los convencionales, a lo menos, con 24 horas de anticipación al inicio de la sesión. De esta manera, corresponderá especialmente a los comités dar su aprobación a las propuestas de las tablas que servirán de base para fijar el orden del día.

Para fines de transparencia y de confianza mutua en la Convención, de los acuerdos de los comités se debe dejar constancia por escrito y ser firmados, después de cada reunión, por el presidente de la Convención y por el secretario. Por tanto, deben ser públicos los acuerdos adoptados por los comités, así como los antecedentes considerados y la asistencia de los jefes de comités a las sesiones de estos.

Asimismo, y dentro del marco del debido proceso, los Comités no podrán adoptar acuerdos sino en el curso de sus sesiones. Cuando se trate de un caso de urgente resolución, y siempre que se cuente con el voto favorable de todos los jefes de comités, podrá adoptarse un acuerdo mediante la suscripción del documento en que conste, el que deberá ser refrendado por el presidente de la Convención y autorizado por el secretario. Dichos acuerdos permanecerán bajo la custodia del Secretario.

Los acuerdos de los comités debieran ser adoptados por una mayoría alta (de 2/3, por ejemplo). Si ello no ocurre, debiera existir una regla que permita al 10% de los convencionales poner un tema sobre tabla o pedir la alteración de la tabla, de tal forma que, con el solo cumplimiento de dicho porcentaje, se de a lugar a la solicitud.

Finalmente, y como decíamos, los comités también debieran incidir de manera vinculante en la composición/integración de la Secretaria Técnica, proponiendo los nombres a tal efecto, en forma proporcional y, en los miembros integrantes de las distintas comisiones.

V. Comité Externo de Asignaciones

Además de estas comisiones (que la Convención puede instituir), en el reglamento se debe determinar un Comité Externo de Asignaciones, que será el encargado de administrar las asignaciones que se establezcan en el mismo reglamento, todo ello conforme indica la Constitución.

VI. Secretaría Técnica

El inciso 5° del artículo 133 de la Constitución dispone que la Convención deberá constituir una Secretaría Técnica, la que será conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional.

Entendemos la Secretaría Técnica como un órgano colegiado, que estará bajo la supervisión de la comisión de orden interno, transparencia y reglamento, y cuya principal labor será la asesoría autónoma, neutral y técnica en todos aquellos asuntos jurídicos de corte administrativo y presupuestario que requieran tanto la Convención como los convencionales.

En ese contexto, se sugiere que el reglamento considere, entre las funciones de la Secretaría:

a. Elaborar la propuesta de plan de trabajo que la Comisión de orden interno, transparencia y reglamento deberá proponer al Pleno.

b. Cumplir o coordinar el cumplimiento de las instrucciones de la Comisión de orden interno para la ejecución de los recursos de la Convención en lo que sea pertinente (salvo las asignaciones, administradas por el Comité Externo de asignaciones).

c. Velar por que las y los convencionales cuenten con los apoyos técnicos necesarios para un adecuado desempeño de su función y rendir cuenta pública del uso de los recursos.

d. Recibir, organizar y derivar a las respectivas comisiones temáticas las propuestas de los convencionales.

e. Designar, capacitar y coordinar el trabajo de las y los secretario(a)s de cada una de las Comisiones y del Pleno.

VII. Procedimiento de discusión y votaciones

A continuación, se exponen dos posibles alternativas de procedimientos de discusión y votaciones para ser contemplado en el reglamento, por etapas de la discusión.

ALTERNATIVA 1[10]

La Mesa Directiva deberá proponer al Pleno un plazo prudencial (30 días desde la instalación de la Secretaría Técnica, 45 días desde la instalación de la Convención) para que los y las convencionales presenten sus propuestas constitucionales.

A. PRIMERA ETAPA. PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN TEMÁTICA

Las comisiones temáticas tendrán un plazo de 120 días desde su entrada en funcionamiento para evacuar el primer informe. Los borradores de informes deben ser redactados por la secretaria abogada o el secretario abogado de cada una de las comisiones y no se permitirá la presentación de propuestas alternativas. Este deberá ser aprobado por un quórum de consenso suficien-

[10] *"Reglamento de la convención constitucional bases conceptuales y propuestas" José Francisco García, Sergio Verdugo, Paulina Lobos, y otros, Horizontal, 21 de julio de 2021.*

te, referido a que todos los grupos políticos representados deben participar de la aprobación de la propuesta de que se trate, independiente del quórum.
El primer informe que emitan las comisiones temáticas deberá contener:

- Antecedentes generales.
- Individualización de los informes requeridos y las personas e instituciones citadas que expusieron ante la comisión, y participación ciudadana.
- Transcripción de las principales opiniones manifestadas en el debate (incluyendo aquellas referidas a los insumos de la participación).
- Informes de las subcomisiones, en caso de existir.
- Resultados de todas las votaciones.
- El texto de el o los capítulos que conforman la propuesta en forma de articulado.

Cada comisión deberá designar al convencional informante o ponente ante el Pleno.
La Secretaría Técnica será la encargada de enviar a las y los convencionales cada uno de los primeros informes en un plazo máximo de 48 horas.

B. SEGUNDA ETAPA. PRIMERA LECTURA EN EL PLENO

Una vez presentado el primer informe de cada una de las comisiones temáticas y debidamente enviados a todas las y los convencionales, se reunirá el Pleno para dar la primera lectura de cada uno de ellos de manera conjunta y sucesiva. Esta etapa debiese durar 30 días.
La aprobación general de cada uno de los primeros informes se realizará una vez que se hayan discutido todos ellos, en una votación separada pero sucesiva. Se podrá siempre solicitar a la Mesa Directiva la votación separada de aspectos específicos de cada informe.
Para la aprobación de cada primer informe en el Pleno, se requerirá el voto favorable de 2/3 de las y los convencionales en ejercicio.
Si no se alcanza el quórum de 2/3, el informe se entenderá rechazado. La comisión temática respectiva tendrá un plazo de 10 días para presentar un nuevo primer informe. En caso de volver a ser rechazado, la Comisión de Armonización propondrá un texto sustitutivo por 2/3 de las y los integrantes de dicha comisión para ser aprobado por el Pleno también por 2/3 de sus integrantes en ejercicio.

C. TERCERA ETAPA. COMISIÓN DE ARMONIZACIÓN ELABORA PRIMER BORRADOR DE AVANCE DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN E INFORMES POR CADA COMISIÓN. SE ABRE EN PARALELO UN PERIODO DE INDICACIONES E HITO FINAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Una vez que se hayan aprobado todos los primeros informes de las comisiones temáticas por parte del Pleno, la Comisión de Armonización tendrá un plazo de 15 días para publicar el primer borrador de avance de la propuesta de nueva Constitución.
En paralelo, con el apoyo de la Secretaría Técnica, evacuará su informe respecto de los primeros informes de cada comisión temática (considerando las modificaciones introducidas en la discusión en el Pleno para su aprobación), proponiendo las recomendaciones no vinculantes pertinentes.
Asimismo, durante este plazo de 15 días, se abrirá el periodo para presentar indicaciones ante las comisiones temáticas.
Finalmente, y tras la publicación del primer borrador de nueva Constitución por parte de la Comisión de Armonización, y en paralelo al comienzo de la discusión de la cuarta etapa de elaboración del segundo informe de las comisiones temáticas, se abrirá un periodo de revisión y comentarios para la ciudadanía del mismo por un plazo de 30 días, en el hito final de participación ciudadana del proceso antes del plebiscito ratificatorio.

D. CUARTA ETAPA. SEGUNDO INFORME DE LAS COMISIONES TEMÁTICAS

Tras la aprobación en el Pleno del primer informe y concluido el plazo para presentar indicaciones, las comisiones temáticas tendrán 60 días para elaborar el segundo informe.
Este deberá contener:
Transcripción de las principales opiniones manifestadas en el debate.

- Un comparado de los artículos suprimidos, modificados y nuevos.
- Las indicaciones rechazadas.
- Resultados de todas las votaciones.
- Informes de las subcomisiones y/o comisiones unidas.
- El texto de el o los capítulos o artículos que conforman la propuesta.
- El Informe técnico de la Comisión de Armonización entregado a la comisión respectiva y la forma como fueron abordadas sus recomendaciones.
- Mecanismos y formas utilizadas para considerar los comentarios de la ciudadanía al primer borrador de nueva Constitución en lo pertinente a la comisión.

Cada comisión deberá designar a una o un convencional informante o ponente para justificar su propuesta en lo pertinente (ver quinta etapa).
La Secretaría Técnica será la encargada de enviar a cada convencional cada uno de los segundos informes en un plazo máximo de 48 horas.

E. QUINTA ETAPA. COMISIÓN DE ARMONIZACIÓN ELABORA SEGUNDO BORRADOR DE NUEVA CONSTITUCIÓN PARA DISCUSIÓN DE SEGUNDA LECTURA EN EL PLENO

Una vez evacuados los segundos informes de cada comisión, existirá un plazo de 15 días para que la Comisión de Armonización, con ayuda de la Secretaría Técnica, elabore el segundo borrador de propuesta de nueva Constitución, sobre la base de una estructura en capítulos y artículos.
La Secretaría Técnica será la encargada de enviar a cada convencional el segundo borrador de propuesta de nueva Constitución en un plazo máximo de 48 horas.

F. SEXTA ETAPA. SEGUNDA LECTURA EN EL PLENO

En segunda lectura ante el Pleno se presentarán tanto el segundo informe por una o un convencional de la comisión temática respectiva, así como la ponencia de un miembro de la Comisión de Armonización por cada capítulo de la propuesta de nueva Constitución.
Con todo, la discusión en el Pleno se dará sobre la base de cada capítulo y sus artículos específicos. Cada capítulo deberá ser votado como un todo y aprobado por 2/3 de los y las convencionales en ejercicio. En esta etapa no se podrán introducir indicaciones como tampoco solicitar votación separada de los artículos.
Una vez aprobados se remitirá a la Comisión de Armonización para que elabore el informe consolidado y la propuesta de texto definitivo de nueva Constitución, teniendo amplias facultades para sistematizar y coordinar el texto.

G. SÉPTIMA ETAPA Y FINAL: ELABORACIÓN DE PROPUESTA FINAL EN COMISIÓN DE ARMONIZACIÓN

En un plazo de 15 días desde la aprobación de todos los capítulos de la propuesta de nueva Constitución, la Comisión de Armonización, con el apoyo de la Secretaría Técnica, elaborará una propuesta de nuevo texto constitucional, para ser entregada por la presidenta de la Convención a la Presidenta o al Presidente de la República para ser sometido a plebiscito ratificatorio.
La Comisión de Armonización, con el apoyo de la Secretaría Técnica, elaborará un informe final consolidado (equivalente a la figura de Historia de la Ley).

2.ALTERNATIVA 2

No obstante el proceso antes expuesto, existen otras alternativas de procesos similares que también sugerimos explorar. **El profesor S. Soto, por ejemplo, propone un procedimiento de toma de decisiones con votaciones circulares** que resulta consistente con el propósito de dar coherencia al texto y el de alcanzar los necesarios acuerdos. Con ello, busca suplirse la principal diferencia de la Convención con el Congreso: el hecho de ser unicameral, y no contar por tanto con una cámara "revisora".
En el modelo propuesto por S. Soto existe una alta iteración entre lo que van acordando las comisiones temáticas y el pleno con la llamada comisión "técnica" o de revisión, la que hace las veces de filtro de las propuestas ante el plenario, y que en su modelo cobra gran relevancia. En su propuesta, **la comisión técnica revisora cumpliría un rol parecido al de las comisiones mixtas en el Congreso** (que resuelven diferencias entre cámaras para destrabar conflictos y resolver tensiones), además de darle coherencia a los textos. Será esa comisión, en este modelo, la que intentaría aunar a todos los sectores para llegar a acuerdos en temas trascendentales, sin perjuicio de la colaboración que a nuestro juicio debe brindar la Secretaría Técnica, y también a la mesa directiva.
Así, en el procedimiento circular propuesto por el profesor Soto, las comisiones debieran enviar sus textos concordados al Pleno para una primera aprobación en general. Si se rechaza el texto, éste debe volver a la comisión del caso la que deberá presentar otra propuesta y así hasta conseguir la aprobación en general del pleno. Luego, en la discusión en particular y tras producirse el acuerdo, las comisiones irán enviando sus propuestas al Pleno hasta que el Pleno estime que la propuesta está en condiciones de texto definitivo. **Los textos aprobados por el Pleno debieran ir a la comisión técnica o revisora y cuando cuenten con el informe final de ésta, debieran volver al Pleno, el que deberá pronunciarse con regla de apruebo o rechazo** (como la regla que opera hoy en el Congreso cuando salen los textos de la comisión mixta). Aún en el caso que se rechacen, estos pueden volver a la comisión técnica en búsqueda de un nuevo acuerdo hasta que venza el plazo fatal de funcionamiento de la Convención. **En todas las votaciones en el plenario debe correr la regla de 2/3 de los miembros en ejercicio**, incluida la eventual votación final que se refiere a todos los textos acordados de esta manera.

3.APLICACIÓN "SUBSIDIARIA" DEL REGLAMENTO DE LA CÁMARA Y EL SENADO

Mas allá de la exposición de estos procedimientos, el reglamento debe regular el día a día del trabajo de los convencionales, incluyendo materias como la periodicidad de las sesiones, la notificación de las sesiones con la debida antelación, la forma de pedir y usar la palabra, reglas de conducta aplicables a los convencionales y de comportamiento en los debates, entre otras materias. Sobre estos puntos en particular **un buen precedente puede encontrarse en los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado**, sin perjuicio de las adaptaciones que haya que efectuar, propias de las particularidades de la Convención,

que sesionará -además- en un contexto de pandemia, cuestión que presenta diversas complejidades (tanto de funcionamiento como para generar capacidad de diálogo y amistad cívica).
Ahora bien, aun cuando los reglamentos de la Cámara y del Senado son útiles para ilustrar sobre esas y otras materias, en otros tópicos, tales reglamentos no resultan particularmente ilustrativos por las diferencias con el proceso legislativo, y porque la Convención es un órgano unicameral que debe intentar llegar a acuerdos en el plazo máximo que tiene para funcionar.

C. Protección de los derechos de las minorías en el reglamento

Ninguna fuerza política o lista (incluyendo la lista de independientes) logró 1/3 en la Convención Constitucional. Individualmente considerados, todos los grupos son una minoría.
A la fecha, es posible advertir que, si bien, para la discusión y posible acuerdo de algunas de las materias a debatir en la Convención se formarán "pactos" o habrá acuerdos entre varias de esas minorías que les permitan configurar un bloque relevante, esos pactos no serán estables o pétreos. Vale decir, presumiblemente no se mantendrán fijos para todas las discusiones temáticas, sino que es posible que ellos varíen según la materia a tratar.
En ese entendido, todos los grupos de convencionales que integran la Convención Constitucional, agrupados por listas, son una minoría, y como tales debieran tener interés porque existan a reglas determinadas que resguarden sus derechos como tales.
Dada la gran cantidad de posiciones divergentes e intereses en la Convención, las reglas deben propiciar que se garantice a todos los intervinientes un espacio para debatir, deliberar y expresarse respetuosamente.

I. ¿QUÉ REGLAS SON RELEVANTES Y EN RELACIÓN CON QUÉ MATERIAS RESPECTO DEL RESGUARDO DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS?

1.1 Cumplimiento del marco jurídico vigente

La Convención se gobernará por las normas constitucionales y legales correspondientes y por el reglamento, todas las cuales son obligatorias.
Lo primero que se propone es que el reglamento replique las normas constitucionales que fijan los límites de procedimiento, votación y sustantivos o de fondo a la Convención Constitucional. De todos modos, en caso de que el reglamento no reproduzca esas normas, por ningún motivo ello significa que no son aplicables y oponibles a los convencionales y/o a la Convención. Ellas forman parte del marco jurídico vigente y obligan a los convencionales y a la Convención. Por lo mismo, ninguna norma del reglamento de la Convención (votación, funcionamiento, etc.) puede contradecir o desconocer los límites y exigencias que impone la Carta Fundamental para el funcionamiento de la Convención.

Por su parte, proponemos que *cualquier convencional tenga derecho a pedir la observancia del reglamento* a la Mesa en el plenario, y lo mismo aplica a las comisiones temáticas. Es decir, todo convencional debe tener derecho a pedir la observancia del reglamento al presidente de la Convención o de la comisión del caso, para lo cual deberá citar el artículo o artículos cuya aplicación reclama o referirse a su contenido en forma explícita.
Asimismo, y con el objeto de dar flexibilidad a la aplicación del reglamento, podrá suspenderse el cumplimiento de las disposiciones del reglamento (no de la Constitución o normas legales aplicables), para un caso en particular, en la medida que se cuente con el acuerdo unánime de los convencionales presentes o por acuerdo unánime de los Comités. Estos acuerdos solo regirán para las sesiones en que se adopten y para el caso particular referido.

1.2 Comité de Apoyo a la labor de la Mesa y conformación de Comités

Tal y como señalábamos en la parte orgánica, e independiente de lo convenido hasta la fecha por la Convención, estimamos que la Mesa debe ser apoyada en su labor por un Comité Directivo (cuerpo colegiado) compuesto por todos los jefes de comités de la Convención.
Lo anterior supone la creación e institucionalización de los comités políticos y de independientes que sugeríamos en la parte orgánica.

1.3 Presidencias de Comisiones y reglas del procedimiento.

Respecto de las presidencias de las comisiones, estimamos que sería deseable aplicar *un sistema de presidencias rotativas,* por listas o comités, de manera que sean presididas, por tiempo equivalente, por un miembro de cada comité.
Las comisiones se regirán por las reglas del reglamento y por las reglas establecidas en la Constitución. Estas reglas aplicarán en todo momento, y *sólo podrán ser suspendidas las disposiciones aplicables del reglamento si hay acuerdo unánime de los convencionales* presentes en la comisión (debiendo haber sido citados previamente para aquello). Serán válidos para las comisiones los acuerdos adoptados unánimemente por la Con-

vención o por los Comités en el mismo sentido. Sólo por la unanimidad de los convencionales presentes en la comisión podrá revocarse un acuerdo previo válidamente adoptado.

Asimismo, para efectos de transparencia y del debido proceso, *los acuerdos sobre cuestiones generales de procedimiento que dejen sin efecto una norma reglamentaria deberán llevarse en un registro público por la secretaría de la comisión.* Esos acuerdos cesarán en su vigor en la sesión siguiente a aquélla en que cualquier convencional miembro de la comisión haga constar su oposición, lo que no afectará en modo alguno a los actos ya ejecutados en su virtud.

En las comisiones, a proposición de un miembro de ella, podrá reabrirse, si se acuerda por todos los miembros presentes, el debate sobre alguna disposición despachada, siempre que no se hubiere dado cuenta del informe respectivo al Pleno.

1.4 Procedimiento para sesionar, para el debate y votaciones.

El reglamento debe contemplar diversos resguardos en la materia, no solo de cara a la protección de las diversas minorías presentes en la Convención, sino que también en aras de dar cumplimiento a los principios democráticos.

Entre otros, el reglamento debe contemplar *que las citaciones a sesiones se hagan por escrito y con la debida antelación*, en nombre del presidente de la Convención o de la comisión respectiva, por el secretario de aquélla o ésta, según corresponda. Para los efectos de las citaciones, los convencionales deberán comunicar y registrar sus domicilios y sus correos electrónicos en la Secretaría Técnica.

Deberá haber *un boletín de sesiones*, escrito y público (puesto a disposición en el sitio en internet de la Convención) con nómina de los asistentes; el sumario, el texto del debate y el resultado nominal de cada votación; un *sumario de los documentos* de que se haya dado cuenta con especificación del trámite o resolución recaído en cada uno de ellos; y la *transcripción del texto sometido a votación y modificaciones*, de los oficios del Presidente de la República, de los ministros de Estado, del Poder Judicial, y del Congreso o sus Corporaciones u otras autoridades y organismos autónomos constitucionales, recaídos en el texto en votación o discusión, de acuerdo o de resolución y de los informes de comisiones, así como una mención de los oficios que la Convención despache.

Las proposiciones de textos a discutir deberán presentarse por escrito, y cada una de sus disposiciones debe consignarse en artículo separado, las que deberán subirse al sitio en internet de la Convención. Deberán contar con la firma de no más de 10 convencionales. En un vínculo especial, creado para tal efecto, se indicará el nombre de los autores de la proposición, el título de que trata la iniciativa, su fecha de presentación, el número de proposición y la comisión en la que ha quedado radicado.

Quorum para sesionar en Plenario y comisiones: sugerimos que pueda sesionar con un quorum de 50% de sus miembros en ejercicio. En todo caso, el Presidente de la Mesa deberá citar a sesión cuando lo estime necesario, lo acuerde la Convención o lo solicite por escrito a lo menos el 10% de sus miembros.

Quorum para acuerdos en el Plenario: 2/3 de los convencionales en ejercicio en cada votación que allí tenga lugar (informes de las comisiones temáticas, en general y en particular, así como los informes de la comisión técnica o de armonización).

Quorum para adoptar acuerdos en comisiones: Podría ser mayoría en ejercicio, no obstante, y a fin de resguardar el derecho de las minorías, el informe de la comisión, que conocerá posteriormente el plenario, deberá consignar siempre los fundamentos, propuestas y votaciones de las minorías que han sido rechazadas en la comisión del caso. **Es decir, debe ir acompañado de un informe que dé cuenta del resultado y propuestas de la minoría, teniendo un representante de esa minoría derecho a exponer y presentar ante el pleno la posición y propuesta.**

Asimismo, el informe que conocerá el Pleno debe contener, además, *la segunda propuesta o formulación más votada para su discusión,* no solo la propuesta aprobada por la comisión, la que se deberá ser expuesta por un convencional que represente esa postura y someterse a votación en caso de que la propuesta mayoritaria no reúna el quórum necesario de 2/3.

Indicaciones: Proponemos que exista un plazo común para presentar indicaciones, tras la aprobación en general de un texto por la comisión y por el plenario. El plazo debiera ser común para todos los convencionales –no solo para los de la comisión (tal y como opera hoy en el Senado)– y deben insertarse todas las indicaciones en un boletín de indicaciones.

No obstante, *en la votación en particular, en el Pleno podría establecerse una regla para renovar indicaciones estudiadas y rechazadas por la comisión,* pudiendo incluso dejarse abierta la posibilidad a la presentación de cualquier indicación, salvo que resten pocos meses de funcionamiento de la Convención, en cuyo caso podría aplicar que solo se renueven indicaciones rechazadas. Sin embargo, una vez que sea la Comisión Técnica o Armonizadora la que emita los informes al pleno (esto es, ya aprobados en particular por el pleno los informes de las comisiones temáticas) no se podrán hacer indicaciones, como el efecto de las comisiones mixtas en el Congreso o a lo más renovar las rechazadas por el pleno.

Solicitud de votaciones separadas: Sugerimos admitir la votación separada de artículos o incisos de artículos, tanto en la comisión como en el plenario, para dar más flexibilidad. Esta votación separada puede ser solicitada por el 10% de los convencionales.

Mas de una discusión en particular: En el caso del procedimiento circular, si en la votación en particular, en el pleno, el texto sufre modificaciones importantes en dicha instancia, sugerimos que pueda volver a la comisión para ser nuevamente estudiado en profundidad, cuestión que puede ser solicitada por el 10% de los convencionales, pudiendo reabrirse el plazo de indicaciones. Esto se repite hasta que el Pleno lo envía a la fase final, esto es, a la comisión técnica, la que va consolidando todo lo que llega y prepara los informes con las versiones afinadas que van y vuelven al Pleno.

Reapertura del debate y solicitud que determinadas cuestiones/temas sean conocidas en el pleno de manera conjunta: Podrá ser solicitada por alguno de los jefes de Comités o por 10% de los convencionales.

1.5 Otras cuestiones importantes a considerar

Participación de autoridades en las comisiones temáticas: Es un derecho, de cualquier convencional constituyente, el solicitar que puedan participar las autoridades (ministros de Estado, Subsecretarios, parlamentarios, autoridades de organismos autónomos, técnicos del Estado, servicios públicos, etc.) *en el debate en comisión y en el plenario.* El derecho es irrenunciable y no puede ser abrogado por una mayoría.

Realización de audiencias: Cada convencional podrá proponer que distintos personeros, expertos, autoridades, representantes de la sociedad civil, centros de estudios, etc. que tengan interés en la materia, sean recibidos en la comisión, en audiencia de a lo menos una hora de duración, para escuchar sus opiniones o la posición de las instituciones o entidades que representan. Estas audiencias se harán hasta antes de la votación en general del proyecto, por inscripción en la secretaría de la comisión y por el tiempo que para el solicitante se fije. En caso de haber más de un participante, el tiempo se deberá dividir en fracciones iguales entre los expositores. **Ni aún por asentimiento unánime se podrá alterar esta regla.** Asimismo, podrán solicitar que esa opinión fundada sea remitida por escrito a la comisión.

Consignar expresamente en el reglamento que la Convención puede apoyarse en otros organismos del Estado: Cualquier convencional podrá solicitar tanto en plenario como en comisiones la colaboración de los distintos organismos del Estado en la materia que se trate. Es un derecho irrenunciable de los Convencionales que no podrá ser abrogado por mayoría.

D. Mecanismos de participación en la Convención Constitucional

1. Participación ciudadana

A continuación, nos referiremos a los medios institucionales (con recursos propios de la Convención) que podrían disponerse para asegurar que todos los chilenos tengan la misma oportunidad de ser escuchados y participar del proceso constituyente. Estas opciones no contemplan lo que lleven a cabo convencionales en sus territorios.

1.1 Principios que debieran inspirar a la Convención al normar por esta materia

A. Participación igualitaria y libre.

B. Participación inclusiva, abierta a todos.

C. Participación consultiva y procesos participativos incidentes, no vinculantes.

D. Representatividad.

1.2. Aspectos centrales

Más allá de los diversos mecanismos posibles para convocar a la ciudadanía a participar bajo los principios antes expuestos, es importante destacar algunos aspectos relevantes:

a. Se debe establecer una forma clara y transparente bajo la cual se sistematicen los resultados de las diferentes instancias de participación, adoptando una metodología que disminuya posibles sesgos.

b. Durante la instalación de la Convención, y como hemos sugerido, es posible que se establezca una comisión de participación que se preocupe de sistematizar las propuestas e inquietudes de la ciudadanía. Este órgano posiblemente pueda recorrer el país, siguiendo en todo caso el mecanismo institucionalizado de participación (mencionado anteriormente), mientras el resto de las comisiones operan para dar forma a las normas básicas de funcionamiento.

c. Se debe velar por la igual participación de grupos minoritarios. Es clave aquí incorporar a personas que no suelen participar en estas instancias por diversos motivos o que tienen una participación menos intensa. Para ello, una alternativa es desarrollar vínculos con instituciones educativas y perseverar en un espíritu de escucha activa.

d. Se debe velar por una transparencia total de la agenda de la Comisión de participación como la de los convencionales en la materia.

e. Es esencial establecer límites y pautas concretas para ordenar la participación ciudadana, a fin de evitar el desorden y el eventual abuso por parte de grupos o individuos de las instancias de participación.

f. En términos de la participación en comisiones, se debe establecer un principio de pluralidad y defensa de la libermtad de expresión. Como antes señalaremos, todo miembro de las comisiones deberá tener posibilidad de invitar expositores, en un número debidamente establecido.

g. Se deben emplear tanto canales presenciales como virtuales, abriendo espacios para grupos tradicionalmente excluidos.

1.3 Mecanismos A continuación, se exploran algunos mecanismos de participación que la Convención Constitucional podría considerar. Los convencionales podrían gatillar el uso de alguno de estos mecanismos mediante una moción presentada por un grupo de convencionales.

a) Procesos consultivos

- **Paneles Ciudadanos**, los cuales consisten en una gran muestra -estadísticamente representativa- de personas, seleccionadas por variables como edad, sexo, ocupación, entre otras. A estas personas se les preguntaría periódicamente su opinión sobre distintas ideas, temas o propuestas. Es importante que el panel se vaya renovando, para evitar algunos vicios que se pueden generar en el camino.
  - Límite y restricción a número de veces que convencionales pueden pedir esta situación. Panel debe cambiar mensualmente (reemplazo total de integrantes).
  - Junto con ser una buena herramienta para quienes diseñan e implementan políticas públicas, estos paneles tiene un efecto en aumentar el interés de las personas por los asuntos públicos, y mejorar su relación con las autoridades. Países como Inglaterra utilizan este mecanismo, por ejemplo, en la ciudad de Wolverhampton donde se cuenta con un panel de 1.300 ciudadanos que funciona hace 4 años.

b) Procesos deliberativos no vinculantes

- **Seguimiento de opinión deliberativo,** para las cuales se selecciona aleatoriamente a un grupo de entre 250 a 500 participantes, quienes completan una encuesta de opinión al inicio del proceso.
  - Posteriormente, se realizan sesiones en donde los participantes escuchan a diversos expositores atingentes al tema, quienes van dando insu-

mos. En esto, se busca que la información entregada sea lo más balanceada posible. Luego, se realizan sesiones de conversación y discusión en pequeños grupos. Al final del proceso, se les realiza una segunda encuesta donde las personas pueden manifestar su deliberación. Lo interesante de este mecanismo es que en muchos casos los ciudadanos cambian de opinión gracias al proceso de conversación, escuchando otros puntos de vista, ampliando sus perspectivas y formando una opinión reflexiva.

- *Esto permite medir qué tanto cambian las opiniones de las personas cuando cuentan con más información sobre un tema específico, y qué efecto tiene el proceso conversación interpersonal* (Luskin, Fishkin y Jowell, 2002). Otra ventaja de este mecanismo es que ha sido desarrollado explícitamente para *evitar que grupos de interés o presión se tomen los espacios,* siendo indispensable utilizar un método de selección aleatorio con mecanismos de reemplazo eficientes que disminuyan el sesgo de autoselección (Fishkin, 2011). Este mecanismo se ha aplicado en diversas ocasiones, por ejemplo, el año 2000 en Australia para tratar el tema indígena (Luskin, Fishkin y Jowell, 2002). También es interesante el caso de Mongolia, en donde esta metodología sirvió para discutir en torno a 6 propuestas de Reforma Constitucional, en 2017

- **Jurados Ciudadanos.** A diferencia de las DOPs, en este caso se selecciona un número mucho más acotado de personas (de 12 a 24), por lo cual la estratificación es un criterio clave en favor de tener cierta representatividad y/o diversidad. A este grupo de personas, *se les plantea una pregunta sobre un tema controversial o materia específica sobre la cual deberán resolver*, y se reúnen por 4 días a escuchar evidencia de distintas organizaciones.
  - Terminada la etapa de exposiciones, deben emitir un reporte con recomendaciones y su deliberación, el cual es recibido por la autoridad que solicita la constitución de esta instancia. Es importante destacar que suelen haber facilitadores que, desde una perspectiva neutral, permiten que todos los miembros del jurado interactúen de manera equitativa, impidiendo que algunos pocos monopolicen la discusión (Dryzek et al., 2019).
  - Un caso interesante es el que se vivió en Australia, el año 2013, en donde se convocó un jurado ciudadano compuesto por 13 personas, a quienes se les planteó la pregunta respecto a si es aceptable aumentar los impuestos sobre las bebidas gaseosas para combatir la obesidad infantil. Después de un par de jornadas escuchando diversos actores y expertos, este jurado determinó que sí es aceptable la medida, enviando diversas sugerencias al gobierno para implementar políticas públicas en esta línea (Moretto et al., 2014)

c) Procesos Directos

- **Foros Ciudadanos** conformados por ciudadanos seleccionados a través de un proceso aleatorio, las cuales se reúnen con los convencionales de su distrito en una conversación abierta en un lugar público con transmisión simultánea. La idea es que el número de ciudadanos electos sea lo suficientemente grande para que represente a la población y que tengan la oportunidad de hablarle de forma directa y pública a sus convencionales.
  - Un caso ejemplar, aun cuando no idéntico, es el de British Columbia (Canadá) en 2004, donde se seleccionaron de manera aleatoria a 160 ciudadanos de esa provincia, para elaborar una reforma al sistema electoral (Warren & Pearse, 2008).
- **Audiencias Ciudadanas,** mediante petición formal a través de firmas en plataforma con Clave Única, para tener una audiencia sobre temas a plantear con los convencionales de su distrito con obligatoriedad de todos los convencionales de participar.
  - Audiencias deben ser transmitidas de manera abierta, junto con emisión de temas tocados y listado de presentes. Aquí las ventajas del formato virtual se despliegan.

E. Transparencia y probidad

El proceso constituyente, dada su relevancia y su carácter de hecho histórico, *genera alto interés en la ciudadanía, la que debiera contar con la posibilidad de acceder a la información sobre el proceso, debates y acuerdos en la Convención.* Por su parte, las discusiones y sus fundamentos serán luego relevantes para la debida interpretación y análisis que al efecto efectúe la sociedad civil, la academia y la judicatura llamada a interpretar los diversos pasajes de la nueva Constitución que sea aprobada en el plebiscito de salida por la ciudadanía. De ahí que estimamos, como sugiere asimismo el Consejo para la Transparencia, que *la regla general deba ser la publicidad de todos los antecedentes que se encuentren en poder de la Convención.* Esto incluye la transparencia y publicidad del funcionamiento, la discusión o debate, los insumos considerados y las votaciones de las comisiones y el pleno. Para ello, las comisiones y el plenario deberán levantar acta de todas las sesiones, las que serán públicas. Asimismo, la agenda y calendario de sesiones, como también quienes integran las respectivas comisiones y quienes asistan en calidad de invitados o de terceros distintos a los convencionales, debe ser de público conocimiento. Lo anterior es sin perjuicio de las disposiciones que el reglamento provea para efectos de hacer disponibles, en su sitio web, las actas e informes de las discusiones que se llevan a cabo tanto en las comisiones como en el plenario, además de la información con la que cuente a propósito de estos (informes de terceros, presentaciones de la sociedad civil realizadas a través de los mecanismos de participación que la Convención disponga al efecto, etc.).

Sin perjuicio de lo antes dispuesto, estimamos que los convencionales podrían -por acuerdo adoptado por las mayorías que se determinen en el reglamento- *declarar fundadamente que ciertas sesiones de las comisiones puedan ser reservadas,* no obstante que su contenido sea puesto después a disposición de la ciudadanía. Y es que debe considerarse que en sociedades que viven procesos de polarización política, como la nuestra, ciertos integrantes de la Convención estarán más interesados en hablarle a sus audiencias externas que a llegar a acuerdos con sus pares, lo que no se condice con la finalidad del proceso[10]. En este sentido y aun cuando las experiencias comparadas no son uniformes en la materia, puede haber motivos para diferenciar entre las sesiones plenarias y las de las comisiones, contemplando en estas últimas, si así lo estiman los convencionales, la posibilidad de que pueda haber espacios institucionalizados de deliberación reservada, fundados en causales especificas o en el privilegio deliberativo[11]. *En todo caso, la reserva no será ni debe ser permanente pues de todas maneras habrán de levantarse actas que luego deben ser públicas* para el escrutinio ciudadano y para la historia de la ley y del proceso.

De más está decir que, a nuestro juicio, el reglamento de funcionamiento y votaciones también debiera ser un instrumento público de manera que la ciudadanía tenga claridad de las reglas que la Convención se ha dado para efectos de este proceso. En consecuencia, y como sugiere un documento elaborado por el Consejo para la Transparencia, y más allá de lo que la Convención ponga a disposición de la ciudadanía en su sitio electrónico oficial, *el reglamento debiera normar un procedimiento para que las personas puedan ejercer su derecho de acceso a la información pública* que obre en poder de la Convención como así también los cursos a seguir cuando el acceso sea denegado. Asimismo, en el sitio oficial de la Convención o en el que ésta determine, debieran ponerse a disposición las declaraciones de interés y patrimonio de los convencionales y los registros de audiencias de lobby, en conformidad a la ley sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses (N°20.880) y Ley de Lobby (N°20.730).

[10] *Profesor T. Ginsburg en su ponencia en el seminario de IDEA Internacional " Los reglamentos en órganos constituyentes desde una perspectiva comparada", 30/3/2021.*

[11] *Este fue el caso de los reglamentos de Túnez, Islandia y Sudáfrica, los cuales contemplaban la posibilidad de declarar el secreto de las sesiones de las comisiones.*

Respecto de las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación cabe recordar que conforme señala el artículo 134 de la Constitución, a los integrantes de la Convención les es aplicable lo establecido en los artículos 51[12], con excepción de los incisos primero y segundo; 58, 59, 60 y 61[13]. Asimismo, los convencionales constituyentes están afectos a las normas de la ley Nº 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, aplicables a los diputados, y a la ley Nº 20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

[12] *51: "Las vacantes de diputados y las de senadores se proveerán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante al momento de ser elegido.*
Los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados.
Los parlamentarios elegidos como independientes que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán reemplazados por el ciudadano que señale el partido indicado por el respectivo parlamentario al momento de presentar su declaración de candidatura.
El reemplazante deberá reunir los requisitos para ser elegido diputado o senador, según el caso. Con todo, un diputado podrá ser nominado para ocupar el puesto de un senador, debiendo aplicarse, en ese caso, las normas de los incisos anteriores para llenar la vacante que deja el diputado, quien al asumir su nuevo cargo cesará en el que ejercía.
El nuevo diputado o senador ejercerá sus funciones por el término que faltaba a quien originó la vacante.
En ningún caso procederán elecciones complementarias."

[13] *58, 59, 60 y 61:*
Artículo 58.- Los cargos de diputados y senadores son incompatibles entre sí y con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial.
Asimismo, los cargos de diputados y senadores son incompatibles con las funciones de directores o consejeros, aun cuando sean ad honorem, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital.
Por el solo hecho de su proclamación por el Tribunal Calificador de Elecciones, el diputado o senador cesará en el otro cargo, empleo o comisión incompatible que desempeñe.
Artículo 59.- Ningún diputado o senador, desde el momento de su proclamación por el Tribunal Calificador de Elecciones puede ser nombrado para un empleo, función o comisión de los referidos en el artículo anterior.
Esta disposición no rige en caso de guerra exterior; ni se aplica a los cargos de presidente de la República, ministro de Estado y agente diplomático; pero sólo los cargos conferidos en estado de guerra son compatibles con las funciones de diputado o senador.
Artículo 60.- Cesará en el cargo el diputado o senador que se ausentare del país por más de treinta días sin permiso de la Cámara a que pertenezca o, en receso de ella, de su presidente.
Cesará en el cargo el diputado o senador que durante su ejercicio celebrare o caucionare contratos con el Estado, o el que actuare como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza. En la misma sanción incurrirá el que acepte ser director de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en estas actividades.
La inhabilidad a que se refiere el inciso anterior tendrá lugar sea que el diputado o senador actúe por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que forme parte.
Cesará en su cargo el diputado o senador que actúe como abogado o mandatario en cualquier clase de juicio, que ejercite cualquier influencia ante las autoridades administrativas o judiciales en favor o representación del empleador o de los trabajadores en negociaciones o conflictos laborales, sean del sector público o privado, o que intervengan en ellos ante cualquiera de las partes. Igual sanción se aplicará al parlamentario que actúe o intervenga en actividades estudiantiles, cualquiera que sea la rama de la enseñanza, con el objeto de atentar contra su normal desenvolvimiento.
Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15º del artículo 19, cesará, asimismo, en sus funciones el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa gravemente la seguridad o el honor de la Nación.
Quien perdiere el cargo de diputado o senador por cualquiera de las causales señaladas precedentemente no podrá optar a ninguna función o empleo público, sea o no de elección popular, por el término de dos años, salvo los casos del inciso séptimo del número 15º del artículo 19, en los cuales se aplicarán las sanciones allí contempladas.
Cesará en su cargo el diputado o senador que haya infringido gravemente las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral, desde la fecha que lo declare por sentencia firme el Tribunal Calificador de Elecciones, a requerimiento del Consejo Directivo del Servicio Electoral. Una ley orgánica constitucional señalará los casos en que existe una infracción grave. Asimismo, el diputado o senador que perdiere el cargo no podrá optar a ninguna función o empleo público por el término de tres años, ni podrá ser candidato a cargos de elección popular en los dos actos electorales inmediatamente siguientes a su cesación.
Cesará, asimismo, en sus funciones el diputado o senador que, durante su ejercicio, pierda algún requisito general de elegibilidad o incurra en alguna de las causales de inhabilidad a que se refiere el artículo 57, sin perjuicio de la excepción contemplada en el inciso segundo del artículo 59 respecto de los ministros de Estado.
Los diputados y senadores podrán renunciar a sus cargos cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional.
Artículo 61.- Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.
Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.
En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.
Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.

F. Plazos involucrados

La norma constitucional no establece un plazo para que la Convención adopte su propio reglamento. Como señala L. Sierra[14], *el no establecimiento de un plazo para estos fines podría conllevar que el proceso constituyente chileno presente problemas similares al de países vecinos.* El caso boliviano (2006), similar normativamente al chileno (ya que el órgano constituyente no tenía un plazo para adoptar su propio reglamento), se convirtió en un gran problema, ya que dicha asamblea se tomó 7 de los 12 meses que le fueron asignados para redactar una nueva Constitución, en adoptar su reglamento. Lo anterior significó que la asamblea tuviera que extender el trabajo constitucional hasta por dos meses más. En Chile, la Convención tiene un plazo de 9 meses para redactar la nueva Constitución, prorrogable hasta por otros 3, de manera que si el órgano redactor pierde excesivo tiempo discutiendo sobre su reglamento, ello podría implicar que se discuta, en el Congreso, la ampliación del plazo para acordar el contenido de una nueva Constitución, lo que a todas luces no sería recomendable dada la incerteza jurídica que ello acarrearía, sobre todo en el complejo contexto fiscal, económico, político y social que atraviesa nuestro país.

Por lo anterior, el reglamento resulta prioritario y debe ser elaborado cuanto antes (30 o 60 días máximo). En ningún caso el plazo de elaboración debiera superar los 3 meses (equivalente al plazo de prórroga).

[14] *Sierra, Lucas. 2020. El reglamento de la Convención y el riesgo de la "hoja en blanco". Puntos de Referencia, CEP Chile.*

G. Procedimiento de reclamación ante la Corte Suprema (y otras alternativas)

El objeto de este apartado es evaluar los mecanismos que tendrán los convencionales para **reclamar posibles incumplimientos del Estatuto de la Convención**, y en especial la reclamación ante la Corte Suprema, que establece el artículo 136 de la Constitución. Cuando hablamos del "Estatuto de la Convención", nos referimos al conjunto de normas (de fondo y procedimentales) que rigen, limitan y guían el actuar de ésta. De manera genérica, podemos distinguir dos tipos de normas dentro de este sistema:

- *Reglamento:* serán las normas que rijan el funcionamiento práctico de la Convención, y sus mecanismos de votación. Éste -como veremos- obviamente tiene límites externos para su redacción, pero al no existir aún su texto no podemos extender mucho el análisis, más que decir que -dentro de su adecuada autonomía- debe atenerse a dichos márgenes establecidos.
- *Estatuto constitucional de la Convención:* es el conjunto de normas contenido en los artículos 130 a 143 de la Constitución. El catálogo incluye algunas normas procedimentales, así como otras de fondo, que guían -por un lado- y delimitan -por otro- el actuar de esta asamblea.

Al respecto, es clave aclarar que la Convención es un órgano del Estado, y que -como tal- **debe someter su actuar a la Constitución Política, cuerpo del cual desprende su legitimidad y atribuciones.** Cobran especial relevancia los artículos 5, 6 y 7 de la Carta Fundamental, que son reiterados específicamente en el 135, que (i) impide a la Convención *"intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades"* que los establecidos por la propia Constitución y las leyes; (ii) ratifica la vigencia de la Carta actual hasta que no entre en vigencia la nueva, *"sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla"*; (iii) prohíbe a la Convención o a cualquiera de sus integrantes atribuirse el ejercicio de la soberanía nacional, *"asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución"*.

Esto es sumamente importante, puesto que ciertas voces han intentado -y buscarán en la Convención- establecerla como un órgano supraconstitucional o paraconstitucional, lo que la dejaría fuera de todo tipo de control, cuestión inaceptable en cualquier sistema democrático y republicano. Debe recordarse -además- que este es un proceso de reforma enmarcado jurídicamente al amparo de la Constitución actual, desde que se incorporó en su Capítulo XV.

Por otro lado, el mismo artículo 135 establece -en su inciso final- algunos límites al contenido de lo que la Convención elabore, persiguiéndose con ello la protección de bienes clave: *"el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

Todas estas normas merecen adecuada protección. A continuación, un cuadro resumen de las más importantes:

Continúa en la otra página —>

Artículo	Contenido
133	- Convocatoria a la primera sesión - Quórum de 2/3 para aprobación del Reglamento y de las normas - Imposibilidad de alterar quórum - Deber de constituir secretaría técnica
134	- Estatuto de los convencionales - Les hace aplicables normas que regulan diputados (arts. 58-61), ley Nº 20.880 y Nº 20.730 - Fija su sueldo (50 UTM), dejando regulación de asignaciones para el Reglamento
135	- Principio de juridicidad - Supremacía Constitucional - Límites soberanía - Límites de fondo: debe respetarse el carácter de República, su régimen democrático, las sentencias judiciales ejecutoriadas y los tratados internacionales
136	- Reclamación ante la Corte Suprema
137	- Plazo de funcionamiento (9 meses, prórroga única de 3 meses más) - Regulación prórroga - Disolución de pleno derecho de la Convención una vez finalizada
138	- Posibilidad de establecer disposiciones especiales - No puede terminarse anticipadamente el período de autoridades electas en votación popular (salvo instituciones suprimidas u objeto de una modificación sustancial) - Deber de establecer el modo en que autoridades no establecidas por la Constitución cesarán continuarán en sus funciones
141	- Integración de la Convención - Impedimento de los integrantes de la Convención para ser candidatos a cargos de elección popular mientras ejercen sus funciones y hasta un año después de cesar en sus cargos
142	- Regula el plebiscito de salida

1. Reclamación ante la Corte Suprema

Como ya se adelantó, el único mecanismo de reclamación expresamente contemplado por el Estatuto de la Convención es la reclamación ante la Corte Suprema (CS), contemplada en el artículo 136 de la Constitución vigente.

(a) Síntesis de la reclamación:

El inciso primero del artículo 136 establece lo siguiente:

> *"Se podrá reclamar de una infracción a las **reglas de procedimiento aplicables a la Convención,** contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los **acuerdos de carácter general** de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el **contenido de los textos en elaboración**".*

A continuación, establece su regulación general, que es complementada por el Auto Acordado Nº 75, del 22 de marzo de 2021. En suma, sus principales características son:

- Es conocido por 5 ministros de la CS, elegidos por sorteo para cada cuestión planteada.
- Requiere ser reclamado 39 convencionales (1/4). Esto es relevante, considerando que Chile Vamos tiene sólo 37.
- Debe indicar el vicio que se reclama, el cual debe ser esencial, y el perjuicio que causa.
- Debe reclamarse dentro de 5 días desde el vicio alegado, y fallarse dentro de 10 días.
- La sentencia anula el acto, y respecto de ella no procede recurso alguno.
- El mencionado Auto Acordado regula en detalle el procedimiento.

(b) Límites de la reclamación. La idea es revisar cuáles serían los márgenes de esta acción, para ver si hay casos en los que sería necesario recurrir a otros mecanismos de reclamación. En ese sentido, además del inciso primero del artículo 136, sus dos incisos finales intentan delimitarlo:

> *"Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo.*
>
> *No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución".*

Así, pareciera ser que los límites que se buscaron establecer para esta acción ante la Corte Suprema son:

i. Sólo aplicable a normas procedimentales. Con esto se protegería la autonomía de la Convención, puesto que pronunciarse respecto de los contenidos sería una traba para la potestad constituyente de la misma. **Problema:** ¿Cuál es el límite de lo "procedimental"? Hay normas que no son propiamente "de fondo" pero que sí están en la regulación constitucional de la Convención (mirar las nor-

mas destacadas en la tabla). Si bien es comprensible el límite (no puede reclamarse cualquier contenido cuyo fondo no se comparte), debiese comprenderse lo "procedimental" en sentido amplio, pues todas las normas requieren de un mecanismo para reclamar su cumplimiento.

ii. Exclusión normas de fondo. Como corolario del límite ya mencionado, la Constitución excluye expresamente al inciso final del artículo 135 de la posibilidad de ser reclamado. Esto, porque los límites que establece serían de fondo, pudiendo interferir con la autonomía de la Convención. Por esta razón, algunos académicos han sugerido que estos límites del artículo 135 serían meras "orientaciones o guías" para los convencionales, más que normas restrictivas.

Problema: Más allá de lo que dice expresamente la norma, nos parece que esta última interpretación no es adecuada. No se entiende por qué la Convención no pueda someter su actuar a ciertos mínimos, como lo hacen todos los demás órganos autónomos de nuestro sistema político-institucional.

Además, los bienes que protege ese inciso son demasiado importantes como para dejarlos huérfanos de protección. Por lo demás, no es comprensible que se pretenda dejar sin la posibilidad de algún tipo de reclamación cualquier norma de fondo a la que esté sometida la Convención, esté o no comprendida en el artículo 135.

Por tanto, debe considerarse hacer uso de este u otros recursos en situaciones en que se traspasen los márgenes institucionales.

iii. Exclusión de otros órganos. Este último límite busca excluir que cualquier otra autoridad pueda conocer acciones, reclamaciones o recursos vinculados con las tareas que las Constitución le asigna a la Convención, fuera de la reclamación ante la Corte. Esto buscaría -nuevamente- proteger la autonomía de la Convención.

Problema: Si la propia Constitución excluye la posibilidad de reclamar la contravención de ciertas normas ante la Corte Suprema, no se justifica que también impida hacerlo por otros medios. Como ya se ha dicho, hay bienes institucionales que requieren protección, y no parece correcto jurídicamente impedir a toda costa perseguir su cumplimiento.

Por ejemplo, en casos en que se pasen a llevar sentencias ejecutoriadas (lo que sería un conflicto de competencia), es ilógico pensar que no puedan hacerse ejecutar dichos fallos ante los tribunales que corresponda. O que -en caso de contravenirse un tratado internacional ratificado por Chile- no pueda presentarse esta situación ante un tribunal nacional o extranjero.

Por tanto, pareciera ser que la voz "vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención" debe ser interpretada en sentido estricto, refiriéndose a la infracción a normas procedimentales, y en especial al Reglamento. Lo contrario sería evidentemente antijurídico.

2. ¿Qué hacer entonces?

La pregunta, en definitiva, es qué hacer cuando la Convención sobrepase de alguna manera sus atribuciones, contraviniendo el inciso final del artículo 135, o alguna otra norma no expresamente contemplada en las reclamables ante la Corte Suprema. Puede pensarse, por ejemplo, en la afectación a algún tratado internacional ratificado por Chile, en la terminación anticipada de autoridades electas al margen del artículo 138 (cuya exigencia de modificaciones sustanciales es confusa, además), o en que la Convención intente modificar de alguna manera la Constitución actual.

Al respecto, es importante decir dos cosas de entrada:

- Primero, reiterar **la importancia de hacer uso de alguno(s) de los mecanismos que el derecho entrega para hacer respetar la institucionalidad.** Es menester utilizar todas las herramientas jurídicas disponibles, pues el éxito de la Convención -y, por tanto, del futuro institucional del país- depende de que su actuar se encause y formalice.
- Segundo, que el enfoque de la argumentación para estos casos debiese ser el de los **conflictos o contiendas de competencia.** Parece ser lo más preciso, tanto desde un punto de vista jurídico como político. Desde lo jurídico, pues lo que se reclama es que un órgano está atribuyéndose funciones o atribuciones de otro. Desde lo político, dado que es más fácil explicarlo así que recurrir -aunque sea cierto- al hecho de estarse infringiéndose la Constitución que estamos reformando.

Dicho lo anterior, corresponde intentar responder a la pregunta propuesta. ¿Qué mecanismos quedan disponibles para reclamar un eventual conflicto de competencia?

(a) Recurrir a la CS de todas formas. Es perfectamente posible pensar en una argumentación jurídica que justifique recurrir a la Corte. Se tendría que esgrimir una interpretación amplia de lo "procedimental", y reclamarse la supremacía de la Constitución –o del orden jurídico y constitucional- sobre la Convención. Además, es un órgano que aún goza de bastante legitimidad social, a diferencia de -por ejemplo- el Tribunal Constitucional (TC). Como punto en contra, la exclusión del in-

ciso final del 135 es expresa, y si la infracción es a esa norma se ve poco margen de acción por este camino.

(b) Recurrir a tribunales ordinarios. La idea sería, en este caso, pedir la nulidad administrativa del acto en cuestión. La argumentación jurídica no variaría mucho de lo antes señalado. Las complejidades de este mecanismo están dadas por el hecho de ser la Corte Suprema superior jerárquico de estos tribunales, lo que podría constituir un freno para aceptar a tramitación una acción como ésta en el contexto actual. Adicionalmente, la extensión de tiempo en la tramitación de estas causas en todas sus instancias -hablamos de años- desaconseja el empleo de esta vía, habida cuenta que lo ideal es que el órgano jurisdiccional se pronuncie mientras el proceso constituyente está en curso.

(c) Recurrir de protección. Podría argumentarse -ante la Corte de Apelaciones respectiva- que se está pasando a llevar el debido proceso, cuando se esté haciendo evidente uso -por acción u omisión- de un procedimiento irracional o injusto (19 n3). Esta alternativa asoma como oportuna para el período en que la Convención funcionará sin reglamento, pero una vez que éste sea aprobado se ve difícil de ser aceptada.

(d) Recurrir a órganos internacionales. Pensando en una posible infracción a tratados internacionales ratificados por Chile, puede ser pertinente activar los mecanismos que éstos mismos contemplan para los casos de su infracción.

(e) Recurrir al TC. Para esto, se invocaría la atribución del artículo 93 Nº 3: "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

Se argumentaría, por tanto, que -al ser este un procedimiento de reforma, regulado en la Constitución- el Tribunal Constitucional sería competente de resolver cualquier conflicto de constitucionalidad que en él se suscite.

El presente documento recoge el trabajo desarrollado por diversos centros de estudios respecto de las materias más relevantes del reglamento de la Convención Constitucional chilena. Se incorporaron las diversas experiencias internacionales en la materia, cubriendo desde los principios que deberían inspirar la discusión de este primer capítulo, propuestas de organización, funciones y atribuciones de los distintos órganos que conformen la Convención, mecanismos para proteger a las minorías presentes en ella, así como formas de sumar la participación ciudadana, de manera incidente, en su deliberación.

La transparencia y probidad goza de un lugar privilegiado en el texto, atendida su relevancia para otorgar garantías a todos los sectores y construir confianza hacia la ciudadanía. Por último, se incorporan apartados respecto de los plazos involucrados en la discusión y la reclamación ante la Corte Suprema, mecanismo reconocido en la Constitución vigente para resolver ciertas disputas que se susciten al interior de la Convención.

El reglamento y su discusión prefiguran los debates sustantivos que se darán en la deliberación constituyente. De ahí la relevancia de articular un trabajo mancomunado entre las diversas voces que participan en la discusión, con vista a fortalecer el rol del órgano y generar una nueva Constitución plenamente legítima, en la cual todos los sectores sean escuchados. En esencia, la construcción de un reglamento sólido será fundamental para el futuro de Chile.

Propuestas sobre el rol del Estado y de la sociedad civil en la nueva Constitución[1]

[1] *Integrantes: Paulina Henoch y Pilar Hazbun (LyD), Guillermo Pérez (IES), Ignacio Salazar (coordinador), Rodrigo Meléndez y Luis Mackenna (IRP), Álvaro Vergara, Pablo Paniagua y Juan Lagos (FPP), Francisco Orrego y Gustavo Díaz (IL), Ignacio Rodríguez (FJG), Camilo Lledó (Horizontal) y Gonzalo García (Piensa).*

Tabla de contenidos

A. Introducción

B. Situación actual

C. Una aproximación general sobre el Estado

D. Propuestas concretas relativas al rol del Estado y de la sociedad civil

E. Reformar y modernizar el Estado

F. Propuestas relativas a la modernización del Estado

G. Síntesis de las propuestas

H. Bibliografía

A. Introducción

Uno de los aspectos fundamentales sobre los que deberá pronunciarse la Convención Constitucional es el rol que le será asignado al Estado en el proyecto de nueva Constitución. Esto toma relevancia si consideramos las críticas al funcionamiento del aparato estatal, las que deberán ser asumidas y resueltas atendiendo a su finalidad. Así, creemos que el papel del Estado no se define tanto por las etiquetas que podamos atribuirle, como por el impacto que genera en la vida de las personas y en las comunidades.

En forma paralela, y en relación con la definición del rol del Estado en la vida pública, entra en discusión también qué papel se le asignará a la sociedad civil. En palabras de Barber, "el Estado necesita a la sociedad civil para alcanzar sus objetivos definitorios, pero también la sociedad civil -en sociedades como las nuestras- necesita al Estado si ella quiere florecer."[2] Por tanto, la relación que se configure entre ambos y los grados de participación que se le asignen a la sociedad civil en el cumplimiento de tareas esenciales sin duda serán elementos de debate. Como se expresa más adelante, es preciso promover una relación de cooperación entre Estado y sociedad civil, de manera tal que el Estado no la absorba ni la limite, sino que, por el contrario, incentive su participación y fortalecimiento. A continuación, realizamos un análisis sobre algunos de los actuales problemas del Estado, identificando algunas tensiones a resolver. Luego, presentamos nuestra aproximación a la modernización y reforma del Estado, donde desarrollamos sucintamente el modelo de Estado que queremos proponer. Para finalizar, entregamos algunas propuestas de principios fundamentales que deben orientar el actuar del aparato estatal junto con una síntesis de lo expuesto a lo largo del documento.

B. Situación actual

En general la evidencia sugiere un descontento más o menos generalizado respecto de la labor del Estado. Para muchos chilenos, el aparato estatal no estaría logrando satisfacer oportunamente sus necesidades. Así lo sugiere, por ejemplo, el informe final de *Tenemos que hablar de Chile*, publicado en mayo del 2021, donde se indica que el nuestro es un "Estado que no funciona frente a la fragilidad de las personas"[3]. A partir de la información otorgada por los participantes del estudio, se concluye que "el Estado es un factor de malestar. (...) el Estado se percibe como una institución que no está generando la seguridad o la certidumbre que se espera..." [4]. Sin embargo, a pesar del sentimiento de incertidumbre que predomina en los participantes del estudio, también hay una esperanza de cambios profundos, pero institucionales. En esa dimensión, el Estado juega un rol relevante, pues no solo es percibido como factor de malestar, sino que también como una de las instituciones llamadas a solucionar algunos de nuestros problemas más urgentes.

En la misma línea, el informe muestra la percepción de que el Estado no está al servicio de las personas, sino que es un "espacio atrapado por intereses personales y por una política que se protege a sí misma"[5]. Esta idea es complementaria a los datos del Estudio Nacional de *Transparencia 2019*. En él se muestra, entre otras cosas, que solo un 23% de la ciudadanía confía en el sector público[6], un 83% considera que la relación entre el Estado y los ciudadanos es distante[7], un 75% siente que el trato otorgado por el Estado era malo y un 80% percibe que el Estado y sus organismos no son transparentes.[8]

De esta manera, el proyecto de nueva Constitución surge como una oportunidad de reformar y modernizar el Estado para que, como anhelan los participantes de *Tenemos que hablar de Chile*, logremos acercar al Estado a las personas y que éste sea "colaborativo y dialogante, empático, respetuoso, de buen trato"[9], además de ecuánime, eficaz y responsable.[10] Nada de esto es un obstáculo para reconocer que no todos los problemas son atribuibles al funcionamiento del Estado. De hecho, también es posible identificar, por ejemplo, un actuar inadecuado de ciertos sectores del mundo empresarial que también ha provocado enorme sensación de malestar en la ciudadanía. Entonces, es fundamental que junto con las ideas y propuestas desarrollas

[2] *Barber (2018) p. 144. en Ovalle y Soto (2021), p. 6.*
[3] *Tenemos que hablar de Chile (2021), p. 35.*
[4] *Tenemos que hablar de Chile (2021), p. 35.*
[5] *Tenemos que hablar de Chile (2021), p. 36.*
[6] *Datavoz (2019), p. 20.*
[7] *Datavoz (2019), p. 22*
[8] *Datavoz (2019), p. 26.*
[9] *Tenemos que hablar de Chile (2021), p. 36.*
[10] *Tenemos que hablar de Chile (2021), p. 36.*

en este documento, podamos pensar y resolver de una u otra forma las tensiones que emergen y se incuban por fuera del aparato estatal.

C. Una aproximación general sobre el Estado

Debemos ser capaces de construir un "Estado responsivo"[11]. En concreto, esto es un aparato estatal al servicio de las personas y que entregue respuestas a los requerimientos existentes; que esté pendiente de las necesidades de la ciudadanía y que sea oportuno en la entrega de respuestas, eficaz en las soluciones a los problemas y eficientes en el uso de los recursos.

Todo esto debe ser realizado sin desconocer ni suplantar el insustituible papel que cumple la sociedad civil en la vida pública. Al estar al servicio de las personas, el Estado está llamado a cooperar con las organizaciones de la sociedad civil en la consecución de sus fines. Esto implica, por un lado, proteger su autonomía, y, por otro, reconocer tanto su rol en la provisión de bienes públicos como su capacidad para establecer finalidades propias, distintas de las del aparato estatal, y perseguirlas. De este modo, en todas aquellas actividades y áreas en que la sociedad civil no sea capaz de cumplir adecuadamente su rol o lo haga de manera deficiente, surge el deber del Estado de llenar ese vacío y de realizar aquellas actividades. Ahora bien, esto no implica dejar de incentivar la participación de las personas: la sociedad civil debe volver a asumir estas responsabilidades por su cuenta apenas esté disponible para hacerlo o pueda realizarlas de forma adecuada.

En otras palabras, el Estado debe operar bajo un principio de cooperación con la sociedad civil y no colocarse sobre ella ni absorberla. Un buen ejemplo de lo que la colaboración entre el Estado y la sociedad civil puede generar es la educación particular subvencionada. En ella, el Estado financia la educación y establece los contenidos mínimos, mientras que la sociedad civil funda, administra y opera establecimientos educacionales, construyendo sus propios proyectos educativos. Esto permite no solo mayor cobertura educacional, sino también una gran diversidad de opciones para que los padres elijan el establecimiento que mejor estimen conveniente para sus hijos. De hecho, la evidencia sugiere que la educación particular subvencionada no sólo ha sido más valorada por los padres, sino también más eficiente en el uso de los recursos[12]. De este modo, tanto al Estado como a la sociedad civil, ambos en cooperación, les corresponde contribuir al bien común, pero a cada uno de forma distinta: al Estado le corresponde fomentar y propiciar la cooperación entre los distintos sectores de la sociedad civil por medio de la acción legislativa; mientras que a la sociedad civil se le encomienda una actuación conforme a la intrínseca interrelación existente entre todas las personas. Bajo ningún punto de vista es admisible, ni mucho menos legítimo el uso de este principio para suplantar la acción de la sociedad civil[13].

Todo lo anterior necesariamente implica el trabajo en conjunto entre el Estado y la sociedad civil en la provisión de los derechos sociales, pues de lo contrario, se priva al resto de la sociedad de la participación en la materialización del bien común y con ello, de su legítima participación en el ámbito público.

D. Una aproximación general sobre el Estado

A continuación, nos abocamos a desarrollar nuestras propuestas en materia de rol del Estado que sugerimos deben ser plasmadas en el proyecto de nueva Constitución.

I. Establecer los principios de servicialidad del Estado y primacía de la persona humana[14]

El Estado debe reconocer, respetar y proteger una realidad que le es anterior -la persona- y todo de lo que de ella deriva, tales como la cultura, las tradiciones existentes y aquellos vínculos interpersonales ya constituidos, sean estos naturales -como la familia- o establecidos por el hombre, como sociedades deportivas, económicas, artísticas, educacionales o, en general, la comunidad.

[11] *Tenemos que hablar de Chile (2021), p. 36.*
[12] *Libertad y Desarrollo (2021), p.1.*
[13] *Un claro ejemplo de este respeto por la sociedad civil es el favorecimiento de la libertad de ideario de las instituciones de la sociedad civil, que a su vez implica autorizarlas para que hagan objeción de conciencia institucional cuando lo estimen pertinente.*
[14] *Tapia (2019), p. 2.*

El Estado está para servir a la persona y no al revés. Sostener lo contrario lleva implícita la idea de que el Estado está por sobre la persona, la familia y la comunidad. En última instancia, este principio busca evitar situaciones de abusos como las ocurridas en el siglo pasado, donde concepciones totalitarias del Estado permitieron graves atentados contra los derechos humanos. Todo esto adquiere aún más relevancia si consideramos que un elemento esencial dentro de los objetivos de toda Constitución es precisamente la protección de la persona y de sus derechos.

Sin embargo, no sólo se debe consagrar este principio para evitar vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas, sino que también es necesario para asegurar que el Estado preste tanto un buen servicio, como un trato justo y digno hacia los ciudadanos.[15] De lo contrario, en cualquier orden de relaciones con el aparato estatal podría parecer legítima la actuación desmedida o irracional en desmedro de las personas, ya sea desde la prisión ilegal de quienes son considerados por la autoridad como peligrosos, pasando por la denegación arbitraria de una prestación social, hasta el trato inadecuado de un funcionario público. Por lo tanto, la persona se configura como un límite a la acción del Estado.[16]

A pesar de lo anterior, fácilmente este principio puede ser pasado por alto si es que no se atiende a su debida fundamentación. Se debe recordar que la servicialidad del Estado surge porque la persona está por sobre el Estado. De la negación de este principio es que, justamente, se tolera y acepta cualquier abuso del aparato estatal. De ahí deriva la importancia de su consagración expresa como elemento protector de las personas.

En este sentido, la razón última por la que el Estado debe servir a la persona es la constante persecución y materialización del bien común, entendido este no como la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto, sino como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones -sociedad civil- y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y fácil de la propia realización. Por lo tanto, el servicio que el Estado debe prestar a la persona humana, debido a la dignidad intrínseca de ésta, debe apuntar siempre a su mayor realización espiritual y material posible

I. Establecer el principio de la cooperación entre el Estado y la sociedad civil

De la primacía de la persona humana, y el consiguiente reconocimiento de su dignidad, se desprende la obligación que el Estado y la sociedad civil poseen en cooperar en la materialización y persecución del bien común y generar soluciones a los problemas y necesidades de los ciudadanos. Esto se traduce en lo siguiente:[17] [18]

i. La Constitución debe reconocer expresamente el derecho de asociación, el cual "no solo supone la facultad de formar e incorporarse a una organización, sino que además presenta una faz negativa consistente en el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación."[19] Asimismo, el Estado debe promover la asociatividad por diversos medios.

ii. El Estado debe reconocer la autonomía de la sociedad civil, es decir, de las personas, las familias y cualquier otra organización humana, para establecer sus propios fines y disponer de los medios para perseguir dichos fines, siempre que ellos sean conformes al bien común.

iii. El reconocimiento de la autonomía supone una sociedad civil activa y proactiva, que asuma su responsabilidad en la materialización del bien común.[20]

iv. Asimismo, es deber del Estado promover la libertad de las personas en la forma en que satisfacen sus respectivas necesidades.

v. En aquellos ámbitos en los que la sociedad civil sea capaz de contribuir a la materialización de sus fines, la acción cooperativa del Estado debe centrarse en el fomento de dichas actividades, sin tratar de suplantar a la sociedad civil ni absorber su labor.

vi. Si la sociedad civil no es capaz de contribuir en cierto ámbito, si lo hace deficientemente o si no puede hacerlo, la acción cooperativa del Estado debe consistir en la realización de toda acción tendiente a la satisfacción de esa necesidad.

Como fue anticipado, esta cooperación entre el Estado y la so-

[15] *Libertad y Desarrollo (2021), p. 7.*
[16] *Mackenna (2021), p. 13.*
[17] *Libertad y Desarrollo (2021), p. 2.*
[18] *Muñoz (2021), p. 25.*
[19] *Ovalle y Soto (2021), p.16.*
[20] *Tapia (2019), p. 7.*

ciedad civil debe extenderse a todo ámbito[21], salvo aquellas funciones privativas del Estado como la seguridad y defensa nacional, el ejercicio de la jurisdicción y las relaciones exteriores. De este modo, dicha cooperación se extiende, también, a la satisfacción de los derechos sociales en los que, si bien en diversos casos el primer obligado es el Estado, éste no puede excluir a la sociedad civil de su legítima participación en su provisión. Como se señaló anteriormente, la cooperación en este ámbito incluso constituye una obligación del principio de solidaridad, pues éste obliga tanto al Estado, como a cada una de las personas. Y estas últimas cumplen con su obligación por medio de las organizaciones y comunidades de las que forma parte.

II. Establecer el principio de solidaridad

Se remitirá a lo señalado anteriormente con ocasión del modelo de Estado propuesto y el principio recién explicado. Sin embargo, se considera esencial para dar cumplimiento a este principio la inclusión de un mandato a que el Estado y la sociedad civil deben cooperar solidariamente en la provisión de los derechos sociales.[22]

III. Establecer el principio de la satisfacción de necesidades y problemas por el órgano más cercano a las personas

Uno de los aspectos más relevantes del funcionamiento deficiente del Estado es el imperante centralismo en la administración del país. Si bien en los últimos años se ha avanzado en una agenda de regionalización, se requieren mayores esfuerzos que apunten en esa dirección. En este sentido, es fundamental que las iniciativas se enmarquen en un principio mayor que tenga por objetivo acercar el Estado a las personas, solucionar sus problemas y satisfacer sus carencias en forma ágil y eficiente. Por lo mismo, sugerimos consagrar el principio de la satisfacción de necesidades y problemas por el órgano más cercano a las personas, según sea el problema o necesidad en cuestión.

Ciertamente la materialización de este principio requerirá de una serie de cambios legislativos relevantes, especialmente en las atribuciones de los órganos administrativos. Sin embargo, parece evidente que se trata de un mandato claro al legislador en cuanto implica un cambio en la forma de concebir la respuesta estatal. Así, los primeros llamados a resolver los problemas locales deberán ser las autoridades locales y, a medida que los problemas o necesidades crecen en complejidad, también crece la jerarquía de la autoridad llamada a resolverlo o satisfacerlo, lo que requerirá de un aumento de la capacidad de gestión de los gobiernos locales, regionales y promover la adecuada coordinación entre los distintos niveles administrativos.[23]

IV. Establecer los principios de transparencia y probidad

Para acercar el Estado a la ciudadanía y recobrar la confianza de las personas en la acción política, es necesario que el proyecto de nueva Constitución contemple los principios de transparencia y probidad. Esto se vuelve especialmente relevante si consideramos la desafección de la ciudadanía respecto de las instituciones. En este sentido, hay encuestas que señalan que un 58% de la población considera que los organismos públicos son muy corruptos.[24]

E. Reformar y modernizar el Estado

El diagnóstico anterior requiere que, antes de continuar, podamos sugerir algunas ideas sobre modernización y reforma del Estado. Como hemos señalado a lo largo del texto, las tensiones que describimos tienen como una de sus causas un aparato estatal que por sus déficits no logra relacionarse adecuadamente con la ciudadanía. Para resolverlas es fundamental que la modernización y reforma del Estado se comprendan como asuntos que exceden por mucho las modificaciones administrativas o burocráticas que buscan agilizar la gestión de los servicios públicos. Modernizar y reformar el Estado es construir una nueva relación entre el aparato estatal y la sociedad, lo que exige una reflexión más profunda sobre el rol de los organismos públicos en la vida comunitaria que excede incluso la dimensión puramente constitucional.

Por un lado, con *reformar* entendemos que es un proceso que se caracteriza "por producir "cambios discontinuos" que alteran el carácter de la acción pública, aportando nuevos valores y principios, que obligan al cambio del comportamiento de

[21] *Libertad y Desarrollo (2021) pp. 5 a 7.*
[22] *Libertad y Desarrollo (2021), pp. 5 y 6.*
[23] *Pérez (2020), p. 19.*
[24] *Datavoz (2019), p. 29.*

de actores".[25] De esta manera, nuestra propuesta debe ser entendida como insertada dentro de la tradición constitucional chilena desde los albores de la República hasta nuestros días, proceso en el que la institucionalidad se ha ido perfeccionando con el paso del tiempo. No pretendemos crear un Estado desde cero, sin considerar la gran cantidad de aportes positivos y funcionales que muchos chilenos han hecho durante todos estos años. Al contrario, se busca aportar en la búsqueda de cambios en la institucionalidad por medio de la eliminación de aquello que ya no sirve y de rehacer aquello que puede y debe mejorar.

Por otro lado, con *modernizar* entendemos que es el "conjunto de iniciativas que producen los denominados "cambios continuos" que son transformaciones que no cuestionan la lógica dominante ni la identidad del Estado. Son cambios adaptativos, periféricos"[26]. Sin embargo, la modernización no puede ni debe reducirse a lo anterior. En función del rol que cumple el Estado, toda modernización debe velar porque su rol sea materializado de la mejor manera posible, para dar cumplimiento a las exigencias y expectativas de las personas y lograr acercar el Estado a ellas. De esta manera, creemos que todo intento por modernizar el Estado debe tener como fin último los derechos de las personas, el robustecimiento de la institucionalidad y su cercanía con las personas.

Además, y dado el contexto actual, ninguna propuesta de reforma o modernización tendrán sentido si no buscan, también, resolver los problemas con los que las personas se encuentran en su relación con el Estado. En otras palabras, la reforma y modernización del Estado deben apuntar a que la atención y respuesta estatales sean eficaces, eficientes y oportunas.

F. Propuestas relativas a la modernización del Estado

Respecto de la modernización del Estado, en función de las exigencias actuales del constitucionalismo, pero especialmente haciéndonos responsables de las críticas de la ciudadanía a la acción del aparato estatal, sugerimos que el proyecto de nueva Constitución considere lo siguiente:

I. Establecer el principio de la participación ciudadana

Con el objetivo de potenciar la incidencia de las personas en las decisiones políticas, consideramos relevante establecer el principio de la participación ciudadana. Si bien la materialización de este principio corresponderá primordialmente al legislador por medio de reformas o iniciativas legales, este principio busca que, en la toma de decisiones por parte de las autoridades, sea considerada la opinión de la ciudadanía respecto del diseño y efectos de las políticas públicas.

Sin embargo, nunca debe olvidarse que la participación ciudadana se desarrolla dentro de un contexto de democracia representativa. De este modo, toda propuesta de mecanismos de democracia directa no sólo debe ser compatible con los principios y presupuestos de la democracia representativa como sistema político, sino que deben tener como objetivo su robustecimiento y perfección, debiendo, desestimarse, por ejemplo, los plebiscitos revocatorios.

También podría reconocerse que la participación ciudadana o control de la gestión pública no sólo puede ejercerse de modo individual, sino también a través de organizaciones de la sociedad civil.[27]

II. Reconocer el derecho a un debido proceso administrativo

Buena parte de las críticas realizadas al Estado surgen por malas prácticas de la administración pública. En muchas ocasiones, las personas sufren tratos discriminatorios, poco transparentes y en general, distantes a sus necesidades y problemas. Aquellas críticas son consecuencia, entre otras cosas, de la insatisfacción de un estándar mínimo de trato que se le exige a todo Estado que mira al bien común por medio del servicio a la persona, el cual no está siendo cumplido en su totalidad.

Para comenzar a enfrentar esta situación, se propone el expreso reconocimiento del derecho a un debido proceso administrativo, como especie del derecho a un debido proceso, compartiendo las características de su símil jurisdiccional, pero adaptado a las figuras propias de los procedimientos administrativos. Para esto, se busca la constitucionalización de una serie de elemen-

[25] *Egaña (2019)*
[26] *Egaña (2019)*
[27] *Ovalle y Soto (2021), P.31.*

tos existentes y vigentes en la actualidad en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, N°19.880, elementos que no suelen ser respetados por la Administración y que, además, no siempre poseen el carácter de regla general dado el carácter supletorio de esta ley.

Estos elementos deben configurarse como una serie de derechos de las personas frente al actuar de la Administración, el que debe contemplar, entre otros, el derecho a:[28] [29]

a. Un trato respetuoso, digno, deferente, transparente, oportuno e imparcial por parte de las autoridades y funcionarios públicos, los que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

b. Eximirse de presentar documentos que no corresponden al procedimiento, o que ya se encuentran en poder de la Administración, así como a conocer el estado de la tramitación, tener acceso a los documentos del expediente y la identificación del funcionario encargado.

c. Exigir que exista razonabilidad y proporcionalidad en las sanciones que de conformidad a la ley imponga la autoridad, las que en todo caso deberán ser fundadas.

d. Elevar peticiones a la Administración, siempre que tengan relación con sus funciones y atribuciones, así como el derecho a solicitar una audiencia debidamente tramitada con el funcionario encargado del procedimiento.

e. Presentar pruebas, argumentos y antecedentes en cualquier etapa del procedimiento, los que deberán ser considerados en la fundamentación de los actos administrativos.

f. Exigir el cumplimiento de los plazos en las solicitudes, actuaciones y procedimientos previos en la ley. Transcurridos los plazos establecidos en la ley sin que la Administración se pronuncie sobre la cuestión sometida a su conocimiento, la solicitud del interesado se entenderá aceptada, salvo que dicha solicitud afecte el patrimonio fiscal o cuando se ejercite el derecho de petición.

g. Que se presuma que está actuando de buena fe.

h. A recibir íntegra reparación por los daños causados por la actuación defectuosa de la Administración.

III. Establecer los principios de eficiencia y eficacia del Estado[30] [31]

Para atender las mencionadas críticas de la ciudadanía al aparato estatal, resulta necesario consagrar en el proyecto de nueva Constitución los principios de eficiencia y eficacia de los actos de los órganos del Estado, a fin de asegurar que se utilizarán los recursos de la mejor manera posible, en términos tanto cuantitativos, como cualitativos. La adición de estos principios puede hacerse en conjunto con los principios de transparencia y probidad, a modo de marco general de la actuación del Estado, de sus órganos, autoridades y funcionarios públicos.

Otro aspecto donde se puede avanzar hacia una mayor modernización es fortalecer la evaluación de los programas y las políticas públicas, de tal manera que se favorezca una mejor toma de decisiones y una menor dependencia de las distintas administraciones, como lo proponen diversos estudios.[32]

IV. Mandatar al legislador a equiparar los estatutos laborales de empleados públicos y privados

En estrecha relación con el principio de eficiencia, se considera que, para el mejor uso y destino de los recursos públicos, es necesario avanzar en igualar el estatuto jurídico de los funcionarios públicos con el de los trabajadores privados.[33] Así, se propone un mandato al legislador para que sea éste quien deba ir materializando paulatina, pero decididamente, un principio de equiparación de los estatutos laborales.

De esta manera, como ya se señaló, se avanza en la eficiencia y eficacia de los recursos públicos, pero también se protege mejor a los trabajadores públicos pues, gracias a este principio, también serán titulares de los beneficios laborales que los trabajadores privados poseen, pero que no están establecidos en el Estatuto Administrativo. Por último, este principio también se hace cargo de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema relativa a esta materia, la que poco a poco ha ido equiparando las condiciones y beneficios de ambos estatutos jurídicos, ampliando la protección a los funcionarios públicos.

[28] *Cubillos et al (2021), pp. 48 y 49.*
[29] *Lledó et al (2021), pp. 6 y 7.*
[30] *Tapia (2019), p. 9.*
[31] *Libertad y Desarrollo (2021), p. 7.*
[32] *Véase, por ejemplo, Bellolio et al (2012).*
[33] *Lledó et al (2021), p. 17.*

Es relevante el modo en que se debe lograr lo propuesto. No es legítimo privar inmediatamente a los actuales funcionarios públicos de las condiciones que gozan en la actualidad, por lo que estas modificaciones se deben realizar por medio de un mandato al legislador y no como principio vinculante a la Administración del Estado. Por lo mismo, la materialización de este principio debe hacerse prudentemente a lo largo del tiempo por medio de la acción del poder legislativo. Sin embargo, dicho mandato debiera incluir idealmente que toda creación futura de nuevos empleos públicos debe regirse por la legislación común laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, este principio debe ser flexible, atendida la naturaleza de la actividad de la administración y por lo tanto, tiene como límite toda diferencia debidamente fundada que sea requerida por el bien común y la satisfacción regular y continua de las necesidades públicas.

V. Establecer el principio de continuidad en la satisfacción de las necesidades públicas

Dado que el Estado, por medio de la administración, tiene dentro de sus objetivos la satisfacción regular y continua de las necesidades públicas, no requiere de mayor explicación la obligación de los funcionarios públicos en orden a cumplir permanente y regularmente con sus funciones. Por lo mismo, consideramos necesaria la inclusión del principio de continuidad de la actividad propia de la administración. De este principio lógicamente se desprende que todo ejercicio de derechos laborales por parte de los funcionarios públicos debe ser compatibilizado con la continuidad de la acción de la administración y por extensión, del Estado.

Este principio, por lo tanto, debe incluir la obligación del aparato estatal y de sus funcionarios de contribuir a la continuidad de la satisfacción de las necesidades públicas. Asimismo, este principio debe facultar a que la Administración pueda tomar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio en caso de amenaza o efectiva interrupción, además de establecer un mandato para que el legislador compatibilice la legislación aplicable a los funcionarios públicos con este principio. Con esto se busca evitar situaciones en las que se interrumpe la atención por parte de los servicios públicos, en donde los únicos afectados son las personas que requieren de una pronta y oportuna atención del Estado. A su vez, esto también permite acercar la norma constitucional a la realidad, sobre todo si consideramos el ejercicio del derecho a huelga por parte de los funcionarios públicos.

VI. Consagrar como principio el derecho a la buena administración pública y evaluar la creación de la figura del ombudsman para la defensa de los derechos de las personas frente al Estado

Vinculado con lo anterior, vemos la necesidad de consagrar un derecho a la buena administración pública que garantice a la ciudadanía un Estado a su disposición, con servicios de calidad y en tiempo oportuno. Así, buscamos evitar que el Estado llegue tarde y aumente la conflictividad social.

En este sentido, nos parece que la figura ombudsman o defensor del pueblo es algo que se podría evaluar, porque podría proteger los derechos de las personas ante la administración pública, pero en el marco de una discusión anterior y más amplia, relacionada con este principio.

Esta institución existe en distintos países del mundo con el objetivo, en general, de proteger a las personas ante la falta de servicio o la negligencia de la Administración en el cumplimiento de sus funciones públicas. Actualmente, aunque con muchos matices, existen instituciones similares en países tan diversos como Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia, Austria, España, Costa Rica, Argentina, Brasil o Canadá.

Nuestra principal convicción, es que, sin un nuevo Estado, la promesa de los derechos fundamentales será solo una ilusión. De este modo, creemos que los convencionales deben hacerse cargo de evaluar las mejores alternativas para rediseñar el aparato estatal y los principios generales que orienten una impostergable mejoría en su gestión, y al mismo tiempo, definir con claridad el rol de colaboración que debe ocupar la sociedad civil en la implementación de soluciones eficaces a los problemas mas sociales más relevantes.

VII. Reconocer el principio de necesidad en la actuación empresarial pública

El principio de necesidad en la actuación empresarial está fundado en los principios de cooperación entre el Estado y la Sociedad Civil, así como en los principios de eficiencia, eficacia y transparencia. Asimismo, tiene una serie de expresiones distintas, según su conjunción con otros principios:

a. En primer lugar, como consecuencia de este principio, de la autonomía que el Estado debe reconocer a la sociedad civil, de la debida cooperación entre estos y de la transparencia, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos, se le exige al Estado que, de querer emprender en actividades económicas, debe hacerlo por medio de una ley[34] con un quórum elevado, superior al de una ley simple. Con esto se desalientan las invasiones ilegítimas a las actividades propias de la sociedad civil. Dicho de otro modo, el quórum elevado se contempla como garantía de la sociedad civil, a modo de protección de su autonomía.

b. En segundo lugar, como manifestación de la transparencia en el actuar de las empresas públicas, la eficacia en el uso de los recursos públicos y la necesidad de avanzar en la despolitización de los altos cargos de estas empresas, el principio debe incluir un mandato al legislador a que toda nueva empresa pública deba estar constituida como sociedad anónima para, además de dar cumplimiento a lo recientemente señalado, permitir que la sociedad civil también pueda coadyuvar al Estado en sus actividades empresariales. Junto con lo anterior, se debe evaluar que la designación de todos los directivos que le correspondan al Estado en proporción a su participación en la respectiva empresa sea por medio de concurso público en el sistema de Alta Dirección Pública.

c. En tercer lugar, es una exigencia tanto de este principio, como de los principios de eficiencia y eficacia, el que las empresas públicas, que comprende a las empresas del Estado, se rijan por las mismas demás normas aplicables a la sociedad civil para evitar privilegios discriminatorios en favor de las empresas del Estado. De igual modo, este principio incluye que el Estado debe otorgar igual trato a la sociedad civil y a sus empresas.[35]

d. Por último, este principio incluye, también, la exigencia de elevar el estándar de actuación de las empresas públicas, dado que su naturaleza es distinta a la de una privada. Esta diferencia, en cuanto a su origen, se expresa en que, por regla general, será la sociedad civil la que funde y establezca empresas de todo tipo; mientras que la empresa pública -que es de propiedad estatal- sólo lo hará cuando sea calificado como necesario por el legislador en la respectiva ley. Asimismo, respecto del riesgo asociado a la actividad empresarial, ambas son fundamentalmente distintas, pues la empresa privada siempre puede fracasar; mientras que la pública siempre tendrá el respaldo del Estado y, con ello, del Presupuesto de la Nación, es decir, de la reunión de los tributos pagados por todas las personas. En función del financiamiento público este principio exige que la actuación de la empresa pública sea siempre lo más profesional, transparente, eficaz y eficiente posible; lo que incluso es una exigencia mayor a la que de ordinario se le hace a la empresa privada.

G. Síntesis de las Propuestas

En síntesis, nuestra propuesta se puede reducir a lo siguiente:

a. Reconocimiento de la primacía de la persona humana, la servicialidad del Estado, la autonomía de la Sociedad Civil, la cooperación entre estos y el deber solidario de ambos de perseguir, materializar el Bien Común y dar soluciones a los problemas que aquejan a la ciudadanía, participando en la provisión de los derechos sociales, por ejemplo.

b. Asegurar el cumplimiento de las funciones del Estado y la Administración y que la acción de ésta se base en los principios de probidad, transparencia, eficacia y eficiencia.

c. Establecer el derecho a la buena administración pública y evaluar la creación de la figura del ombudsman para la defensa de los derechos de las personas frente al Estado.

d. Reconocer a todas las personas el derecho de participar en la toma de decisiones de la autoridad, teniendo siempre en consideración que el objetivo de estos mecanismos es robustecer la democracia representativa, así como una serie de derechos y garantías en el procedimiento que da origen a tales decisiones.

e. Avanzar en una mejora del marco normativo y el funcionamiento del empleo público en Chile.

f. Establecer una serie de requisitos para la formación de empresas públicas, la conformación de su directorio y el trato que el Estado le presta a sus empresas, a fin de dar especial cumplimiento a los principios de la actuación de los órganos del Estado.

[34] *Lledó et al (2021), p. 18.*
[35] *Lledó et al (2021), p. 19.*

H. Bibliografía

Datavoz (2019): Estudio Nacional de Transparencia 2019 (Consejo para la Transparencia, Santiago).

Bellolio, Álvaro; De los Ríos, Boris; Irarrázaval, Ignacio; Larraín, Luis; Marshall, Jorge; Morales, Juan José; Sierpe, Emilio y Véliz, Valeska (2012): Agencia de evaluación pública. Propuesta de diseño institucional. Sin editar.

Cubillos, Marcela; Hube, Constanza y González, Natalia (2021): Con control de cambios: construyendo propuestas constitucionales desde la perspectiva de una sociedad libre (Libertad y Desarrollo, Santiago).

Egaña, Rodrigo (2019): La agenda de modernización del Estado: Propuesta a medio camino. Instituto de Asuntos Públicos (Universidad de Chile, Santiago). Disponible en: http://www.inap.uchile.cl/noticias/156191/la-agenda-de-modernizacion-del-estado-propuesta-a-medio-camino. Fecha de consulta: 6 de julio de 2021.

Libertad y Desarrollo (2021): "Rol del Estado y de la Sociedad Civil en la nueva Constitución: un debate esencial", Temas Públicos N° 1491-2 (Libertad y Desarrollo, Santiago)

Libertad y Desarrollo (2021): "Derecho a la educación y libertad de enseñanza: dos caras de la misma moneda", Temas Públicos N° 1497-2 (Libertad y Desarrollo, Santiago)

Lledó, Camilo; García, José Francisco; Larraín, Hernán; Blumel, Gonzalo y Astorga, José Manuel (2021): Propuestas constitucionales: hacia un mejor Estado (Horizontal, Santiago)

Mackenna, Luis Fernando (2021): "Dignidad de la persona humana como base de los Derechos Fundamentales", Segundo insumo constitucional: principios constitucionales, pp. 10-14 (Instituto ResPublica, Santiago)

Muñoz, Florencia (2021): "La subsidiariedad como principio constitucional", Segundo insumo constitucional: principios constitucionales, pp. 22-28 (Instituto ResPublica, Santiago)

Ovalle, Alejandra y SOTO, Sebastián (2021): Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate (Centro UC Políticas Públicas, Santiago).

Pérez Ciudad, Guillermo (2020): Crisis política y modernización del Estado (Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago)

Tapia, René (2019): "Principios orientadores para la modernización del Estado", Mirada Pública, N°11 (Instituto Re Publica, Santiago)

Tenemos que hablar de Chile (2021): Un país que se piense y proyecta: diez hallazgos desde un Chile a escala (Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile, Santiago)

Derechos sociales[1]

[1] *Integrantes: Francisca Figueroa (Acción Educar), Ignacio Rodríguez (FJG), Juan Lagos (FPP), Jorge Hagedorn (Idea País), Stefano Zecchetto (Instituto Libertad), Ignacio Salazar (Instituto ResPublica), Alejandra Palma, Catalina Montes, María Trinidad Schleyer, Paulina Henoch y Tomás Flores (LyD) e Ignacio Aravena (Piensa).*

Tabla de contenidos

A. Principios generales que deben inspirar los derechos sociales

B. Análisis de los principales derechos sociales

C. Anexos

Los derechos sociales se encontrarán en el centro del debate en este proceso constituyente. Serán usados como una forma de responder a las fuertes demandas en materias tan importantes como la salud, la educación, la seguridad social y la vivienda, siendo su redacción de suma relevancia para definir el rol del Estado y de los privados en la provisión de bienes públicos.

Un riesgo importante en esta materia será la tendencia a estatizar absoluta o parcialmente (o bajo el régimen de lo público) la provisión de dichos derechos sociales, en desmedro de una mirada de cooperación público-privada. Así también, preocupa la intromisión que pueda tener el Estado en los llamados cuerpos intermedios, condicionando su financiamiento o subsidios al cumplimiento del esquema estatal, incluso contrariando el proyecto particular; como también la limitación del lucro o la rentabilidad en el mercado ligado a la provisión de los derechos sociales (salud, vivienda, pensiones, entre otros). Con esto no solo se genera una despreocupación y abandono de la sociedad civil, la primera llamada en resolver sus propios problemas, debilitando los espacios de transferencia y aprehensión de conductas, virtudes y valores que dan sentido a la vida; sino también se afectan sus libertades y la obtención de mejores resultados en beneficio de todos.

Es imprescindible que la Constitución tenga lineamientos claros sobre los derechos sociales, más todavía desde la perspectiva de la legitimidad social que esta busca abrazar. Debe abordarse este tema reivindicando el rol de la sociedad civil, es decir, la importancia de las personas asociadas cumpliendo roles públicos y, al mismo tiempo, entregando marcos institucionales que otorguen certezas a las personas, para evitar los problemas relacionados con la vana esperanza que se deposita en los tribunales al judicializar –ajusticiando– los derechos sociales.

No se debe perder de vista que las necesidades son infinitas y los recursos son escasos, y que muchas de las reformas que ayudarán a obtener mejores condiciones de vida para la ciudadanía pasan por mejorar las políticas públicas y no la Constitución, pero esta no deja de ser el instrumento que debe fijar las directrices o metas para que el Legislador no solo sea capaz, sino también responsable de establecer en cada época de qué manera el Estado debe contribuir al bien común, sin olvidar o disminuir la participación de la sociedad organizada.

En este sentido, la provisión de los derechos sociales debe ser el fruto de la deliberación política constante y permanente, la cual tiene como misión ir avanzando en alcanzar las condiciones sociales que permitan a todos su mayor desarrollo posible, atendiendo la tensión ineludible de la limitación de recursos disponibles. Los extensos catálogos de derechos sociales directamente exigibles no son el camino, ya que conducen al fracaso, a la frustración ciudadana y al desprestigio institucional. En cambio, elegir una ruta como la seguida por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana que establece un deber del Estado, asumido por el Legislador, de determinar el alcance, protección y mecanismos de reclamación de los derechos sociales mediante leyes, las que determinan las potestades de los órganos administrativos y las obligaciones de terceros. “En simple, se opta por la deliberación política, empoderando y haciendo responsable al Poder Legislativo de discernir las condiciones y términos de las prestaciones sociales, atendiendo a la multiplicidad contingente de demandas sociales y a los recursos fiscales disponibles.[2]

A. Principios generales que deben inspirar los derechos sociales

I. Protección del rol de la sociedad civil en la provisión de derechos sociales

Debe existir un rol coordinado entre la sociedad civil (cuerpos intermedios) y el Estado para garantizar los derechos sociales, siendo todos responsables de alcanzar el bien común. Es primordial que no se desconozcan las libertades y derechos de las personas, resguardando su espacio de acción para que ellos, en primer lugar, puedan organizarse (derecho a la asociación) y resolver los problemas que puedan afectar a la sociedad toda (principio de servicialidad del Estado). Esto está fuertemente relacionado con los principios de solidaridad y subsidiaridad y con entender orgánicamente a la sociedad que se estructura en asociaciones.

Esta protección también permite asegurar que las personas al acceder a servicios considerados sociales puedan elegir entre alternativas diversas a la entregada por el Estado (libertad de elección). De esto deriva que el Estado no solo debe permitir, sino también incentivar y apoyar (incluso financieramente) la provisión de bienes sociales por la sociedad organizada

[2] *Schalper, Diego. “Derechos sociales: una visión alternativa”. Idea País. Disponible en https://ideapais.cl/2020/08/27/derechos-sociales-una-vision-alternativa/*

(resguardando la provisión mixta).

Además, en términos prácticos es necesario reconocer la existencia de recursos económicos limitados, por lo que incluir a otro actor es más eficiente y se traduce en un aumento de recursos.

Riesgo: postura de un Estado paternalista y todopoderoso que no reconozca la contribución de los cuerpos intermedios como actores válidos.

II. No discriminación entre las personas en el reconocimiento de sus derechos

La no discriminación entre las personas en el reconocimiento de sus derechos es una derivación de la igualdad ante la ley, lo que a su vez deriva de la dignidad humana, dignidad que corresponde a todas las personas, independiente de su edad, sexo o condición. De este modo los derechos abstractos reconocidos en la Constitución deben ser en la misma calidad para todos, lo que incluye a los diferentes sexos, regiones/capital, entre otras distinciones, debiéndose evitar en especial que los derechos sean entendidos como una reivindicación conflictiva de un sector con otro.

Por esto, es necesario evitar que se establezcan a nivel constitucional normas de discriminación positiva en favor de ciertos grupos, a priori e independientemente de la necesidad o vulnerabilidad, solo por el hecho de pertenecer a cierto grupo de caracterización. De hacerse diferencias sería necesario que fuera a nivel legal, por razones fundadas -no arbitrarias- y tiempo limitado -deben ser eliminadas una vez la situación se corrija-[3], no de forma permanente por el cambio en las circunstancias y en los fines perseguidos por las políticas públicas

Este reconocimiento igualitario y abstracto de los derechos de todas las personas no impide tampoco la focalización, herramienta que permite, entre otras cosas, la eficiencia y la eficacia en el combate contra la desigualdad y la pobreza, concentrando los recursos escasos en quienes realmente lo requieren. Tiene un enfoque pragmático en cuanto busca que se garantice a toda la población un mínimo adecuado de subsistencia, de modo que se destinan los recursos a quienes presenten un indicador de insuficiencia. Este principio se vincula a la subsidiariedad, pues algunas personas no necesitarán apoyo por parte del Estado, ya que pueden acceder a los bienes sociales por sí mismos[4]. Ahora bien, la multiplicidad de herramientas para focalizar no debe ser definidas a nivel constitucional, sino en las políticas públicas.

Riesgo: es atractivo desde el punto de vista electoral.

III. Consagración en términos amplios (generales) para dar margen de acción posterior a las leyes o políticas públicas y evitar conceptos en exceso ambiguos

Si se busca proyectar un texto a largo plazo, que permita estabilidad, las disposiciones de la Constitución en materia de derechos sociales deben ser amplias para que no queden obsoletas en un corto período de tiempo. Así también, se debe dar espacio a los avances tecnológicos y científicos que sean pertinentes conforme la materia a regular.

Además, las demandas de algunos de los bienes y servicios necesarios para garantizar ciertos derechos sociales, como por ejemplo en el área de la salud, son inelásticas. El incumplimiento permanente por parte del Estado de los derechos constitucionales debilita y pone en riesgo el Estado de derecho, que es la base de una democracia, siendo importante resguardar la responsabilidad fiscal.[5]

Así también, se deben evitar la hiperinflación de derechos y las universalidades que se proponen respecto de algunos derechos sociales. Respecto a lo primero, si existen muchos derechos de todo ámbito, luego las discusiones políticas no serán en base a qué política en concreto es más conveniente o justa, sino que se reducirá a señalar derechos, disminuyendo los espacios de deliberación;[6] por lo demás, la inclusión de más derechos en la Constitución no se traduce en un mayor acceso a los servicios

[3] *Navarro, Laura. "Acción Positiva y Principio de Igualdad". Revista de Ciencias Jurídicas Nº 112 (107-122) enero-abril 2007, Costa Rica, P. 112. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22613.pdf*
[4] *Filgueira, Fernando. "Hacia un modelo de protección social universal en América Latina". Series Políticas Sociales 188, CEPAL y Norwegian Ministry of Foreign Affairs, ISSN 1564-4162, Santiago de Chile. P. 16 y 17.*
[5] *La sola inclusión de derechos sociales a nivel constitucional no se traduce en mayor y mejor acceso a estos. El buen otorgamiento de prestaciones sociales pasa por la implementación de políticas públicas adecuadas para cada tiempo, contando con recursos suficientes, siendo un límite la realidad presupuestaria.*
[6] *Soto, S. (2020). "La hora de la Re-Constitución". Ediciones UC, Santiago, 2020. P. 99-101.*

sociales[7]. La universalización de derechos, por su parte, diluye la ayuda del Estado y la otorga sin la necesaria y responsable focalización en las personas más necesitadas. Los recursos públicos son limitados, por lo que, si se distribuyen en forma universal, beneficiando también a quienes no lo necesitan, se genera una injusticia respecto de los que verdaderamente sí lo hacen[8].

Riesgo: catálogo detallado y específico de derechos a reconocer, junto con la forma en la cual deben garantizarse. Desde un sector, además, se han propuesto derechos muy atomizados.[9]

IV. Evitar la exigencia directa de los derechos sociales a partir del texto constitucional

La realización de los derechos sociales está fuertemente condicionada por el desarrollo económico de los países. Si se decide que los derechos sociales son derechos propiamente tales, entonces son exigibles ante los tribunales de justicia y los jueces tendrán un rol preponderante en la política del país, abriéndose la regulación para el "caso particular"[10]. Si, por el contrario, se piensa en los derechos sociales como metas[11], su materialización pasa por la creación de leyes y políticas públicas, caso en el cual el Congreso y el Ejecutivo tendrían un rol preponderante.

De ser justiciables, el sujeto pasivo de dicha obligación sería el Estado, de modo que los jueces se verían facultados para exigir del Estado prestaciones directas a favor de los demandantes. Esto podría significar una enorme presión sobre el Fisco por parte de la judicatura y, derivado de lo anterior, implicaría un fuerte cambio a nuestro diseño institucional. "En efecto, se sustrae el conocimiento de las aspiraciones sociales del foro político —representado [actualmente] por el Congreso Nacional y el Presidente de la República— y se les entrega a los jueces, quienes deben resolver caso a caso, sin mayor deliberación pública sobre la conveniencia y factibilidad de los mentados derechos sociales. Lo anterior no es solo irresponsable, sino además que representa un menoscabo del sistema de gobierno democrático y al principio de separación de poderes"[12].

De este modo, es más democrático que la asignación de recursos públicos para la satisfacción de derechos sociales se discuta en el Congreso a que se realice en sede judicial. En el primer caso se puede ver la globalidad de las necesidades sociales y distribuir de acuerdo con lo que se considere más relevante; en el segundo se resuelve caso a caso, alterando las prioridades sin considerar una perspectiva global, y sin contar con las competencias técnicas para ello, ni una responsabilidad política por sus decisiones.

---

[7] *Diversos estudios demuestran que la inclusión de derechos en las Cartas Fundamentales y su extensión no inciden en mejores prestaciones sociales para los individuos. Chilton y Verteg (2017) lo sostienen respecto al derecho a la educación y a la salud; Edwards y García (2015), respecto a la educación; y Ben-Basset y Dahan (2018) respecto de seguridad social, educación, salud, vivienda y derechos laborales, construyendo un índice de compromiso constitucional. Véase en LYD. "Derechos económicos y sociales en la Constitución". Temas Públicos N°1495-1, 14 de mayo de 2021.*

[8] *Kangiser, Pablo. "Sobre los Derechos Sociales". Libertad y Desarrollo, 17 de agosto de 2017. Disponible en https://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2017/08/los-derechos-sociales/*

[9] *Un ejemplo es el derecho a la educación sexual, que no se entiende en términos de otras asignaturas. Por ejemplo, nadie aboga por un derecho a las matemáticas. Con normas de este estilo se pierde sustancia en las Constituciones.*

[10] *El problema de esto es que al resolver se favorece a algunos en desmedro de otros, lo que produce un efecto regresivo (beneficia a los más litigantes que típicamente son personas con más poder). Así, por ejemplo, los litigios por acceso a salud en Brasil no han beneficiado a los pobres, sino a una minoría que tiene acceso a abogados y a las cortes para obligar al Estado a financiar los costosos tratamientos que el sistema público no habría entregado bajo ninguna interpretación razonable del derecho a la salud (Ferraz, O. L. M. "Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil". Tex. L. Rev., 89, 1643; 2010).*

[11] *Un ejemplo ilustrativo es el establecido por la Constitución de Alemania, en su artículo 41:*
"1. La Confederación y los cantones promoverán, completando la responsabilidad individual y a la iniciativa privada, el que:
a. toda persona disponga de seguridad social;
b. toda persona obtenga los cuidados médicos necesarios para su salud;
c. las familias en tanto que comunidades de adultos y niños sean protegidas y fomentadas.
d. toda persona capaz de trabajar pueda asegurar su mantenimiento por medio de un trabajo que ejerza en condiciones adecuadas;
e. toda persona en busca de una vivienda, encuentre para sí y su familia una vivienda digna conforme a sus medios;
f. los niños y jóvenes, así como las personas en edad de trabajar puedan beneficiarse de una formación tanto inicial, como continua correspondiente a sus aptitudes;
g. se estimule a los niños y jóvenes a convertirse en personas independientes y socialmente responsables y sean apoyados en orden a su integración social, cultural y política;
2. La Confederación y los cantones abogarán por que toda persona esté asegurada contra las consecuencias económicas de la edad, de la invalidez, de la enfermedad, de los accidentes, del paro, de la maternidad y de las condiciones de huérfano y de viudedad.
3. Aspiran a estos objetivos sociales en el marco de sus competencias constitucionales y de los medios disponibles.
4. No pueden deducirse directamente de estos objetivos sociales derechos subjetivos a prestaciones del Estado."

[12] *Kangiser, Pablo. "Sobre los Derechos Sociales". Libertad y Desarrollo, 17 de agosto de 2017. Disponible en https://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2017/08/los-derechos-sociales/*

Esto no significa que no se pueda reclamar el cumplimiento de las prestaciones sociales por vía judicial. Estos pueden ser exigibles de acuerdo con la configuración que les haya otorgado el Legislador, pero no a través de una acción constitucional directa[13], como es en la Constitución Española que dispone: "solo podrán ser alegados ante las jurisdicciones ordinarias de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen". También se pueden establecer metas sociales o solidarias en la Constitución, siendo deber del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo establecer los medios concretos para alcanzarlas dentro de un plazo razonable.[14]

Ahora bien, esto es extensible a cualquier derecho en su faceta prestacional y no solo a los derechos sociales. Así, por ejemplo, el derecho a la vida no solo puede significar una abstención de terceros a atentar contra ella, sino también la obligación de terceros de realizar acciones positivas para salvar la vida (como es el caso de los recursos de protección para obtener financiamiento del Estado a medicamentos de alto costo cuando peligra la vida en forma inminente) o el debido proceso y la legítima defensa, que para concretarse requiere que existan tribunales y que alguien preste el servicio (de donde surgen los abogados de turno y las corporaciones de asistencia judicial). En este sentido, la discusión sobre la justiciabilidad trasciende la distinción entre ser un derecho individual o uno social y no se satisface del todo si se resuelve que algunos tienen recursos de protección y otros no. Dicha muralla fue rápidamente traspasada, existiendo jurisprudencia en el recurso de protección que invoca garantías individuales para obtener prestaciones sociales.

¿Cómo solucionar esto?

De acuerdo al profesor Sebastián Soto[15] hay que considerar tres caminos: (1) explicitar que la exigibilidad de todos los derechos no solo sea por la vía judicial sino también administrativa;[16] (2) frente al problema de que la Constitución va a ser receptáculo de muchas aspiraciones, declaraciones, principios, además de derechos, hay que evitar que sean absorbidos por los jueces e inflados, para lo cual es necesario atar su contenido a las leyes, a la política pública, en su faz positiva (prestacional) y no en su faceta negativa (abstención)[17]; (3) Para "positivizar" al juez neo-constitucional, se puede evaluar incorporar normas de interpretación de la Constitución, para guiar a los jueces para que no llenen ellos, sino la ley, las aspiraciones de contenido[18].

La profesora Catalina Salem, por su parte, propone establecer una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa de competencia del órgano que ejerza el control de constitucionalidad. Sería una acción de origen popular contra los órganos colegisladores. El control judicial sería uno débil. Un control fuerte determina el significado de la Constitución; uno débil la interpreta, pero no de forma definitiva, sino que el colegislador puede derrotar dicha interpretación con un quórum exigido. Esta acción de omisión legislativa declararía la inconstitucionalidad por omisión y enviaría el asunto al Congreso para que éste legisle en un plazo determinado, bajo sanción de inhabilitar a los parlamentarios para repostularse. Para los casos en los que no fuera posible para la persona esperar el cumplimiento del proceso, establecería una acción judicial de tutela por causales graves, como la afectación de la existencia vital de la persona o una necesidad extrema para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

---

[13] *Se podría reclamar la falta de atención en específico de acuerdo a lo dispuesto en concreto por el Legislador. Por ejemplo, que la atención de salud se presente dentro de determinado plazo y si no se hace, poder recurrir al juez para exigir su cumplimiento. De este modo, no sería un incumplimiento abstracto en la norma constitucional, sino específico.*

[14] *En este sentido, si el Congreso o el Ejecutivo, dependiendo en quien se radique la responsabilidad, no define políticas públicas orientadas a cumplir la meta social, se podría establecer una acción ante el órgano encargado de hacer respetar la Constitución (de acuerdo a la estructura actual, ante el Tribunal Constitucional) para obligar la definición bajo sanción.*

[15] *Notas tomadas en la reunión sostenida con los profesores de la Pontifica Universidad Católica de Chile, Sebastián Soto y Catalina Salem, con fecha 30 de junio de 2021.*

[16] *En materia educacional hay un entramado administrativo que vela por los derechos. También así en salud, acceso al agua, etc. El día de mañana los reclamos debieran ser más o menos uniformes ante la Administración. La exigibilidad de los derechos tiene muchas formas. Una de ellas es la judicialización (hacerlo o no justiciable); una segunda forma es la vía administrativa; y una tercera, es a través de un ombudsman, que tiene auautoritas o legitimidad para pronunciarse sobre cuestiones relacionadas a derechos, pero que no resuelve conflictos entre partes.*

[17] *Es importante recalcar la diferencia entre el carácter prestacional de los derechos y la abstención que se requiere por parte del Estado para resguardar las libertades. En este sentido conviene que el primer carácter quede sujeto a una regulación legal; en cambio el contenido de las libertades no puede remitirse a la ley.*

[18] *Es la misma técnica utilizada por Andrés Bello, en el siglo XIX. El juez debe siempre aplicar la ley, aun cuando le parezca injusta, recayendo en el Legislador y no en él la función de modificarla. A través de las cláusulas de interpretación de la ley, se ata al juez a ella, positivizando su función. En la Constitución de 1833 había una referencia breve a esto.*

V. Principio de focalización

El Estado debe tener preocupación por aquella parte de la población que tenga carencias materiales que restrinjan su libertad de elección para poder desarrollarse plenamente, focalizando los recursos públicos, siempre escasos. Esto también se puede denominar "opción preferente por el necesitado", que significa que el Legislador debe tener dedicación especial respecto de las personas que no pueden costear por sí mismas las prestaciones propias de los derechos sociales.

B. Análisis de los principales derechos sociales

I. Derecho a la Educación

a. Contexto y fundamentos del derecho a la educación

La importancia del contenido del derecho a la educación va más allá de sus consecuencias propiamente jurídicas, extendiéndose a todos los ámbitos sociales, culturales y al espacio central que ocupa la educación en nuestra comunidad. Ella es fundamental desde, al menos, dos perspectivas: primero, por su objeto, esto es, el desarrollo de la persona en todas sus facultades, lo que le permite desenvolverse y actuar en sociedad; segundo, por su rol esencial en la transmisión de valores democráticos para la formación de los ciudadanos.

A continuación, hacemos un breve análisis de algunas consideraciones generales que deben tenerse como base para la consagración del derecho a la educación en la nueva Constitución

b. Objeto de la educación: sentido globalizante

Actualmente el derecho a la educación es consagrado en el artículo 19 N°10 de la Constitución, sin definir qué es educación. Sin embargo, se establece su objeto: "el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida". En la Ley General de Educación se pormenoriza esto, señalando que la educación tiene por finalidad "alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas". De esta forma, queda claro el sentido globalizante de la educación, en cuanto, por un lado, se ocupa de la enseñanza de saberes y conocimientos técnicos y por otro, de la formación, la que se relaciona directamente con la adquisición de hábitos conforme a la moral. Al momento de discutir sobre el contenido del derecho a la educación, no debe perderse nunca de vista este objeto, ya que entraña una relevancia de proporciones al comprender el desarrollo de la persona en todas sus facetas. Educar va más allá de transmitir una cierta cantidad de información.

c. Derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos

La Carta Fundamental vigente reconoce a los padres el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Esto es fundamental y una consecuencia directa de entender a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Así, se reconoce la labor que cumple la familia desempeñando un papel educador. La familia es el primer grupo asociativo de la sociedad. Debido a esto, al Estado no le puede ser indiferente el lugar que tiene dentro del proceso educativo, siendo esencial que la Constitución recalque su importancia, otorgándole un valor central a la hora de configurar el derecho a la educación.

Para que los padres puedan cumplir con su labor educadora, es evidente que deben tener libertad para elegir el establecimiento en que quieren educar a sus hijos conforme a su propio modo de vida. Para esto no basta con que el Estado disponga de un sistema educativo único y uniforme al cual todos puedan acceder -lo cual no haría más que socavar el pluralismo como un bien público que debe ser potenciado-, sino que se requieren medidas efectivas que permitan a los padres cumplir con su deber de forma libre y con respeto a las distintas formas de vida que existen, permitiéndoles optar por el establecimiento educacional que consideren conforme a la formación que quieren transmitir a sus hijos.

d. Derecho a la educación y principio de subsidiariedad

El derecho a la educación debe estar vinculado necesariamente con el principio de subsidiariedad, el cual es otro de sus grandes fundamentos. Así, el Estado debe reconocer y amparar a los distintos grupos asociativos que conforman proyectos educativos en base a sus propias convicciones y garantizarles una adecuada autonomía para que cumplan con sus propios fines específi-

cos e transmisión de valores, saberes y de formación de ciudadanos. De esta forma, no solo se respetará la labor de los padres de educar a sus hijos en base a su propia visión de vida, sino que además se fortalece la dignidad de la persona[19]. Además, se logran mejores resultados cuando la sociedad civil y el Estado colaboran, que cuando se intenta monopolizar la provisión de este bien social.

e. Derecho a la educación y libertad de elección

La satisfacción del derecho a la educación, entendiendo este como un derecho social, está vinculada estrechamente con la libertad de elección, como ocurre con todos los derechos individuales. Soto lo grafica muy bien al señalar: "es evidente que una persona tiene libertad de elección al momento de satisfacer sus derechos individuales: así, puede decidir qué asociación integrar o a través de qué medio ejercer su libertad de expresión. Pues bien, si tiene libertad de elección en el ejercicio de esos derechos, ¿por qué no la debería tener también al momento de buscar la satisfacción de un derecho social?"[20]. Así, debe proscribirse derechamente la provisión exclusivamente estatal de la educación y tiene que tenderse hacia un sistema mixto. De esta manera, el Estado debe promover y contribuir a financiar, por medio de la distribución de los recursos públicos, una amplia oferta de establecimientos educacionales que permitan a las personas, especialmente a los padres producto de su derecho preferente, ejercer su libertad de elección al momento de acceder a la educación.

Debido a esto, es fundamental que la sociedad civil participe de forma activa en la provisión de la educación, ello como consecuencia directa del derecho de la persona a ser educada conforme a sus convicciones, rol que asumen los padres en la edad temprana, y de quienes tienen la labor de educar, de hacerlo también conforme a las mismas. Así, el sistema educativo permitirá, de mejor manera, cumplir con la función de reproducir el modo o forma de vida que los padres estimen mejor para sus hijos.

Como es evidente, la amplitud de la libertad de elección para optar por algún establecimiento educacional no será igual para todos, ya que siempre habrá unos que tienen más opciones que otros, pues pueden acceder, por la vía del pago, a una mayor cantidad de opciones. Con respecto a esto, es fundamental señalar que el rol que se desprende de la subsidiaridad del Estado no debe conducir necesariamente a que éste reemplace a los padres en su deber de educar cuando no cuenten con los recursos para acceder al establecimiento que más se adapte a sus preferencias, sino que el objetivo debe ser otorgarles los medios para que puedan cumplir con su obligación, viendo garantizado también su derecho para hacerlo conforme a su propio modo de vida. De esta forma, lo que se debe promover es aumentar el ámbito de elección posible, focalizando los recursos hacia los sectores más vulnerables de la sociedad, y no limitando las opciones de todos. Además, el Estado debe permitir que las familias accedan con recursos públicos a establecimientos privados, de lo contrario les limita su capacidad de elección y, por consiguiente, les acota a los padres la posibilidad de educar a sus hijos según la formación que estimen conveniente transmitirles.

Lo anterior no significa que el Estado debe abstenerse en la provisión de la educación. Por el contrario, el Estado debe tener la obligación de mantener un sistema educacional gratuito que asegure el acceso a todas las personas y tienda a garantizar la calidad de la educación en las distintas etapas y niveles. Lo importante es que este sistema coexista con la provisión que puede otorgar la sociedad civil, siendo esencial fortalecerla.

Argumentos a favor del pluralismo en materia educativa

La tarea de reivindicar una educación libre y plural no será fácil en un ambiente hostil a estas ideas. Por esta razón, resulta fundamental ampliar el argumento clásico, para lo cual se puede recurrir a nuevas realidades que son de interés transversal en la Convención Constitucional y que exigen, a su vez, mayor participación de la sociedad civil, así como el fortalecimiento de las alianzas público-privadas. Estas realidades son la Cuarta Revolución Industrial y las demandas de los pueblos originarios en materia de derecho a la educación.

[19] *El ser humano, siendo un ser racional e inteligente y, por lo tanto, dueño de sus propios actos y de su libertad, debe tener asegurada para su mayor realización espiritual y material la posibilidad de organizarse y desarrollar aquellas actividades que se lo permitan. Los órganos asociativos mayores, como el Estado, deben tener un respeto por ese espacio, no debiendo perturbar el ejercicio de esta libertad. Debido a esto, detrás del fundamento del principio de subsidiariedad está la supremacía de la persona humana, la dignidad del ser humano y el respeto a su libertad. Los seres humanos deben tener garantizado por el Estado la posibilidad de perseguir sus fines específicos, primero siendo fomentados y potencializados por ese propio Estado y, en segundo lugar, no siendo perturbados ni suplantados en la persecución de esos fines.*

[20] *Soto, Sebastián. "La hora de la Re-Constitución". Ediciones UC, Santiago, 2020. P.116.*

a. Cuarta Revolución Industrial

La Cuarta Revolución Industrial es un fenómeno que se debe tener en consideración si se quiere aprovechar la Convención Constituyente para crear una Constitución Política que sea capaz de responder a los desafíos de los próximos cincuenta años.

La revolución tecnológica está alterando significativamente las interacciones sociales y, con ello, la economía y el mercado laboral con un dinamismo sin precedentes y de muy difícil predicción, al punto que, como bien advierte Patricio Meller, no se sabe a ciencia cierta: "cómo será y en qué empleo van a trabajar en el futuro los estudiantes post colegio; en consecuencia, no se sabe el tipo de conocimientos y habilidades que tienen que tener. Se dice que la mayoría de los niños que ingresan hoy al pre kínder van a trabajar en el futuro en ocupaciones que todavía no existen."[21].

Ante este panorama incierto, es de toda lógica pensar que las políticas de Estado en materia educativa deberían superar su actual rigidez y poca capacidad de adaptación a los nuevos tiempos; características tan propias de su estructura monopólica. Es aquí donde priorizar en una "escuela plural" por sobre una "pluralidad de escuelas" resulta una opción demasiado arriesgada: si no es posible saber con certeza lo que puede pasar a mediano plazo, resulta absurdo apostarlo todo en un tipo de educación para todos.

A raíz de esta nueva realidad, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) recomienda para América Latina una mayor colaboración público-privada con el fin de actualizar oportunamente los contenidos educativos, advirtiendo de las dificultades que tiene el sistema público para hacerlo de forma autárquica[22]. A su vez, desde el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) señalan que el compromiso de la sociedad con el futuro debe trascender los cálculos políticos de corto plazo y por consiguiente, es necesario evitar la captura política del sistema educativo por medio de una institucionalidad que priorice lo técnico por sobre lo político y que cuente con una activa participación de la sociedad civil[23].

En definitiva, las ventajas de apostar por la libertad de enseñanza y la diversidad de proyectos educativos en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial son evidentes. Ante un mundo en constante cambio y frente a soluciones de mercado cada vez más personalizadas, lo lógico es contar con una diversidad de planes de estudios capaz de satisfacer los distintos intereses y necesidades de las familias y de los estudiantes[24]. Apostar por la libertad en educación es hacer lo propio por un desarrollo moderno y a la altura de los nuevos tiempos.

b. Pueblos indígenas

Otro factor de transversal interés para todos los convencionales será el tratamiento constitucional de los pueblos originarios. Junto con el reconocimiento de los pueblos indígenas y la consagración constitucional de la multiculturalidad o la interculturalidad, también serán materia de discusión los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a la educación, abriéndose otra ventana para reivindicar la libertad y la diversidad de proyectos educativos.

Nuevamente, la estructura de un Estado docente no parece satisfacer las demandas de los pueblos indígenas en materia educativa, sobre todo en temas lingüísticos. Es más, autores como la convencional Elisa Loncón denuncian la gravedad de esta situación en los siguientes términos: "la población indígena más numerosa es la mapuche que posee un total de 1.745.147 personas, es decir, el 79,85% de los habitantes indígenas del país. Sin embargo, la pérdida de la lengua afecta por igual a todos los pueblos y arrastran una historia de "lingüicidio" y "epistemicidio" practicado por las políticas estatales y en particular por las políticas educativas. En la actualidad las políticas de reforma educativa inspiradas en los valores de equidad e inclusión tampoco han dado el ancho en cuanto a atender a los niños indí-

[21] *Meller, Patricio. "Una introducción a las habilidades escolares del Siglo 21". Cieplan, Santiago, 2016. P. 35. Disponible en https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/02/Una_introduccion_a_las_habilidades_escolares_del_siglo_21.pdf*

[22] *Basco, Ana y otros. "América Latina en movimiento. Competencias y habilidades en la Cuarta Revolución Industrial". Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y Sector Integración y Comercio, Nota Técnica Nº IDB-TN-1844, enero 2020. P. 164. Disponible en https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Am%C3%A9rica_Latina_en_movimiento_Competencias_y_habilidades_en_la_Cuarta_Revoluci%C3%B3n_Industrial_es.pdf*

[23] *Basco, Ana y otros. "América Latina en movimiento. Competencias y habilidades en la Cuarta Revolución Industrial". Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y Sector Integración y Comercio, Nota Técnica Nº IDB-TN-1844, enero 2020. P. 166. Disponible en https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Am%C3%A9rica_Latina_en_movimiento_Competencias_y_habilidades_en_la_Cuarta_Revoluci%C3%B3n_Industrial_es.pdf*

[24] *Gregorio, Inés y Correas, Irene. "Política más allá del Estado. Alternativas a la educación estatal". Instituto Juan de Mariana, febrero 2021. P. 7. Disponible en https://juandemariana.org/wp-content/uploads/2021/03/Informe-ALTERNATIVAS-A-LA-EDUCACION-ESTATAL.pdf*

gena considerando sus derechos lingüísticos"[25].

Es imposible pretender resolver este problema a través de un sistema de "escuela plural" debido a que las necesidades lingüísticas de los estudiantes indígenas no podrán ser resueltas con un par de horas semanales de estudio de lengua respectiva. En este sentido, resulta mucho más pertinente un sistema de "pluralidad de escuelas" para poder reconocer el efectivo ejercicio de los derechos lingüísticos de los pueblos originarios.

Existen una serie de instrumentos internacionales que reconocen y especifican el derecho a la educación de los pueblos indígenas, también en calidad de minorías nacionales. Si bien, algunos de ellos no son vinculantes en nuestro país[26], no dejan de ser por ello dignos de consideración:

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966:** derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.[27]
- **Convención sobre los Derechos del Niño, 1989:** mismo derecho respecto de los niños pertenecientes a las minorías o que sean indígenas.[28]
- **Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, UNESCO, 1960:** derecho de las minorías a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas, establecer y mantener escuelas, y, de acuerdo a las políticas de cada Estado, emplear y enseñar su propio idioma, en la medida que (i) no les impida comprender la cultura e idioma de la colectividad y tomar parte en sus actividades, sin comprender la soberanía nacional; (ii) el nivel de las escuelas no sea inferior al aprobado por las autoridades competentes; (iii) la asistencia a estas escuelas sea facultativa.[29]
- **Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992:** los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que las personas pertenecientes a las minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno.[30]

---

[25] *Antileo, Enrique y otros. "Wallmapu. Ensayos sobre plurinacionalidad y nueva Constitución". Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, Pehuén, Chile, agosto 2020. Disponible en http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_ completo_ 11-Agosto.pdf*

[26] *No son vinculantes en Chile la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y las Recomendaciones de La Haya relativas a los derechos educativos de las minorías nacionales (1996).*

[27] *Artículo 27: en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*

[28] *Artículo 30: en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.*

[29] *Artículo 5, letra c: en que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:*
(i) ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional;
(ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes; y
(iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa.

[30] *Artículo 4: 1. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.*
2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.
3. Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno.
4. Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto.
5. Los Estados deberán examinar medidas apropiadas de modo que las personas pertenecientes a minorías puedan participar plenamente en el progreso y el desarrollo económicos de su país.

- **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007:** se reconoce el derecho de los pueblos indígenas de establecer y controlar sus sistemas e instrucciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. Los Estados deben adoptar medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que puedan acceder a educación en su propia cultura y su propio idioma[31].
- **Recomendaciones de La Haya relativas a los derechos educativos de las minorías nacionales, OSCE, 1996:** las personas pertenecientes a minorías nacionales, al igual que los demás, tienen derecho a establecer y administrar sus propias instituciones docentes privadas de acuerdo con la legislación interna; entre dichas escuelas pueden figurar las que imparten el idioma de la minoría. El Estado no puede impedir esto con requerimientos legales y administrativos innecesariamente onerosos. Las instituciones docentes privadas de lengua minoritaria tienen derecho a buscar sus propias fuentes de financiamiento, sin obstáculo ni discriminación, en el presupuesto estatal, en las entidades internacionales y en el sector privado[32].

Estos instrumentos reconocen el derecho de las minorías a conservar su identidad por medio de su lengua, el cual se materializa, principalmente, en la educación. La Convención Constitucional tendrá que decidir si este reconocimiento se hará a modo de privilegio para los pueblos originarios o, por el contrario, se hará extensivo a todos los chilenos sin importar su origen étnico, considerando que es un derecho que se reconoce a todas las minorías en forma de resguardo respecto de las mayorías. Esa será una oportunidad para que los convencionales constituyentes promuevan un sistema de "pluralidad de escuelas" y demanden para todos los chilenos la libertad en materia de educación. Apostar por la libertad en educación es hacer lo propio por un Chile respetuoso de las creencias y costumbres de todos sus habitantes.

Exigibilidad del derecho a la educación

- **¿Por qué no incluir el derecho a la educación dentro del recurso de protección?**

Separación de poderes: las políticas públicas son las llamadas a resolver los problemas sociales como la educación. Este plan deberá ser discutido en sede política con la participación de los actores del Ejecutivo y Legislativo, incorporando las opiniones y participación de otros actores del espacio público como cuerpos intermedios y particulares. Los jueces están llamados a aplicar la ley y no a proponer o desarmar políticas públicas. Además, no son elegidos democráticamente y carecen de contrapeso político, no tienen obligación de rendir cuenta a la ciudadanía de su gestión más que a través de determinados recursos.

Irresponsabilidad fiscal: en un escenario de judicialización de derechos, los jueces tendrán el control sobre el presupuesto del Gobierno e incidirán en la configuración de las políticas públicas necesarias para materializar el acceso a la educación. El presupuesto es uno solo y los jueces no tienen la responsabilidad sobre éste.

Desigual protección de los derechos: solo aquellos que logren organizarse o cuenten con mayores recursos económicos, podrán acceder a la protección de sus derechos mediante las acciones judiciales. Esta desigual protección afectaría negativamente sobre todo a aquellos grupos que por ser los más desposeídos, carecen de acceso a la información y de capital

[31] *Artículo 14: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.*
2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.
3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

[32] *Numerales 8, 9 y 10:*
8) De conformidad con el derecho internacional, las personas pertenecientes a minorías nacionales, al igual que las demás, tienen derecho a establecer y administrar sus propias instituciones docentes privadas de acuerdo con la legislación interna. Entre estas instituciones pueden figurar las escuelas que imparten la enseñanza en el idioma de la minoría.
9) Dado el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a establecer y administrar sus propias instituciones docentes, los Estados no pueden obstaculizar el goce de este derecho mediante la imposición de requerimientos legales y administrativos innecesariamente onerosos para regular el establecimiento y la administración de tales instituciones.
10) Las instituciones docentes privadas de lengua minoritaria tienen derecho a buscar sus propias fuentes de financiación, sin obstáculo ni discriminación alguna, en el presupuesto estatal, en las entidades internacionales y en el sector privado.

cultural para exigir el cumplimiento de sus derechos, beneficiando en mayor medida a las clases altas y medias (piénsese lo que ocurre actualmente con los recursos de protección que se interponen contra las Isapres).

Rigidez en el sistema: es un contrasentido plasmar políticas públicas en la Constitución, pues ésta debe gozar de estabilidad, mientras que la educación requiere de flexibilidad para ir adaptándose a las necesidades de los tiempos. Muchos asuntos propios de los derechos sociales son dinámicos y una Constitución por definición no lo es, sino que debe estar estipulada en términos tales que permita que fluya la dinámica política. Es importante considerar que todo aquello que se incluya en la Constitución va a quedar fuera de la deliberación democrática. En este sentido, parece sensato incluir respecto de la educación (y demás derechos sociales), declaraciones de principios que sirvan como guía del actuar del Estado. Sin embargo, dejar plasmados asuntos propios de políticas públicas no beneficia ni al ordenamiento jurídico ni a la ciudadanía.

• ¿Cómo hacer exigible el derecho a la educación?

Se propone que sea la ley la encargada de hacer cumplir el mandato constitucional relativo al derecho a la educación. Aunque se puede sostener que consagraciones de derechos sin garantías, son meras declaraciones, esto no significa que deba promoverse la exigibilidad directa ante los tribunales por todas las razones dadas.

La Constitución debería contener en su texto un mandato claro al Legislador para hacerse cargo de que las personas efectivamente puedan acceder a la educación en los términos que se estipulen (enunciación de principios que sean directrices del actuar del Legislador, por ejemplo: calidad, ofrecer una opción gratuita en el caso de la educación obligatoria, etc.). La ley por su parte debe establecer el mecanismo para hacer exigible lo estipulado. Por ejemplo: denuncia a la Superintendencia de Educación en caso de cierre ilegal de colegio por toma que impide hacer clases; denuncia por quedar fuera del sistema de admisión escolar, etc.

Los jueces no quedan absolutamente fuera, ya que, respecto de las leyes, podría proceder en primer término el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. También se puede acceder a reclamar el derecho concretizado en la ley, a través de los medios establecidos por ella (tanto en vía administrativa como judicial).

II. Derecho a la Protección de la Salud

a) Diagnóstico

La salud en Chile es una de las problemáticas de mayor urgencia. Ejemplos de ello son las largas listas de espera de pacientes por atenciones de salud en el sector público[33], la falta de especialistas en las regiones, la baja calidad de la salud pública unida a los problemas de gestión de recursos, el costo inflacionario de las prestaciones de salud, la dificultad de la población para tomar decisiones informadas en esta materia, entre otros. La salud debe ser considerada por el Estado y por la sociedad como una prestación de gran compromiso, siendo muy importante que el seguimiento de las políticas públicas en este sector sea muy riguroso.

b) Principios generales y metas asociadas a la protección de la salud

i. Libertad de elección de los usuarios

Es importante que una de las metas del Estado sea que las personas puedan elegir libremente la salud que quieran recibir y apoyarlos para poder hacer efectiva esta libertad. De este modo, debe existir una corresponsabilidad entre todos los miembros de la sociedad de contribuir a la solución de los problemas de salud, en que el Estado y los privados se complementen para hacerse cargo de los problemas que aquejan a la sociedad en su conjunto.

Es necesario mantener la existencia de "un sistema mixto, en cuanto los organismos públicos y privados de salud -debidamente regulados- tienen un papel integrador y coordinado en la responsabilidad de la salud en Chile".[34]

[33] *"En primer lugar, el acceso inoportuno, asunto que se tiende a identificar -pero no se agota- con las largas listas de espera: «el informe de la OCDE Health at Glance 2019 revela que nuestro país es uno de los con mayores tiempos de espera en operaciones hospitalarias no urgentes» (Lindh, 2020, p. 7). Este dato va también acompañado de la percepción de la gente, ya que solo 1 de cada 2 afiliados a Fonasa se siente protegido por el sistema, mientras que solo 1 de cada 3 confía en que podrá acceder a un tratamiento efectivo frente a una enfermedad (Superintendencia de Salud 2018)". Ortega, Magdalena y Hagedorn, Jorge. "Salud y Constitución. Ideas Fundamentales". Idea País. P. 10.*

[34] *Ortega, Magdalena y Hagedorn, Jorge. "Salud y Constitución. Ideas Fundamentales". Idea País. P. 10.*

Para poder ejercer esta libertad de elección, debe existir una alternativa diferente a la pública, y, de ser necesario, apoyar desde el Estado incluso con recursos públicos, la elección de las personas.

ii. Transparencia y competencia en el mercado de la salud

Uno de los problemas en el mercado de la salud es la falta de transparencia de la información, que hace que las personas no puedan tomar decisiones completamente informadas. Aumentar la transparencia debe ser un deber del Estado, así como fomentar la competencia en beneficio de las personas.

También es importante que desde el Estado se promueva un control de gestión y responsabilidad fiscal. Esto debería materializarse, luego, a través de la ley, en establecer incentivos a la eficiencia dentro del sector salud.

iii. Garantizar el acceso a la salud de todas las personas

Se debe definir como un deber del Estado el velar por el acceso a la salud. Ahora bien, esto no puede significar en ningún caso que solo el Estado deba encargarse de la producción de las acciones de salud, sino más bien incluye incentivar la participación de la sociedad organizada en la entrega de soluciones de salud y promover la colaboración público-privada, resguardando las libertades de los pacientes como de quienes deseen desarrollar esta actividad. Así, el Estado no debe necesariamente gestionar hospitales, sino garantizar el acceso a los servicios médicos; no debe necesariamente administrar un seguro de salud, sino financiar a aquellos que no tienen recursos suficientes para acceder a ello. En el caso, por ejemplo, que se quisiera avanzar en un sistema de multi-seguros con la existencia de un seguro público de salud, aunque se trata de una discusión de política pública y no constitucional, sería crucial que al menos se establezca en la Constitución un principio básico para que el Estado deba competir en igualdad de condiciones con el sector privado.

vi. Opción preferente por el necesitado

El Estado debe tener preocupación por quienes no pueden costear su propia salud, focalizando los recursos públicos, siempre escasos, en la población vulnerable económicamente. Esto también se puede denominar "opción preferente por el necesitado", que significa que el legislador debe tener dedicación especial respecto de las personas que no pueden costear por sí mismas las condiciones mínimas de salud, considerando que la necesidad económica generalmente está relacionada a otras necesidades multifactoriales. Ahora bien, esta "necesidad" puede entenderse también como una necesidad sanitaria o una carencia de otra índole.

v. Sustentabilidad financiera del sistema de salud

Debe existir solidaridad intergeneracional en los sistemas de salud, entendido como la preocupación por su sostenibilidad financiera como un imperativo de responsabilidad respecto de las futuras generaciones. En otras palabras, debe establecerse un deber para el Legislador de resguardar la viabilidad económica de las prestaciones sociales y sostenibilidad de estas en el futuro al momento de determinar las políticas públicas de salud[35].

c) Propuestas, Riesgos y Argumentos

i. Derecho a poder elegir un sistema de salud distinto al provisto por el Estado (tanto a nivel de aseguramiento, como de prestadores)

Riesgo: en la mayoría de los derechos sociales, pero en especial en el derecho a la salud, por ser un tema muy importante para la población, se corre el riesgo de propuestas políticas que aseguran que aumentando la participación del Estado mejorará el servicio provisto a la población. Sin embargo, esta solución solo profundizará los problemas, pues si bien el Estado es necesario y muy útil para administrar el buen funcionamiento del país, no es tan buen prestador, lo que queda de manifiesto en los resultados en los diversos servicios que actualmente presta, frente a los servicios entregados por la sociedad organizada.

Este no es un problema de recursos. La red pública de salud obtiene un rendimiento muy inferior al sistema privado, con recursos productivos equivalentes y presupuestos muy similares,

[35] *Ortega, Magdalena y Hagedorn, Jorge. "Salud y Constitución. Ideas Fundamentales". Idea País. P. 13.*

por lo que la diferencia solo está en la forma en la que los recursos se gestionan. En 2001 el gasto per cápita en salud en las Isapres era 2,3 veces el gasto por persona en Fonasa. Con los incrementos del presupuesto estatal, el aumento del gasto en Fonasa al año 2019 prácticamente había alcanzado al de las Isapres (1,06 veces), a pesar del incremento del gasto que es advertido por los beneficiarios de las Isapres en los ajustes anuales de sus tarifas. De este modo, no se puede utilizar este argumento para explicar las diferencias de calidad de los sistemas. Ahora bien, la población de Fonasa es más riesgosa (mayor número de enfermos y adultos mayores –en un 17%- que la cartera de Isapres[36]. Esto es lo que se conoce como "costo de la gobernanza imperfecta del Estado", es decir, que éste ha demostrado en todos los sectores económicos mayor ineficiencia que la que genera un mercado, por muy ineficiente que sea, como lo es el de la salud.[37]

Hay ciertos constituyentes que proponen establecer a nivel constitucional un seguro único de salud provisto por el Estado, lo que atentaría contra la libertad de elección. Ahora bien, siendo un tema de política pública que no debería resolverse detalladamente a nivel constitucional, en el caso de seguirse esa vía estableciéndose a nivel constitucional un sistema de aseguramiento de la salud provisto exclusivamente por el Estado (seguro único), esto al menos debería financiarse exclusivamente con impuestos generales[38]. De este modo, se evitaría el establecer un impuesto a los trabajadores para cubrir la salud de todas las personas, habiendo solidaridad no solo entre este grupo reducido de la población que no necesariamente cuenta con mayores recursos que el resto, sino entre todos quienes contribuyen con sus impuestos a financiar el aparato estatal, permitiendo una verdadera solidaridad intergeneracional e intrageneracional, donde los riesgos en salud no corren únicamente por cuenta individual.

Un sistema único afecta a las personas, en cuanto se elimina su capacidad de opción, y a los proveedores e inversionistas del sector, en cuanto se instala un único y poderoso comprador.

ii. Asegurar una verdadera libertad de elección entre sistemas de salud

Riesgo: mantener un sistema como el actual, en el que las personas están obligadas a permanecer en el sistema estatal si no quieren perder los recursos aportados por el Estado. Para asegurar la libertad de las personas de elegir y que estas puedan verdaderamente hacerlo aun cuando no tienen recursos propios suficientes para elegir una alternativa distinta a la del Estado, deberían poder elegir dónde utilizar el dinero gastado por el Estado en proveerle salud, de acuerdo a su nivel de ingresos.

Hoy los subsidios estatales representan 2/3 del financiamiento de la salud pública y son pagados con dinero proveniente de los impuestos generales. La decisión de cómo usar esos recursos no recae en las personas, sino que la realiza el Estado. Esta es la base de la desintegración del sistema de salud en Chile y de la reserva de la libertad de elección de un sistema distinto en un beneficio que en la práctica terminan ejerciendo solo quienes pueden pagarlo. La discriminación es impuesta por el Estado, pues los subsidios fiscales no siguen las decisiones de la gente, sino la decisión política de financiar solo la salud pública, quedando muchas personas cautivas en el sistema de salud estatal.

iii. Que se resguarde la libertad de desarrollar actividades económicas en materias relacionadas a la salud y que se respete su autonomía

Riesgo: es poco probable que se pretenda excluir completamente la provisión privada en salud. Sin embargo, hay propuestas que pretenden que si los privados quieren entregar servicios de salud pagados por el Estado deberá ser "sin lucro" o fijando los precios. Ahora bien, es injusto para la sociedad organizada no poder entregar servicios de salud a un grupo de la población solo porque el Estado contribuya a financiar su salud, cuando puede incluso ser más eficiente a nivel de recursos para el Estado que algunas soluciones de salud se provean en los centros privados.

Los centros de salud deberían poder competir con los centros públicos en igualdad de condiciones, premiándose en ambos casos la eficiencia en el uso de los recursos. Lo mismo debería

[36] *Caviedes, Rafael. "Cómo entender el sistema de salud chileno: más allá de lo público y lo privado". Santiago de Chile, Ediciones LYD, 2019.*
[37] *Caviedes, Rafael. "Cómo entender el sistema de salud chileno: más allá de lo público y lo privado". Santiago de Chile, Ediciones LYD, 2019.*
[38] *Si se sigue este camino, estaríamos cambiando de un sistema mixto de salud, basado en el aseguramiento privado en el modelo propuesto por Otto von Bismark y en el público, en el modelo propuesto por Willian Beveridge, a un modelo exclusivamente "Beveriano". Beveridge propiciaba un sistema estatal único, financiado principalmente con impuestos generales, aunque no necesariamente el proveedor de servicios de salud es el Estado. Este modelo se usa en países como Reino Unido, Canadá, España e Italia.*

ser respecto a Fonasa, si migra a ser un asegurador de salud, debería competir en igualdad de condiciones con las aseguradoras privadas para entregar el servicio. Esta competencia incentivaría la eficiencia en el uso de recursos.

Además, es importante conservar la autonomía de estos cuerpos, especialmente respecto a su ideario. Frente a ello, podría ser un riesgo el que se establezca, dentro del derecho a la salud, por ejemplo, el derecho al aborto, y obligar a las instituciones de salud a realizarlo cuando en la actualidad algunas instituciones se oponen por ir en contra de los principios que las fundan.

iv. Derecho de las personas a recibir oportunamente una atención de salud, sin que se vea condicionada por la calidad pública o privada del prestador

Riesgo: excluir la participación de la sociedad organizada en la solución de los problemas sociales. Si una persona requiere una atención de salud, debería poder acceder a ella oportunamente. En la actualidad el sistema público de salud no logra esto, existiendo largas listas de espera respecto a determinadas atenciones, lo que puede incluso llevar a empeorar la salud de las personas recibiendo la atención cuando ya es demasiado tarde. Debería ser un deber del Estado fomentar la colaboración público-privada, no siendo importante el RUT del prestador para ser elegido para entregar el servicio de salud, sino más bien criterios de eficiencia, oportunidad de la prestación y resguardo de los recursos públicos.

Un ejemplo de esto son las garantías de oportunidad de la Ley Ricarte Soto, que se ha propuesto extender al resto de las prestaciones de salud, en que si la persona no recibe la atención de salud que necesita dentro de un plazo determinado, se le deba proveer en otro prestador en convenio, sea este público o privado. Algo similar es lo que ocurre con las Garantías Explícitas en Salud (GES), que establece garantías de acceso, oportunidad, protección financiera y calidad respecto a las patologías cubiertas. Ahora bien, solo los principios generales deben quedar a nivel constitucional. La forma en que se aterricen es materia de política pública y deberá ser discutida en la ley, no en la Constitución. Por ejemplo, hoy es ampliamente aprobada la idea de crear un Plan de Salud Universal de Salud, pero esto no significa que las futuras generaciones sigan considerándolo como la mejor solución.

Muchas veces se usa el argumento de que las entidades públicas son superiores moralmente a las privadas porque su único interés es servir a la población. Siendo esto muy cuestionable respecto de las personas detrás de las instituciones, aun cuando fuera cierto no es un argumento suficiente para justificar las listas de esperas, el agravamiento de los enfermos, el sufrimiento o la muerte de los pacientes que aguardan por la atención. En este sentido, es más fácil y popular vender al electorado la ilusión de un "derecho al acceso a prestaciones de salud gratuitas", siendo necesario desenmascarar lo que realmente significa: racionar la entrega de prestaciones mediante interminables listas de espera y servicios deficientes.

III. Derechos y libertades laborales

a) Diagnóstico

El actual contexto de pandemia ha demostrado lo frágil e importante que es el mercado laboral, no solo para el desarrollo económico del país, sino que también como sustento de vida de la población. A modo de ejemplo, y para reafirmar lo anterior, es posible señalar que el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) reportó los resultados de su encuesta de empleo del trimestre móvil febrero-abril del presente año[39], en donde la tasa de desempleo fue de 10,2%, con un incremento de 1,2 puntos respecto de lo observado un año atrás, que era de 9%, teniendo ya esta última cifra los primeros efectos de las cuarentenas que se iniciaron en marzo del 2020.

En directa relación con lo anterior, y tras la pandemia, será urgente recuperar los puestos de trabajo destruidos. En este sentido, se debe ser consciente de que cada regulación que se incorpore en la nueva Constitución sobre materias laborales tendrá, se quiera o no, un efecto directo en la economía y en la vida de las personas, no solo como sustento de las mismas, sino también como espacio para el desarrollo de la dignidad humana, por lo que la forma en la que finalmente queden plasmadas estas materias debe considerar todos los efectos alternativos y secundarios que traerán consigo, debiendo promoverse un debate con visión de largo plazo, panorámico e integral.

Adicionalmente a lo anterior, se está experimentando la moder

[39] *Instituto Nacional de Estadísticas. "Boletín Estadístico: Empleo Trimestral (febrero-abril de 2021". Edición N°271, 31 de mayo de 2021. Disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/boletines/2021/pa%C3%ADs/bolet%C3%ADn-empleo-nacional-trimestre-m%C3%B3vil-febrero-2021---marzo-2021---abril-2021.pdf?sfvrsn=f32bd440_6*

nización y el cambio del actual mundo laboral debido, entre otros factores, a la irrupción de las tecnologías y nuevas plataformas, que han permitido trabajar de maneras que antes eran inimaginables, pero que al mismo tiempo envuelven el riesgo de la automatización de ciertas labores. Más aún, el rol que el trabajo ha ido adquiriendo para la sociedad, adaptándose a los diferentes estilos de vida de cada generación y con ello, la búsqueda de mejores equilibrios entre la vida laboral y la personal.

De hecho, el INE reportó que en enero de 2021 un 17,5% de los trabajadores realizó labores a distancia o bajo la modalidad de teletrabajo. Esta modalidad de trabajo se concentra en las personas trabajadoras de los sectores de información y comunicaciones (58,3%), suministro de electricidad y gas (50,8%), enseñanza (41,7%) y actividades financieras y de seguros (39,1%). La cifra es menor a la registrada en octubre de 2020, en que el 22,4% de los trabajadores y trabajadoras realizó labores a distancia o bajo la modalidad de teletrabajo.

Considerando lo anterior, los cambios que se incorporen a la nueva Constitución sobre la materia, o incluso la mantención de su actual regulación, deben dejar espacio a los cambios y nuevas dinámicas del mercado laboral como, por ejemplo, la transformación de los espacios de trabajo y su valor para la sociedad, lo que es dinámico y evolutivo en el tiempo. En este sentido, las demandas o problemas actuales deben ser abordados sin afectar la flexibilidad que el mundo del trabajo deberá tener para adaptarse a los nuevos escenarios, aún desconocidos.

b) Propuestas, riesgos y advertencias

i. Libertad de trabajo

Riesgo: consagrar la garantía como derecho al trabajo. Es adecuado mantener la configuración de la garantía como "libertad de trabajo", ya que esta ha permitido que se entienda en términos amplios y favorables para los trabajadores, entregando además un margen de actuación para otros factores económicos relevantes en la materia, lo cual no ocurriría en caso de garantizarse el "derecho al trabajo".

Nuestra actual Constitución consagra en el artículo 19 N°16 la "libertad de trabajo y su protección", punto sobre el cual hay quienes señalan que dicha redacción debiese modificarse para consagrar el "derecho al trabajo", tal como se establece en el proyecto de reforma constitucional presentado por la ex Presidenta Michelle Bachelet en el año 2018, entendiendo que así la protección que se entregaría a los trabajadores sería más robusta.

Para entender de mejor manera las diferencias que implican consagrar la "libertad de trabajo" vs. "el derecho al trabajo" desde un punto de vista académico, hay quienes asocian la "libertad de trabajo" a la fase inicial de una relación laboral, restringiéndola únicamente a si se acepta o no un determinado puesto de trabajo; mientras que el "derecho al trabajo" se entiende como el derecho de toda persona a obtener o acceder a un empleo cuando se encuentre en su búsqueda. Incluso hay quienes van más allá y consideran que también incluiría el derecho a conservar el empleo, por lo que directamente implica que el Estado realice acciones que incentiven la generación de empleo para que nadie se quede sin la oportunidad de acceso cuando así libremente lo quiera.

Justamente las diversas apreciaciones entre una disposición y otra han incidido en la consagración del "trabajo" en otras Constituciones, las cuales son variadas: algunas establecen directamente el "derecho al trabajo", otras en cambio lo regulan como el "derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas". Una tercera regulación lo consagra como un deber del Estado para asegurar este derecho por medio de la promoción de políticas de pleno empleo[40], la igualdad de oportunidades en la elección del trabajo y la formación de los trabajadores y, finalmente otros, como Venezuela, vinculan el derecho al trabajo con las restricciones en el despido[41].

En línea con lo anterior, y para efectos de determinar la forma más adecuada de establecer las normas laborales en la Constitución, se debe tener en cuenta que si se consagra finalmente el "derecho al trabajo", la Constitución no tiene la capacidad de asegurar que todas las personas tendrán un trabajo, y si bien el

[40] *Establecer disposiciones relativas al "pleno empleo" o a "asegurar los puestos de trabajo" en la Constitución son erradas, ya que las mismas son variantes y dependen de factores que escapan del ámbito meramente legislativo. En este sentido, el comportamiento del mercado laboral está íntimamente ligado al comportamiento del mercado económico (tanto nacional, como internacional), por lo que se debe promover un debate en torno al tema con visión de largo plazo, panorámico e integra*

[41] *Constituciones latinoamericanas revisadas en este punto: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Constituciones europeas: España, Luxemburgo, Portugal y Rumania.*

y si bien el promover y crear empleo corresponde a una tarea propia de las políticas públicas, éstas tampoco pueden garantizar el empleo, ya que la creación de puestos de trabajo depende de múltiples factores en donde la nuevas inversiones, innovación y las oportunidades para emprender son muy relevantes, cuestión que los constituyentes deben asimismo considerar. En este punto, y para ejemplificar lo señalado, si se consagrara el "derecho al trabajo", se entendería entonces que el Estado debe realizar todas las acciones posibles para que nadie quede sin la oportunidad de trabajar.

En cuanto a la "libertad de trabajo", y tal como señala la doctrina en materia laboral, esta significa que "a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución"[42]. Sobre la base de la definición es posible entender que nuestra actual garantía constitucional envuelve cuatro aspectos: (a) el derecho de toda persona a trabajar con su consentimiento, sin ser forzada u obligada a desarrollar una labor; (b) la libertad de contratación que supone el poder escoger, libremente, a la persona, la labor y las condiciones en que se contratarán los servicios, teniendo únicamente como límites aquellos establecidos por ley, (c) la imposibilidad de sufrir discriminaciones arbitrarias, y (d) el derecho a recibir una justa retribución. En este mismo sentido, y realizando una bajada práctica de la norma constitucional, nuestro Código del Trabajo establece expresamente que se reconoce la función social que cumple el trabajo y la libertad y dignidad que deben revestir las relaciones laborales.

ii. Negociación radicada en el trabajador y posibilidad de negociar solo con la empresa en la cual se trabaja

Riesgo: Negociación radicada en el sindicato y posibilidad de negociar por ramas o sectores económicos.

Nuestra actual Constitución radica el derecho a negociar en el trabajador individualmente considerado y además establece que dicha negociación puede realizarse entre los trabajadores y la empresa en la cual trabajan, regulaciones que deberían mantenerse.

Adicionalmente, y en base a esta materia, se desprenden otros temas esenciales para la regulación laboral:

- La titularidad sindical: el proyecto de reforma constitucional presentado en el año 2018 por la ex Presidenta Michelle Bachelet buscaba reconocer este derecho únicamente respecto de los sindicatos, regulación que se encontraba en la misma línea que la propuesta inicial de reforma laboral del año 2016, la cual fue declarada inconstitucional, ya que se hizo primar el derecho a la asociación y la existencia de grupos negociadores.

  Sobre este aspecto, es fundamental sostener que el derecho a negociar pertenece a los trabajadores con independencia de si están afiliados o no a un sindicato, lo que es coherente con el derecho a la libertad de asociación (artículo 19 N°15) y con el hecho de no ser obligado a sindicalizarse, derechos que a nuestro juicio, son intransables si se quiere mantener una protección adecuada del trabajador (como individuo) dentro de la relación laboral.[43] En directa relación con lo anterior, y según cifras entregadas en abril del 2019 por el Consejo Superior Laboral, la tasa de sindicalización en Chile -de 20,9%[44]- se ubicaba por debajo del promedio de los países OCDE, que es de 30%. Si bien supera a países como Holanda (19,8%), Alemania (19,2%) y Colombia (18,5%), está lejos de Islandia (92%), Dinamarca (71%), Suecia (71%) y Finlandia (65%)[45].

[42] *Evans, Enrique. "Derecho Constitucional", Editorial Jurídica. P. 232.*
[43] *Sobre este párrafo, Jorge Hagedorn (IdeaPaís) disiente de la argumentación. En orden de fortalecer los vínculos comunitarios y entender la subsidiariedad y solidaridad como principios rectores del orden social, los grupos intermedios son un pilar fundamental. Uno de los grupos intermedios más importantes en la sociedad ha sido y son actualmente los sindicatos de trabajadores. En este sentido, debemos contar con una institucionalidad y leyes que favorezcan la proliferación de estos en las empresas. Dicho esto, estando de acuerdo con la importancia de la libertad de asociación (y, en consecuencia, de sindicación), creemos que la forma de organizarse y negociar colectivamente tiene que ser a través de sindicatos constituidos (ya sea uno o varios de ellos), pues es este el instrumento más adecuado para ejercer los derechos de la libertad sindical. Los grupos negociadores, en este sentido, le quitan piso y fuerza a la actividad sindical en el país. Hoy, en torno a la sentencia aludida del Tribunal Constitucional, siguen estando reconocidos en la ley laboral y pueden negociar de forma no reglada con los empleadores. Por tanto, si queremos tomarle el peso a la importancia de la presencia de una actividad sindical fortalecida, debemos prescindir de esta extraña figura en nuestro ordenamiento jurídico, la cual no tiene precedentes en países que cuentan con una armoniosa y colaborativa actividad sindical. En último término, si bien el derecho a negociar colectivamente es de los trabajadores, esto en ninguna medida implica necesariamente que deben existir los grupos negociadores para hacerlo, sino que, justamente, a través de los sindicatos en conformidad con la ley.*
[44] *Véase en https://www.ciedess.cl/601/w3-article-5335.html*
[45] *Cifras extraídas de Vega, Maximiliano y Donoso, Nicolás. "¿Una labor pendiente? La Constitución y el derecho al trabajo y huelga". La Tercera, 1 de mayo de 2020. Disponible en https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/una-labor-pendiente-la-constitucion-y-el-derecho-al-trabajo-y-huelga/LA5WRXRA65BLPLOOMLKAHF45HA/*

Finalmente, y sobre este punto, es interesante señalar que en Latinoamérica la única Constitución que establece como obligatoria la participación de los sindicatos en la negociación colectiva es la de Brasil, no encontrándose una disposición similar en las Constituciones europeas revisadas[46] y tampoco su reconocimiento a nivel internacional.

- **Negociación colectiva por rama de actividad económica:** en este punto, la propuesta de la ex Presidenta Bachelet permitía, por medio de la ley, negociar por rama de actividad económica, a partir de lo cual un contrato colectivo regularía las condiciones comunes de trabajo para todo un sector económico.

  Esta propuesta no es adecuada, ya que se debe tener en cuenta que la realidad de cada empresa y su tamaño, aun cuando pertenezca a un mismo sector económico, es distinta, además que los derechos y obligaciones que emanan de la relación laboral solo vinculan al trabajador con el empleador respectivo, por lo que permitir negociar a trabajadores que no forman parte de la empresa resulta contraproducente y contribuiría únicamente a empoderar al sindicato por sobre el trabajador individualmente considerado. De hecho, obligar a las pymes a entregar los mismos beneficios que las grandes empresas pudiera traducirse en una mayor concentración económica, si producto de ello sale un mayor número de empresas más pequeñas del mercado.

iii. Mantener la prohibición de huelga para ciertos sectores

Riesgo: eliminar la prohibición de huelga para ciertos sectores

La actual Constitución establece quiénes no pueden declararse en huelga: (a) los funcionarios del Estado; (b) los funcionarios municipales[47] y (c) quienes presten servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. El proyecto constitucional de la ex Presidenta Bachelet considera el reconocimiento expreso de este derecho, manteniendo los trabajadores y circunstancias en las cuales no está permitida, punto que es positivo, toda vez que la doctrina y la jurisprudencia señalan que el derecho a huelga ya está reconocido a nivel constitucional, por lo que simplemente se estaría otorgando mayor certeza en la materia. De esta forma, nuestra Constitución se sumaría a las de países como Colombia, México, Francia, Italia, España y Uruguay, que también reconocen este derecho.

Adicional al hecho de reconocer la huelga a nivel Constitucional, es relevante incluir que la misma debe ser pacífica y extender que la prohibición de declararse en huelga también comprende la prohibición de paralizar o suspender las funciones.

iv. Fortalecimiento de la igualdad entre hombres y mujeres

Riesgo: imponer cuotas e igualdad salarial sin considerar los mismos factores de comparación.

Si bien la actual Constitución no reconoce explícitamente este principio, sí regula expresamente la prohibición de toda discriminación arbitraria (artículo 19 N°16), entendiéndose dentro de ésta aquella fundada en el sexo, además de la regulación consagrada en el artículo 1° que establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

A nivel legal, el Código del Trabajo consagra en el artículo 62 bis el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres: "el empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad".

Además, existe la Norma de Carácter General (NCG) N°386 mediante la cual la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), exige a las entidades inscritas en el Registro de Valores que en abril de cada año entreguen, a través del Reporte de Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible, información sobre indicadores de diversidad y brecha salarial en su organización.

En el proyecto de reforma constitucional de la ex Presidenta Michelle Bachelet se establece expresamente la prohibición de establecer discriminaciones en materia salarial entre hombres

[46] *Portugal, Grecia, Italia, Francia, España y Polonia.*
[47] *Tanto para funcionarios del Estado, como municipales la imposibilidad de declararse en huelga radica en el carácter monopólico de los servicios que prestan.*

y mujeres, lo que recoge la regulación del Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo. En este punto, estamos de acuerdo con proponer una regulación más robusta en esta materia, para fortalecer la igualdad entre hombres y mujeres, considerando únicamente la capacidad o idoneidad personal.

Con todo, y para que efectivamente se consagre tal igualdad, se deben considerar los mismos factores y variantes que inciden en la remuneración finalmente percibida, es decir, la comparación para establecer la misma remuneración debe considerar iguales condiciones de cargos ejercidos, experiencia, nivel de capacitación, número de horas trabajadas, entre otros.

Adicionalmente, y en lo que respecta a establecer acciones de discriminación positiva, como las denominadas cuotas de género, se considera en primer lugar que las mismas no deben ser consagradas en la Constitución justamente por el carácter transitorio que las caracteriza – y que es contrario a la estabilidad y rigidez que define a la disposiciones constitucionales-, además de que se tratan de un recurso cuya implementación debe ser aplicada una vez que todos los demás instrumentos han fallado (tal como lo señala abundante literatura al respecto). Adicionalmente, las "cuotas" (a) afectan la meritocracia, ya que no se necesita el mérito propio para ocupar una determinada posición, sino que bastaría con nacer con un determinado sexo; (b) validan discriminaciones en base al sexo, que justamente es lo opuesto a lo que se busca en materias de género; y (c) contribuyen a mantener la visión de que las mujeres siempre requieren de una ayuda externa, ya que por sí solas no serían capaces de alcanzar grandes metas u objetivos, afirmación que rechazamos.

Por último, previo a cualquier acción de discriminación positiva que se analice o plantee, se debe considerar que aún hay otras problemáticas no resueltas que son previas a las mismas y que su correcta regulación se debe efectuar por medio de políticas públicas (sala cuna universal, reincorporación de las mujeres al trabajo tras la maternidad, capacitaciones, entre otras). En este sentido, nada se saca con imponer una cuota de contratación si la mujer no tendrá con quien dejar a sus hijos (a modo de ejemplo).

IV. Derecho de acceso a la vivienda

a) Diagnóstico

La vivienda es una de las demandas constitucionales que más se ha instalado en la ciudadanía. Sus desafíos van más allá del acceso a ella: puesto que se extiende también a contar con barrios de buena calidad, mejorar el grado de integración social[48] [49] , tener un mayor acceso a bienes públicos y a diversos elementos que pueden influir en el desarrollo de las ciudades y al bienestar de sus habitantes.

Existe un importante número de familias que no tienen donde vivir o que viven en condiciones habitacionales inadecuadas, como hacinados, allegados o en situación de campamentos. Según la última información disponible del Censo, hay un déficit habitacional de 393.613 requerimientos habitacionales y se está presentando una creciente alza de familias en campamentos. También se ha evidenciado un aumento en el precio de las viviendas[50] y un mayor valor en los arriendos, lo que ha generado que se perciban cada vez más como inalcanzables.

En CASEN Pandemia no fue posible considerar variables que se registraban por observación del encuestador al interior de la vivienda, por lo cual es posible estimar parcialmente el déficit cuantitativo y no es posible estimar el déficit habitacional cualitativo.

[48] *Lo cual fue reconocido tanto en la Política Nacional de Desarrollo Urbano (PNDU) y en los subsidios de integración social DS N°116 de 2014 y DS N°19 de 2016 del MINVU.*

[49] *Los fundamentos indican que la integración puede ser positiva para contrarrestar los efectos de la segmentación, aunque existe cierta tensión ya que la evidencia no es robusta para todos los casos. Por ejemplo, el Moving to Opportunities en EE.UU. (evaluado positivamente por Chetty (2016) y negativamente por Kling (2007) en cuanto a movilidad social y económica) involucra mucho más que integración social, puesto que la política pública también asoció planes de apoyo a las personas más allá de la vivienda. Situación similar ocurre con la intromisión de HOPE VI en diversas ciudades de EE. UU donde el sistema de vouchers tuvo resultados positivos (Boston, 2005), fue apoyado por herramientas de planificación urbana y de asistencia social a los beneficiarios de los subsidios habitacionales que se mudaron a sus nuevos barrios. Más información en los siguientes papers académicos:*
Boston, T., (2005) The Effects of Revitalization on Public Housing Residents: A Case Study of the Atlanta Housing Authority, Journal of the American Planning Association, 71:4, 393-407, DOI: 10.1080/01944360508976710
Chetty, R., Hendren, N., & Katz, L. F. (2016). The effects of exposure to better neighborhoods on children. The American Economic Review, 106(4), 855-902. doi:10.1257/aer.20150572
Kling, J., Liebman, J., and Katz, L., (2007). Experimental Analysis of Neighborhood Effects, Econometrica, 75:1, 83-119

[50] *Más información en el "Índice de Acceso a la Vivienda (Price Income Ratio-PRI) de la CChC. Agosto 2019. Disponible en https://cchc.cl/centro-de-informacion/publicaciones/publicaciones-otras-publicaciones/indice-de-acceso-ala-vivienda-price-income-ratio-pir*

El déficit cualitativo se define como requerimientos de una nueva vivienda dado que:

1. **Viendas irrecuperables:** viviendas que debido a su tipo o materialidad[51] no pueden ser mejoradas.

a. Tipo: mediagua + vivienda precaria de materiales reutilizados.

b. Materialidad: muro, techo y piso (materiales precarios como cartón, latas, sacos - en el caso del piso, tierra).

2. **Hogares allegados:** hogares que comparten su vivienda, adicionales al hogar principal y que tienen un presupuesto independiente.

3. **Núcleos allegados hacinados:** núcleos familiares adicionales al núcleo principal del hogar que presenten hacinamiento (más de 2,5 personas por dormitorio).

Resultados:

i. Déficit habitacional alcanza las 438.113 viviendas en 2020.

Gráfico N°1. Déficit habitacional cuantitativo, 2015-2020.

Fuente: Elaboración a partir de la CASEN

ii. El 50% del déficit habitacional corresponde al 40% más vulnerable, es decir, 217.678

	2015	2017	2020
Viviendas irrecuperables	24.204	25.999	21.416
Hogares allegados	87.200	129.271	105.404
Núcleos allegados hacinados	121.718	104.018	90.858
Déficit cuantitativo	**233.122**	**259.288**	**217.678**

Fuente: Elaboración a partir de la CASEN

En cuanto a la historia, en las Constituciones chilenas se debe tener presente que en el artículo 10, numeral 14[52], de la Constitución de 1925 se otorgó cierta garantía constitucional a la habitación sana y a las condiciones económicas de vida, lo que no fue replicado en la Constitución de 1980.

En relación con otras propuestas, en el año 2018, durante su segundo gobierno, la ex-Presidenta Bachelet presentó un proyecto de Reforma Constitucional[53] que en su artículo 12 proponía e derecho a la vivienda mediante la siguiente redacción: "derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos, según se establezca en la ley". Por otra parte, Eyzaguirre[54] plantea como propuesta que lo ya establecido a propósito de la dimensión material de la Constitución de 1980 debiera complementarse con el deber de proveer una vivienda digna a quienes por sus propios medios no pueden acceder a ella, según se establezca en la ley.

Hay varias Constituciones que han incluido alguna forma de derechos a la vivienda. Un estudio de Jung, Hirschl y Rosevear[55] muestra que de las 195 Constituciones estudiadas en un 41% se reconoce el derecho a la vivienda, dentro de las cuales, un 25% lo incluye como un derecho justiciable y un 16% como uno aspiracional.

Se debe tener en cuenta que la actual Constitución de Chile

[51] *En CASEN Pandemia 2020 no se determina la materialidad.*
[52] *Artículo 10, numeral 14, de la Constitución de 1925: "la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refiere a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma proporcional a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización "*
[53] *Boletín 11617-07. "Para modificar la Constitución Política de la República", 6 de marzo de 2018.*
[54] *Eyzaguirre y Sanhueza. "La Constitución y los Derechos Económicos y Sociales en la Historia Constitucional Chilena" en "Aspectos Económicos de la Constitución. Alternativas y Propuestas para Chile". Centro de Estudios Públicos, Chile, 2021. P. 141-167.*
[55] *Jung, C., R. Hirschl y E. Rosevear. "Economic and Social Rights in National Constitutions". The American Journal of Comparative Law, Vol. 62 N°4, 2014. P. 1043-1093.*

no menciona la vivienda como un derecho social. En el artículo 1 del referido cuerpo legal se menciona que el Estado tiene como tarea crear las condiciones sociales necesarias que permitan a todos su mayor realización espiritual y material posible y en su artículo 5 se establece el respeto y la promoción de los derechos garantizados por los tratados internacionales vigentes y ratificados por nuestro país. Respecto a los tratados internacionales, la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948, en su artículo 25, establece el derecho a un nivel de vida adecuado[56.] También, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) de 1966, ratificado por Chile en 1969, establece el derecho a la vivienda.

Actualmente el Estado a través de una política habitacional, que se regula a través de su potestad reglamentaria (decretos y reglamentos), permite a las familias beneficiarias acceder a una vivienda, cuando sus medios no se lo permiten.

La evidencia internacional muestra que los efectos de incluir la vivienda como un derecho social en la Constitución son difusos y poco robustos. Algunos ejemplos de lo anterior se aprecian en casos como el de España y la baja cantidad de viviendas sociales que aporta a su déficit habitacional[57]; en forma similar, Argentina, Colombia y México[58] presentan elevados déficits habitacionales y carencias sanitarias que en Chile fueron resueltas en décadas anteriores.

b) Principios y definiciones en torno a las prestaciones de vivienda

i. Acceso a la vivienda

Se propone incorporar el derecho al acceso a la vivienda. La determinación de las prestaciones a las que se tendrá acceso en virtud de este derecho corresponderá exclusivamente al Legislador[59].

Se debe dar un mandato al Legislador para incorporar cuáles serán los parámetros de accesibilidad y dignidad. La accesibilidad debe estar destinada a cubrir la primera vivienda de una familia (en caso de tratarse de propiedad) o un sistema más flexible y transitorio en caso de tratarse de leasing o arrendamiento.

Es probable que se incluya en este derecho el concepto de dignidad (vivienda digna o adecuada), respecto de lo cual sería necesario que se configure un marco normativo concreto, a nivel legal, para entregar certeza jurídica a la comunidad. Algunos conceptos aplicables a este fin son la planificación urbana, la normativa técnica o la responsabilidad fiscal.

El Estado será responsable de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas aplicables para hacer efectivo este derecho, sea que éste se otorgue a través de instituciones públicas o privadas[60]. Ello será regulado a través de la normativa acorde a los requerimientos contingentes, pudiendo evolucionar dependiendo del desarrollo urbano nacional y el presupuesto de la nación.

ii. Libertad de elegir donde vivir

Este principio busca resguardar que las personas puedan elegir dónde vivir, conforme a sus medios y los beneficios entregados por el Estado, sin más limitaciones que las establecidas por ley en razón del orden público y la seguridad nacional. Para aquellas familias que reciben una solución habitacional por parte del Estado, este principio busca que estas familias también puedan elegir libremente el dónde vivir y el tipo de solución habitacional, independiente que sea estatal o privada

iii. Mayor inclusión y focalización en quienes más lo necesitan

El Estado debe manifestar una especial preocupación por quienes no pueden financiar su propia vivienda, focalizando los recursos públicos, iempre escasos, en la población menos

---

[56] *El artículo 25. 1 de la Declaración de Derechos humanos (1958) indica que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".*

[57] *Para más detalles, visitar https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&La*

[58] *Habitat for Humanity ha recabado información de diversos países y sus problemas de acceso a vivienda social, destacando, por ejemplo, que en Colombia aproximadamente un 30% de la población no posee viviendas con condiciones adecuadas y que cerca de un 5% de la población vive en condiciones de indigencia. De la misma manera, cerca de 10 millones de argentinos (aprox. 22% de la población enfrentan problemas relacionados con el acceso y la calidad de la vivienda. Más detalles y estadísticas en: https://www.habitatforhumanity.org.uk/*

[59] *Control de Cambios (2021), pp. 20. "Documento Con Control de Cambios". SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.*

[60] *Control de Cambios (2021), pp. 20. "Documento Con Control de Cambios". SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.*

aventajada económicamente, potenciando los procesos regulares de gestión para aplicar los beneficios habitacionales. Esto también se puede denominar "opción preferente a quienes más lo necesitan", dado que no pueden costear por sí mismas condiciones mínimas habitacionales.

Los beneficios deben estar sujetos a un principio de gradualidad, ello es fundamental para que los sectores sociales que han logrado superar el umbral de la vulnerabilidad también puedan acceder a una solución habitacional.

iv. Barrios con un estándar adecuado de equipamiento e infraestructura urbana

Que el entorno de las viviendas garantice a las personas un estándar de vida adecuado definido, por ejemplo, a través de normas provenientes de la Política Nacional de Desarrollo Urbano. Este principio busca que se lleven a cabo políticas urbanas con buenos estándares urbanos, que permitan el desarrollo adecuado de las capacidades de las personas y que puedan vivir tranquilas, con acceso a áreas verdes, redes de transporte, servicios públicos y el comercio, entre otros.

v. Reconocer la contribución de la sociedad civil en el desarrollo de las soluciones habitacionales

El Estado será responsable de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas aplicables para hacer efectivo el acceso a la vivienda, sea que éste se otorgue a través de instituciones públicas o privadas[61]. Cabe destacar que parte del éxito en la disminución del déficit habitacional se debe a la participación del sector privado en la producción de viviendas sociales. Gracias a ello, el Estado ha financiado en los últimos 5 años cerca de 55.000 unidades al año[62]. A esto hay que sumar que, por lo general, las soluciones privadas toman menos tiempo y son más efectivas en la disminución de costos.

vi. Fortalecer los canales de participación ciudadana en el desarrollo urbano

Si bien, la ley N° 20.500[63] establece ciertos requerimientos y formas de desarrollar la participación ciudadana, la realidad es que un número relevante de municipios no cuentan con los recursos económicos, profesionales ni con las capacidades para desarrollar efectivamente la participación ciudadana en los procesos de elaboración y actualización de sus instrumentos de planificación urbana[64]. Ello es un factor relevante en la democratización del desarrollo de las ciudades, especialmente considerando la participación de vecinos y otros stakeholders (o partes interesadas) involucrados en el desarrollo territorial del día a día.

vii. Libertad sobre el uso y goce de la propiedad privada

Las personas tienen el derecho de gozar los beneficios de su propiedad, sin más limitaciones que las que la ley establece, ya sea para usos habitacionales como para rentar por los beneficios que éste provea. Este punto es relevante, ya que diversos grupos buscan fortalecer el rol de la función social del suelo y la propiedad, lo cual podría generar detrimentos para diversos usos asociados a la inversión inmobiliaria.

El Estado no puede impedir a los propietarios disponer de sus inmuebles u obligarlos a rentar de maneras diferentes a la legislación común, aun cuando hubiesen adquirido los inmuebles mediante un beneficio fiscal, a menos que dicha limitación sea acotada e impuesta por la normativa[65].

viii. Protección de derechos de los propietarios de los inmuebles

En un contexto de inestabilidad habitacional es muy importante que se protejan los derechos de los propietarios, ya sea frente a otros particulares o frente al Estado.

Deben existir reglas claras y libertad para celebrar contratos de todo tipo que versen sobre los inmuebles, respetando los límites impuestos por moral, el orden público y la seguridad nacio-

[61] *Control de Cambios. "Documento Con Control de Cambios". SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS. 2021. P. 21.*
[62] *Estadísticas obtenidas del MINVU en su serie de subsidios pagados por año y programa. Más detalle en el sitio web del Observatorio Urbano del mismo ministerio.*
[63] *Ley Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.*
[64] *Centro de Políticas Públicas UC. "Construye tu ciudad. Plataforma para facilitar procesos de participación en la planificación urbana". 2020.*
[65] *Existen casos en que los beneficiarios de subsidios habitacionales han tratado de enajenar sus viviendas una vez recibido el beneficio, volviendo a sus campamentos de origen. Por ello, se establece que existen 5 años en los cuales el beneficiario del subsidio no arriende o venda su vivienda, dado que se entiende que recibió el beneficio estatal dado una urgente necesidad habitacional.*

nal , ya que ello permite el desarrollo de distintos tipos de proyectos habitacionales. También deben existir garantías frente a vulneraciones a la propiedad, tales como ocupaciones o abusos comunes en el contrato de arrendamiento.

El Estado debe respetar las libertades de los dueños sobre sus predios y no imponer más restricciones que aquellas establecidas en la ley por causa de utilidad pública, por ejemplo, evitar que se construya una vivienda en zonas de amenaza de riesgo. Es importante que todos los órganos del Estado respeten los derechos adquiridos, sobre todo cuando involucran el desarrollo de proyectos habitacionales.

ix. Diversidad en el tipo de soluciones habitacionales

El sistema actual se centra en la provisión de viviendas bajo un régimen netamente de propiedad. Sin embargo, ante la escasez de suelo y los costos de este sistema, es necesario considerar otras opciones para diversificar las políticas habitacionales como, por ejemplo, fomentar sistemas de arriendo, la micro radicación y recuperación de viviendas en malas condiciones e incluso el uso de incentivos normativos para aumentar la densidad[66].

Estas soluciones deben conversar con las alternativas que ofrezca la sociedad civil.

x. Reconocer las distintas escalas y diversidad territorial a lo largo de Chile

Actualmente los subsidios son únicos a lo largo del territorio, con la excepción de zonas extremas. Sin embargo, el tamaño, la arquitectura, e incluso los mercados inmobiliarios, difieren sustancialmente a lo largo del país[67]. Ante ello es necesario fortalecer un sistema descentralizado y que reconozcan la diversidad del país en la provisión de soluciones habitacionales.

También es necesario que las herramientas de política pública reconozcan la realidad local en los instrumentos de planificación territorial.

c) Propuestas, Riesgos y Argumentos

i. Mayor acceso a la vivienda

Una de las propuestas para avanzar en un mayor acceso a la vivienda es la fijación de precios, específicamente en los precios de arriendo o "arriendo protegido". Lamentablemente esta iniciativa tiene severos efectos en la oferta y en la provisión de viviendas, ya que puede generar un serio desincentivo a arrendar y reducir las viviendas disponibles para el arriendo. Además, puede inducir a problemas de informalidad o mercados negros donde los precios y la cantidad ofertada se distorsionan.

Un riesgo serio que se ha evidenciado recientemente a partir de las declaraciones de algunos de los candidatos presidenciales es el límite a las acciones de lanzamiento o desalojo de los propietarios de bienes inmuebles. Estas medidas no contribuyen a dotar de certeza jurídica y representan un serio riesgo para el desarrollo de las urbes.

Un sistema netamente enfocado en proveer viviendas o aquellos que imponen muchas restricciones, pueden tener efectos adversos como los que hemos presenciado en el último tiempo: aumento de tomas de terrenos, alzas pronunciadas de precios, expulsión de la población más vulnerable a la periferia, mayor segregación, crecimiento de la mancha urbana de manera poco controlada.

ii. Evitar la judicialización de la definición del derecho a la vivienda

El poder judicial no debe ser la instancia que defina qué es una vivienda digna y cómo se accede a esta. La bajada debe ser por vía normativa mediante diversas instituciones establecidas en la Ley.

iii. Riesgos relacionados con el ejercicio pleno de la propiedad

Se debe tener especial cuidado que otras normativas definan lo que se puede o no hacer con un bien raíz. Un ejemplo común observado a lo largo de los países son aquellas iniciativas que buscan expropiar o afectar las facultades del dominio, sin poder

[66] *Actualmente, el Decreto 56 promulgado 4 de diciembre 2018 regula el otorgamiento de beneficios de normas urbanísticas con el objeto de generar proyectos de viviendas integradas.*

[67] *A modo de ejemplo. En Santiago o Valparaíso, los subsidios se traducen en viviendas de aprox. 50-55 mt², mientras que, con el mismo monto, se desarrollan viviendas entre 70-80 mt² en ciudades como Chillán.*

recibir la debida compensación.

iv. Riesgo que se puede generar si el Estado se dedica a arrendar

En un contexto en que el Estado va a comenzar a construir viviendas públicas para el arriendo, es necesario que alguna institución, pública o privada, se haga cargo de su mantención. Las agencias estatales que se dedican a la provisión, mantención y operación de viviendas sociales no siempre funcionan; de hecho, es muy difícil sacar a un beneficiario y se puede prestar para un cierto nivel de clientelismo. Un ejemplo muy potente es NYCHA en Nueva York[68], la cual está quebrada y ha generado un detrimento muy fuerte en la calidad de vida de sus beneficiarios. Hoy tiene problemas tanto de cobertura, como de calidad[69] y un déficit superior a los 30 billones de dólares. Lo anterior se ha traducido en una serie de demandas asociadas a la incapacidad de este tipo de agencias en asegurar una calidad de vida adecuada para sus residentes.

V. Seguridad Social

a) Diagnóstico

El derecho a la seguridad social se define como: "la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia"[70].

Específicamente en nuestro país, la seguridad social se reconoce a nivel constitucional desde el año 1925.

En la actualidad, la seguridad social en Chile comprende:

- Sistema de Pensiones, ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Desde el año 1980 el sistema utilizado es el de ahorro en cuentas individuales -que está regulado a nivel legal (DL N° 3.500), pero que no está definido en la Constitución-, y que se combina con aportes del Estado (principalmente por medio del Pilar Solidario).
- Sistema de Salud, ante las contingencias de enfermedad y el embarazo.
- Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, ante la seguridad y salud en el trabajo.
- Seguro de Cesantía, ante la contingencia de desempleo.

Actualmente la pensión de vejez promedio alcanza $279.599 (pensión autofinanciada) y $325.371, incluyendo el Aporte Previsional Solidario (APS)[71]. Cabe precisar que estas cifras consideran todo el conjunto, sean hombres y mujeres, que hayan tenido una densidad de cotizaciones cercanas al 100% e incluso cercanas al 0%, entre otros.

En este sentido es importante señalar que la distribución en el monto de las pensiones se caracteriza por una alta heterogeneidad, o, en otras palabras, la distribución dista de ser simétrica, por lo cual estos valores promedios no son del todo representativos. Por ejemplo, los montos medianos revelan una diferencia importante en relación con los promedios ($164.625 como pensión autofinanciada y $240.103 con APS). Para precisar más en este punto, en el anexo al final de este documento se muestran tablas con el detalle de los montos de pensión promedio y mediano para hombres y mujeres, clasificados por los tramos de años cotizados, incluyendo APS.

En cuanto a las cifras relevantes en la materia, es importante señalar que, en relación a la edad de nuestra población,

[68] *Detalles del déficit económico en https://www.politico.com/states/new-york/city-hall/story/2018/07/01/at-318b-nychas-unmet-capital-needs-dwarf-government-allocations-495925*

[69] *Un ejemplo de ello es que tomó cerca de 5 años obtener un fondo para reparar sus propiedades afectadas por el Huracán Sandy en zonas como Red Hook. A ello se suma diversos casos de enfermedades de sus residentes asociados a pinturas con plomo y la falta de mantenciones e instalaciones que se dan en su propiedad. Detalles en las siguientes noticias:*
https://www.ny1.com/nyc/all-boroughs/top-stories/2020/07/10/for-red-hook-residents--the-aftermath-of-hurricane-sandy-is-still-a-crisis
https://nypost.com/2020/11/04/mom-sues-nycha-after-son-tests-positive-for-high-levels-of-lead/

[70] *Definición entregada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_ 067592.pdf*

[71] *De acuerdo a las cifras más actuales de las pensiones pagadas proporcionadas por la Superintendencia de Pensiones. Disponible en https://www.spensiones.cl/apps/centroEstadisticas/paginaCuadrosCCEE.php?menu=sci&menuN1=pensypape&menuN2=penspag*

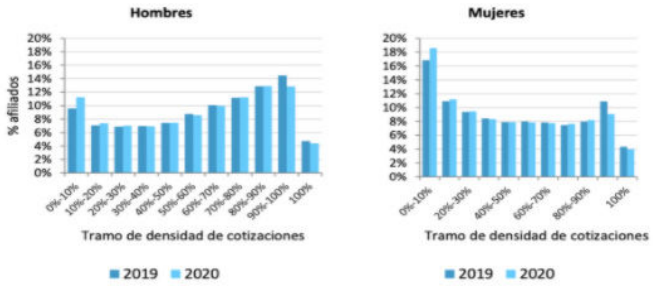
actualmente hay cerca de 2 millones 500 mil de personas mayores de 65 años, un 12% del total de la población, cifra que se proyecta aumentará a 5.420.000 al año 2050, pasando a ser un 25% de la población.

Otro dato relevante es que conforme cifras entregadas por el INE, por cada persona mayor de 65 años, existían 7,1 personas en edad de trabajar en el año 1981, cifra que hoy es de 5,2 y para el año 2050 se proyecta que será de solo un 2,1. En este sentido, el instaurar un sistema de reparto debe ser realmente evaluado, puesto que si las cifras demográficas siguen su tendencia al envejecimiento de la población, se condenaría a quienes ingresen al mercado laboral a realizar esfuerzos cada vez mayores para mantener a los jubilados.

Adicionalmente, es importante considerar que en Chile existe un alto nivel de informalidad en el mercado laboral (26,7% según datos INE) y eso trae como consecuencia elevadas lagunas previsionales que inciden en los montos finales de las pensiones (independiente del sistema que se utilice para la administración de las mismas).

A raíz del punto anterior, cabe agregar que la densidad de cotizaciones promedio es de 45,9% en el caso de las mujeres y de 56,3% en el caso de los hombres[72].

Gráfico 1: Distribución (%) de afiliados hombres y mujeres, según densidad de cotizaciones (junio de cada año).



Fuente: Superintendencia de Pensiones a partir de las bases de datos proporcionadas por las AFP.

El gráfico 1 muestra la distribución en la densidad de cotizaciones tanto para hombres, como para mujeres. Esto constituye un determinante importante en el monto de pensión, puesto que implica una cantidad significativa de periodos en que no se está cotizando. Más aún, el efecto en las pensiones depende de cómo se distribuyen las lagunas previsionales, en particular, las lagunas que ocurren a edades más tempranas de la vida laboral del afiliado tienen un efecto negativo en la pensión de mayor magnitud a diferencia de que las lagunas estuviesen más concentradas en edades más cercanas a la jubilación. Esto se explica por el hecho de que al no cotizar a una edad temprana significa dejar de ganar rentabilidad que se acumularía por una mayor cantidad de años. En consecuencia, para una determinada densidad de cotizaciones, el efecto en la pensión puede variar de forma importante dependiendo de la distribución en las lagunas previsionales.

Los datos del gráfico 1 indican que, en los 5 tramos de densidad de cotizaciones más bajas, se concentra el 55,4% de las mujeres, en cambio, en el caso de los hombres dicha cifra alcanza el 40%[73].

Por otro lado, la esperanza de vida ya no conversa con la edad de jubilación. En este punto, se ha demostrado que por cada año en el cual una persona retrase su jubilación, esta aumenta al menos en un 6%.

Existen otros determinantes importantes en el monto de pensión, tales como el nivel de salarios, la edad de jubilación y la rentabilidad de los fondos de pensiones. Por ejemplo, respecto a lo último, se ha calculado que 1 punto porcentual adicional de rentabilidad real anual puede incrementar la pensión en un 27,4%[74]. Por este motivo, fue una buena iniciativa la autorización de activos alternativos, los cuales tienen menos liquidez, pero al mismo tiempo son más rentables.

Frente a lo anterior, hay que tener en cuenta que hay una alta diferencia entre los niveles de rentabilidad real anual promedio de la última década, versus la década de los 80s. En los 80s la rentabilidad real anual del fondo C promedió un 12,04%, mientras que en la última década el promedio fue del 4,8%[75].

[72] *Fuente: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-14310_ recurso_ 1.pdf*
[73] *Fuente: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-14310_ recurso_ 1.pdf*
[74] *Fuente: https://www.previsionparatodos.cl/los-8-factores-claves-para-el-monto-de-las-pensiones/*
[75] *Fuente: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-14524_ recurso_ 1.pdf*

Finalmente, se debe tener presente que hoy el Estado (por medio del Pilar Básico Solidario) destina un 1,2% del PIB a la mejoría de las pensiones.

En conclusión, y en lo que respecta al problema de las pensiones, este radica mayormente en: (a) las baja tasa de cotización obligatoria en comparación a países del mundo desarrollado (las que se encuentran más cerca del 20%), (b) la baja densidad de cotización, (c) la edad de jubilación en relación a la esperanza de vida, (d) el bajo nivel de salarios para una parte importante de los ocupados, lo que dificulta la capacidad de ahorro, (e) la informalidad en el empleo que repercute en la existencia de lagunas al momento de cotizar y (f) el bajo nivel de gasto público en comparación con otros países de la OCDE (subrayando la necesidad de elevar el gasto destinado a pensiones solidarias y a establecer mejoras en el esquema bajo el cual se entregan beneficios para no desincentivar al ahorro).

Cabe mencionar que las iniciativas que impliquen incrementos en la tasa de cotización, densidad de cotizaciones, edad de jubilación, y mejores salarios, tendrían efectos en las pensiones que se percibirán en el largo plazo. Sin embargo, se hace presente que estas son materias deben ser abordadas por medio de leyes y no en una disposición constitucional.

A corto plazo, una forma de mejorar las pensiones, se puede realizar con más recursos para fortalecer el Pilar Solidario, tal como se ha realizado desde octubre de 2019.

b) Antecedentes para considerar

En conformidad al Indicador Mercer, los mejores sistemas del mundo combinan el aporte del Estado con la capitalización individual.

i. Ejemplo de estatización de los fondos de pensiones: caso Argentina

En Argentina el sistema público actual tiene un déficit anual de 33% para el Estado y el 60% de los beneficiarios reciben la prestación mínima. Los dineros de las pensiones no se utilizaron para solventar éstas, sino con otros fines. "El Estado se apropió de $ 44 mil millones y redujo su deuda explícita en unos $ 56 mil millones, pero su deuda implícita subió entre $ 147 y $ 486 mil millones (según sea la tasa de descuento temporal utilizada)"[76].

ii. Ejemplo de retiro anticipado de los fondos de pensión: caso de Perú

En Perú, en donde se permite el retiro anticipado de los fondos de pensión, el 95,5% de los pensionados ya ha retirado parte de sus ahorros. En consecuencia, se estima que unas 80.000 personas ya no tienen dinero para jubilarse. El 35% de quienes realizaron los retiros pagaron deudas.

iii. Evaluación del sistema de capitalización individual chileno

- **Índice Mundial de Pensiones de Mercer y el CFA Institute:** los resultados de 2020 posicionan a Chile en el 13° lugar a nivel mundial (Ver en Anexo: Gráfico N° 1).
- **Ranking de pensiones Melbourne Global Pension Index 2019:** Chile se posiciona en el lugar 10° a nivel mundial (Ver en Anexo: Gráfico N° 2).

c) Propuesta[77]

En la Constitución se deben establecer lineamientos generales en materia de seguridad social, tal como se hace en la actualidad. En ningún caso se deben fijar los parámetros que determinarán el gasto fiscal, los montos involucrados o los beneficios

[76] *URBIZTONDO, Santiago y SUSMEL, Nuria. "La generosidad de la política previsional desde 2006: nueva deuda contingente por tres medidas salientes de la gestión K" (2009). P. 5.*

[77] *Ejemplo de posible articulado en la materia (abarcando los puntos anteriores):*
XX°. - El derecho a la seguridad social.
*El Estado garantiza el acceso de todos los habitantes al goce de *prestaciones mínimas*, sean aquellas provistas por instituciones públicas o privadas. Solo por medio de leyes de quórum calificado se podrá establecer cotizaciones obligatorias, siempre en proporción a los ingresos de los afiliados y se regulará toda otra disposición en la materia.*
El Estado supervigilará el ejercicio del derecho a la seguridad social, así como el adecuado funcionamiento de las instituciones prestatarias, ya sean estas estatales o privadas, debiendo garantizar el derecho de cada persona, sin ser discriminada negativamente, a elegir libremente entre ellas.

entregados por el sistema. Es decir, todo lo que tenga relación con cifras relativas a pensiones solidarias, aportes solidarios, porcentajes de cotización, beneficios definidos, entre otros, deben ser regulados de manera posterior por medio de una ley de quórum calificado. En este punto, la exigencia de un quórum supra mayoritario se justifica por el hecho de que las prestaciones de seguridad social requieren de cierta estabilidad en el tiempo e involucran inversiones que a largo plazo son más rentables.

En la disposición constitucional, el rol del Estado debe ser acotado a: (a) garantizar el acceso al goce de las prestaciones; (b) supervigilar el sistema de seguridad social para su adecuado funcionamiento, y (c) garantizar a las personas la libertad de poder elegir entre instituciones públicas o privadas para la administración de sus prestaciones.

La seguridad social se debe mantener como una materia de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, considerando el alto nivel de recursos que implica.

d) Riesgos/Advertencias

i. Establecer un sistema de reparto

Como ya se ha señalado previamente, considerando el envejecimiento de la población, se estima que un sistema de reparto es inviable, pues se condenaría a quienes ingresen al mercado laboral a realizar esfuerzos cada vez mayores para mantener a los jubilados, siendo que la población en edad de trabajar será cada vez menor en proporción al número de jubilados a mantener[78]. Así también, podrá afectar la formalidad laboral y la generación de empleos en la medida que esté basado en los ingresos laborales (o cotización del empleador). Si el sistema de reparto fuera financiado o complementado con recursos públicos, por su parte, implicaría comprometer un elevado nivel de gasto fiscal, lo que además se traduce en reducir los recursos disponibles para otros programas sociales.

El Banco Central, por medio de un documento de 2017[79], señala lo siguiente: "en cuanto al sistema de reparto, sus efectos macroeconómicos son negativos sin ambigüedad, puesto que el ahorro, el consumo, la inversión y el empleo se ven afectados. Adicionalmente, los problemas fiscales asociados a este esquema pueden ser severos, ya que es común en estos sistemas que los beneficios terminen excediendo a los ingresos por contribuciones, especialmente en un contexto de envejecimiento poblacional, como el proyectado para Chile". En cambio, respecto al sistema de capitalización individual, indica: "el sistema de capitalización individual aumenta el ahorro, el PIB, el consumo y la inversión."

De lo anterior, es posible concluir que el sistema de reparto no será un sistema que mejore las pensiones. Además, comprometería la sostenibilidad fiscal, dado el mayor gasto público que significaría si se tiene presente que las proyecciones demográficas indican que la población envejecerá en los próximos años.

Junto con lo anterior, el sistema de reparto tiene efectos negativos a nivel macroeconómico, tal como se ha señalado. Respecto a este último punto, hay que tener en mente que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y las compañías de seguro, como administradoras de las cuentas individuales, corresponden a los inversionistas institucionales de mayor relevancia en el mercado; en consecuencia, la eventual eliminación del ahorro en cuentas individuales y su inversión, repercutiría negativamente en el mercado de capitales, lo que finalmente tiene consecuencias negativas a nivel macroeconómico.

En razón de lo anterior, es preocupante como algunos actores de la oposición tienen una fuerte insistencia en cambiar el sistema actual y llevarlo a uno de reparto, o al menos a algo similar, dado la evidencia en contra de dicho sistema.

En razón de lo anterior, es preocupante como algunos actores de la oposición tienen una fuerte insistencia en cambiar el sistema actual y llevarlo a uno de reparto, o al menos a algo similar, dado la evidencia en contra de dicho sistema.

Por último, es importante que se aclare a la ciudadanía que, en caso de establecer un sistema de reparto, los montos de las pensiones que cada persona recibiría ya no dependerían del dinero

[78] *Actualmente un 12% de la población es mayor 65 años. Para el 2025 se espera que sea el 25%. Por cada persona mayor de 65 años, hoy existen 5,2 personas en edad de trabajar y para el año 2050 se proyecta que será de solo un 2,1.*

[79] *Actualmente un 12% de la población es mayor 65 años. Para el 2025 se espera que sea el 25%. Por cada persona mayor de 65 años, hoy existen 5,2 personas en edad de trabajar y para el año 2050 se proyecta que será de solo un 2,1.*

que ésta hubiese aportado durante su vida laboral activa, por lo tanto, ya no tendría propiedad ni derechos sobre los mismos, lo que no coincide con las preferencias declaradas por las mismas personas:[80]

- El 42% de los consultados prefiere que el 100% del ahorro adicional sea destinado a sus cuentas individuales.
- Un 63% se manifiesta en desacuerdo o muy en desacuerdo a la estatización de los fondos de pensiones.
- Un 49% no está dispuesto a entregar nada de sus ahorros ya acumulados para un fondo común administrado por el Estado.

ii. Estado Solidario (vs. Estado Subsidiario)

Hoy en la discusión se ha planteado equivocadamente que la solidaridad se alcanza solo si se realiza mediante aportes entre los trabajadores que cotizan en el sistema de pensiones, es decir, se trata de equiparar la solidaridad al sistema de reparto. Incluso se ha llegado a señalar que "el sistema de capitalización individual es la negación de la seguridad social".

Sin embargo, se desconoce que todo aumento de pensiones -más allá de mayor ahorro individual- debe ser un esfuerzo colectivo de todos los sectores de la economía, no solo de los trabajadores obligados a cotizar en el sistema de pensiones. Concretamente, y a modo de ejemplo, hoy en día el Pilar Solidario se financia con impuestos generales, es decir, con aportes de la sociedad en su conjunto.

En este sentido, y entendiendo siempre que la persona es el centro de las políticas públicas, junto con recoger la recomendación del indicador Mercer que establece que los mejores sistemas de pensiones del mundo combinan los aportes del Estado (es decir, la solidaridad) con la capitalización individual, aquí se levanta el riesgo de pensar que un sistema de pensiones, si quiere ser solidario, debe ser necesariamente de reparto o administrado únicamente por el Estado.

Dicho argumento se cae por sí solo cuando se piensa que hoy tenemos un sistema mixto en el que convive perfectamente el Pilar del Estado (solidaridad) con las cuentas de ahorro individual y ahorros acumulados.

En este punto, se estima que el componente solidario del actual sistema de pensiones debe aumentarse, sea por la vía de aumentar gradualmente los aportes del Estado al Pilar Solidario o bien por medio de la implementación de otras políticas públicas.

iii. Pensiones dignas

Se ha señalado que el Estado debe tomar medidas para que todas las personas tengan pensiones que les permitan vivir dignamente, sin embargo, y pese a que todos deseamos lo mismo, ¿cómo se define el "vivir dignamente"? ¿En base a qué parámetros objetivos se puede intentar definir la "dignidad"?

En este punto, la subjetividad del concepto "digno" es lo que impide que todos los centros de estudios tengamos una tendencia favorable para hablar de "pensiones dignas", pese a que todos coincidimos en el anhelo de lograr la meta de alcanzar un monto suficiente que se garantice a todas las personas.

En directa relación con lo anterior, el actual sistema de AFP es duramente criticado pese a:

- no haber sido objeto de una reforma profunda desde la fecha de su creación, al menos en lo que respecta a: tasa de cotización, edad de jubilación y ajustes en la fórmula de los beneficios entregados;
- estar el sistema de pensiones de Chile dentro de los países con mejores sistemas de pensiones del mundo.

e) Metas Sociales

i. Sistema de Seguridad Social alejado de los ciclos políticos: para que el sistema de seguridad social sea exitoso, especialmente el de pensiones, no puede ser dependiente de la fluctuación política.

ii. El Sistema de Seguridad Social debe estar a cargo de instituciones técnicas y profesionales con mirada a largo plazo.

iii. Se debe siempre buscar la mayor rentabilidad posible.

iv. Protección de la propiedad privada de los fondos de pensiones y ahorros previsionales.

[80] *Disponible en https://www.latercera.com/pulso/noticia/vision-tras-segundo-retiro-42-quiere-que-ahorro-previsional-extra-en-una-reforma-de-pensiones-se-destine-a-su-cuenta-individual/QXVJSTZVIRHBPJQDKS2S6PHYOA/*

v. Mecanismos de protección social que tiendan a reconocer cuidados de terceros y la realización de trabajos no remunerados (sin discriminar si estos son realizados por hombres o mujeres). Adicionalmente en el caso de las mujeres se debe analizar este punto para no desalentar su inclusión en el mercado laboral.

vi. Considerar las actualizaciones necesarias al sistema, a través de modificaciones legales, en lo que respecta a:

- Aportes estatales al sistema de seguridad social (de manera gradual);
- Aumento en el porcentaje de las cotizaciones destinadas a seguridad social;
- Aumento en la edad de jubilación (en relación a la esperanza de vida).

C. Anexos

Gráfico N° 1: Índice Mundial de Pensiones de Mercer y el CFA Institute. Resultados 2020.[81]

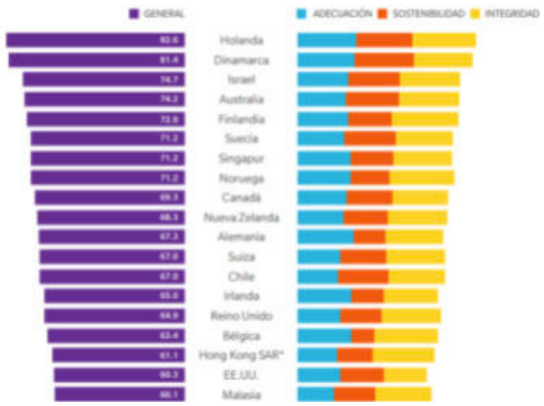


Gráfico N° 2: Ranking de pensiones Melbourne Global Pension Index 2019

Tabla 1: Número, monto promedio de las pensiones autofinanciadas y con APS de las pensiones por vejez pagadas en el mes de mayo 2021, según años cotizados para mujeres.

Tramos de años cotizados	MUJERES				
	Número (1)	Pensión autofinanciada		Pensión total (autofinanciada más APS) (2)	
		Promedio	Mediana	Promedio	Mediana
> 0 y <=1 año	**13.972**	84.265	37.739	175.560	163.734
> 1 y <=5	**31.475**	114.728	158.979	178.327	160.465
> 5 y <=10	**48.629**	139.659	158.979	182.803	159.277
>10 y <=15	**61.796**	161.335	158.979	199.160	159.277
>15 y <=20	**67.941**	189.455	158.979	225.894	171.757
>20 y <=25	**70.375**	217.637	159.277	250.563	193.153
>25 y <=30	**60.894**	277.985	208.902	305.614	259.419
>30 y <=35	**44.901**	342.307	277.545	358.594	303.695
>35 y <=40	**15.287**	474.068	388.088	478.866	388.979
S/I (3)	**9.906**	161.858	147.093	202.499	158.979
Total	**425.176**	213.760	159.277	249.970	178.889

Fuente: Superintendencia de Pensiones.

Nota (1): el número corresponde al número mensual de personas que reciben pago de pensión autofinanciada en el mes. Incluye todas las modalidades de pensión. No considera a aquellas personas que financian su pensión solo con APS. En los casos en que un pensionado reciba más de una pensión, se informa el mayor valor de la pensión. En los casos en que una persona reciba pensión a través de una AFP y una Compañía de Seguros, se suman los valores de ambas pensiones.

Nota (2): la pensión total corresponde a la pensión autofinanciada más el valor del APS recibido en el mes.

Nota (3): S/I corresponde a aquellas personas que registran inconsistencias entre las variables número de meses cotizados y número de meses transcurridos desde la fecha de afiliación hasta la fecha de pensión.

[81] *Disponible en: https://www.mercer.com/content/dam/mercer/attachments/private/LA-248145-MCGPI-Exec-Summary_ Sept2020-FA.pdf*
[82] *Disponible en: https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20180910/fondo-documental/melbourne-mercer-global-pension-index-2019-highlights.pdf*

Tabla 2: Número, monto promedio de las pensiones autofinanciadas y con APS de las pensiones por vejez pagadas en el mes de mayo 2021, según años cotizados para hombres.

Tramos de años cotizados	HOMBRES				
	Número	Pensión autofinanciada		Pensión total (autofinanciada más APS)	
		Promedio	Mediana	Promedio	Mediana
> 0 y <=1 año	**5.581**	151.576	149.767	228.961	208.308
> 1 y <=5	**25.273**	147.605	144.121	227.258	204.147
> 5 y <=10	**47.543**	164.834	148.876	243.587	216.331
>10 y <=15	**69.191**	209.071	158.979	280.738	242.481
>15 y <=20	**83.305**	261.691	171.460	324.065	260.013
>20 y <=25	**85.076**	307.984	183.643	362.833	268.036
>25 y <=30	**86.444**	378.430	225.543	423.872	290.026
>30 y <=35	**77.790**	492.688	312.610	523.112	339.057
>35 y <=40	**40.147**	646.723	450.194	664.123	453.165
S/I [3]	**6.166**	538.750	325.982	564.999	352.726
Total	**526.516**	332.765	185.426	386.259	268.333

Fuente: Superintendencia de Pensiones.

Nota (1): el número corresponde al número mensual de personas que reciben pago de pensión autofinanciada en el mes. Incluye todas las modalidades de pensión. No considera a aquellas personas que financian su pensión solo con APS. En los casos en que un pensionado reciba más de una pensión, se informa el mayor valor de la pensión. En los casos en que una persona reciba pensión a través de una AFP y una Compañía de Seguros, se suman los valores de ambas pensiones.

N**ota (2):** ea pensión total corresponde a la pensión autofinanciada más el valor del APS recibido en el mes.

Nota (3): S/I corresponde a aquellas personas que registran inconsistencias entre las variables número de meses cotizados y número de meses transcurridos desde la fecha de afiliación hasta la fecha de pensión.

Libertades clásicas[1]

[1] *Trinidad Schleyer (LyD), Mariana Canales (IES), Jorge Gómez (FPP), Magdalena Vergara y Francisca Figueroa (Acción Educar), Víctor Manuel Avilés (IL) y Pedro Fierro (Fundación Piensa).*

Tabla de contenidos

A. Las libertades clásicas como derechos fundamentales y la Constitución

B. Derechos fundamentales y dignidad

C. Principios comunes a las libertades

D. Desarrollo de las libertades clásicas

A. Las libertades clásicas como derechos fundamentales y la Constitución

La protección de los derechos fundamentales se ha convertido en la base estructurante del Estado constitucional democrático en la actualidad. En efecto, la conformación del orden constitucional surge y se desarrolla en función de la protección y resguardo de un marco de inmunidad, conformado de libertades y derechos personales, frente a las acciones potencialmente arbitrarias de los gobernantes, autoridades y funcionarios. Es decir, se desarrolla en función de la conformación de un ámbito de seguridad jurídica que se expresa en primera instancia a través de las llamadas declaraciones de derechos[2]. Este ámbito de seguridad jurídica permite a las personas no solo exigir certeza en cuanto a las normas, evitando así la arbitrariedad de las autoridades y funcionarios, sino también la posibilidad de exigir un marco de acción estatal delimitado por los llamados derechos fundamentales.

El reconocimiento de estos derechos en igual condición para todos los seres humanos supone equidad entre gobernantes y gobernados. Se trata, además, de ámbitos que la decisión de la mayoría no puede transgredir y donde no hay espacio para la limitación porque emanan directamente de la dignidad de la persona humana, debiendo el Estado simplemente reconocerlas. Adicionalmente, el respeto y resguardo de los derechos fundamentales otorga legitimidad al orden institucional.

B. Derechos fundamentales y dignidad

En la actualidad existe cierto consenso en reconocer que el origen y fundamento de los llamados derechos fundamentales está directamente relacionado con la dignidad humana. Ésta, como valor esencial y eje de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, ha sido parte de la evolución de la doctrina constitucional, sobre todo después de las experiencias totalitarias nazi y comunistas en el siglo XX.
Además, la noción de dignidad humana ha reforzado la universalidad de tales salvaguardas junto a la consideración de que, en todo contexto, esos resguardos deben prevalecer sin excepciones de ninguna índole[3].

Así, "la garantía de la dignidad como derecho del sujeto hace posible también el amparo constitucional frente a leyes que modifican la Constitución y a aquellas que no respetan suficientemente la dignidad humana"[4].

Considerar como límite la dignidad humana, inconmensurable y universal, es importante pues a partir de esto "el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales"[5]

Entre otras cosas, respetar la dignidad humana implica reconocer a las personas la autonomía y libertad suficiente para conducir su propia vida. Dicho de otro modo, que las personas sean dignas significa que somos seres racionales capaces de decidir cómo comportarse. De ahí su relación directa con las libertades fundamentales.

Reconocer la autonomía personal del individuo pasa por resguardar sus libertades, pero también ser consciente de la responsabilidad que va aparejada. Esto es clave para que cada uno, con sus diferencias, pueda desarrollar sus propios proyectos de vida. Respetar la dignidad de las personas implica que el Estado, teniendo un rol importante, se vea limitado por estos márgenes intraspasables. La redacción de la nueva Constitución debe establecer los principios y condiciones necesarios para asegurar que todas las personas puedan vivir en libertad y que las instituciones, públicas y privadas, actúen en conformidad a ello.

[2] *Badeni, G. (2006). Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda edición. La Ley. Buenos Aires.*
[3] *Serna, P. (1999). Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial. Persona y Derecho, 41. 139-196.*
[4] *Starck, C. (2005). Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Número 9. Madrid. pp. 489-497.*
[5] *Schneider, HP. «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático». Revista de Estudios Políticos, N°7, enero-febrero, 1979, pp. 7-35.*

C. Principios comunes a las libertades

Considerando lo dicho en torno a las libertades como derechos fundamentales resguardados por la Constitución, podemos concluir que los principios comunes a éstas son:

I. Las libertades como parte de los derechos fundamentales emanan de la dignidad de la persona humana, siendo por tanto, anteriores al Estado. El Estado está al servicio de la persona humana, por lo que debe reconocer los derechos fundamentales que emanan de ésta.

II. Siendo las personas iguales y libres, las opciones de vida que elijan para su desarrollo personal será diverso respecto del resto. Frente a esto el rol del Estado es reconocer y respetar la pluralidad de opciones de vida. Para esto es necesario respetar la mayor libertad posible para que cada cual persiga sus propios proyectos, siendo los límites acotados y establecidos por la propia Constitución.

III. Principio de la no agresión. Nadie (ni una persona ni un grupo) puede cometer una agresión contra la persona o la propiedad de alguna otra persona. El Estado también tiene el deber de respetar este principio, de manera que, cualquier coacción por su parte, tiene que estar siempre justificada (siendo la excepción y no la regla). Sólo debe ser para solucionar conflictos entre los diversos proyectos vitales. Otra manera de decirlo es que la carga de la prueba debe recaer en quienes quieren intervenir en el ámbito de la libertad que se está vulnerando.

IV. Existencia de una mínima interferencia por parte del Estado en el ejercicio de las libertades. La libertad se debe entender como la defensa del individuo frente al poder público (no interferencia) y, por otro lado, en el caso de establecer límites a la libertad, estos deben ser acotados por la propia Constitución y no pueden ser arbitrarios.

V. Rol del Estado de asegurar las condiciones para que las libertades personales puedan desplegarse: en definitiva, no se trata solo de no intervenir, sino que el Estado debe "acompañar la acción social para desplegarla más allá de sus propios límites"[6].

VI. Es importante entender las libertades como un límite que no se puede quebrantar ni siquiera por las mayorías. De esta manera la libertad de un individuo no puede ser sacrificada en aras al bienestar de un número mayor de personas, así se protege también a las minorías.

D. Desarrollo de las libertades clásicas[7]

I. La Libertad de conciencia como base de otras libertades y derechos fundamentales

A partir del reconocimiento de la dignidad como marco axiológico, la libertad de conciencia se convierte en un elemento articulador del cual se derivan derechos importantes en una democracia como la libertad de pensamiento, de expresión, de culto, asociación y la libertad educativa, además del derecho a la intimidad. Esto, pues todas ellas implican reconocer un plano inviolable de cada individuo, la capacidad de juicio de las personas y un ámbito de libertades personales importante para el orden constitucional democrático.

Por ello, actualmente la libertad de conciencia es reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos y en diversos pactos internacionales de Derechos Humanos[8]. Así mismo, tanto la constitución chilena vigente en el artículo 19 N°6, como las anteriores, han reconocido la libertad de conciencia[9]. Ya desde la independencia chilena se comienza a marcar el camino en favor de la libertad de prensa, de examen y culto como elementos fundamentales de la República y como expresiones claras de la libertad de conciencia.

El reconocimiento de la libertad de conciencia va ligado con el creciente reconocimiento de la dignidad humana como ámbito inviolable para el desarrollo de la personalidad humana en

[6] *Delsol, Chantal (2021). El Estado subsidiario. IES pg. 38.*
[7] *Aun cuando otros derechos fundamentales pueden concebirse como libertades clásicas como son el derecho a la vida, la igualdad de oportunidades, la seguridad individual, etc., trataremos en este texto aquellas libertades que se relacionan en forma más directa con la libertad de conciencia, asumiendo que los otros derechos mencionados no requieren mayor desarrollo dado el consenso en su protección.*
[8] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.*
[9] *Arancibia Mattar, J. (2020). Constitución Política de la República de Chile. Edición Histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy. Universidad de Los Andes.*

función del respeto a las libertades fundamentales. Esto pues se considera que la conciencia "estructura la conformación ética de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad"[10]. Esto implica la libertad del individuo de determinar sus valores, ideales personales o políticos y con ello su proyecto de vida. "El respeto de la libertad ideológica o de conciencia supone, entonces, el reconocimiento de la facultad de las personas para buscar la verdad, manifestar o exteriorizar sus ideas, lo que remite a la libertad de expresión y la libertad de asociación"[11].

Reconocer la libertad de conciencia es fundamental para la legitimidad de un orden constitucional democrático, pues permite fundar el orden desde una clara noción de autogobierno en base a los valores y creencias.

"En virtud de la dignidad esencial de la persona humana asegurado en nuestro artículo 1° de la Constitución sobre el cual se fundamenta todo el ordenamiento jurídico, en cuanto la persona es un ser moral, el ordenamiento jurídico debe considerar la argumentación moral como atributo asegurado por la libertad de conciencia y de creencias, pudiendo desplazar al principio democrático formal en las ocasiones excepcionales en que el cumplimiento de un deber jurídico entre en conflicto grave por consideraciones morales o de conciencia de determinados individuos"[12].

Esto implica que, para que la sujeción del individuo al orden legal sea total, no puede atentar contra el propio autogobierno, es decir, no puede significar desobedecer a la propia conciencia. Asimismo, como todo derecho y como todo contenido o haz de facultades que integran el derecho no es absoluto, sino que tiene límites, estos deben ser razonables y proporcionados[13].

En nuestra actual Constitución, la libertad de conciencia está tratada conjuntamente con la libertad de culto debido a la difícil separación que puede darse entre ambas. La libertad de culto o religiosa apela a los valores espirituales de las personas, los que son inseparables de la conciencia misma, que es una e indivisible de la persona humana. Esto no obsta que puedan tratarse por separado, de manera de otorgar a cada uno de estos derechos un grado mayor de profundidad. Por lo demás, la libertad religiosa no es la única que deriva de la libertad de conciencia, conformando también las libertades de expresión, asociación y enseñanza un despliegue de ésta en diversas formas de manifestaciones externas.

II. Libertad de expresión

La libertad de expresión es el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones a través de diversos medios, como la palabra, el escrito u otros medios de reproducción[14].

Para el desarrollo de las democracias modernas ha sido fundamental el reconocimiento y la protección del derecho a la libertad de expresión. Esta libertad no sólo se ha elevado como un baluarte de la ciudadanía frente al poder opresor del Estado, en su concepción original y clásica, sino que, en la historia más reciente, ha permitido la coexistencia de distintas visiones bajo una sola organización social, evitando la absorción de las opiniones de las minorías en las ideas mayoritarias imperantes.

Partiendo por la Revolución Francesa y la independencia de Estados Unidos, se ha defendido la libertad de expresión como un derecho humano fundamental para el desarrollo del individuo y de la sociedad. En este sentido, el sistema interamericano de justicia ha entendido a la libertad de expresión como piedra angular de las democracias, como condición esencial para que la sociedad esté debidamente informada y como un supuesto para que todos quienes deseen influir en el desarrollo colectivo -ya sea a través de partidos políticos, sindicatos o sociedades culturales y científicas- puedan desarrollarse plenamente.[15]

---

[10] *Nogueira, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis. Año 12. N°2. Pp. 13-41.*

[11] *Navarro, E. y Carmona, C. (2011). Recopilación de jurisprudencia del tribunal constitucional (1981-2011). Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 45.*

[12] *Nogueira, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis. Año 12. N°2. Pp. 13-41.*

[13] *Nogueira, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis. Año 12. N°2. Pp. 13-41.*

[14] *López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 58*

[15] *Así se establece explícitamente en el informe especial para Chile de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2016 y en la Opinión Consultiva 0C-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Hay quienes señalan que la libertad de expresión se encuentra conformada por tres elementos: (1) la libertad de conciencia, que se refiere al derecho a no ser molestado ni discriminado por adoptar determinadas ideas o creencias, (2) la libertad y el derecho de recibir información veraz, que es la misma libertad de información, pero desde el punto de vista del receptor; y (3) la libertad de expresar la propia opinión, la cual si se manifiesta en el plano religioso se denomina libertad de cultos, y en el plano educativo y científico, libertad de expresión propiamente tal. Si faltare alguno de estos elementos no habría verdadera libertad de expresión. De este modo se distingue el derecho de quien se expresa y el derecho de quien recibe la información.[16]

Tal como señala el Pacto de San José de Costa Rica -firmado y ratificado por nuestro país-, los ciudadanos tendrían derecho a "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole"[17]. Algo similar se prescribe en la Declaración Universal de Derechos Humanos[18].

La libertad de expresión permite el desarrollo personal de cada individuo al permitirle la definición autónoma de su identidad y con ello de su proyecto de vida. Además, aquello favorece el desarrollo de la sociedad al permitir acercar opiniones divergentes, favoreciendo no solo el pluralismo y la diversidad, sino que la búsqueda abierta de la verdad a través del debate público. Esto refuerza la diversidad y la tolerancia tan necesarias en una democracia.

Desde una concepción como libertad negativa, la libertad de expresión implica la ausencia de injerencias y restricciones de parte del Estado[19].

Relacionado a este derecho está el fuero parlamentario, que actúa como una garantía de libertad de expresión para diputados y senadores. La libertad de expresión entonces sería un elemento esencial de cualquier sociedad pluralista tolerante y democrática.

Como todo derecho consagrado, la libertad de expresión no es absoluta y admite excepciones para limitarlo en virtud de ciertas circunstancias que encuentran su justificación generalmente por eventuales choques entre derechos y libertades, donde se hace necesario ponderar qué derecho prevalece. La legislación chilena actual ya contempla tales excepciones donde se busca resguardar la honra de las personas.

Reconocimiento en Tratados Internacionales:

a) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948):* reconoce el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión en su artículo cuarto, pero a continuación establece uno de sus límites, que es el derecho a la honra y a la vida privada[20].

b) *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948):* artículo 19, "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". No tiene restricciones propias, sino las comunes a todos los derechos: el ejercicio de los derechos solamente podría estar sujeto a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

c) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966):* el artículo 19 de dicho Pacto establece un derecho que, si bien está expresado en términos amplios, puede ser limitado por la ley en razón del respeto de derechos de terceros y por razones relacionadas a la moral, al orden público, a la seguridad nacional y a la salud. Por su parte, el artículo 20 en aras de mantener la paz nacional establece prohibiciones relacionadas a la guerra y a la apología del odio (nacional, racial o religioso) que incite la

[16] *López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 51 a 54.*
[17] *Artículo 13 n 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*
[18] *En su artículo 19, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".*
[19] *Goodwin, Barbara. 1997. El uso de las ideas políticas. Barcelona: Península, citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". Latin America Research Review, 2017, disponible en https://larrlasa.org/articles/10.25222/larr.47/*
[20] *"Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio". "Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".*

discriminación, la hostilidad o la violencia.[21]

d) *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969):* en el artículo 13 de la Convención se regula el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, contemplando tanto el derecho de las personas a expresar su propio pensamiento, como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Este derecho es considerado fundamental para el desarrollo de todos los individuos, para ejercitar la autonomía y otros derechos fundamentales. Junto con lo anterior, se considera un elemento crucial sobre el cual se basa la existencia de las sociedades democráticas, teniendo ambos una indispensable relación estructural. El objetivo del artículo 13 de la Convención, por lo mismo, es precisamente fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos, protegiendo y fomentando la libre circulación de información, de ideas y de expresiones de todo tipo.[22]

Principios que se derivan de la protección de la libertad de expresión

i. Que no exista censura previa, lo que no obsta a que se puedan establecer responsabilidades por el ejercicio abusivo de la libertad.

Este principio está en concordancia con lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual establece explícitamente que el ejercicio de este derecho "no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores"[23]. En la actualidad nuestra Constitución exige quórum calificado para poder establecer responsabilidades (incluso penales) al ejercicio de la libertad de expresión, resguardando así la esfera de protección del derecho. En nuestra opinión esta decisión es concordante con el principio establecido en los tratados internacionales, por lo que consideramos que las limitaciones a este derecho debieran exigir un quórum supramayoritario.

Sólo se permite un caso de censura previa en la actual redacción del texto constitucional y en el Pacto de San José de Costa Rica: el sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica, para proteger a los niños y adolescentes de contenido inadecuado para su edad [24].

---

[21] *"Artículo 19.*
1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:
a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. De este modo se establecen los requisitos que se deben cumplir para que la injerencia por parte de un Estado sea acorde al Pacto".
"Artículo 20.
1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

[22] *"Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión*
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

[23] *Artículo 13 n 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

[24] *Artículo 13 n 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos*

Sin perjuicio de lo anterior, el Pacto de San José de Costa Rica también establece dos criterios para definir responsabilidades ulteriores establecidas por Ley [25]:

- El respeto a los derechos o a la reputación de los demás
- La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

La libertad de opinión, por su propia naturaleza -al padecer de falibilidad-, no es posible ejercerla en términos susceptibles de ser calificados como abusivos ni delictivos, siendo siempre legítimo emitir opiniones. Por el contrario, en el ejercicio de la libertad de información sí puede configurarse una conducta abusiva o delictiva, pudiendo por ello ser sancionada[26].

ii. Que no exista un control monopólico por parte del Estado de los medios de comunicación social, pudiendo todas las personas fundar, mantener, editar, operar medios de prensa escrita, canales de televisión, servicios de streaming, etc., respetando las normas legales que regulen aspectos tales como la distribución de frecuencia, entre otros.

iii. La libertad de expresión no puede limitarse en ningún caso, aun cuando se trate de estados de excepción constitucional.

iv. Dentro de la libertad de información, puede elevarse a nivel constitucional el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, cuyos procedimientos y excepciones deban ser establecidos por ley.

v. Se puede elevar a nivel constitucional el principio de neutralidad de la red para consumidores y usuarios de internet. Hoy se regula por la Ley N°20.453 que prohíbe el bloqueo, discriminación, o restricción para utilizar o enviar o recibir contenido a través de internet, usar aplicaciones o servicios, etc.

Riesgos:

i. *Sobre el derecho a recibir información fidedigna.* Como ya ha sido sostenido -y en concordancia con los tratados firmados por Chile- el derecho a la libertad de expresión no sólo se refiere al derecho a "emitir" una opinión o "expresar" su propio pensamiento, sino que también a "buscar" y "recibir" información. A propósito de la difusión de la desinformación en línea, algunos han ido más allá y han sugerido que esos contenidos deben ser fidedignos (relacionado con la idea clásica de que como ciudadanos debemos ser informados veraz y oportunamente). Creemos que esta mirada podría abrir la puerta a una serie de medidas o políticas públicas restrictivas (y derechamente autoritarias) respecto del pleno ejercicio de este derecho.

ii. *Sobre el discurso de odio.* El Pacto de San José de Costa Rica establece específicamente (artículo 13 n° 5) que la ley debe prohibir toda propaganda en favor de guerra y la apología al odio nacional, racial o religioso. En esa línea (y como en una serie de otras cosas relacionadas con el derecho de la libertad de expresión), los tratados firmados por Chile van "más allá" de lo que se establece en la actual Constitución. Creemos que será un tema que probablemente se instale (sobre todo a propósito de los proyectos de penalización al negacionismo que se han discutido en los últimos años). Debe tenerse cuidado con las restricciones a la libertad de expresión que puedan significar.

iii. *Limitación de la libertad de expresión por orden público.* La causal "orden público" que se ha propuesto como límite para la libertad de expresión fue invocada por un proyecto de ley de la expresidenta Michelle Bachelet para tipificar el delito de "incitación a la violencia", que tenía por objetivo sancionar penalmente los discursos que incitaren directamente a la violencia física contra un grupo de la población, por razón de su sexo, raza, entre otras circunstancias[27]. Acá se incorporó una norma para sancionar el negacionismo estableciendo penas corporales y de multa a quien "a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990", consignadas en una serie de informes encargados por el Estado.

[25] *Artículo 13 n 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*
[26] *Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2004. P. 364.*
[27] *Proyecto de ley que Tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín 11424-17), ingresado a tramitación a la Cámara de Diputados con fecha 6 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_ detalle.aspx?prmID=11939&prmBoletin=11424-17*

Normas como estas desconocen que no corresponde a la autoridad determinar si las ideas que se difunden en la sociedad son buenas o válidas, sino más bien dejar que estas compitan entre sí. Todas las ideas tienen el mismo derecho de ser expresadas, en caso contrario implicaría que algunas personas se encuentran moralmente por sobre otras, lo que va en contra de los fundamentos de la democracia.[28]

iv. *Límites por razones de salubridad pública son inadmisibles.* En el escenario actual debe tenerse cuidado con el uso de la salubridad pública para restringir derechos, más aún cuando se trata de la libertad de expresión. Que el fin en sí mismo sea legítimo no basta para justificar limitar la libertad de expresión. El Estado no puede pretender ampararse en este fin con el objeto de restringir derechos, aun cuando se trate del interés superior de la sociedad. Esto debido a que su definición puede resultar arbitraria, represiva y peligrosa.[29]

v. *Rol regulador del Estado de la libertad de expresión para frenar la concentración económica de los medios y garantizar parte del espectro a medios comunitarios y públicos* (en la dimensión de libertad negativa). Sin embargo, esto es no comprender que el pluralismo, que está en la base de la libertad de expresión, sólo se puede garantizar a través de la más amplia libertad para abrir y desarrollar medios de comunicación y no a través del intento del legislador de introducir, como una supuesta garantía a la libertad de expresión, regulaciones, limitaciones o condiciones que terminarían por entorpecerla[30].

vi. La censura en general. La la libertad de expresión comprende muy significativamente el derecho de disentir, siendo de la esencia misma de este derecho, la posibilidad de no estar de acuerdo[31]. Existe por tanto un derecho a manifestar opiniones contrarias a la opinión predominante, lo cual es fundamental en una sociedad democrática pluralista, pues es la forma de practicar realmente la tolerancia y la convivencia pacífica. Esto implica poder hacer manifestaciones públicas sobre lo que se disiente, incluso a través de medios de comunicación masivos.

Es interesante la redacción que emplea la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 11 señala:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

III. Derecho al honor, a la vida privada, a la honra y a la protección de los datos personales

El honor es la buena fama o prestigio de la que una persona goza en su ambiente social ante terceros[32]. El honor se puede entender desde una dimensión objetiva y una subjetiva. Desde lo primero, es la buena reputación que sigue a la virtud, mérito o acciones heroicas, siendo capaz de trascender a la persona o a su familia; estas acciones son dignas de alabanza y otorgan un reconocimiento al sujeto que abarca otros ámbitos de su vida. El valor subjetivo, en cambio, es la propia valoración, la imagen que cada individuo tiene de sí mismo, con independencia del grupo social. El primero sólo corresponde a algunas personas; el segundo a todos, siendo inherente a la personalidad. El último permite a las personas generar una posición igualitaria respecto a los demás en sus relaciones sociales, permitiéndole una adecuada participación en la sociedad. Cuando se ataca el honor se pretende disminuir o excluir dicha capacidad departicipación del sujeto[33].

Por su parte, existe una serie de derechos destinados a proteger

[28] *Eyzaguirre, Sylvia. "La tiranía de las buenas maneras". Comentario de The Silencing: How the Left is Killing Free Speech de Kristen Powers. Revista Átomo N°1 - octubre 2018. Corrección Política. P. 108.*
[29] *Lozano R., Juan: "Límites y controles a la libertad de expresión", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos - Tomo X.*
[30] *CN (Biblioteca del Congreso Nacional). 2001. Historia de la Ley No 19.733 Sobre libertades opinión e información y ejercicio del Periodismo. Valparaíso: BCN, citado en Sapiezynska, Ewa. "El triunfo de la libertad negativa: Discurso parlamentario en Chile acerca de la libertad de expresión". Latin America Research Review, 2017, disponible en https://larrlasa.org/articles/10.25222/larr.47/*
[31] *Lozano R., Juan: "Límites y controles a la libertad de expresión", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos - Tomo X.*
[32] *Alberti Rovira, Enoch. "Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España y en la Convención Europea de Derechos Humanos". Ius et Praxis. Universidad de Talca. N°6, 1999. P. 61, citado en Manríquez, Carolina. "La libertad de información en conflicto con el derecho a la privacidad". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Alfonso Banda Vergara. Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004. P. 27 y 28.*

la vida privada de los individuos, no sólo de la intromisión de los poderes públicos, sino también frente a las injerencias de los privados. Es una manifestación de la dignidad personal, base para la autodeterminación de las personas.

Esta idea surgió de los pensadores liberales de los siglos XVII y XVIII y se plasmó en los textos constitucionales americanos y europeos. Uno de los primeros derechos en ser reconocidos a nivel constitucional fue la inviolabilidad del domicilio, no reconociéndose el derecho a la privacidad sino hasta finales del siglo XIX, impulsada por los abogados Louis D. Brandeis y Samuel D. Warren, que en su artículo The right of privacy de 1890, lo formularon como el derecho a estar solo y vivir en paz.

La intimidad se podría definir como aquella esfera -física o inmaterial- que cada persona o familia determina libremente para sí misma y en la cual, sin su consentimiento, nadie puede entrar. Es un muro que pone cada individuo o familia para proteger ciertos aspectos de su vida que no son de interés legítimo para el resto de los ciudadanos o de los poderes públicos. En este sentido se diferencia del honor, ya analizado, que se relaciona, por el contrario, con aquello que se sabe de una persona determinada, que debe coincidir en mayor medida con la verdad. El derecho a la intimidad está íntimamente relacionado, además, con la protección de los datos personales, con el secreto de las comunicaciones y con la protección de la propia imagen[34].

Principios:

Deben establecerse estos derechos a nivel constitucional, sin expresar limitaciones a los mismos. Si se agrega, por el contrario, una frase para remitir su contenido a la ley, se vaciará de contenido el derecho. Respecto a la protección de datos personales corresponderá, en cambio, permitir que la ley establezca el modo en que el Estado regulará su tratamiento.

IV. Libertad de asociación

La consagración del derecho de asociación existe en nuestro país desde la Constitución de 1833. Según el Tribunal Constitucional, el derecho de asociación es "la facultad de una persona para unirse con otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado"[36]. La actual Constitución reconoce este derecho tanto a las personas naturales, como a la jurídicas[37].

Principios:

a) Naturaleza social de las personas: los seres humanos somos seres sociales, esto quiere decir que alcanzamos nuestro pleno desarrollo en comunidad, a través de las relaciones con otros.

b) Necesidad de asociarse para alcanzar objetivos compartidos: quienes comparten determinados fines y tienen una visión particular para alcanzarlos, se agrupan entre ellos con el propósito de lograr dicho objetivo. En ese sentido, la libertad de asociación permite que las visiones de mundo, la libertad y las capacidades de los individuos puedan desplegarse y tener cierto peso en la sociedad.

c) Base de la democracia: la pertenencia a un grupo les otorga voz política real a sus miembros, les da un peso del que carecen en su calidad de individuos aislados.

d) Pluralismo: el derecho de asociación posibilita un sano pluralismo al permitir el desarrollo de agrupaciones y el despliegue de sus idearios particulares.

e) Provisión de bienes públicos: las agrupaciones pueden proveer bienes públicos y así contribuir a toda la sociedad. Esta última tiene así la posibilidad de optar entre diversos proyectos para acceder a ellos, eligiendo aquellos que mejor se ajusten a sus propias visiones de mundo.

---

[33] *Baeza, Silvia. "El derecho al Honor". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, dirigida por Gonzalo Figueroa Yañez. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. P. 11 a 16.*
[34] *López, Carlos. "La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística." Memoria doctoral, dirigida por Margarita Antón Crespo. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. P. 97 a 106.*
[35] *Jaime Arancibia, Constitución Política de la República: Edición Histórica.*
[36] *STC 24 de febrero de 1987, c.12 en José Luis Cea, Derecho Constitucional Chileno tomo II, pg. 442.*
[37] *José Luis Cea, Derecho Constitucional Chileno tomo II, pg. 438.*

Principios constitucionales:

a) Derecho a asociarse sin permiso previo: el Estado no es el origen del derecho de asociación, de manera que no cuenta con el poder para decidir si las personas se asocian o no, ni de qué manera. Solo le cabe reconocerlo. Así, no se requiere autorización para asociarse con otros.

b) Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación: el derecho de asociación protege la libertad de las personas para agruparse y organizarse, lo que supone que puede no hacerlo. Así como el Estado no puede "filtrar" quiénes se asocian y de qué manera, tampoco puede obligar a que alguien se asocie[38].

c) Estatuto de las personas jurídicas.

d) Estatuto de los partidos políticos.

A raíz de estos principios, podemos concluir respecto de este derecho que:

- el Estado debe permitir el despliegue de las asociaciones, no solamente asegurar su existencia. Esto supone permitirles operar de acuerdo a sus idearios particulares;
- al Estado no solo le cabe no intervenir en la creación y funcionamiento de las distintas asociaciones, sino también facilitar y promover su despliegue. Es decir, el Estado debe ofrecer las condiciones para que las agrupaciones puedan efectivamente existir y operar.

Límites:

a) moral, orden público y seguridad del Estado;
b) partidos políticos: prohibición de realizar actividades ajenas a su objeto;
c) prohibición de asociaciones que no respeten los principios del orden democrático y constitucional, procuren el establecimiento de sistemas totalitarios o hagan uso de la violencia como método de acción política.

Es importante que los límites queden fijados en la Constitución, de manera que la ley cuando regule no establezca nuevos límites o requisitos, sino que se limite a especificar la normativa con los únicos límites planteados constitucionalmente. Así mismo, la ley debe ser la única encargada de regular, no debiendo darse espacio a reglamentación vía decretos por parte del Ejecutivo.

Tratados internacionales:

a) *Artículo 16 de la Convención Interamericana de DDHH:* "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía."

b) *Artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:* "toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".

Riesgos:

a) Pugna entre ideario y provisión de bienes públicos: esto puede verse en debates particulares, como educación o salud. La tensión se encontraría en que una agrupación que tiene un ideario no puede proveer bienes públicos adecuadamente, porque opera según sus propios criterios. Sin embargo, se trata de una pugna aparente. Lo público no se identifica con lo estatal. Además, dado que la población es diversa, es positivo que tengan la posibilidad de optar por el mejor modo de satisfacer sus necesidades. Una manifestación de esto es el debate en torno a la objeción de conciencia institucional.

b) Intervención del Estado en el modo de operar de las asociaciones: el derecho de asociación supone no solo la libertad para existir, sino también para operar y alcanzar los propios objeti-

[38] *STC 7 de marzo de 1994, c.7 en José Luis Cea, Derecho Constitucional Chileno tomo II, pg. 441.*

vos según se considere adecuado. No reconocer esta segunda dimensión implica negar el derecho mismo en la medida en que desconoce su razón de ser. Un ejemplo de esto son los programas educativos que se contradicen con ciertas visiones de mundo y del ser humano, por ejemplo, en materia sexual.

V. Libertad de enseñanza

En nuestro país es reconocida expresamente con la Reforma Constitucional de 1874, incorporada junto con garantías como el derecho de reunión y el de asociación sin permiso previo.

Desde sus orígenes como República, Chile ha tenido un sistema educacional mixto, (el Estado financia tanto a escuelas públicas, como particulares subvencionadas). Se puede decir entonces que la libertad de enseñanza forma parte de nuestra tradición y su incorporación en la Constitución significó el mero reconocimiento de un hecho que ocurre en nuestro país desde los comienzos de la República.

A su vez, la libertad de enseñanza está reconocida en los siguientes tratados internacionales suscritos por Chile:

a) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC, 1966, ratificada en 1972) en el artículo 13.3 señala: "los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".
Para mayor claridad aun sobre los distintos ámbitos que conlleva la libertad de enseñanza, en el número 4 se señala: "nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado".

b) *Pacto San José de Costa Rica* (Convención americana sobre DD.HH de 1969) señala en su art. 12 N° 4: los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

c) *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989, ratificada en 1990), señala en su artículo 5 que: "los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Principios:
a) Derecho preferente y deber de los padres en la educación de sus hijos (especie de bisagra entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza; este principio sustenta ambos derechos). Los padres y no el Estado son los primeros educadores. Al Estado le compete velar por que los padres cumplan con su derecho y su deber, otorgando las herramientas necesarias, pero sin sustituirlos.

b) Derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral conforme a sus convicciones (no desarrollado en Chile hasta ahora, pero muy presente en otros países).

c) Derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos. Esto como manifestación del derecho preferente de los padres, para lo cual el Estado debe permitir que existan alternativas diversas entre las cuales elegir.

d) Libertad para formar y asociarse en torno a un proyecto educativo: los particulares tienen derecho para crear proyectos educativos con fines propios, a través de los cuales se eduquen sus hijos y quienes compartan dicho proyecto, como manifestación de la pluralidad de nuestra sociedad.

e) Principio de autonomía del establecimiento educacional: derecho de abrir, desarrollar y mantener establecimientos educacionales. No se trata de una libertad de emprendimiento o económica, sino de la única forma posible en que se respete la libertad de asociación y autonomía de los establecimientos y el pluralismo en una sociedad democrática.

Límites razonables:

a) moral, buenas costumbres, orden público y seguridad nacional (presentes en la actual Constitución).

b) enseñanza no orientada a la propagación político partidista (presente en la actual Constitución).

c) regulación de ciertos aspectos por la ley: requisitos mínimos, estándares de calidad, transparencia en el uso de recursos públicos, etc.

Al igual que en el derecho de asociación, los únicos límites al ejercicio de este derecho deben ser los establecidos constitucionalmente, sin perjuicio de que la ley sea la encargada de reglamentarlos.

Riesgos:

a) Poner en conflicto el derecho a la educación y libertad de enseñanza, dando mayor importancia al derecho a la educación, permitiendo de esta manera restringir la libertad de enseñanza. Se trata de un conflicto aparente: los derechos no son absolutos y se insertan dentro de un sistema coordinado de derechos.

b) Tensión entre lo público y lo privado, confundiendo lo público con lo estatal, impidiendo a los privados participar de la provisión de la educación (sistema de provisión mixto). Eso se manifiesta por ejemplo en la eliminación de establecimientos privados, o la limitación de financiamiento a la educación particular subvencionada.

c) Limitación de la autonomía de los establecimientos y proyectos educativos: estableciendo reglas para todos por igual que impidan el desarrollo de sus propios proyectos, así como imponer un marco de lo público para recibir financiamiento, el co-gobierno, o sobre regulación, como en requisitos curriculares excesivos que impidan al establecimiento contar con su propio proyecto. Priorizar la función que le es propia a quienes dirigen el establecimiento: la enseñanza.

Derechos y libertades económicas[1]

1 Integrantes: Natalia González, Macarena García, María Paz Valenzuela y Tomás Flores (LyD), Andrés Barrientos (Ciudadano Austral), Sebastián Izquierdo (Horizontal), Víctor Manuel Avilés (Instituto Libertad), Fernando Claro, Pablo Paniagua y Álvaro Vergara (FPP).

Tabla de contenidos

A. Introducción

B. Derecho de propiedad

C. Estado empresario

D. Derecho a desarrollar cualquier actividad económica y sus límites

E. No discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica

F. Principios tributarios en la Constitución

G. Principios y propuestas para una nueva Constitución

A. Introducción

La crisis social y política que atravesamos ha puesto en duda el rol del mercado y del sector privado como generador de riqueza y progreso para la sociedad en su conjunto. Esta falta de confianza ha llevado a una creciente deslegitimación de la iniciativa privada y del mundo empresarial. Los participantes del estudio "Tenemos que hablar de Chile", por ejemplo, perciben que "las personas no están en el centro para el mercado, para las empresas y para el mundo de los negocios en general", pues esas instancias "generan relaciones de subordinación y aprovechamiento más que una interacción de mutuo beneficio".

Estas y otras percepciones han llevado a que se instale en la opinión pública la idea que el mercado, más bien, aumentaría las brechas entre los distintos grupos de la sociedad, lo que sugiere que se requeriría acotar su acción. Al respecto, sostenemos que es importante entender bien, en la discusión pública, que en muchas ocasiones los problemas se identifican como problemas de los mercados (como si fueran inherentes al mercado), cuando en realidad se deben a que falta mercado (competencia, actores, acceso, innovación) y/o al mal funcionamiento y mal comportamiento de los actores en los mismos. Buena parte de la desconfianza hacia el mercado, sostenemos, se ha ido construyendo en base a situaciones que precisamente atentan contra su buen funcionamiento, como lo es la colusión y/o falta de competencia o la deficiente regulación al efecto o la carencia de políticas públicas que la fomenten. Quienes promovemos la libertad económica lo hacemos a favor de la competencia y por el bienestar que ésta genera en las personas, y no a favor de proteger intereses particulares creados, ni a favor de posiciones dominantes, ni de capturas del regulador por parte del regulado. Por ello, se debe avanzar para modificar ciertos aspectos relevantes del funcionamiento del mercado que permitan relegitimar el actuar del mundo privado tanto en la esfera pública, como privada, promoviendo la competencia y la innovación y para dar cuenta de aquellos aspectos que es fundamental resguardar para que la iniciativa privada pueda cumplir su papel insustituible e indispensable en nuestra vida social.

De esta manera, y aunque muchas de las percepciones ciudadanas respecto del mercado pueden dar lugar a conclusiones que no se condicen con la realidad, lo cierto es que el malestar con las élites económicas existe y hay que hacerse cargo de él. Esto es fundamental, pues cualquier modificación estructural requiere no solo del concurso del aparato estatal y de la política, sino también de las organizaciones de la sociedad civil, donde se encuentran las empresas pequeñas, medianas y grandes. Además, sin crecimiento económico será imposible construir tanto un Estado más robusto, como un entramado social donde participen individuos con la estabilidad suficiente para desarrollar sus proyectos de vida en paz y tranquilidad.

Sobre la materia, cabe hacer presente que los resultados económicos y sociales son, a su vez, el resultado de su buen o mal diseño institucional[2]. En aquellas naciones donde se observa un diseño inclusivo, a diferencia de uno extractivo, sus nacionales experimentan un mayor progreso y desarrollo y, con ello, un mayor bienestar social general. Un diseño institucional inclusivo implica: (i) que el poder no está concentrado y que hay pesos y contrapesos efectivos; (ii) competencia en los mercados, de manera que haya capacidad de mover el statu quo; (iii) capacidad de participar en la vida social y económica, de acceder a las diversas oportunidades, para lo que es clave la educación; (iv) derechos de propiedad, bien establecidos, que permitan capturar el resultado del esfuerzo personal; y (v) el respeto por el Estado de Derecho, que implica la existencia de un conjunto de reglas que son parejas para quienes se encuentran en la misma situación y que son respetadas por autoridades, personas y por la sociedad civil en general. En un diseño institucional inclusivo, a diferencia de uno extractivo, los negocios no controlan al Estado ni el Estado controla los negocios. En este sentido y respecto a la discusión que tiene lugar en Chile sobre el rol del Estado en materia económica, lo que cabe preguntarse es cuánto de la falta de inclusión social o del grado deseable de inclusión social implica (o no) que el Estado deba jugar un rol preponderante. No se trata de negarle un rol al Estado, pues no lo hacemos. Por el contrario, éste tiene un papel muy importante que jugar, entre otros, para corregir aquellas fallas del mercado que puedan ser solucionadas por una intervención estatal o regulatoria -en la medida que ella sea menos costosa que la falla que se pretende corregir- y en materia de la política social, de manera de generar las condiciones para que todas las personas pueden participar en igualdad de condiciones y con igualdad de oportunidades en la vida nacional y para la realización de su proyecto de vida, debiendo -el Estado- realizar todas las acciones necesarias para alcanzar el bienestar social a través de las acciones redistributivas. Ello, además de otros roles insignes como el conservar el orden público interno y la seguridad externa; conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, etc.

[2] *Sebastián Claro, citando a D. Acemoglu y J. Robinson, en particular su trabajo Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty.Primera edición. New York: Crown, 529. Web, entre otros s de los autores, en el ciclo constitucional organizado por LyD y Radio Pauta, que puede consultarse aquí https://www.youtube.com/watch?v=FLpgTEKD89o&t=3s*

La pregunta que uno debe hacerse entonces es qué instituciones o qué cuestiones del diseño institucional debemos cuidar con el objeto de que ni el mercado ni el Estado se transformen en un mercado o Estado clientelar (porque no debemos olvidar que las fallas y el mal funcionamiento que hoy se le critican o adjudican al mercado bien pueden aplicarse al Estado, y en una mayor y más preocupante proporción, considerando el poder que éste detenta). De ahí que sea tan relevante promover la competencia, la apertura de los mercados, la innovación, los contrapesos institucionales, el Estado de derecho y, sobre todo, la promoción de la persona y el respeto por sus derechos en el centro. El enfoque, entonces, no anula ni busca anular el rol del Estado, sino que lo redirige hacia promover la libertad de las personas y que éstas tengan los medios para participar en igualdad de condiciones de la vida en sociedad, sin sustituir a la persona. Si en cambio el rol del Estado es preponderante, la sociedad no será más inclusiva, sino que habremos caído en el clientelismo estatal. De ahí que, entre otras cuestiones muy relevantes del diseño institucional y que se tratan en otros capítulos, cobren gran importancia el resguardo del derecho de propiedad, los derechos de las personas para emprender (y desafiar el statu quo, la libre competencia), y el no ser objeto de discriminaciones arbitrarias o quedar sujeto a la discrecionalidad, por parte del Estado, en el trato en materia económica y tributaria.

En el documento que presentamos a continuación pretendemos abordar algunos de estos temas, sobre todo desde su dimensión propiamente constitucional. Entre ellos, las características y límites del derecho de propiedad, los principios tributarios a resguardar y las características y límites de la libertad económica.

B. Derecho de propiedad

I. Introducción

En prácticamente todas las constituciones del mundo se consagra el derecho de propiedad privada. En Chile, el "Estatuto Constitucional de la Propiedad"[3] se podría resumir en:

- La libertad para adquirir toda clase de bienes, llamada también garantía del derecho "a la propiedad" (artículo 19 N°23);
- El derecho de propiedad propiamente tal (artículo 19 N° 24, incisos primero al quinto);
- La propiedad minera (artículo 19 N°24, incisos sexto al décimo);
- La propiedad sobre las aguas (artículo 19 N°24, inciso decimoprimero);
- La propiedad intelectual, que comprende la propiedad intelectual propiamente tal y la propiedad industrial (artículo 19 N° 25).

II. Regulación actual del derecho de propiedad

Derecho a la propiedad y de propiedad

La Constitución actual establece el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Es básicamente una reformulación de los contendidos de las Cartas de 1833 y 1925. Contiene 10 párrafos, de los cuales seis están dedicados a los recursos naturales: cinco a la propiedad minera y uno a los derechos sobre las aguas. La Carta vigente salvaguarda "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"[4]. Asimismo, la Constitución actual da el mandato a la ley de regular la propiedad, la cual a su vez ya se encontraba regulada en la mayor parte dentro del Código Civil. Los titulares del derecho de propiedad son todas las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en Chile, tengan o no calidad de residentes o se encuentren de paso[5].

El número 24 señala que "Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Ahora, es importante recordar que el derecho de propiedad en Chile sí tiene límites. El primero está en la Constitución, la cual establece que los límites de su "función social", es decir "cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad

[3] *Fermandois, A. (2014). Derecho Constitucional Económico (Tomo II). Santiago: Ediciones UC. p. 214- 215.*
[4] *Siguiendo la famosa clasificación de Gayo en sus instituciones. Gayo. 2017. Instituciones (Traducción Francisco Samper). Santiago: Ediciones UC.*
[5] *Irarrázaval, A. (2019). Manual de Derecho Económico. Santiago: Ediciones UC. p. 43.*

nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental". El segundo está ubicado en el Código Civil, con la definición legal de propiedad que dice "El derecho de dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o el derecho ajeno" (artículo 582). Es más, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado en las últimas décadas, hasta llegar a afirmar que los contratos celebrados por privados están también sujetos a las limitaciones que se derivan de la función social de la propiedad. Es precisamente esta función social la figura jurídica que habilita la causal de limitación de la propiedad, y que "comprende cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental" (artículo 19 numeral 24° inciso segundo).

Por tanto, resulta equívoco sugerir que en Chile existiría un derecho de propiedad absoluto, o que éste tendría preponderancia sobre otros derechos fundamentales, como la vida. Al contrario, aquellos derechos tienen preponderancia frente a la propiedad debido a la Constitución. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en su sentencia rol 1452-09, de 2010, en cuanto a que "esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social [...], se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo los bienes incorporales, sin excluir los que nacen del contrato. Que, al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. [...] Y que tampoco hay nada en la naturaleza de derecho de propiedad sobre bienes incorporales que impida limitarlos debido a la función social de la propiedad" [6].

Con la reforma a la Constitución del año 2001, se agregó "la libertad de hacer y difundir las artes". Se asegura, por lo tanto, el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie. La ley debe seguir protegiendo por el solo hecho de la creación de la obra, que adquieren los autores de obras de inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos. (sugerimos sacar este apartado, o dejarlo incluido en el anterior).

III. Expropiación

Uno de los efectos derivados de la función social de la propiedad es la expropiación, que se encuentra regulada dentro de la misma Constitución. La expropiación puede definirse como "un acto de la autoridad administrativa competente fundado en una ley que lo autoriza, en virtud de la cual se priva del dominio del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y pagando al expropiado la indemnización justa"[7]. Es por esto que para expropiar se necesita primero dictar una ley; segundo, que la ley autorice la ejecución de una o más expropiaciones; tercero, que la ley sea dictada por utilidad pública o el interés nacional y; cuarto, debe determinar que las cualidades de los bienes que se expropian estén dentro de las causales de utilidad pública o interés nacional. Son, por tanto, tres fases, una que le corresponde al legislador, otra que le compete al órgano administrativo y una tercera que se confía al juez.

Así, el artículo 19 N° 24 inciso 3 expresa que "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los tributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional". Sin embargo, y cumpliendo la función básica de cualquier Constitución, que es proteger a los individuos del poder arbitrario del gobernante, se establecen medidas de reparación y protección. La primera es que el expropiado puede reclamar de la legalidad del acto expropiatorio en tribunales, con derecho a indemnización por el daño patrimonial causado que se fijará en la sentencia. La segunda es que, a falta de acuerdo, se debe pagar la indemnización en dinero en efectivo y al contado.

IV. Expropiación regulatorias

Es necesario tener presente que existen otro tipo de expropiaciones, las llamadas "expropiaciones regulatorias". Este fenómeno surge en EE.UU. a raíz del fallo de la Corte Suprema

[6] *Tribunal Constitucional, 2010, rol 1452-09. Véase también Tribunal Constitucional, 2010, rol 1309-09, "La Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho".*

[7] *Cea, J.L 2015. Derecho Constitucional Chileno (Tomo II). Santiago: Ediciones UC. p. 582*

en el caso Pennsylvania Coal vs Mahon. La doctrina elaborada por el derecho constitucional estadounidense, y que es ocupada a menudo en el derecho de la inversión extranjera, manifiesta que se está frente a una expropiación de este tipo cuando el Estado regula un derecho de propiedad, de tal forma que lleva a que éste pierda un valor importante, por lo tanto, debería ser indemnizado. Esta argumentación se ha utilizado durante el último tiempo para debatir reformas en materias de carácter educacional, ambiental y en la regulación por cobros de estacionamientos.[8]

Esto tiene especial importancia para la inversión, en que se efectúan gastos y proyectos bajo ciertas reglas y bajo una situación determinada por esas reglas, y luego, a través de la legislación, las cargas y beneficios son alterados. La doctrina de las expropiaciones regulatorias ya se ha hecho explícita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y tuvo su aparición por primera vez en el contexto de un fallo sobre peajes de transmisión eléctrica[9]. Teniendo en consideración este problema, sería razonable que se estableciera constitucionalmente una compensación por las intervenciones sobre la propiedad que impliquen la privación de sus facultades que no sean esenciales[10]. Si bien, el Tribunal Constitucional en un principio aceptó la figura de la "expropiación regulatoria"[11], luego fue regresando a la tradición ya asentada en el derecho chileno, según la cual la pregunta relevante es si la limitación es legítima atendiendo a ciertos criterios de resolución. Y es en atención a tal distinción (entre limitación y expropiación) que el Tribunal Constitucional no ha admitido indemnización por cualquier limitación del derecho de propiedad que prive al particular de las facultades no esenciales[12]. [13]

V. La Constitución y la propiedad

Como señalamos al comienzo, los casos de colusión, financiamiento ilegal de la política y abusos de diverso tipo ocurridos durante los últimos años han generado un rechazo más o menos transversal hacia las élites económicas que es fundamental revertir, pues genera una serie de efectos nocivos en la dinámica política actual. Uno de ellos tiene relación con la proliferación de discursos que no se condicen con lo que ocurre en la realidad.

Por ejemplo, en los últimos años se ha sugerido en los discursos públicos cierta contradicción entre la defensa de los derechos de propiedad y un desarrollo inclusivo y digno. Sin embargo, la evidencia sugiere que ocurre algo distinto. Aquellos países que tienen una defensa robusta de la propiedad privada son los mismos que tienen altos índices de desarrollo y también altos índices de igualdad.

Esto lo podemos ver de forma gráfica en las figuras 1 y 2 abajo.

Si se revisan las estadísticas mundiales, se podrá dar cuenta de que la propiedad privada en Chile no está lo bastante protegida en comparación con los países nórdicos y otros países europeos. Si revisamos el último Índice 2020 de Libertad Económica (Index of Economic Freedom) del instituto de investigación Heritage Foundation, se puede notar **que el lugar obtenido por Chile en el "índice de protección del derecho de propiedad" es la posición número 44 de 185 países, lo que deja a Chile en los últimos países del cuartil superior en materia de una real protección del derecho de propiedad.** Esto se puede ver en la figura 1 abajo.

---

[8] *Guiloff, M. 2018. La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena. Revista Ius et Praxis, 24 N°2. pp. 621-648.*

[9] *Tribunal Constitucional, rol N°505-2007, de 6 de marzo de 2007, considerando vigésimo.*

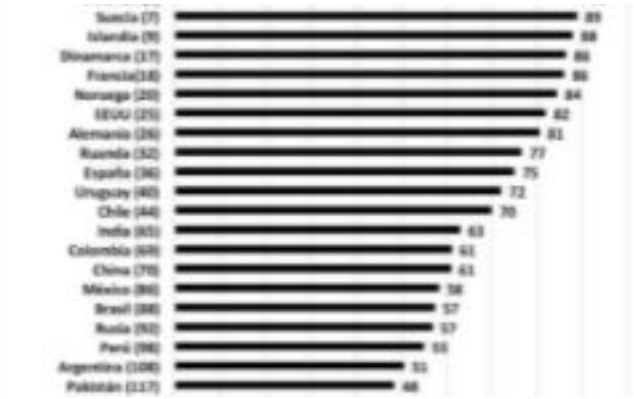
[10] *La Asociación de Aseguradores de Chile, por ejemplo, declaró que, ante el proyecto de retiro de fondos de rentas vitalicias, se estaba ante un caso de expropiación regulatoria. https://www.latercera.com/pulso/noticia/aseguradoras-van-al-tribunal-constitucional-para-intentar-frenar-retiro-de-rentas-vitalicias/7Q2HEH73AVB6TOU3JV73TF4S4I/.*

[11] *Tribunal Constitucional, 2007, Rol 505-06*

[12] *Peralta, X y Yañez, I. 2019. La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Revista de Derecho Público. N°91. pp. 35-60.*

[13] *http://www.fermandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/Curtidos-Bas-y-expropiación-regulatoria-elevando-el-estándar-constitucional-para-cargas-gravosas-a-la-propiedad.pdf*

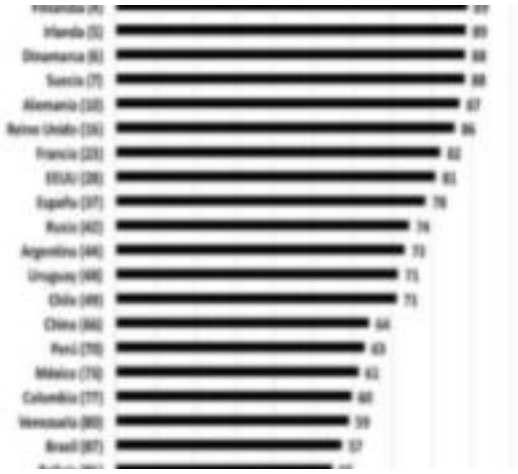
Figura 1: Ranking obtenido en el índice de protección del derecho de propiedad
(1 protección mínima; 100 protección máxima)



Fuente: The Heritage Foundation 2020, *Index of Economic Freedom*

De la figura 1 se desprende que aún falta protección a **la propiedad privada para llegar a los puestos de países desarrollados.** Más interesante aún es ver que países como Nueva Zelanda, Suecia, Holanda y Finlandia están en el top ten de la tabla de aquellos países que protegen de forma más férrea la propiedad privada.

Figura 2: Puntaje del Índice de Desarrollo Humano ajustado por desigualdad (IDHI)
(1 nivel más bajo de desarrollo mínima; 100 nivel más alto)



Fuente: PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2020.

La figura anterior sugiere que existe una relación de asociatividad entre propiedad privada y altos niveles de desarrollo humano. **En simple, es posible inferir que la protección de la propiedad privada es una condición necesaria para la tan anhelada dignidad en el país.**

De hecho, los resultados de un estudio reciente, titulado "Propiedad Privada, Desarrollo e Igualdad", publicado en la Serie Debates Públicos, de la Universidad del Desarrollo, muestra **que existe una fuerte correlación –de un 0,80 con alta relevancia estadística— entre la fuerza con la que se protege el derecho de propiedad en un país y el nivel que ha alcanzado de desarrollo humano ajustado por desigualdad.**

De esta forma, se sugiere que la defensa de los derechos de propiedad es una condición necesaria para poder alcanzar mayores niveles de desarrollo humano.

C. Estado empresario

La actual garantía constitucional está ubicada en el artículo 19 No. 21: "El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quorum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quorum calificado".

I. Argumentos que justifican la existencia de las empresas del Estado:

a) Si son administradas bajo criterios de "eficiencia económica", pueden contribuir significativamente a la recuperación de la actividad económica del país, incidiendo en su crecimiento.

b) Considerando la existencia del principio de subsidiariedad, las empresas del Estado actúan en aquellos sectores o áreas en las cuales los particulares no puedan dar las soluciones adecuadas.

c) Se pueden reservar para empresas caracterizadas por su carácter estratégico o vital para el país. Caso de Enap.

d) Gran incidencia de las empresas del Estado en el desarrollo económico, social y político de un país.

II. Argumentos en contra de las empresas del Estado:

a) Altos incentivos para que el Estado se transforme en un competidor desleal en relación con las empresas del sector privado (por tamaño, recursos, influencias políticas, presiones, etc.) lo que finalmente afecta la igualdad de trato entre ambos, inhibiendo el desarrollo del sector privado.

b) Utilización de las empresas del Estado como mecanismo de redistribución del ingreso, lo que implicaría que éstas no podrían cubrir sus costos de producción, generándose un déficit que se podría financiar mediante impuestos.

c) La empresa estatal se utiliza como instrumento para obtener el apoyo político buscado por un Gobierno de turno, lo que lleva muchas veces a efectuar redistribución del ingreso por medio de la fijación de una política de precios que se caracteriza por proveer de bienes y/o servicios a los grupos de mayor poder político con precios inferiores a los costos de producción

d) Falta de incentivos a la eficiencia, ya que la empresa pública cuenta con las espaldas del Estado, por tanto, difícilmente entrará en situación de insolvencia o quiebra, usando recursos públicos, a diferencia del sector privado.

e) Si a las empresas estatales no se les exige eficiencia económica, una política de precios como la descrita lleva a distorsiones en el consumo y en la producción de los bienes y servicios.

D. Derecho a desarrollar cualquier actividad económica y sus límites

La Constitución Política de la República de Chile establece en el Capítulo III: De Los Derechos Y Deberes Constitucionales, Art. 19 21°, El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

El artículo citado supone dos tipos de límites para la libertad económica. Uno, de orden ético y moral, asociado a las convenciones sociales y culturales. El segundo, límites estrictamente legales, que tienen sanción explícita por parte del Estado.

Este principio es indispensable en nuestra Constitución, tanto por el mayor bienestar que en ciertas condiciones puede proveer la libertad económica, como por el deber de brindarle a los diferentes grupos que componen la sociedad civil la posibilidad de cumplir con sus fines y satisfacer sus necesidades. Además, la libertad económica influye de manera directa o indirecta en otras dimensiones igualmente relevantes, como por ejemplo: tamaño de gobierno, sistema legal y derechos de propiedad, estabilidad monetaria, libertad de comercio internacional, regulaciones comerciales, laborales y del crédito[14].

En el caso chileno, el país ha tenido cambios importantes en las dimensiones que permiten el desarrollo de la libre iniciativa económica, pasando desde un lugar 73 (1970) a un puesto 5 (2007). Desde ese punto de vista, en las libertades económicas, los aspectos regulatorios sitúan a Chile en el lugar 82 y en las subdimensiones mercado crediticio (60), mercado laboral (142) o clima de negocios (50) del ranking de Fraser. Por otro lado, diferentes factores en los últimos años han mermado la libertad para emprender, lo que se refleja en el descenso que ha sufrido

[14] *Fraser Institute (2020). Economic Freedom of the World: 2020 Annual Report.*

nuestro país en el clima de hacer negocios del Banco Mundial, desde el puesto 25 (2007) al 59 (2020), donde los puntos más críticos han sido las bajas relativas a la apertura de negocio, registro de propiedades, crédito, impuestos y sistema de contratos.

Por otro lado, todo sistema jurídico requiere generar un mecanismo de tutela efectivo al principio de la libertad económica. Actualmente en Chile existen diversas normas que operan como resguardo:

- DL N ° 211 de Libre Competencia
- Ley General de Bancos
- Ley Orgánica Constitucional del Banco Central
- Ley Mercado Valores
- Ley Mercado Valores

En derecho comparado, tenemos como ejemplo la Constitución de los Estados Unidos de América, que presenta en su enmienda XIV que, ningún Estado "dictará o aplicará una ley que restrinja los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni privará a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal"[15]. En el caso de Estonia, su Constitución asegura que "toda persona tiene derecho a la libre realización personal"[16], además de asegurar la libertad de "elegir libremente su área de actividad, profesión y puesto de trabajo".

Es importante estar alerta a aquellas propuestas restrictivas de la libertad económica que, aun cuando sean bien intencionadas, pueden traer como consecuencia severos daños no solo a la iniciativa individual, sino posibles impactos negativos en el desarrollo de ciertos sectores económicos o mayor aún, a todo el engranaje de normas jurídicas asociadas. Nada de esto obsta a tener en consideración que, para el buen funcionamiento de los mercados, y con ello el desarrollo de la actividad económica privada, es fundamental fortalecer las herramientas de control para evitar aquellas irregularidades que no solo distorsionan la libre competencia y la libertad económica, sino que también deslegitiman socialmente la participación del mundo privado en la vida pública.

E. No discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica

La Constitución vigente asegura a todas las personas, en su artículo 19 N° 22° "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos".

Este principio de igualdad y no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, se refiere especialmente a que los beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o gravámenes especiales que afecten a uno u otras, se establezcan siempre por ley y en base a parámetros que sean razonables y justificados, de lo que se sigue que ha de tratarse de medidas mesuradas, necesarias y proporcionadas.

De lo anterior es posible desprender, lo siguiente:

a. No toda distinción está prohibida: sobre el punto, cabe hacer presente que lo que se prohíbe son las diferenciaciones o distinciones arbitrarias, esto es, aquellas que carezcan de un sentido lógico o racional, o que impliquen una afectación desproporcionada de otras garantías como los derechos a la libertad económica o al derecho de propiedad, en su esencia, y que, en consecuencia, constituyan diferencias infundadas entre los actores económicos (que deben proscribirse).

b. Que deben cumplirse ciertos requisitos para que una ley pueda distinguir o discriminar: con lo anterior, es posible señalar que los requisitos para que una ley distinga o discrimine legítimamente en materia económica, son los siguientes: i) no puede tratarse de diferencias arbitrarias , en los términos

[15] *The Constitution of United States of America. Recuperado de: https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27*
[16] *The Constitution of the Republic of Estonia. Recuperado de: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide*

descritos en el literal a) precedente; ii) el trato desigual puede imponerse como un beneficio o como una carga; iii) si se trata de un privilegio (franquicia), debe estimarse el costo en la Ley de Presupuestos.

Esto se relaciona con que nuestro marco jurídico y regulatorio asegure que la competencia sea justa y que las reglas del juego sean las mismas para todos. En este sentido, es fundamental generar la confianza en que el Estado mantendrá un rol neutral e imparcial, cumpliendo su función de hacer valer el imperio del derecho y dando un trato justo a todos los actores del mercado -quienes también deben ejercer adecuadamente su papel-, incluso si uno de esos actores es una empresa del Estado.

Además, será fundamental que se fomente una real competencia entre los actores en los distintos mercados. Ello, por cuanto es la competencia la que permite que los consumidores accedan a precios más bajos, a una mayor variedad y mejor calidad de bienes y servicios, y la que evita acuerdos entre competidores en detrimento de la ciudadanía.

Adicionalmente, una competencia legítima y justa entre actores privados permite que cada persona tenga posibilidades reales de desarrollar su plan de vida pudiendo llevar a cabo las más diversas actividades, sin que existan barreras artificiales que restrinjan o impidan la entrada de nuevos competidores o su exclusión del mercado a través de prácticas atentatorias a la libre competencia.

F. Principios tributarios en la Constitución[17]

I. Norma constitucional examinada

La actual **Constitución Política de la República (CPR) reconoce ciertos "principios" que sirven como estructura sobre la cual se construye todo nuestro ordenamiento jurídico.** El rol de estos principios es orientar el diseño jurídico, influyendo en el contenido de derechos y libertades fundamentales, y c**onstituyendo un límite para la actuación de los distintos órganos del Estado.** Este límite es fundamental para proteger a los ciudadanos de las posibles arbitrariedades del Estado.

Los principios constitucionales en materia tributaria constituyen las bases sobre las cuales se edifica toda la institucionalidad tributaria, constituyendo tanto criterios para organizar e interpretar toda su normativa, como límites jurídicos frente a la potestad tributaria del Estado[18], otorgando protección a los contribuyentes. La importancia de este límite radica en que **el contribuyente no se encuentra en posición de igualdad frente a la autoridad tributaria, sino que aquella siempre tiene una posición de ventaja frente a aquel, por lo que la norma constitucional debe contener principios materiales que establezcan límites al legislador y a la autoridad tributaria** en cuanto a su conducta y su actuar para con el contribuyente[19]. Asimismo, estos principios también tratan de evitar la tendencia a un gasto público insostenible, limitando la iniciativa de aumentos de gastos al darle una institucionalidad coherente y certera a los impuestos.

Considerando que el **Estado tiene como objetivo principal promover el bien común, generando las condiciones que permitan el máximo desarrollo de las personas**, entre los roles económicos del Estado están asegurar la provisión de los bienes públicos que la sociedad en su conjunto determine (por ej., seguridad nacional, puertos), mejorar la eficiencia económica a través de la corrección de las externalidades negativas (por ej. contaminación, congestión) y apoyar a los sectores que, a pesar de sus propios esfuerzos, no cuentan con los medios suficientes para cubrir o acceder a determinadas necesidades básicas (por ej. salud, educación). Para el cabal cumplimiento de estos tres objetivos, el Estado requiere de recursos, los cuales se obtienen através de los impuestos. **Sin embargo, la búsqueda de estos objetivos presenta un dilema importante:**

---

[17] *Documento elaborado considerando las siguientes fuentes: 1. Principios Constitucionales de Proporcionalidad Y Justicia En Materia Tributaria, Miguel Ángel Fernández G: Revista Chilena De Derecho. Vol. 27 N° 2. Pp. 357-371 (2000). Sección Estudios. 2. Notas sobre Principios de Derecho Constitucional Tributario, Enrique Navarro Beltrán, Revista de Derecho Público, Vol. 70, Estudios de Derecho Constitucional.*

[18] *Por "Potestad Tributaria" se entiende la facultad que tiene el Estado para imponer, modificar o suprimir tributos.*

[19] *UDD (2021). Propuestas Constitucionales.*

los impuestos pueden ser una herramienta fundamental para mejorar la distribución del ingreso, como lo son, por ejemplo, los impuestos con tasas crecientes en función de los ingresos de los contribuyentes. Pero no se debe olvidar que más que la estructura tributaria, es la política social la determinante en cuanto a que efectivamente con los impuestos recaudados se logre avanzar en mejorar las condiciones de vida y de desarrollo de la sociedad en su conjunto y sobre todo de los sectores más vulnerables. Por ello hay que velar que la estructura tributaria genere los recursos necesarios, pero con el menor efecto posible sobre la inversión y la generación de empleo. Por ejemplo, tasas muy elevadas de impuestos pueden tener efectos negativos importantes en el ahorro, la inversión y el trabajo. Por tanto, se debe velar por un equilibrio entre una recaudación impositiva robusta y el funcionamiento eficaz y eficiente de la economía.

Los principios constitucionales en materia de tributos se encuentran contenidos en el artículo 19 numeral 20 de nuestra Constitución que señala:

"19 No. 20. La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. 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".
La expresión tributo, empleada en el artículo 19 N° 20 de la Constitución, tiene alcance amplio, es decir, resulta comprensiva de todas las prestaciones que los particulares se encuentran obligados a efectuar en favor del Estado, en virtud de la potestad impositiva que la Carta Fundamental y la ley le confieren, con la finalidad de cubrir el gasto público.

Por su parte, cuando a continuación en el numeral 20 se hace referencia a las "demás" cargas públicas es menester comprender que con ello la Constitución se está refiriendo a cualquier gravamen que recaiga sobre cosas o bienes, pero excluyéndose los tributos, pues estos son mencionados específicamente aparte en dicho precepto. En este sentido y como ya se adelantó, tributo es la carga que consiste en una prestación, por cuanto implica el traslado o entrega de bienes -generalmente en dinero- al Estado, mientras que cuando el gravamen no signifique traspaso de bienes del patrimonio del contribuyente al Estado (pues ello sería un tributo), entonces, se está en presencia de una carga pública (por ejemplo, una limitación al dominio). Es decir, las cargas públicas se definen por exclusión, esto es, son todas las prestaciones, servicios, u obligaciones que incide en la libertad o patrimonio de un privado para satisfacer fines previstos por el legislador (que no sea un tributo) o bien de genero a especie.

Ahora bien, las cargas pueden ser públicas o privadas, según sean ellas impuestas por la ley o por actos entre particulares. Solo de las primeras trata el artículo 19 N° 20, sin perjuicio que las cargas de carácter privado deben también respetar el principio de igualdad, pero no por disponerlo así el numeral 20, sino conforme a lo preceptuado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución en armonía con los demás principios, derechos y preceptos contenidos en la Carta Fundamental.

En consecuencia, la Constitución ha empleado la expresión tributo, en su artículo 19 N° 20, con carácter comprensivo de toda prestación que los particulares deben efectuar en favor del Estado, en virtud de la potestad impositiva que la Constitución y la ley le confieren. Además, en ese mismo numeral se asegura la igualdad de las demás cargas públicas reales, esto es, las obligaciones que, sin traducirse en el traspaso de bienes del contribuyente al Estado, gravan su haber.

II. Principios que de ella derivan

Como punto de partida al análisis tributario de la Constitución, es necesario establecer que, de acuerdo con el artículo 65 de nuestra CPR[20], todo proyecto de ley en materia tributaria es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y su discusión solo puede tener su origen en la Cámara de Diputados. La incorporación de esta atribución en nuestra Constitución se debe a nuestra propia historia económica y legislativa, la cual está plagada de ejemplos en que, por la vía de indicaciones a proyectos de ley o iniciativas parlamentarias, se aprobaron políticas que terminaron afectando gravemente el normal desenvolvimiento económico y social del país. Es fundamental que en el contexto de la nueva Constitución esta atribución se mantenga, así como las materias que abarca, de forma de evitar el desorden fiscal y económico al limitar, de alguna manera, los conflictos político-electorales e institucionales que pudieran generarse para los legisladores.

De la norma transcrita se desprenden los siguientes principios tributarios esenciales, todos ellos muy relevantes y que a nuestro juicio debieran ser previstos en el texto de la nueva Carta Magna:

a. **Principio de legalidad tributaria:** significa que los tributos (y los elementos para determinarlo) solo pueden ser establecidos, modificados, suprimidos y condonados por ley. Dicha ley debe ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, sin que respecto de esta materia puedan delegarse facultades legislativas, al tenor del artículo 61 inciso 2° de la Constitución.

Dado que los **impuestos implican una restricción del dominio, este principio se justifica en la necesidad de una protección democrática debido a la tensión que existe entre potestad tributaria del Estado y el derecho de propiedad de los contribuyentes,** el cual también se encuentra protegido en la CPR.

De no existir este principio podría darse el caso de que la autoridad ejecutiva establezca tributos por medio de su potestad reglamentaria, transformando a los impuestos en herramientas de su actuar político, es decir, podría transformarse al impuesto en un insumo político-electoral para próximos gobiernos.

b. **Principio de igualdad tributaria:** este principio debe ser e**ntendido y aplicado tal y como ocurre respecto de la igualdad contenida en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pero cabe señalar que no se trata más que de una reiteración,** pues es la garantía e**specíficamente referida al ámbito tributario y de las cargas públicas reales.** Con ello, entonces, quedan excluidas las discriminaciones, pero son admitidas las diferencias justas o razonables.

Esto quiere decir que el tratamiento impositivo debe ser el mismo para quienes se encuentren en condiciones similares (equidad horizontal) y gravar de forma distinta a personas que se encuentren en situaciones diferentes (equidad vertical). En este sentido, la igualdad no mira al tributo en sí mismo, sino al sacrificio que debe hacer quien lo paga, por lo tanto, **no se refiere a la igualdad en sentido estricto, sino que se refiere a soportar las cargas de manera que sean distribuidas equitativamente entre todos.**

De no existir este principio, podría establecerse por ley un impuesto que grave de distinta forma a personas que se encuentren en situaciones similares.

Principio de proporcionalidad tributaria: significa **la simetría o conformidad cuantitativa entre la carga tributaria y el sujeto u objeto de ella.** El objetivo de este principio es **impedir la imposición de tributos que tengan un carácter expropiatorio o confiscatorio o que impidieran el ejercicio de determinada actividad económica;** está relacionado con las capacidades económicas del contribuyente. En este sentido, l**a proporcionalidad se relaciona con la equidad vertical, que considera aplicar impuestos distintos a situaciones distintas, como sería el caso de la progresividad de los impuestos.**

En concreto, la proporción, conformidad o correspondencia debe establecerse entre la carga tributaria, por una parte, y los

[20] *El art. 65 sostiene que las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados. Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión*

y los elementos objetivos sobre los que ella recae o con los cuales se vincula, tales como la capacidad contributiva del sujeto obligado, el monto, la tasa, el tramo, el porcentaje, la situación del mismo tributo con anterioridad, su tratamiento en el Derecho Comparado o los parámetros objetivos que a su respecto o, en casos análogos, hayan sido elaborados por la doctrina y la jurisprudencia. **Con ello, la proporcionalidad del tributo se mide en relación con elementos que tienen, básicamente, rasgo cuantitativo antes que cualitativo.**

La proporcionalidad, entonces, permite vincular una medida o decisión con el sujeto u objeto sobre el que recae, de manera que exista conveniente o razonable adecuación entre ellas. **Hay razonabilidad cuando el medio está proporcionado al fin, siempre que tal medio no infiera a determinados derechos una limitación mayor que la que surgiría de otro medio distinto.**

Cabe tener presente que al no encontrarse contemplado por la Constitución o la ley un concepto de lo que se entiende **por manifiestamente desproporcionado o injusto, tal determinación debe quedar entregada a lo que la justicia constitucional decida**, caso a caso, en materia de proyectos de ley o de leyes (...)". En esta línea, el Tribunal Constitucional ha resuelto:

El Constituyente no fijó un monto o rango para los gravámenes que afectan a las rentas, pero sí le fijó un límite. Este impide al legislador establecer desproporciones injustificables o irracionales (...). No obstante que las razones son similares y comunicables, este Tribunal en esta oportunidad reflexiona nuevamente considerando que le corresponde fijar el sentido de la proporcionalidad y decidir que, sin perjuicio de sus atribuciones a futuro, el monto que se propone ahora, por el proyecto, en función del contexto de lo que se pide, no constituye una desproporcionalidad que lo deje fuera del límite constitucional. Que siempre resulta útil recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para precisar el concepto de los vocablos comunes que emplea la Constitución Política. La palabra "manifiestamente" se define como "Descubierto, patente, claro", y la expresión "desproporcionado", significa que no es proporcionado.
El Constituyente prohíbe que el tributo sea 'manifiestamente desproporcionado' con lo cual reconoce que la desproporción justificada no violenta el principio de igualdad tributaria. Por tanto, el Constituyente se guardó de restringir en exceso la autonomía del legislador, y le impuso un límite que solo impide las desproporciones o injusticias 'manifiesta ', esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables. Las restricciones al legislador en esta materia son, entonces, particularmente excepcionales. Ello implica que la defensa de la supremacía constitucional en este ámbito ha de circunscribirse a evitar las desproporciones o injusticias tributarias que traspasen todos los límites de lo razonable y lo prudente. (Rol W 280-98).

Mas, el empleo del aumentativo aludido no significa que solo serán inconstitucionales los tributos que fueran evidentemente desproporcionados. Antes, y, al contrario, basta una mínima desproporción para que cualquier decisión o medida -incluyendo la impositiva- deba considerarse contraria a la Carta Fundamental, desde luego, por vulnerarla.

d. Principio de justicia tributaria: se trata de la **proporcionalidad y razonabilidad, pero considerando elementos cualitativos.**

Este principio está fuertemente relacionado con la protección del derecho de propiedad y es una combinación de los principios anteriores. Un tributo manifiestamente injusto es aquel que lesiona la justicia distributiva o discrimina arbitrariamente, y también aquel que no respeta la adecuada distribución del peso o carga tributaria entre los ciudadanos.

En consecuencia, **el principio de justicia prohíbe establecer tributos que lesionen los derechos constitucionales, cualquiera que estos sean, excluyéndose el de igualdad ante la ley que se encuentra especialmente protegido en el inciso 1° del artículo 19 N° 20 de la Carta Fundamental.**

Asimismo, en el caso de las cargas públicas, reales o personales, también deben aplicarse los principios de proporcionalidad y de justicia, pero no porque lo preceptúe el artículo 19 N° 20. en su inciso 3°, que solo rige para los tributos, sino porque tratándose de las demás cargas públicas esos principios se encuentran incorporados o forman parte del principio de igualdad', contenido en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental y, particularmente, del derecho público subjetivo a no ser discriminado, contemplado en su inciso 2°.

e. **Principio de la no afectación específica**, salvo las excepciones que la Constitución contempla en texto expreso y taxativo en el inciso final del artículo 19 N° 20 y en la Séptima Disposición Transitoria. Este principio, previsto en los incisos 3° y 4° del numeral 20 no se aplica a las demás cargas públicas reales, salvo, obviamente, que ellas consistan en un tributo. **De acuerdo con este principio, los recursos provenientes de los impuestos no pueden estar destinados a financiar un proyecto o finalidad específica, sino que han de ingresar a las rentas generales del Estado, a un fondo común denominado "Tesoro Público". La distribución de los ingresos del Fisco se realiza a través de la Ley de Presupuestos que aprueba cada año el Congreso Nacional.**

El principio de la no afectación es una buena práctica internacional, y su establecimiento implica que:

i. la decisión acerca del uso de los recursos quede radicada en el Poder Ejecutivo;

ii. su destino debe decidirse democráticamente con la aprobación del Congreso año a año;

iii. previene las presiones desde los parlamentarios en orden a determinar que ciertos impuestos, nuevos o existentes, sean destinados a proyectos particulares, y dificulta el trabajo de los grupos de interés que buscan apropiarse de recursos comunes a todos;

iv. evita la rigidización del presupuesto fiscal al permitir atender la satisfacción de necesidades esencialmente mutables y no quedar atado a afectaciones decididas años o décadas anteriores, destiñendo los recursos a su mejor uso posible (eficiencia en la asignación de recursos públicos); y

v. evita compromisos de gasto que dificulten la administración y control de las finanzas públicas.

III. ¿A qué estar atentos respecto de propuestas de otros conglomerados en la materia?

Los cambios en materia tributaria del proyecto de nueva Constitución presentado por la ex Presidenta Bachelet están encaminados a reducir los límites del Estado en materia tributaria al excluir ciertos incisos que están actualmente incorporados en la Constitución [21].

Así, el Estado quedaría en libertad de establecer los impuestos que pretenda, para el fin que quiera, sin mayor limitación. Los riesgos que podemos advertir consisten en que, al no existir limitación en la imposición de los tributos, estos podrían llegar a tener carácter de confiscatorio o expropiatorio, vulnerando el principio constitucional de justicia tributaria. Además, si están afectos a un fin determinado, se complicaría la adecuada administración financiera, porque podrían ejercerse presiones para que los recursos provenientes de ciertos impuestos se destinasen a cierta finalidad específica, beneficiando a determinadas personas o fines particulares, lo que afectaría el principio de no afectación específica.

Por su parte, l**os planteamientos tributarios anunciados por las listas de oposición y convencionales independientes en la Convención Constitucional** se refieren a propuestas específicas de regulación tributaria (política pública tributaria), por lo que no es conveniente que ellas queden consagradas en la nueva Constitución. Adicionalmente, la mayoría de las propuestas ya están amparadas por los principios tributarios de la Constitución actual, por lo cual, no se requiere de ajustes. Por ejemplo, propuestas como que el sostenimiento de gastos públicos según la capacidad económica y que sea fijado por ley, o que los tributos deben estar establecidos por ley ya se encuentran amparadas en la actual Constitución, bajo los principios de proporcionalidad y legalidad tributaria, respectivamente. Lo mismo para el planteamiento que más se repite, que el Estado recaude más impuestos de los que más tienen, materia que ya se encuentra establecida en la actual Constitución a través de los principios de justicia y proporcionalidad tributaria. Aunque la sensación de injusticia percibida por la ciudadanía respecto de las élites económicas tiene bases plausibles, el camino no es modificar los principios por vía constitucional que justamente buscan proteger aquello que se reclama.

En caso que se quiera modificar la tasa de algún impuesto o la progresividad, la vía no es constitucional, sino que es materia de Ley de Renta. Lo mismo ocurre con las propuestas de poner fin a las exenciones tributarias, implementar un IVA diferenciado , establecer royalties a empresas extranjeras, crear impuestos verdes, aumentar los impuestos a las empresas, implementar un impuesto al patrimonio, o crear impuestos regionales, entre otros, que no son propias de materia constitucional ya que el diseño de cada impuesto no depende de la Constitución,

[21] *El proyecto presentado por la presidenta Bachelet elimina la frase que establece "En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.". Asimismo, deja abierta la puerta para que puedan los tributos estar afectos a un destino determinado.*

sino de la ley.

En cuanto a esto, es particularmente importante tener presente que las normas constitucionales deben ser pragmáticas, estableciendo principios y conceptos amplios, para que se desarrollen e interpreten en el tiempo según las necesidades de cada etapa. No debe contemplar preceptos de tal especificidad, como para crear políticas públicas. El riesgo frente a esto es que la Convención podría incluir en la Constitución normativas que son propias de materias de ley, principalmente en lo relativo a las demandas sociales.

G. Principios y propuestas para una nueva Constitución

I. **Modernizar el derecho de propiedad en sus diversas especies, incorporando su función social,** entendiendo la necesidad de perfeccionamiento para actualizar las reglas frente a los desafíos de la propiedad hoy y para el futuro.

II. En cuanto a la **expropiación, mantener sus restricciones,** en el sentido que debe ser en virtud de una ley que la autorice por causa de utilidad pública o de interés general de la nación.

III. Considerar la **compensación por la expropiación,** y que ésta se haga antes del traspaso de la propiedad, al contado, si no hay acuerdo en contrario, a un precio acordado y con la posibilidad de recurrir a la justicia.

IV. Dado que el derecho de propiedad admite limitaciones (no es absoluto) sobre la base de la función social de la propiedad (a través de la cual, el regulador puede limitar el derecho de su propiedad o su ejercicio, sin que se compense al titular) estimamos que debe regularse claramente cuándo se trata de una limitación y cuándo en realidad se está afectando el derecho en su esencia y se trata de una expropiación. Lo anterior, considerando, además, que es un escenario probable que lo que comprende la función social de la propiedad sea ampliado o extendido a otros conceptos o bienes jurídicos que autorizan la limitación. De ahí que sugerimos evaluar el establecimiento de una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado al propietario cuando se establezcan limitaciones en consideración a la función social de la propiedad, en la medida que el gravamen impuesto o perjuicio sufrido sea significativo o desproporcionado.

V. Establecer que las **empresas del Estado** no puedan utilizarse para fines distintos a producir bienes y servicios y alcanzar una rentabilidad sobre el capital.

VI. Regular que el **Estado Empresario pueda actuar bajo ciertas restricciones.** Se debe buscar que las empresas estatales consideren como uno de sus factores primordiales la eficiencia económica. Sistema de Empresas Públicas y directorios profesionales, nombrados conforme al mérito.

VII. Establecer parámetros de trato justo y la prohibición para el Estado de discriminar arbitrariamente en materia económica, con la finalidad que todos reciban un igual trato de parte de éste en materia económica. Se permitirán excepcionalmente ciertas distinciones, siempre mediante una ley, las que no podrán ser arbitrarias, deberán apuntar al fomento de conductas deseables o a permitir el desarrollo de determinadas actividades o zonas geográficas. Del mismo modo, este trato justo obliga a que, teniendo en cuenta sus diferencias, las empresas estatales compitan en igualdad de condiciones con empresas privadas, sin que el Estado pueda generar distorsiones en el equilibrio competitivo natural que hay en la industria.

VIII. Incorporar expresamente en la Carta Fundamental el **principio de la libre competencia**, aplicable a entes privados y públicos que participen en el mercado, junto con el deber correlativo de velar por el correcto funcionamiento de los mercados y por generar una institucionalidad independiente y técnica adecuada para su supervigilancia, cuya regulación debe quedar a nivel legal.

IX. **Fomentar la competencia a través de la apertura a actores internacionales** que ofrezcan bienes y servicios en el mercado chileno, y que del mismo modo productores nacionales puedan competir en mercados extranjeros.

X. En cuanto **al "Estado Empresario", la existencia de alianzas proactivas entre el Estado y el sector empresarial pueden contribuir decisivamente en promover la industrialización e innovación que nuestro país requiere para alcanzar el desarrollo,** para lo cual, el Estado, en su rol empresario, **debe someterse al principio de no** discriminación arbitraria en los mismos términos que el resto de los actores económicos, debiendo para ello cumplir con los siguientes requisitos:

a. Establecer parámetros de trato justo y la prohibición de discriminar arbitrariamente en materia económica, con la finalidad que todos reciban un igual trato del Estado en materia económica. Las diferencias o distinciones que se establezcan, en todo caso excepcionalmente, habrán de establecerse siempre por ley, las que no podrán ser arbitrarias y deberán apuntar al fomento de conductas deseables o a permitir el desarrollo de determinadas actividades o zonas geográficas. Como decíamos anteriormente en este documento, existen diversas razones que desaconsejan que el Estado expanda la actual. Entre ellas, se encuentra el riesgo de que el Estado se transforme en un competidor desleal en relación con las empresas del sector privado, afectando la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación arbitraria acá citado; que inhiba el desarrollo del sector privado; que se utilicen las empresas del Estado para otros fines que los previstos en la ley; que genere distorsiones en el consumo y en la producción de bienes y servicios, etc. Dicho lo anterior, el trato justo obliga, en todo caso, a que las empresas estatales se rijan por las mismas reglas que son aplicables a las empresas privadas y que compitan en igualdad de condiciones con ellas, sin que el Estado pueda generar distorsiones en el equilibrio competitivo natural que hay en la industria. Nada de esto implica olvidar que el funcionamiento del aparato estatal debe modernizarse y hacerse eficiente y eficaz de forma urgente. Esto implica no solo modernizar el Estado, sino también mejorar sustantivamente la calidad en la provisión de bienes y servicios públicos y los mecanismos para acceder a tales bienes y servicios.

b. Sujeción al principio de neutralidad competitiva, que implique que empresas privadas y estatales deban funcionar en igualdad de condiciones eliminando eventuales distorsiones. Esto significa, por ejemplo, que las empresas del Estado no puedan operar con pérdidas y subsidio fiscal, así como tampoco estar protegidas por leyes que disminuyan artificialmente la competitividad del resto de los actores. Naturalmente, este principio tendrá excepciones, por ejemplo, en aquellos mercados en los que no hay real espacio para competencia, como es el caso de los monopolios naturales

XI. Avanzar en materias de **información y transparencia a las empresas del Estado**, las cuales deben poner a disposición del público de una forma igual a la exigencia que actualmente se establece para las sociedades anónimas abiertas.

XII. **Establecer el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, siempre que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional**, respetando las normas legales que la regulen.

XIII. **Subir a rango constitucional el recurso de amparo económico de la Ley N ° 18.971**, que se puede interponer ante la Corte de Apelaciones cuando se ve vulnerada la garantía amparada por el Artículo 19, número 21 de la CPR, de forma de proteger y salvaguardar directamente en la CPR este derecho fundamental.

XIV. Consagrar los **principios tributarios de legalidad tributaria, igualdad, proporcionalidad (de los tributos sobre las rentas, no sobre el patrimonio[22]), de justicia tributaria y de no afectación específica.**

XV. **Avanzar en materia de prohibición de discriminación arbitraria** en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

XVI. **Principio de generalidad de los tributos:** el principio de generalidad implica que todos tienen el deber de contribuir al mantenimiento de los gastos públicos. Establecer que todos deban contribuir, impide que se establezcan impuestos con nombre y apellido, así como la existencia de exenciones y privilegios arbitrarios o injustificados, ya que todos deben contribuir.

XVII. **Principio de la capacidad contributiva:** el principio de la capacidad contributiva sugiere que las personas deben ser gravadas de acuerdo con sus medios económicos. Este principio es una manifestación o una medida de la igualdad tributaria, es decir, esta capacidad le da un contenido a la igualdad tributaria. Una gran importancia de fijar tal capacidad como principio tributario constitucional, es que nos permite dilucidar el tema del fundamento de los impuestos, debido a que una tributación sobre la base de dicho principio solo se entiende en caso de una tributación con fundamento fiscal, es decir, aquella que tiene como fundamento el aportar a las arcas fiscales para efecto de sostener al Estado.

XVIII. **Justicia o equidad vertical:** referida al establecimiento de impuestos personales progresivos, cuya carga sea diferenciada en función de la capacidad económica de las personas, mejorando la redistribución del ingreso. La legitimidad y

[22] *En esta linea, y dada la discusión en torno a las contribuciones de bienes raíces, el actual impuesto territorial debiera reformularse para pasar a ser un derecho municipal.*

estabilidad del sistema tributario depende en gran parte de que, a partir de este principio, se oriente una mejor regulación basada en la capacidad contributiva y la función de los impuestos en la redistribución.

XIX. **Principio de la no confiscatoriedad de los impuestos:** este principio es uno de los pilares sobre los que descansa la protección del contribuyente, basado principalmente en el respeto de la propiedad privada. Aun cuando este principio ya se encuentra contenido en nuestro ordenamiento jurídico, su incorporación en forma expresa ayuda a su aplicación en forma indiscutida, tal como existe en otras legislaciones.

XX. **Principio de Neutralidad:** alude a que, en el diseño de la política tributaria, se busque minimizar los impactos no deseados de los impuestos en la actividad económica en general. Esto incluye los que, por regla general, debieran: a) ser de aplicación general; b) mantener coherencia con el nivel de desarrollo del país; y c) ser respetuosos de los compromisos internacionales vigentes. Una manifestación de este principio es que la existencia de impuestos no debiera influir en la decisión de qué o cómo desarrollar alguna actividad económica.

XXI. **Simplificación, modernización, eficiencia y certeza jurídica:** consiste en que el sistema tributario sea fácil de entender para los contribuyentes, les otorgue certeza en cuanto a poder prever las consecuencias tributarias de sus actuaciones y que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos. Estas características ayudan a promover el cumplimiento tributario, minimizan los espacios para la posterior planificación tributaria y la elusión y reducen el costo asociado a su implementación, cumplimiento y fiscalización.

Banco Central[1]

1 Integrantes: Víctor Manuel Avilés (IL), Andrés Barrientos (Ciudadano Austral), Fernando Claro (FPP), Tomás Flores (LyD), Macarena García (LyD), Natalia González (LyD), Pablo Paniagua (FPP) y Álvaro Vergara (FPP).

Tabla de contenidos

A. Introducción: sobre las autonomías constitucionales

B. ¿Qué proponen las otras listas de convencionales constituyentes en materia de Banco Central?

C. Consideraciones respecto de estos planteamientos

D. Autonomía de los bancos centrales

E. Propuestas

F. Anexo

A. Introducción sobre las autonomías constitucionales

La Constitución Política de la República (CPR) de 1980 consagró una serie de organismos con autonomía constitucional. Estos organismos presentan características especiales de independencia de los poderes del Estado, hallándose sometidos solo a la CPR y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones (Ley Orgánica Constitucional). **Bajo este diseño, la autonomía asegura que su actuación se realice fuera de la intervención de los partidos políticos y de los grupos de presión.**

De acuerdo con la CPR, cuando se habla de órganos constitucionales autónomos, se alude a un conjunto de órganos que:

- se encuentran establecidos en la Constitución;
- se ubican al mismo nivel que los órganos soberanos del Estado, con los que guardan relaciones de coordinación;
- son órganos cuyos titulares se designan con la participación del Ejecutivo y del Legislativo (y en algunos casos del Poder Judicial); como mecanismos de contrapeso, pero que son independientes de éstos en cuanto a su funcionamiento y sus miembros no pueden ser removidos de forma arbitraria durante el ejercicio de sus funciones;
- están sujetos a algunos mecanismos de control establecidos ad hoc.

"Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado, puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, haría inconciliable con ellas la subordinación"[2].

Los órganos autónomos constituyen una respuesta ante la desconfianza ciudadana acerca del compromiso o capacidad real de los gobernantes, para atender y administrar de manera efectiva ciertos asuntos públicos. Por tanto, los órganos autónomos nacen para dar credibilidad y legitimidad a ciertas funciones que pertenecían por tradición al Ejecutivo. Justamente para ello se establecen estas autoridades, por fuera de la "democracia partidizada" y ajena a sus juegos e intereses; para dar respuestas de política pública de largo alcance a problemas sociales reiterados, cuya resolución supone muchas veces decisiones electoralmente costosas, por lo que los partidos rehúyen de ellas (Aguilar 2015 y Ruiz 2017)[3]).

La autonomía no implica ser independiente del Estado ya que ésta se desarrolla dentro de un marco de atribuciones y responsabilidades que la propia Constitución y la ley delimitan, constituyendo un marco claro y exigible. Adicionalmente, para la eficiencia y eficacia de estas instituciones autónomas, éstas deben coordinarse con otras entidades del Estado.

Los órganos autónomos que consagra la CPR de 1980 son: Tribunal Constitucional, Banco Central, Contraloría General de la República, Gobiernos Regionales, Servicio Electoral y Tribunal Calificador de Elecciones, Consejo Nacional de Televisión y Ministerio Público.

En particular, la autonomía del Banco Central de Chile es una institucionalidad que ha generado controversia en la actual discusión constitucional. Aun cuando se plantea mantener en la nueva CPR la autonomía del ente emisor (*de jure*), varias de las modificaciones planteadas afectarían a la autonomía efectiva (de facto).

En el pasado, gobiernos de distintas tendencias, hicieron intentos para lograr el control de la inflación y sus efectos nocivos generados por una política fiscal irresponsable, pero sin éxito producto de la falta de autonomía del BCCh, dejando a la política monetaria fuertemente determinada por las necesidades de financiamiento fiscal del ciclo político.

La importancia de la autonomía efectiva va más allá del control de la inflación: ha sido uno de los cuatro pilares del desarrollo económico y social de Chile, junto con la política fiscal en base a metas, la apertura al comercio exterior bajo tipo de cambio flexible y el sistema financiero regulado adecuadamente.

---

[2] *Silva Cimma, Enrique: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 170-171.*
[3] *Aguilar, L. (2015). Los retos y desafíos de los órganos autónomos en la nueva gobernanza; Ruiz, J. (2017). Los órganos autónomos como espacios para el gobierno abierto.*

Esta institucionalidad no solo responde a nuestra propia historia, sino que cada vez un número más elevado de países les ha otorgado autonomía a sus bancos centrales, y cada vez son más que lo incorporan en sus constituciones.

Es fundamental que esta atribución se mantenga en la nueva Constitución, así como los elementos que la resguardan, de forma de limitar el desequilibrio fiscal y económico al separar la política monetaria de las presiones político-electorales.

B. ¿QUE PROPONEN LAS OTRAS LISTAS DE CONVENCIONALES CONSTITUYENTES EN MATERIA DE BANCO CENTRAL?

Actualmente se pueden encontrar varios cuestionamientos a la actual institucionalidad del Banco Central de Chile proveniente de distintos constituyentes electos. Entre estos cuestionamientos están:

I. Sus actuales objetivos definidos en la Ley Orgánica Constitucional: se propone ampliar su rol para fomentar la producción nacional, la diversificación productiva a través de políticas industriales, así como formas sociales y ambientalmente sostenibles. Adicionalmente, incorporar objetivos de pleno empleo y reducción de la desigualdad a través de sus decisiones de política monetaria y cambiaria.

II. La conformación del consejo por 5 miembros: se propone aumentar el número de consejeros a siete de forma de darle una cabida más amplia a la sociedad en las decisiones de política monetaria y asegurar su paridad. También se propone acoger dentro del Banco a los gremios, la sociedad civil y los sindicatos.

III. La forma de remoción de los consejeros: se propone que puedan ser acusados constitucionalmente.

IV. La selección de los consejeros: que los integrantes sean designados mediando mecanismos públicos, transparentes, participativos.

V. Su duración (10 años) y remuneraciones: no hay propuestas específicas al respecto.

VI. Su autonomía: a través de una mayor vinculación con el gobierno de turno.

A modo de referencia, el proyecto de ley de una nueva Constitución ingresada por Michelle Bachelet al final de su gobierno no contempla cambio alguno en materia de autonomía del Banco Central de Chile. La novedad es una audiencia pública de los candidatos a su Consejo ante la Sala del Senado en cuanto a lo que opinan sobre el deber del Instituto Emisor.

C. CONSIDERACIONES RESPECTO DE ESTOS PLANTEAMIENTOS

En términos generales, un análisis más a fondo de algunas de las propuestas antes expuestas muestra la inconveniencia de éstas. Algunas de las modificaciones ya fueron probadas a lo largo de la historia del propio Banco Central de Chile, y sus resultados fueron negativos para la independencia de la política monetaria frente a las presiones políticas, con efectos negativos en la estabilidad macroeconómica del país.

La literatura es consistente en mostrar una relación positiva entre una mayor autonomía de los bancos centrales, con alta capacidad técnica, transparentes y que rinden cuentas de sus decisiones y sus resultados, con ciertos resultados económicos deseables, como sería una menor inflación (Garriga y Rodríguez 2020) o un menor endeudamiento público (Klomp y De Haan 2010) y, por tanto, mejor bienestar de las personas. Desde esta perspectiva, la evaluación tanto interna como externa del actual diseño de nuestra institucionalidad es muy positiva. Autores como Céspedes y Valdés (2006)[4], muestran que la política monetaria en Chile durante las últimas décadas es consistente en el tiempo y está efectivamente desacoplada del ciclo eleccionar

[4] *Céspedes, L. F. y R. Valdés P. (2006) Autonomía de Bancos Centrales: La Experiencia Chilena. Economía Chilena. Banco Central de Chile. Vol. 9.*

A su vez, **Pardow y Verdugo (2020)**[5] muestran que la probabilidad de que las autoridades superiores del Banco Central se mantengan en sus puestos luego de un cambio de gobierno es cerca del triple que en aquellos reguladores donde el gobierno tiene mayor capacidad de influencia.

El caso chileno es un buen ejemplo del desempeño inflacionario bajo la conducción monetaria de un banco central no autónomo vis a vis uno que sí goza de autonomía efectiva. En efecto, el promedio de la inflación anual en Chile entre 1925 y 1989 fue de 44,7%, mientras que entre 1990 (año en que el BCCh adquiere autonomía plena en virtud de le entrada en vigor de la Ley N° 18.840) y 2019 fue de 6,1%, y en los últimos veinte años se ha mantenido la mayor parte del tiempo en torno a la meta del 3% definida por el Consejo del Banco.

La experiencia del BCCh es correctamente destacada a nivel nacional e internacional como una experiencia exitosa. De hecho, la reciente comisión externa que evaluó al Banco Central y que presidió la ex presidenta del Banco Central de Israel incluyendo, entre otros, al ex vicepresidente del Consejo de Gobernadores de la FED, concluyó que "la conducción de la política monetaria en Chile en los últimos 20 años, utilizando un esquema de política monetaria de metas de inflación flexible y un sistema cambiario flexible, le ha servido bien al país. El manejo macroeconómico/monetario ha sido ejemplar, de acuerdo con los estándares de los países emergentes y ha sido capaz de mantener las expectativas de inflación de mediano plazo ancladas en torno al 3%" (**K. Flug y otros, 2019**)[6].

Los beneficios de una inflación baja y estable se sustentan en los elevados costos reales que impone a la sociedad una inflación alta y volátil[7]**.** Esta última distorsiona el sistema de precios de la economía y, por ende, la información que estos entregan no permite a los productores, consumidores e inversionistas asignar eficientemente sus escasos recursos, reduciendo la capacidad productiva de la economía y, finalmente, el crecimiento. Así, **en el largo plazo, una economía con inflación baja y estable crecerá más rápido, reduciendo el desempleo.** En otro ámbito, **cuando la inflación pasa a ser alta y persistente, las personas pierden poder adquisitivo, generando una redistribución significativa de la riqueza, al perjudicar a aquellos que tienen una mayor proporción de su riqueza en dinero y no en activos financieros, es decir, las personas de menores ingresos.** Por tanto, la inflación es un impuesto muy regresivo.

Sin embargo, para lograr y mantener la estabilidad de precios, no basta con un banco central independiente, sino que también es necesario complementarla con un ordenamiento fiscal y una adecuada regulación y supervisión del mercado financiero.

A continuación, se presentan someramente estas inconveniencias.

I. Respecto de la ampliación de objetivos

De acuerdo con la Ley Orgánica Constitucional que rige al BCCh, tiene dos objetivos: velar por la estabilidad de la moneda y por la estabilidad financiera, por tanto, las decisiones del Banco Central atienden tanto al control de la inflación, como al buen funcionamiento del sistema financiero. Nuestra propia experiencia, como la internacional, reflejan que la actual definición de objetivos es el adecuado para nuestro país.

Para efectos de la meta de inflación que el BCCh ha determinado (3%, con un rango de tolerancia entre 2 y 4%), ésta no es conservadora en el contexto internacional: la meta de inflación del Banco Central Europeo y de la Reserva Federal de EE.UU. se ubica en 2%.

De Gregorio (2006)[8]: "... a pesar de que el Banco Central define su objetivo respecto de una meta de inflación, sus decisiones consideran el costo en términos de desempleo que causa la consecución de la meta.

[5] Pardow, D. y S. Verdugo. (2020). Estabilidad, profesionalismo y politización en los nombramientos de directivos de agencias reguladoras independientes: lecciones desde la experiencia chilena. Revista Derecho del Estado N° 46.

[6] Flug, K. et al. (2019) Evaluación Independiente de la Política Monetaria y Política de Estabilidad Financiera del Banco Central de Chile. Banco Central de Chile

[7] Investigación en este sentido para nuestro país se encuentra en: Banco Central de Chile (2020). Dinámica y Determinantes de la Inflación en Chile. Diciembre.

[8] De Gregorio, J, (2006). Metas de Inflación y el Objetivo de Pleno Empleo. Banco Central de Chile. Documentos de Trabajo N° 364.

En otras palabras, tener una meta de inflación no significa que no se consideren los costos del desempleo". Al utilizar un esquema de política monetaria de metas de inflación flexible, el BCCh toma debida cuenta en sus decisiones de política monetaria de las brechas entre producto y producto potencial y de la tasa de desempleo con respecto a su tasa natural. "La ventaja de especificar el objetivo de estabilidad macroeconómica en términos de una meta de inflación evita los inconvenientes de definir dos objetivos que pudieran ser incoherentes, más todavía entendiendo que es difícil conocer el producto del pleno empleo, el cual podría conducir a una tendencia de aceleración o de desaceleración inflacionaria dependiendo de la estimación que se efectúe de aquel producto".

El Banco Central cuenta solo con un instrumento: la tasa de interés. Por tanto, solo tiene un objetivo. No puede alcanzar dos o más objetivos con un solo instrumento, más aún si entre estos objetivos puede haber conflicto, entrando en colisión. A modo de ejemplo, la Reserva Federal de EE.UU. tiene un mandato dual que considera promover efectivamente los objetivos de maximizar el empleo, estabilidad de precios y moderar las tasas de interés de largo plazo. Sin embargo, la dificultad que ha enfrentado para alcanzar múltiples objetivos la ha obligado a priorizar la estabilidad de precios. A raíz de la situación económica producto de la pandemia, en el contexto de un mandato dual que contiene maximizar el empleo, el Congreso instruyó a la FED a otorgar préstamos directos a empresas pequeñas y medianas, convirtiéndolo en un banco activista, que participa en la asignación directa de recursos, siendo susceptible a la presión política. No hay razón para pensar que la Fed pueda asignar crédito de manera más eficiente que el mercado. Adicionalmente, existe un gran riesgo de que el Congreso use esto como un precedente para convertir a la Fed en un agente para lograr, a través de medios monetarios, cosas que deberían dejarse a la arena democrática y deliberativa de la política fiscal. Claramente este riesgo de politizar la política monetaria surge porque la FED no se restringe a un solo mandato centrado en la estabilidad de precios.

Toda la evidencia empírica muestra que la política monetaria no es capaz de generar directamente crecimiento o bienestar en el largo plazo, sino que indirectamente a través de la estabilidad de precios[9]. Todo intento por aumentar la actividad de largo plazo a través de la expansión monetaria se traduce invariablemente en mayor inflación. Esto explica que la real autonomía se ha vuelto un elemento valorado e implementado en forma creciente en los bancos centrales más exigentes. Variables reales como la productividad, crecimiento económico y tasa de desempleo dependen del capital humano acumulado, la capacidad empresarial, la disponibilidad de capital de riesgo y la regulación.

En la nueva Ley Orgánica de 1953 del Banco Central se incluyó el concepto de "institución autónoma de duración indefinida", pero acompañado de un objetivo amplio: "Propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional mediante una política monetaria y crediticia que, procurando evitar tendencias inflacionistas o depresivas, permita el mayor aprovechamiento de los recursos productivos del país". La evidencia muestra que esta autonomía, bajo estos objetivos, finalmente no se tradujo ni en menor inflación, ni en mayor crecimiento.

II. Respecto de la designación, duración de los consejeros y sus remuneraciones

El Banco Central de Chile es dirigido por un Consejo que tiene 5 integrantes designados por un período de 10 años. El control democrático respecto a los consejeros es de entrada: el Presidente propone un nombre, de alta y reconocida calidad técnica dado el carácter técnico del Banco Central- el que es reconocido en la Constitución-, que luego es votado en el Senado y la designación se aprueba con mayoría simple. La razón del control que ejerce el Senado (democrático) al designar a los consejeros es que cualquier modelo de control directo posterior permitiría que el sistema político -parlamento, partidos- presionara a los consejeros del Banco, amenazándolos con destituirlos, exponiendo al instituto emisor a ser utilizado con fines electorales o políticos coyunturales. El que el sistema político no pueda intervenir en las operaciones cotidianas del Banco Central es correcto para evitar lo anterior.

Asimismo, la razón por la que los consejeros duran 10 años en el

[9] Para evidencia en este sentido ver: Barro (1995), Inflation and Economic Growth. Bank of England Quarterly Bulletin. N° 35; y De Gregorio (1996), Inflación, Crecimiento y Bancos Centrales: Teoría y Evidencia Empírica. Estudios Públicos. N° 62. Centro de Estudios Públicos.

cargo es porque la función del Banco es en un horizonte de mediano y largo plazo y debe estar desacoplada del ciclo electoral para que la política monetaria surta sus efectos con independencia de los ciclos políticos.

La remuneración de los consejeros, en tanto, debe ser acorde a la elevada calidad técnica y profesional exigida a los consejeros, tomando especialmente en cuenta su costo de oportunidad, así como de las responsabilidades que adquieren junto con el cargo.

III. Respecto de los mayores controles y la remoción autoridades

La exigencia de implementar acusaciones constitucionales con el objeto de poder remover autoridades del BCCh surge en contextos de crisis, ya que, ante el descontento de la población producido por la inflación, la pérdida de empleo, bajo crecimiento, etc., las autoridades políticas se pueden ven tentadas a remover autoridades para calmar el clamor popular en búsqueda de responsables. Sin embargo, es justamente en estas complejas situaciones en que los directivos de los bancos centrales requieren de estabilidad e independencia de las presiones políticas.

Un factor clave para la autonomía de los bancos centrales es el que los consejeros tengan períodos fijos de duración en funciones (desvinculados del ciclo político) y que no puedan ser destituidos de manera discrecional de sus cargos, sino solo por causales específicas y objetivas bajo procedimientos regulados en sus respectivos textos legales.

Nuestro ordenamiento vigente (Ley Orgánica Constitucional[10]) contempla claros y objetivos mecanismos de control que permiten hacer efectiva la responsabilidad de los consejeros del Banco Central (tanto la derivada de faltas a la probidad, como aquella que sea consecuencia de la adopción de acuerdos que impliquen infringir de manera grave y notoria el mandato legal del Banco, en la medida que tales decisiones hayan generado un perjuicio importante a la economía nacional). Por lo tanto, el hecho de que las autoridades del Banco Central no estén sujetas a acusación constitucional, no implica que sean irresponsables o que no rindan cuentas a ninguna autoridad, ya que la propia legislación que rige a la institución provee las reglas y procedimientos para asegurar el correcto y responsable desempeño de los miembros del Consejo.

Para ello **dispone la intervención del Poder Judicial, el Presidente de la República y el Senado, lo que configura un legítimo y eficiente sistema de controles y contrapesos propio de un Estado de derecho democrático** (ver anexo: art 15°, 16° y 17° de la LOC del Banco Central).

Las acusaciones constitucionales son ampliamente utilizadas en el ámbito comparado para establecer la **responsabilidad política** de autoridades de los poderes Ejecutivo y Judicial (expresión de los contrapesos que deben existir entre los poderes del Estado en un país democrático). Sin embargo, es menos evidente su pertinencia o idoneidad respecto de las autoridades de organismos autónomos **de carácter técnico** como son los bancos centrales[11]. Lo anterior se refleja de manera prácticamente unánime en la experiencia comparada, con la sola excepción de México[12].

IV. Respecto de la información y transparencia

La actual exigencia de mayor transparencia por parte del BCCh viene de la percepción de que la autonomía, además de una fuente de irresponsabilidad y descontrol, es también de opacidad. Sin embargo, la actual legislación (LOC) considera instancias en el caso chileno, la obligación del Consejo de comparecer ante el Senado para informar sobre las políticas que adopte en el ejercicio de sus atribuciones (ver anexo: art. 4°, 22° y 80°). También se contempla la obligación del Consejo de presentar al Ministro de Hacienda y al Senado, antes del 30 de septiembre

[10] Ley 18.840.

[11] Para un análisis en profundidad, ver Juan Pablo Araya y Francisca Lyon (2021). Acusación Constitucional y su Aplicación para la Remoción de Autoridades de Bancos Centrales: Análisis Nacional y Comparado. Actualidad Jurídica N° 43. Enero.

[12] La Constitución de México admite la posibilidad de acusar constitucionalmente a los integrantes del Banco Central, junto con una amplia gama de otras autoridades –incluidos hasta los propios parlamentarios–, sujeta a bien graves y estrictas, como "violaciones graves a esta Constitución" y bajo un alto quórum de aprobación (mayoría absoluta de los diputados y dos tercios de los senadores).

de cada año, una evaluación del avance de las políticas y programas del año en curso, como, asimismo, un informe de aquellos propuestos para el año calendario siguiente, en el cual se indicarán las proyecciones económicas generales sobre las que se basan dichos antecedentes y los efectos que se pudieren producir en las principales partidas de los estados financieros del Banco proyectados para ese período.

Estas exigencias legales han sido complementadas y reforzadas por la política de comunicaciones y transparencia institucional adoptada por el Consejo, la que, entre otras medidas, incluye la elaboración de los Informes de Política Monetaria (IPoM) y de Estabilidad Financiera (IEF), que son presentados 4 y 2 veces en el año, respectivamente, a través de audiencias públicas en el Senado.

A ello se agrega la decisión del Consejo de instaurar un comité de auditoría y cumplimiento, (profesionales externos e independientes de reconocido prestigio), que revisan y apoyan la labor de control ejercida por la auditoría interna y externa del Banco. También se implementan evaluaciones periódicas a que se somete la Institución mediante la visita de paneles de expertos y de organismos internacionales, que efectúan revisiones y recomendaciones que comprenden especialmente los elementos de accountability y transparencia. Finalmente, la misma ley instaura que el Banco deberá confeccionar una memoria anual, informando la ejecución de las políticas y programas desarrollados en dicho período e incluirá los estados financieros con sus respectivas notas y la opinión de los auditores externos respecto de estos.

Además, el BCCh está sujeto a las disposiciones de la Ley N.º 20.285 sobre Acceso a la Información Pública[13]; de la Ley N.º 20.730 sobre el lobby y demás gestiones que representen intereses particulares; y los consejeros están obligados a declarar su situación patrimonial e intereses (LOC BCCh y Ley N°20 880).

Joaquín Morales G.[14] sostiene que eventualmente se puede perfeccionar su régimen de accountability mejorando mecanismos de los artículos 13 a 17 de la LOC, recurriendo para ello a la experiencia comparada sistematizada por el Banco Internacional del Pagos (BIS); entidad que reúne a los bancos centrales del mundo (parte de la cual puede encontrarse en https://www.bis.org/publ/othp04_7.pdf).

También se puede tener presente la Declaración de Principios del Código de Buenas Prácticas y Transparencia en Política Monetaria y Financiera, publicado por el Fondo Monetario Internacional, (que puede ser revisada en https://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/index.htm#IV).Tal Declaración en su numeral IV referido a “Accountability y Garantía de Integridad de parte del Banco Central” dispone, entre otras, que el Banco Central debe publicar los estados financieros de sus operaciones en fechas preestablecidas, los cuales deben haber sido auditados por empresas auditoras independientes. Esto ocurre en el caso chileno, pero la auditora podría variar de año a año (materia de discusión legal y no constitucional).

Los estándares internacionales son claros en requerir a los bancos centrales que implementen mecanismos de transparencia sobre su toma de sus decisiones y fundamentos, así como que den cuenta de su quehacer ante la autoridad política y el público, y que queden sujetos a un marco robusto de control interno y auditoría externa.

V. Respecto de la participación ciudadana:

Al igual que el resto de los cuerpos del Estado, los organismos autónomos pueden, y deben ser, espacios para la participación ciudadana, pero siempre en el entendido que la autonomía es una actuación técnica que se lleva a cabo por fuera de los partidos políticos y de los grupos de presión.

La participación ciudadana en estos organismos cumple varios roles. En primer lugar, es una herramienta para generar la confianza con la ciudadanía al reforzar su utilidad pública; ayuda a hacer más confiable y clara la relación entre el organismo y la ciudadanía, legitimando la democracia; y además, ayuda al suficiente intercambio de ideas y opiniones para tomar las decisiones más eficaces.

[13] De conformidad a lo dispuesto en el art. 65 bis de la LOC.

[14] Joaquín Morales Godoy. Profesor de Derecho Económico. Universidad de Chile y Universidad Pedro de Valdivia.

Sin perjuicio de la conveniencia de la participación ciudadana, hay que tener en cuenta que los órganos autónomos son muy diferentes entre sí en cuanto a funciones y competencias, lo que impide diseñar una estrategia única de participación. En este sentido, para diseñar dicha estrategia para el Banco Central es necesario tener claro cuál es el real objetivo de la participación ciudadana. **Dado su carácter técnico**, es necesario considerar que en este caso "abrir la puerta no garantiza la entrada" (Díaz, 2013[15]).

Debido a la complejidad de las funciones que desarrollan, se espera que sus funcionarios tengan un conocimiento experto, al tiempo que cuentan con una reputación profesional y una trayectoria destacadas. Por tanto, debe cuidarse de la contratación de funcionarios que ocupan cargos por sus filiaciones partidistas o sus vinculaciones con los poderes organizados. Esta independencia en la administración interna, dado que son instituciones no mayoritarias, tiene por objeto que la democracia mayoritaria funcione con mayor eficiencia y goce de confianza social (Aguilar, 2015[16]).

D. AUTONOMÍA EN LOS BANCOS CENTRALES

I. Contexto comparado

La información sistematizada en el Comparative Constitutions Project muestra que menos de la mitad de las constituciones actualmente vigentes contienen disposiciones que hagan referencia a un banco central. Con los países de la OCDE sucede algo similar, existiendo disposiciones específicas sobre bancos centrales en solamente un 1/3 de las constituciones. Esta baja tasa de incorporación en las constituciones se debería a que muestran gran estabilidad en el tiempo, experimentando reducidas modificaciones.

Sin embargo, en aquellas que sí se han ido modificando, el Banco Central sí ha sido incorporado. Efectivamente, un estudio reciente de **Claro y Valdés (2020)**[17] , considerando la dimensión temporal, sugiere que el reconocimiento constitucional sería la tendencia más frecuente entre los países que enmiendan o reemplazan sus constituciones.

Dentro de la minoría de países que efectivamente contemplan disposiciones constitucionales específicas sobre esta materia, algunos solamente incluyen principios generales y una delegación al legislador, mientras que otros desarrollan extensamente el diseño institucional de sus correspondientes bancos centrales.

Sin embargo, en el contexto de la UE, por ejemplo, la existencia de un Banco Central Europeo está expresamente recogido en los tratados constitutivos de la unión, con independencia del contenido de las constituciones nacionales.

II. Qué se entiende por autonomía de un Banco Central

La autonomía no basta con declararse (por ej. en la CPR) pues se refiere a un conjunto de mecanismos legales para proteger a una agencia determinada de la influencia del Poder Ejecutivo. La literatura presenta las siguientes condiciones básicas para que las instituciones autónomas operen libres y eficazmente:

a) **Independencia financiera:** que asegure que puedan disponer de los recursos humanos y materiales para cumplir su mandato y evite el uso de la Ley de Presupuestos para premiar la lealtad política y castigar la disidencia.

b) **Independencia en el nombramiento y permanencia:** que asegure un staff de probada y reputada calidad profesional y técnica y un Consejo con reglas de nombramiento y permanencia, que no esté sujeto a remociones arbitrarias por parte del Poder Ejecutivo o Legislativo.

---

[15] *Díaz, V. (2013), Elementos indispensables para generar participación social en pro del fortalecimiento de los organismos públicos autónomos en México.*

[16] *Aguilar, L. (2015), Los retos y desafíos de los órganos autónomos en la nueva gobernanza.*

[17] *Contenido en "Aspectos Económicos de la Constitución. Alternativas y Propuestas para Chile. Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara editores CEP.*

c) **Independencia en la elección de instrumentos** para lograr los objetivos.

d) **Adecuada y frecuente rendición de cuentas:** para responder así a la responsabilidad encomendada por la sociedad.

La literatura concluye que solo en la medida que se observen estas condiciones o principios, el Banco Central será efectivamente autónomo, **no solo de jure, sino que también de facto.** Por tanto, dada la importancia de estos elementos, sería conveniente incorporarlos en la CPR.

E. PROPUESTAS CPR 2022

Con excepción del patrimonio propio (financiamiento independiente), ninguno de los principios mencionados sobre la autonomía está incorporada en el texto de la CPR. Hoy estas materias están reguladas en una LOC, por tanto, la propuesta está orientada a constitucionalizar estos principios. Así, se propone:

I. Constitucionalizar el artículo 3º de la LOC del Banco Central, disponiendo como objeto del Banco **velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.**

II. Constitucionalizar la figura del "Consejo" y el mecanismo de nombramiento, duración y funcionamiento. La importancia radica en que la toma de decisiones en forma colegiada es un elemento fundamental en los bancos centrales modernos, ya que, además de aumentar la independencia del proceso decisorio, también mejora la calidad de las decisiones y la supervisión de la operativa de la institución. Las decisiones colegiadas ayudan a resistir cualquier presión externa indebida y permiten tener en cuenta una mayor gama de perspectivas, lo que a su vez refuerza la legitimidad y credibilidad de las decisiones de los bancos centrales.

III. Constitucionalizar el mecanismo de remoción de un consejero. Actualmente la LOC considera tres circunstancias especiales que sugerimos llevar a la CPR (Ver anexo).

IV. Constitucionalizar el deber de informar al Senado y dar cuenta pública.

F. Anexo

Sobre la obligación de informar:

Artículo 4°.- El Banco deberá informar al Presidente y al Senado respecto de las políticas y normas generales que dicte en el ejercicio de sus atribuciones.

Artículo 22.- El Presidente le corresponderá: 4.- Cumplir con la obligación de informar al Presidente y al Senado sobre las políticas y normas generales que dicte el Banco en el ejercicio de sus atribuciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4°.

Artículo 80.- El Consejo deberá presentar al Ministro de Hacienda y al Senado, antes del 30 de septiembre de cada año, una evaluación del avance de las políticas y programas del año en curso, como asimismo, un informe de aquellos propuestos para el año calendario siguiente, en el cual se indicarán las proyecciones económicas generales sobre las que se basan dichos antecedentes y los efectos que se pudieren producir en las principales partidas de los estados financieros del Banco proyectados para ese período.

Sobre la remoción de consejeros:

Artículo 15.- En caso de que alguno de los miembros del Consejo infrinja lo dispuesto en el artículo 13 de esta ley, o realice conductas que impliquen un abuso de su calidad de tal, con el objeto de obtener para sí o para terceros, beneficios directos o indirectos, podrá ser acusado a la Corte de Apelaciones de Santiago, la que resolverá, por intermedio de una de sus salas y en única instancia, si se ha incurrido en infracción o abuso. Dicha Corte podrá dictar medidas para mejor resolver.

Igual acusación podrá ser deducida contra los miembros del Consejo que incluyan datos inexactos u omitan inexcusablemente información relevante en la declaración requerida por el inciso final del artículo 14.

La acusación, que deberá ser fundada e interpuesta por el Presidente de la República o por el Presidente del Banco o por a lo menos, dos consejeros, tendrá preferencia para su vista y fallo y la sentencia deberá dictarse dentro del término de treinta días hábiles, contado desde la vista de la causa.

El tribunal, mientras se encuentre pendiente su resolución, podrá decretar la suspensión temporal del afectado en el ejercicio de las funciones que le correspondan en el Consejo.

Una vez ejecutoriado el fallo que declare que se ha incurrido en infracción o abuso, el consejero afectado cesará de inmediato en sus funciones y la Corte de Apelaciones deberá remitir los antecedentes al tribunal que corresponda, con el objeto de hacer efectiva la responsabilidad civil o penal que fuere procedente. El consejero que cese en sus funciones por aplicación de este artículo no podrá ser designado nuevamente en el cargo.

Artículo 16.- El Presidente de la República podrá destituir al Consejero que se desempeñe como Presidente del Consejo y del Banco, a petición fundada de, a lo menos, tres de sus miembros, en razón de incumplimiento de las políticas adoptadas o de las normas impartidas por el Consejo.

El Presidente de la República procederá a la destitución señalada previo consentimiento del Senado, el cual deberá ser requerido dentro del plazo de 30 días contado desde la fecha de la petición indicada en el inciso anterior. Si la destitución fuere consentida por el Senado, el Presidente de la República deberá efectuar un nuevo nombramiento en conformidad con lo dispuesto en los artículos 7° y 8° de esta ley, por el plazo que le restaba en su cargo al que fue destituido.

La persona que haya sido destituida del cargo de Presidente del Consejo y de su calidad de consejero en virtud de este artículo, no podrá ser designada nuevamente en el cargo durante los próximos diez años.

Artículo 17.- El Presidente de la República, por causa justificada y previo consentimiento del Senado, podrá remover a alguno o la totalidad de los miembros del Consejo. La remoción sólo podrá fundarse en la circunstancia de que el consejero afectado hubiere votado favorablemente acuerdos del Banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objeto y siempre que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país.

El o los consejeros afectados podrán solicitar ser oídos por el Senado.

La persona que haya sido removida del cargo de consejero en virtud de este artículo no podrá ser designada nuevamente en el cargo durante los próximos diez años.

Medio ambiente y recursos naturales[1]

1 Integrantes: Pilar Hazbun (LyD), Alejandra Palma (LyD), Catalina Montes (LyD), Álvaro Vergara (FPP), Fernando Claro (FPP), Edesio Carrasco (Horizontal), Maximiliano Duarte (Fundación Piensa) e Ignacio Aravena (Fundación Piensa)

Tabla de contenidos

A. Introducción

B. Medio Ambiente

C. Recursos Naturales

A. Introducción

En un contexto de cambio climático y de sequía[2] como el que actualmente atraviesa nuestro país, la protección del medio ambiente y de sus recursos naturales han pasado a ser un tema central en el debate político-constitucional. Sin embargo, la búsqueda de un equilibrio entre dicha protección y el desarrollo económico y social de la población se torna indispensable. Hoy más que nunca, y especialmente por los efectos que ha ocasionado la pandemia del Covid-19, se requiere de políticas públicas con una visión de largo plazo que promuevan un desarrollo sostenible.

Teniendo en cuenta lo anterior, y de cara al debate constitucional, el presente trabajo tiene por objeto entregar insumos y elementos para la discusión en relación al medio ambiente y a los recursos naturales, y respecto de estos últimos, específicamente sobre el agua y la minería. Sobre cada uno de estos temas se entrega un diagnóstico, distinguiendo los avances que se han logrado en los últimos años bajo el alero del marco jurídico vigente, de aquellos aspectos o desafíos que se encuentran pendientes. Asimismo, se entregan propuestas, principios y/o lineamientos generales para la regulación del medio ambiente y los recursos naturales en una nueva Constitución.

B. Medio Ambiente

I. Diagnóstico

a. Aspectos positivos de la actual garantía constitucional

La redacción en términos amplios de la actual garantía constitucional -consagrada en el artículo 19 N°8[3] de la Constitución-, ha permitido que el desempeño ambiental del país haya mejorado sostenidamente en las últimas décadas y haya posibilitado la creación de una institucionalidad que se ha robustecido y perfeccionado de manera gradual. Asimismo, la disposición constitucional, innovadora para su tiempo, ha generado 4 dimensiones de protección ambiental: (i) el reconocimiento de un derecho vinculado a un concepto normativo como lo es la contaminación; (ii) la imposición de dos deberes al Estado; (iii) un mecanismo para hacer efectivo el derecho y los deberes ante los tribunales de justicia (acción de protección); y, (iv) contar con un mecanismo general de limitación al dominio, cuya base descansa en la protección del medio ambiente.

Se trata, entonces, de una disposición constitucional que no ha sido un cerrojo o una traba para contar con una mayor y mejor protección del medio ambiente e, incluso, ha permitido un abundante desarrollo legislativo. A modo de ejemplo, es posible señalar que, a partir de la actual Constitución, se han podido dictar: la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la Ley N°20.920 sobre Responsabilidad Extendida del Productor (REP), la Ley N°20.780 sobre Impuestos Verdes, la Ley N°21.200 sobre Prohibición del Uso de las Bolsas Plásticas, y la Ley N° 21.202 sobre Protección de Humedales Urbanos, entre otras.

Asimismo, se ha creado el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y los Tribunales Ambientales, y a nivel administrativo se han dictado decenas de normas de calidad o de emisión en las últimas décadas, las que van desde la norma que regula la emisión de las centrales termoeléctricas y la calidad del agua del lago Villarrica[5], hasta la dictación de más de quince planes de descontaminación atmosférica a lo largo del país[6].

[2] Para profundizar sobre las particularidades de la sequía en Chile véase "Megasequía: Diagnóstico, impactos y propuestas". Puntos de Referencia N°559, CEP.

[3] "El Estado asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

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

[4] D.S 13/2011, que establece la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas.

[5] D.S. 19/2013, que establece las Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales del Lago Villarrica

[6] Véase https://ppda.mma.gob.cl/

Finalmente, la Constitución vigente ha permitido a los tribunales de justicia hacer una interpretación evolutiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación protegiendo intensamente la biodiversidad, la salud de las personas y los ecosistemas. De igual forma, ella ha permitido que se revisen intensamente las decisiones de los órganos competentes, revirtiendo o confirmando ciertas resoluciones administrativas que han incidido sobre la ejecución de grandes proyectos de inversión, afianzando así la fortaleza e independencia del Poder Judicial. Proyectos como Hidroaysén[7], Central Castilla[8], Central Río Cuervo[9], Mina Invierno[10] o Pascua Lama[11], entre otros, son ejemplos de lo anterior. De esta forma, ante el conflicto de derechos, como la libertad económica o el derecho de propiedad, por una parte, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por otra, los tribunales han optado, en general, por este último, tanto en sentido individual, como colectivo, extendiendo sus límites hacia márgenes originalmente no previstos.

b. Desafíos pendientes

Existe un cuestionamiento permanente respecto a la forma en que se adoptan las decisiones ambientales, generando desconfianza en las instituciones. Además, y debido a la escasez de recursos económicos, la participación ciudadana en los procesos de evaluación o de regulación ambiental no se ejecutan o cuando se materializan, se hacen de manera deficiente, frustrando a la sociedad civil, la que termina percibiéndolos como poco expeditos y abiertos.

Adicionalmente, existe poca cooperación y coordinación entre los servicios e instituciones que componen nuestra actual institucionalidad ambiental, dándose lugar a una gran dispersión de competencias que a su vez incide en la falta de mirada integral, habiendo un excesivo foco en la contingencia, con instrumentos desactualizados de larga data, con dificultades en el acceso a la información. Asimismo, existe una excesiva fragmentación del control judicial de las decisiones administrativas de carácter ambiental, dividiendo la revisión entre el recurso de protección ante las Cortes de Apelaciones y los Tribunales Ambientales, bajo procedimientos, criterios y estándares de escrutinio distintos, cumpliendo ambas sedes, como contrapartida, un rol intenso en la regulación ambiental en el país.

c. Comparación con otras constituciones

Puede existir la inclinación de "sobre-constitucionalizar" las materias que se quieran mejorar, viendo esta nueva Constitución como una oportunidad de solución para ello. Sin embargo, se debe ser consciente de que la Carta Fundamental no tiene la capacidad de enmendar todos los problemas ni desarrollar todas las tareas pendientes, y que muchos de éstos deben ser abordados más bien por políticas públicas o leyes antes que por disposiciones constitucionales. En este sentido, el debate no debería perderse en anhelos legítimos, pero que no puedan ser puestos en práctica por ser simplemente "declaraciones de buenas intenciones", tal como ha sucedido en otras constituciones de la región.

Para ejemplificar lo anterior, a continuación, se utilizan los datos de un estudio que la World Wildlife Fund (WWF) elaboró sobre medio ambiente y biodiversidad que expone los aspectos esenciales que se encuentran regulados en 30 constituciones del mundo[12]. Como dicho estudio no hace una evaluación de cómo los textos constitucionales se encuentran relacionados con el desempeño ambiental de los países, se hizo una combinación de ambos aspectos –consagración constitucional y desempeño medioambiental– añadiendo a los resultados de la WWF, el ranking del Índice de Desempeño Medioambiental[13] (EPI, por sus siglas en inglés para Environmental Performance Index) en la primera columna de Figura N°1.

---

[7] *2TA Rol N°40 – 2014.*

[8] *CS Rol N°1960 – 2012.*

[9] *3TA Rol N°42 – 2016.*

[10] *CS Rol N°55.203 – 2016.*

[11] *1TA Rol N°5 – 2018 (acumulado R – 6 – 2018).*

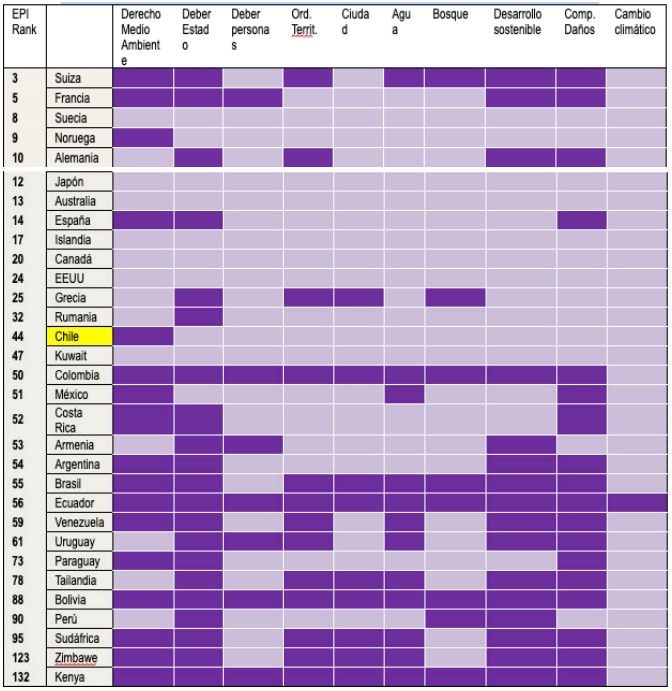
[12] *Mediante la revisión de sus textos, se evaluó si contenían o no referencias a: Derecho a un medio ambiente libre de contaminación; Deber del Estado de proteger el medio ambiente; Deber de las personas de proteger el medio ambiente; Ordenamiento Territorial; Ciudades; Agua; Bosques; Desarrollo sostenible; Judicialización, reparación y/o compensación de daños; Cambio climático.*

[13] *Environmental Performance Index (2020), elaborado por el Yale Center for Environmental Law & Policy y por el Center for International Earth Science Information Network Earth Institute de la Universidad de Columbia. Disponible en https://epi.yale.edu/about-epi .*

A partir de la combinación de los datos de WWF y EPI, se observa que los primeros países en el ranking, con mejor desempeño ambiental (los que se encuentran en la parte superior de la tabla) en promedio tienden a incorporar menos aspectos ambientales de forma explícita en la Constitución.

Respecto a nuestro país, ocupamos el lugar 44 de los 180 países evaluados por su desempeño ambiental, y en el 1° lugar de la región de Latinoamérica y el Caribe. En este sentido, y pese a que aún existen desafíos pendientes en materia de aplicación de la normativa ambiental, a nivel internacional se ha destacado la solidez del marco regulatorio chileno.

Figura N°1: Desempeño medioambiental y aspectos ambientales de la Constitución



EPI Rank		Derecho Medio Ambiente	Deber Estado	Deber personas	Ord. Territ.	Ciudad	Agua	Bosque	Desarrollo sostenible	Comp. Daños	Cambio climático
3	Suiza	■	■		■		■	■	■	■	
5	Francia	■	■	■					■	■	
8	Suecia										
9	Noruega	■									
10	Alemania		■		■				■	■	
12	Japón										
13	Australia										
14	España	■	■							■	
17	Islandia										
20	Canadá										
24	EEUU										
25	Grecia		■		■	■		■			
32	Rumania		■								
44	Chile	■									
47	Kuwait										
50	Colombia	■	■	■	■	■	■	■	■	■	
51	México	■					■			■	
52	Costa Rica	■	■							■	
53	Armenia		■	■					■		
54	Argentina	■	■						■	■	
55	Brasil	■	■		■	■	■	■	■	■	
56	Ecuador	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■
59	Venezuela	■	■		■		■		■	■	
61	Uruguay		■	■	■		■		■	■	
73	Paraguay	■	■							■	
78	Tailandia		■		■	■	■		■	■	
88	Bolivia	■	■	■	■	■	■	■	■	■	
90	Perú		■					■	■		
95	Sudáfrica	■	■		■	■	■		■	■	
123	Zimbawe	■	■						■	■	
132	Kenya	■	■	■	■	■	■	■	■	■	

Fuente: Wendling et al. EPI (2020) en https://epi.yale.edu/ y WWF (2020) en https://wwflac.awsassets.panda.org/downloads/wwf-chile_analisisconstituciones.pdf

II. Propuestas y principios a consagrar en una nueva Constitución

a. Bases de la Institucionalidad: "Desarrollo sostenible"

Es claro que dado el contexto actual en el que vivimos, el lograr compatibilizar el cuidado del medio ambiente con el desarrollo social y el crecimiento económico para lograr el bienestar general de la población, es un deber y una necesidad. Por lo tanto, la nueva Constitución tiene que consagrar como eje el desarrollo sostenible[14] de forma de alcanzar los equilibrios necesarios entre estos 3 pilares, lo cual se logra por medio de incorporar el principio "desarrollo sostenible" en las Bases de la Institucionalidad (Capítulo I).

Así, se lograría una protección más robusta del medio ambiente, la cual influiría en el resto de las disposiciones constitucionales y normativas, dando un alcance amplio y significativo a la misma.

Adicionalmente, la protección que se consagre debe permitir la incorporación de las mejores técnicas disponibles (innovación científica y tecnológica, entre otras) de tal modo de dar la flexibilidad necesaria para utilizar todos los recursos disponibles en un futuro, y que ayuden a enfrentar los desafíos del medio ambiente, lo que a nuestro juicio enriquece aún más este principio de protección ambiental y entrega una visión a largo plazo.

b. Reconocimiento de Derechos

i. Mirada antropocéntrica: La persona humana como titular de los derechos

La titularidad del derecho debe recaer en la persona humana de tal forma de garantizar que ésta sea el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible tal como señala la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992[15].

[14] *"El desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades (CMMAD 1987"Nuestro futuro común", Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), y equilibra los interés sociales, económicos y medioambientales (IPCC 2019, Glosario disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/10/SR15_ Glossary_ spanish.pdf)*

[15] *El principio N°1 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) establece que "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".*

Asimismo, esta visión antropocéntrica es coherente con el principio de la primacía de la persona humana y el principio de servicialidad del Estado que inspiran todo nuestro ordenamiento jurídico y que deberían mantenerse en una nueva Constitución, además de recoger la visión plasmada en los diversos tratados internacionales sobre medio ambiente que contienen declaraciones de principios y de derechos que, en la práctica, ya han sido adoptados en la interpretación jurídico-constitucional de nuestro país.

ii. Mantener la flexibilidad y el carácter amplio de la garantía constitucional

Teniendo en cuenta que las materias medioambientales están en constante evolución y cambian conforme los contextos y necesidades puntuales de cada momento, se debe intentar conciliar esta característica con la rigidez propia de una Constitución, por lo que para evitar constantes modificaciones a la Carta Fundamental, o incluso evitar su desactualización en poco tiempo, se debe tender a que sus disposiciones se redacten en términos amplios y genéricos, de modo que no solo se permita que las leyes o políticas públicas posteriores puedan tener márgenes de acción para concretar la garantía establecida, sino también ir adaptándose a los diferentes desafíos que cada época presente.

Según James Madison, las constituciones deben buscar la permanencia en el tiempo, pues ello entregaría estabilidad y permitiría desenvolverse con reglas del juego conocidas y predecibles. Asimismo, sostenía que la tierra pertenecía en usufructo a los vivos, lógica que aplica totalmente en el ámbito ambiental que, dicho sea de paso, ha evolucionado con increíble velocidad en los últimos años.

Finalmente, se ha demostrado que los países con mejor desempeño ambiental tienden a incorporar menos aspectos ambientales de forma explícita en la Constitución, pues esta última debe ser una norma general y contener los mínimos necesarios que nos unan como sociedad, procurando trascender a su época y a las mayorías circunstanciales.

iii. Garantía sin mención expresa a principios medioambientales que pueden ser recogidos a nivel legal

Justamente en línea con lo anterior, y para evitar la pronta desactualización de la nueva Constitución, es que se debe evitar el reconocimiento expreso de ciertos principios que bien pueden recogerse a nivel legal, tales como el principio preventivo, precautorio, regresión, entre otros. Primero, porque se considera que estas máximas suelen estar sujetas a constantes cambios y, por lo tanto, la Carta Fundamental quedaría prontamente desconectada de su tiempo; segundo, porque no corresponde que dichos principios se reconozcan en este instrumento, sino que más bien deben ser abordados por el legislador, quien debe seguir siendo el llamado a interpretar y desarrollar el contenido del texto constitucional; y tercero, porque muchos de ellos no están reconocidos a nivel internacional como tales, existiendo aún discusión respecto de su sentido y alcance , entregándose una gran discrecionalidad a los jueces para que, posteriormente, sean ellos quienes definan la aplicación práctica de tales principios. Desde luego esto no es adecuado ya que los jueces fallan casos particulares, no existiendo criterios uniformes entre un caso y otro; además de que no son electos por la ciudadanía para referirse a materias de políticas públicas, por lo que este tipo de actuaciones escapa a su competencia y afecta a la democracia.

iv. Mantener las funciones de la ley en relación a limitaciones a otros derechos o libertades en aras de la protección del medio ambiente; definición de instrumentos de gestión ambiental; y creación de la institucionalidad ambiental

Considerando que esta materia requiere de flexibilidad, se considera que debe ser la ley quien cumpla el rol de:

- Establecer restricciones a ciertos derechos o libertades en pos de la protección del medio ambiente. Se debe conservar la disposición referida a que sea solo el legislador el encargado de establecer las limitaciones o restricciones esenciales al ejercicio de determinados derechos o libertadas. Asimismo, y relación al derecho de propiedad, estimamos que, tal como se consagra en la actual Constitución, es la ley la que, sobre la base de la función social de la propiedad, establece los límites a este derecho según lo exija la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19 N°24, inciso 2). De esta forma, se asegura que la compatibilidad entre ambas garantías se sustente en criterios objetivos que permitan certeza jurídica en la limitación.

- Definir los instrumentos de gestión ambiental necesarios para lograr la protección de medio ambiente. Se debe considerar en este punto la incorporación de: (i) los avances más actualizados de la ciencia y la tecnología (mejores técnicas disponibles), (ii) un análisis de costo-beneficio, (iii) y mecanismos de transparencia y rendición de cuentas.
- Crear una adecuada y eficiente institucionalidad ambiental. Se debe velar para que sea la ley quien cree la institucionalidad ambiental necesaria que cumpla un rol eficaz en la fiscalización correspondiente que permita una convivencia armónica entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, lo que se traduce en la posibilidad de consagrar una correcta gestión ambiental, vital para el desarrollo sostenible del país. Con todo, y tal como se ha señalado previamente, es importante reconocer que la institucionalidad ambiental vigente ha permitido alcanzar grandes avances en el plano medioambiental, por lo que más que aplicar una lógica refundacional en esta materia, lo que se debe hacer es corregir aquellos aspectos específicos que a la fecha no están funcionando como deberían.

V. Alcance de la garantía: objeto de protección

En este punto, los centros de estudios que suscriben el presente documento manifestaron posturas propias. Por un lado, hay quienes planean mantener la actual redacción de la garantía constitucional, y por otro, se propone ampliar la misma.

- **Mantener actual redacción de la garantía constitucional.**

La redacción actual de nuestra Constitución reconoce el derecho a "vivir" en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8) a "todas las personas", siendo la norma clara en establecer que la tutela del medio ambiente está dada en función de ser éste el entorno que permite el desarrollo de la vida de los seres humanos, y por lo tanto, se entiende también su protección jurídica bajo el criterio de funcionalidad que supone para el goce de otros derechos fundamentales, como lo son el derecho a la vida (artículo 19 N°1) y el derecho a la salud (artículo 19 N°9).

Ahora bien, se ha criticado esta redacción toda vez que se considera muy restrictiva, ya que implicaría que si no hay norma para un cierto contaminante no habría un derecho a vivir en un medio ambiente libre de la contaminación de este contaminante en particular. LyD estima que las críticas anteriores no son tales, puesto que justamente la redacción general de la actual garantía constitucional ha permitido que la jurisprudencia haya aplicado el criterio de protección del medio ambiente con amplios alcances, declarando tanto el Tribunal Constitucional, como la Corte Suprema que, aunque no exista una norma específica, de todas formas se debe entender que hay contaminación. De hecho, a nivel internacional se ha señalado que Chile cumple con el estándar internacional consagrado en el Protocolo de San Salvador, aunque la forma (redacción) sea un poco distinta.

Asimismo, la actual garantía consagra el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, y no a un ambiente absolutamente incontaminado o libre de toda contaminación, lo cual es imposible considerando que toda actividad humana necesariamente genera algún nivel de contaminación. En este sentido, la norma otorga coherencia a los instrumentos de gestión ambiental, particularmente a la dictación de normas de calidad, que serán el instrumento que defina cuándo hay contaminación en un componente. Siendo la contaminación un fenómeno mutable cuya fijación dependerá del estado del arte y del avance de la ciencia, no es posible "petrificarlo" en un cuerpo normativo ni menos en la Constitución.

En consecuencia, LyD plantea mantener el concepto actual ya que ha permitido el desarrollo de una amplia legislación que ha fortalecido la regulación ambiental.

- **Ampliar la actual garantía en relación con cierta calidad de vida o bienestar**

En este punto se propone ampliar el ámbito de la actual garantía que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en dos sentidos, tal como de hecho lo vienen reconociendo los tribunales de justicia[16]:

- Reconocer que esta garantía comprende un derecho subjetivo y colectivo público, que permite a personas individuales como a grupos determinados de personas, poder hacer efectivo este derecho a los poderes públicos mediante los mecanismos correspondientes, reafirmando el carácter antropocéntrico de la actual Carta Fundamental; y,
- Que no sea únicamente la contaminación el parámetro a contrastar para determinar si efectivamente, esta garantía ha sido o no privada, perturbada o amenazada, considerando el excesivo carácter normativo que esta disposición contiene, ampliándola a criterios un poco más amplios, vinculados a una cierta calidad de vida o bienestar, teniendo presente la infinitud de materias no normadas (olores, por ejemplo) que afectan la vida y la dignidad de las personas.

c. Reconocimiento de deberes

No solo el Estado tiene el deber de cuidar el medio ambiente, preservar la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental, sino que también las personas. De esta forma, es posible involucrar a la sociedad civil en la tarea de proteger el medio ambiente y reforzar el principio de subsidiariedad actualmente consagrado en la Constitución, de tal forma de dar cabida a las acciones provenientes de los grupos intermedios.

Adicionalmente, el Estado tiene el deber de proporcionar acceso a la información ambiental.

d. Recurso de protección

Reafirmando la importancia de mantener el carácter antropocéntrico en la nueva Carta Magna, es posible señalar que el actual recurso de protección, consagrado en el artículo 20 inciso 2 de la actual Constitución, es precisamente una acción cautelar reconocida en favor de la persona humana que la eleva a un lugar prioritario cuando exista privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de sus derechos o libertades. En este sentido, se considera que este recurso debe mantenerse en la nueva Constitución, pero requiere de una mayor armonía en relación al rol que le cabe a los Tribunales Ambientales en la materia y las medidas de protección que se pueden hacer valer en sede administrativa, de tal forma de evitar incoherencias -como sucede en la práctica- y hacer más eficiente la protección.

Por lo tanto, se propone una estructura similar a la actual, pero incorporando una cláusula de exclusión o subsidiaria que permita compatibilizar tanto el recurso de protección de naturaleza ambiental con la existencia de tribunales ambientales, pero evitando la concurrencia de acciones paralelas; sin afectar el acceso a la justicia ambiental, pero delimitando correctamente sus ámbitos de competencia. Es decir, se podrá interponer el recurso de protección solo en aquellos casos en los que no se hubiese entregado la cuestión al conocimiento o juzgamiento previo, por cualquier vía, de los tribunales ambientales.

- **Alcances de la legitimación activa:** (*Diferencias de posturas entre los centros de estudios)

- **Primera Postura:** se propone que la titularidad de la acción le corresponda a cada individuo, lo cual no impide que estos puedan otorgar poderes para que una colectividad (agrupación) los pueda representar.

[16] *Por ejemplo, a través de un texto como el siguiente, en el artículo que eventualmente reemplace el actual artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: " N °X El derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas en sus múltiples manifestaciones. Es deber del Estado y de las personas velar por la protección del medio ambiente, tutelar la preservación de la naturaleza, y conservar el patrimonio natural y la biodiversidad. Para ello, el Estado deberá asegurar el uso sustentable de los recursos naturales y la participación de la comunidad en las decisiones que incidan en el medio ambiente. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades para la protección del medio ambiente, definiendo los instrumentos de gestión ambiental necesarios para cumplir esa función".*

- **Segunda Postura:** se propone el reconocimiento de un derecho colectivo, público y popular, es decir, se permite tanto a personas individuales, como a grupos determinados de personas ser titulares de la acción para poder hacer efectivo este derecho.

- **Tercera Postura:** se propone que la titularidad de la acción recaiga tanto en personas naturales como en personas jurídicas. El centro de estudios indica que en este punto no se estaría innovando, ya que tanto la doctrina, como la jurisprudencia lo han reconocido anteriormente[17].

III. Postura frente a otros debates

a. Protección de la naturaleza como sujeto de derechos y protección

Ante el argumento de incluir al medio ambiente como sujeto de derechos en la nueva Constitución para asegurar su protección, entendemos que esto no es correcto ni adecuado ya que, como se ha señalado, es la persona humana quien, por especial dignidad y valor, es sujeto de derechos, siendo la naturaleza un elemento subordinado, pero indispensable, para el desarrollo de la vida humana.

Esto no implica que el medio ambiente carezca de protección, sino que la misma debe ser consagrada por medio de: (a) la remisión a los instrumentos de gestión ambiental que permiten controlar los niveles de contaminación de un determinado contaminante[18], (b) el desarrollo legislativo de la garantía constitucional para determinar qué se entiende por tal, lo que en nuestro ordenamiento jurídico ha ocurrido con la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N°. 19.300), existiendo armonía y coherencia entre los distintos cuerpos normativos, y (c) la institucionalidad ambiental que vela por la protección ambiental, concretamente: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la existencia de Tribunales Ambientales especializados, la responsabilidad por daño ambiental y la existencia de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA).

b. Cambio climático

Consideramos que la nueva Constitución no debería hacer referencia al cambio climático. No hay conocimiento previo de los retos que la humanidad va a enfrentar en el futuro, por lo que no se puede rigidizar la Constitución de tal forma que no permita hacer frente a los mismos. Asimismo, es importante hacer presente que actualmente muy pocas constituciones (entre ellas, Cuba, Ecuador y República Dominicana) consagran una disposición en relación al cambio climático, por lo que es más bien una excepción.

Además, hoy se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley que fija la Ley Marco de Cambio Climático (Boletín N°13.191-12), el cual se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado. Este proyecto de ley pretende crear un marco jurídico institucional para implementar medidas de mitigación y adaptación, que nos permitan hacer frente al cambio climático, cumpliendo así los compromisos internacionales. Sin perjuicio de comentarios particulares que se tienen sobre el proyecto de ley, consideramos que es la vía legislativa la adecuada para abordar los desafíos que supone el cambio climático, el cual es un fenómeno que va variando en el tiempo.

c. Creación de instituciones como la Defensoría del Medio Ambiente" e intentos por incluir materias reguladas en el Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú es un tratado de derechos humanos que tiene por objeto consagrar y proteger los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, además de contener disposiciones específicas sobre el resguardo y protección de los denominados "defensores de derechos humanos" en asuntos ambientales.

El Acuerdo obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para el pleno goce y respeto de los derechos de acceso consagrados por él, no pudiendo la legislación interna del Estado ir contra o limitar los derechos garantizados (por tratarse de una protección a derechos huma-

[17] *Véase BERMÚDEZ SOTO (2016), Fundamentos de Derecho Ambiental, (Segunda Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso) págs. 114 a 116; y fallo Corte de Apelaciones de Valparaíso, enero de 2009, Rol N°317-2008)*

[18] *Particularmente a la dictación de normas de calidad, que son justamente los instrumentos que definen cuándo hay contaminación en un determinado componente y en qué rangos dicha contaminación es tolerable.*

nos Aun cuando la legislación chilena protege y desarrolla de forma suficiente los referidos derechos, si Chile suscribiera el Acuerdo quedaría obligado por reglas de interpretación extensivas y evolutivas, bajo las cuales, evidentemente, no hay legislación que se estime suficiente. Por lo tanto, nuestra legislación se vería irremediablemente sobrepasada por la interpretación que del Acuerdo se realice por los tribunales nacionales, así como por la Conferencia de las Partes (COP), la cual, en definitiva, será quien dotará de contenido a los principios que el Acuerdo consagra. Lo anterior genera innegables problemas de incerteza jurídica.

d. Establecimiento de una garantía constitucional con mención a principios medioambientales

Tal como fue señalado previamente, la Constitución debe tener la flexibilidad para adaptarse a los diferentes desafíos medioambientales que puedan suscitarse en el futuro. Además, principios como estos debiesen ser consagrados más bien en un plano legislativo y no por medio de una Constitución, haciendo presente que muchos de ellos aún se debaten en el ámbito internacional, no estando reconocidos como principios y, por ende, no contando aún con una definición clara. Esto puede ocasionar una serie de problemas a nivel interno, por ejemplo, serían los tribunales de justicia los cuales, al momento de dictar sentencias, y no contando con normas referentes en el ordenamiento jurídico nacional ni internacional a las cuales remitirse para aclarar los alcances y efectos de tal principio, decidan a su total discrecionalidad la aplicación práctica del mismo.

B. Recursos Naturales

Entre los recursos naturales, son el agua y la minería los que se encuentran hoy consagrados en la Constitución. Ambos se encuentran regulados en el artículo 19 N°24 de la Constitución, relativo al derecho de propiedad, lo cual obedece a razones históricas. En efecto, la protección brindada por la garantía constitucional del derecho de propiedad ha entregado certeza jurídica y un marco jurídico robusto a los titulares de los derechos de aguas y de concesiones mineras, lo cual ha sido fundamental para el desarrollo de actividades esenciales para el país que han sido motor de progreso y movilidad social.

Por la importancia de la dimensión pública de ambos recursos, consideramos pertinente que, al igual que hoy, ambos tengan un desarrollo en la nueva Constitución, sobre la base de los principios que se exponen a continuación.

I. El agua

El agua es un elemento esencial para la vida humana y para la protección de los ecosistemas, así como también para el desarrollo de diversas actividades humanas, incluidas las productivas, intensivas en el uso de este recurso, especialmente la minería y la agroindustria, pilares del desarrollo de nuestro país.

Por la importancia de la dimensión pública del recurso hídrico, sumado al contexto actual de sequía y de cambio climático que actualmente atraviesa el país, es que la regulación y los desafíos en torno a la gestión del agua han pasado a ser un tema central en el debate político-constitucional.

a. Marco jurídico vigente de las aguas en Chile y sus orígenes

El estatuto jurídico vigente de las aguas en Chile tiene su origen en tres cuerpos normativos: el Decreto Ley N°2.603, de 1979 que modificó el Acta Constitucional N°3, la Constitución Política de la República de 1980 (“CPR” o “Constitución”) y el Código de Aguas de 1981.

La Constitución se refiere directamente a las aguas en el artículo 19 N°24, en relación al derecho de propiedad, garantizando en el inciso final que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. No obstante, existen otras normas constitucionales que inciden en la regulación del agua, como lo son el artículo 19 N°8 relativo al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el artículo 19 N°23 que establece la libertad para adquirir toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así; y el mismo artículo 19 N°24 cuando se regula la función social de la propiedad.

La consagración del inciso final del artículo 19 N°24, que recogió íntegramente lo dispuesto en el DL N°2.603, de 1979, que modificó el Acta Constitucional N°3, fue un tema ampliamente debatido y su inclusión responde a razones históricas, específicamente a la precarización de los títulos sobre los derechos de aguas producto de la reforma al Código de Aguas de 1967[19].

Por su parte, el Código de Aguas de 1981, recogiendo la base primaria contemplada en la Constitución, vino a sistematizar la regulación sobre las aguas, definiéndolas como bienes nacionales de uso público y al derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas de dominio de su titular. Estos derechos de aprovechamiento de aguas ("DAA") tienen una duración indefinida y son plenamente transferibles, siendo los mercados de aguas el instrumento de promoción de la reasignación eficiente del agua a otros usos y/o titulares según vayan cambiando las circunstancias.

De este modo, y una vez que entró en vigencia el nuevo diseño, la seguridad jurídica dada por el nuevo mecanismo de asignación y ejercicio de los DAA, junto a regulaciones que incentivaron la participación del rol privado, permitieron la proliferación de diversas peticiones para constituir derechos de aguas no consuntivos, lo cual ha sido un elemento fundamental para el mejor aprovechamiento del recurso y el desarrollo de diversas actividades económicas, tales como la agricultura, la minería, el sector hidroeléctrico y sanitario.

b. Diagnóstico

i. Avances: amplia cobertura y calidad del agua potable en Chile y desarrollo de actividades económicas

Bajo el marco constitucional y regulatorio vigente, Chile ha experimentado avances importantes en saneamiento y abastecimiento de agua potable, tanto en calidad como en cobertura. Asimismo, ha tenido un significativo crecimiento en lo que se refiere a las actividades productivas que suponen un uso intensivo de agua, tales como la agricultura, la minería, la industria y la generación de energía hidroeléctrica, entre otros, virtud reconocida por el propio Banco Mundial en los informes "Chile: Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos" de marzo de 2011 y "Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua", del 2013[20]. Dichas actividades han sido fuente de desarrollo y de movilidad social, habiendo contribuido al desarrollo sustentable de nuestro país.[21]

---

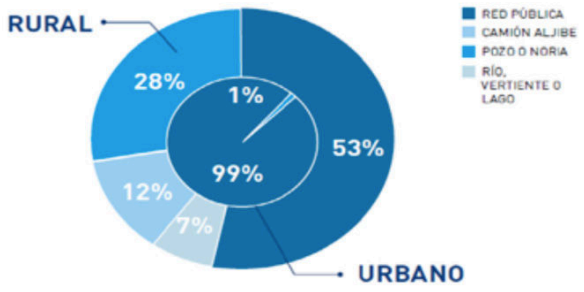
[19] *En efecto, para algunos miembros de la Subcomisión Ortúzar, la naturaleza de "derecho real administrativo" que consagró la reforma al Código de Aguas de 1967, post Ley N°16.640 de Reforma Agraria, precarizó los títulos de derechos sobre las aguas. Este derecho real administrativo quedaba sujeto a que, en cualquier momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas, el Presidente de la República ordenara la distribución de las aguas de una determinada cuenca u olla hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina "tasa de uso racional y beneficioso" para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto, el goce que estos mismos tuviesen sobre las aguas con que hasta ese momento regaban. Lo anterior motivó a que se estableciera la facultad de constituir un derecho de aprovechamiento que tuviera el carácter de propiedad para su beneficiario, el cual debía combinarse con el deber del Estado, dentro de ciertos límites, de administrar este recurso escaso de enorme importancia. Por ello, se optó por una regulación breve y enfática "destinada a manifestar la voluntad del constituyente de dar derechos muy firmes a los titulares en relación a las aguas." (Historia de la Ley Artículo 19 N°24 Constitución Política de la República, p. 878).*

[20] *"La seguridad jurídica dada al mecanismo de asignación y ejercicio de los derechos de agua instituido por el Código de Aguas, en asociación con una política económica estable y ortodoxa, regulaciones que incentivan la participación del rol privado en el desarrollo de servicios de agua y electricidad y una política sostenida de subsidios de apoyo a la modernización del riego (ley 18.450) han fomentado las inversiones relacionadas con el sector y una notable expansión del área regada con sistemas de alta eficiencia. En este contexto favorable, la creación de los DAA no consuntivos permitió el desarrollo de proyectos de inversión en generación hidroeléctrica, pero también dio lugar a una importante proliferación de solicitudes de DAA no consuntivos por parte de inversores del sector eléctrico de carácter especulativo interesados en fortalecer su posición en el mercado eléctrico nacional y su capacidad de generación hidroeléctrica". Banco Mundial (2013): "Chile: Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua.", p.10.*

21 Horizontal (2021) "Por una Constitución Sustentable: Medio ambiente y recursos naturales en una nueva Constitución". Disponible en: https://www.horizontal-chile.cl/wp-content/uploads/2021/03/PCCS.pdf; p.11.

En lo que respecta a la cobertura en saneamiento y agua potable, Chile ha alcanzado niveles destacables, aunque en algunas áreas rurales aún existen falencias importantes. En efecto, más del 90% de la población en Chile vive en áreas urbanas con altos estándares en materia de coberturas de servicios sanitarios. En las zonas urbanas concesionadas, la cobertura de agua potable alcanza un 99,97%, la de alcantarillado un 97% y la de tratamiento de aguas servidas un 99,9%. Sin embargo, en el caso de las zonas rurales, el 53% de las viviendas se abastece a través de la red pública, 28% por medio de pozo o noria, 12% a través de río, vertiente, estero, canal, lago, entre otros, y el 7% vía camión aljibe[22]. El Gráfico N°1 muestra los porcentajes de respuesta del abastecimiento según viviendas en las zonas urbanas y rurales.

Gráfico N°1: Porcentaje de viviendas según origen del agua potable para zonas urbanas y rurales



Fuente: Documento Mesa 1 Compromiso País, "Personas que residen en una vivienda sin servicios básicos (agua potable y baño).

No obstante lo anterior y los desafíos en esta materia, especialmente en lo que respecta a las áreas rurales, que es donde debería centrarse más la discusión, este avance es muy destacable, especialmente si se compara con otros países de la región, muchos de los cuales -siguiendo el enfoque del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano- han incluido en sus constituciones amplios listados de derechos que luego no pueden ser efectivamente garantizados y que terminan rigidizando la gestión del recurso hídrico.

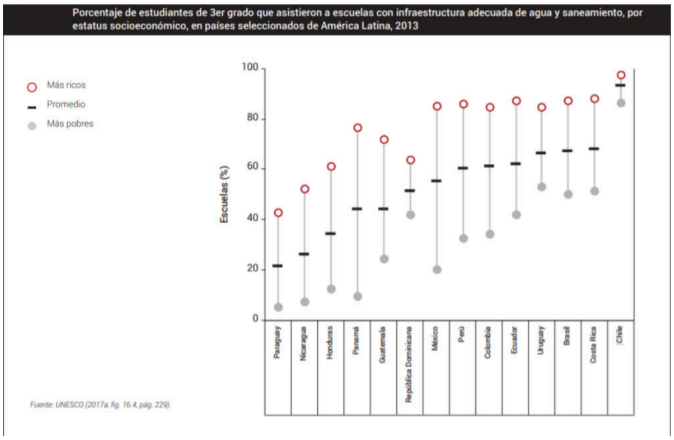
En lo que respecta a la calidad del agua potable, de acuerdo al Informe de Gestión del Sector Sanitario del año 2019 elaborado por la Superintendencia de Servicio Sanitarios ("SISS"), el cumplimiento a nivel nacional en todos los atributos de muestreo y calidad del agua potable fue de un 98%. En cuanto a los requisitos normativos referidos al muestreo, el nivel de cumplimiento durante el año 2019 fue de un 98,80%. Con respecto a los requisitos de calidad microbiológicos, químicos y físicos establecidos para el agua potable, se obtuvo un indicador de 97,20% a nivel nacional[23]. Por su parte, y tratándose de las áreas rurales, desde la publicación de la Ley N°20.998 del año 2017, que regula los Servicios Sanitarios Rurales, se ha mantenido por la autoridad sanitaria una vigilancia sobre la calidad del agua potable rural, a través de controles que varían entre una y dos veces al año.

Adicionalmente, vale la pena mencionar que nuestro país es líder en la región en lo que refiere a la calidad del agua potable. Así, en un análisis efectuado el 2019 por la agencia Globehunters, en base a estadísticas del Centro para el Control de Enfermedad de Estados Unidos, Chile y Costa Rica son los únicos países de Latinoamérica que integran el listado de 57 países donde es seguro para los viajeros beber agua de la llave[24].

Pero además de la calidad, también cabe destacar que, a diferencia de nuestros vecinos, Chile ha logrado disminuir con creces la brecha socioeconómica en relación al acceso a este recurso. A modo de ejemplo, de acuerdo al Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos del año 2019[25], , los estudiantes chilenos de tercer grado asisten a escuelas con mejor infraestructura y condiciones de saneamiento de agua que los estudiantes de los otros países de Latinoamérica. Adicionalmente, Chile es el país donde existe menor diferencia respecto a las condiciones de infraestructura y saneamiento de agua entre los estudiantes más pobres en comparación a los más ricos.

[22] *Centro UC Derecho y Gestión de Aguas (2020). 10 años de Derechos humanos al agua y al saneamiento. Huella Hídrica N°18, agosto 2020.*
[23] *Informe de Gestión del Sector Sanitario del año 2019 elaborado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, p.122.*
[24] *Ver https://www.globehunters.ca/blog/safe-tap-water.htm.*
[25] *Disponible en https://www.acnur.org/5c93e4c34.pdf.*

Gráfico N°2: Porcentaje de estudiantes de 3er grado que asistieron a escuelas con infraestructura adecuada de agua y saneamiento, por estatus socioeconómico, en países seleccionados de América Latina, 2013.



Fuente: WWAP (Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de la UNESCO). 2019. Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás. París, UNESCO, p.67.

Finalmente, en el ámbito normativo, durante las últimas décadas se han promulgado diversas leyes destinadas a perfeccionar e incorporar nuevos elementos en la regulación de aguas, considerando su escasez y acotando su especulación. Ejemplos de lo anterior son la Ley N°20.017 que modificó en el año 2005 el Código de Aguas, introduciendo el caudal ecológico para la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente; y la patente por no utilización de las aguas para enfrentar el fenómeno del acaparamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. A ello se suma la dictación de la Ley N°21.064 que modificó el régimen de fiscalización y sanciones en materia de aguas. De igual forma, en cuanto a los sistemas de saneamiento destacan la Ley N°20.998 que regula los servicios sanitarios rurales y más recientemente la Ley N°21.075 que regula la recolección, reutilización y disposición de aguas grises[26].

I. Desafíos pendientes

Sin perjuicio de los avances logrados, se reconoce que existen falencias y desafíos pendientes en materia de gestión, cuidado, fiscalización e información del recurso hídrico. Sin embargo, muchos de ellos exceden de lo que una nueva Constitución podría o no hacer, quedando más bien dentro de la esfera de competencia de la política pública.

A modo de ejemplo, modificaciones que apunten a fortalecer el rol de las organizaciones de usuarios en la gestión del agua; a procurar una gestión sustentable de los acuíferos; a simplificar y agilizar los procedimientos de tramitación de nuevos derechos y las regularizaciones de usos consuetudinarios; a robustecer los procesos de toma de decisiones de la Dirección General de Aguas y mejorar los niveles de coordinación entre los diversos ministerios y servicios competentes en la materia; búsqueda constante de nuevas fuentes; actualizar los registros de los DAA;[27] y desarrollo de infraestructura pública y privada adecuada para la gestión de este recurso, especialmente en áreas rurales; son algunos de los desafíos pendientes.

Adicionalmente, en un contexto de cambio climático, se requiere más que nunca de flexibilidad en los instrumentos de gestión del agua, y por ello consideramos que debe ser la ley quien cumpla el rol de: (a) establecer restricciones a ciertos derechos o libertades en aras del consumo humano y la protección del caudal ecológico y los ecosistemas; (b) definir los instrumentos de gestión del recurso hídrico necesarios para este objetivo; y (c) crear una adecuada y eficiente institucionalidad del agua.

Lo anterior, sin perjuicio de aspectos que deben quedar plasmados en la nueva Constitución a modo de principios, los que se expondrán en el capítulo siguiente.

c. Propuestas y principios a consagrar en una nueva Constitución

i. Reconocer a las aguas como bienes nacionales de uso público Tanto el artículo 595 del Código Civil, como el artículo 5° del Código de Aguas, ya establecen expresamente que las aguas son bienes nacionales de uso público. Lo anterior signi-

[26] *Horizontal (2021), ob. cit., p.12.*

[27] *Una gran cantidad de derechos antiguos no están inscritos en los registros de los Conservadores de Bienes Raíces. Ver en https://dga.mop.gob.cl/eventos/Consideraciones%20sobre%20los%20desafios.pdf.*

fica que su dominio no pertenece a privados ni al Estado sino a la nación toda.

Tal como plantea el Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica (UC), el carácter de bien nacional de uso público tiene como implicancias prácticas: "i) la existencia de un órgano público gubernamental encargado de la administración del recurso hídrico, papel que en el marco vigente corresponde a la Dirección General de Aguas; y (ii) la regulación de un sistema concesional que ordene el uso y aprovechamiento de las aguas, conforme a las reglas que prescribe el Código de Aguas"[28].

Sobre este punto, existe en general bastante consenso entre diversas propuestas constitucionales en incorporar en la Constitución esta norma que establece que las aguas son bienes nacionales de uso público[29]. En este sentido, y dada la importancia de la dimensión pública del recurso hídrico, también consideramos pertinente su inclusión en la nueva Constitución, sin perjuicio de mantener el reconocimiento y protección sobre los derechos de aprovechamiento de agua ya existentes.

ii. Derecho humano al agua

Respecto a la consagración del derecho humano al agua, cabe señalar que, si bien nuestro ordenamiento constitucional no reconoce expresamente el derecho humano al agua para consumo y saneamiento, debe tenerse presente que este sí forma parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico a través de la aprobación de instrumentos internacionales en que se reconoce que el acceso al agua potable para uso personal y doméstico constituye un derecho humano. Asimismo, hay varios casos en que nuestros Tribunales de Justicia han resuelto conflictos relativos al acceso al agua potable invocando dichos instrumentos internacionales, sobre la base de los derechos a la vida, integridad física y psíquica; a la salud; y a vivir en un medio ambiente sano, todos derechos reconocidos en dichos instrumentos.[30] En lo que se refiere a los instrumentos internacionales que han propiciado el reconocimiento del derecho humano al agua, hay dos fuentes principales:

- La Observación General N°15, de 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, sobre los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Allí se precisa que el derecho humano al agua es "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico".
- La Resolución 64/292, de 28 de julio de 2010, de la Asamblea General de Naciones Unidas, señala que "el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos". Esta Resolución contó con el voto favorable de Chile[31]. Por tanto, dicho derecho se focaliza en el agua para uso personal y doméstico.

---

[28] *"Contribuciones a la discusión constitucional: protección del medio ambiente". Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/publicacion/serie-temas-de-la-agenda/contribuciones-a-la-discusionconstitucional-proteccion-del-medio-ambiente/.*
29 En ello concuerdan, por ejemplo, las siguientes propuestas constitucionales: "Con control de cambios" de los autores Cubillos, Hube y González; "Por una Constitución Sustentable" del centro de estudios Horizontal (Horizontal) ; la propuesta del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica (UC), "Agua y Minería en la Constitución" de los autores Repetto, Sanhueza y Valdés; así como también el proyecto de reforma constitucional ingresado al Congreso por la ex Presidenta Bachelet en 2018 (Boletín N°11.617-07).

[30] *Por ejemplo, ver sentencias Corte Suprema Rol N°131.140-2020 y Rol N°72.198-2020. Ambos fallos se fundan en las obligaciones asumidas por el Estado de Chile mediante la ratificación de diversos instrumentos de Derecho Internacional, así como en el desarrollo jurisprudencial que han tenido estos instrumentos en Cortes Internacionales. En términos generales, se ha reconocido que el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica tiene como condición necesaria el derecho de acceso al agua. Dentro de las condiciones que debe cumplir ese acceso, es que debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, el agua debe ser salubre (color, olor y sabor aceptables), y debe existir un acceso sin distinción o discriminación arbitraria. También se ha reconocido este derecho como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano.*

[31] *Daniela Rivera. "Derecho Humano al Agua", en "Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional" (2021), del Departamento del Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Ediciones UC; p.350.*

Debe tenerse presente que "la calidad de derecho humano no significa que el suministro del agua debe ser gratuito. Lo que sí es exigible es que los Estados cuenten con mecanismos de ayuda para quienes no pueden asumir el costo que ello implique. Adicionalmente, es del todo admisible que la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable sea ejecutada por empresas sanitarias privadas, que cumplan los requisitos establecidos legalmente para su operación. No es obligatorio, entonces, que sea el Estado el que actúe como proveedor directo de dicho servicio"[32].

Teniendo en cuenta lo anterior, y en concordancia con las normas internacionales, sugerimos se reconozca el derecho humano al agua para fines de consumo básico, agua potable y saneamiento, correspondiéndole al legislador avanzar en políticas públicas que permitan un esfuerzo conjunto del sector público y privado en garantizar este derecho. Ahora bien, el reconocimiento de este derecho y la necesidad de priorizar el acceso al agua potable y servicios básicos de saneamiento no puede ser visto en contraposición o de forma incompatible con la necesidad de que su regulación, tanto a nivel constitucional como legal, reconozca y ampare los títulos otorgados para el aprovechamiento de las aguas[33].

Se hace presente, en todo caso, que su consagración en la Constitución no conlleva necesariamente una mejor cobertura y calidad del agua potable. Tal como se señaló con anterioridad, bajo el ordenamiento jurídico vigente Chile ha alcanzado importantes niveles de cobertura y calidad de saneamiento y abastecimiento de agua potable para consumo humano. Adicionalmente, y tratándose de la experiencia comparada, un estudio elaborado recientemente por el Centro de Derecho y Gestión del Agua de la Universidad Católica, que analiza la regulación constitucional de las aguas en el mundo, por continente, da cuenta que, por ejemplo, de 43 constituciones europeas analizadas, solo una se refiere al derecho humano al agua y saneamiento (Eslovenia) y de las 35 analizadas de América, 8 países lo consagran (Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Perú y Uruguay)[34].

En definitiva, se propone su consagración de modo tal que el derecho sea acotado al agua potable y saneamiento, siguiendo siempre una lógica antropocéntrica. Asimismo, consideramos importante que sea el legislador el que determine su contenido, reduciendo el control judicial en esta materia y permitiendo tanto la participación del sector público como privado en la satisfacción de este derecho.

iii. Priorización de usos del agua para consumo humano y resguardo ecológico de cuencas

Concordando con la importancia de resguardar el consumo humano y el caudal ecológico, en nuestra opinión no es necesario establecer limitaciones explícitas al derecho de propiedad de los DAA a nivel constitucional.

En Chile los DAA se transan libremente en pro del uso más eficiente, no se vinculan a un uso específico, y postulamos que ello se debe mantener. La literatura evidencia que la libre transferencia de DAA que conlleva a "cambios de uso" implica ganancias netas (creación de riqueza para la sociedad) cuando compradores y vendedores acuerdan voluntariamente transacciones mutuamente beneficiosas, onde el valor para el comprador es mayor que el valor para el vendedor más los costos de transacción. Por ello, establecer un listado explícito con un orden de prelación en los usos del agua, no solo es innecesario para asegurar el consumo humano y los caudales ecológicos, sino que resulta contraproducente. Es innecesario ya que para atender a las familias rurales sin acceso al agua se requiere de un esfuerzo marginal en términos de cantidad de agua (alrededor de un 1% del agua utilizada) y por lo tanto, no se requiere que su solución sea a costa de las características y certeza jurídica de los derechos sino más bien se requiere mejorar la gestión y la infraestructura.

---

[32] *Daniela Rivera. "Derecho Humano al Agua", ob. cit., p.352.*

[33] *Horizontal (2021), ob. cit., p.13.*

[34] *Informes disponibles en http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/publicaciones/boletin-huella-hidrica/numeros-anteriores/587-huella-hidrica-n-22-el-agua-en-las-constituciones-de-america; y en http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/publicaciones/boletin-huella-hidrica/numeros-anteriores/599-huella-hidrica-n-24-el-agua-en-las-constituciones-de-europa.*

Por otro lado, establecer usos específicos, tal como se hizo en el pasado, puede ser contraproducente en términos de eficiencia[35].

iv. Propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua

Conforme al referido artículo 5° del Código de Aguas, se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de aguas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas. A su vez, el artículo 6° del Código de Aguas define este derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y conforme a las reglas legales, añadiendo que el DAA es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él conforme a la ley.

Consideramos importante que se mantenga a nivel constitucional la protección del derecho de propiedad de los titulares sobre sus DAA. Dicha norma ha sido fundamental en otorgar a los titulares la certeza jurídica necesaria para que puedan materializarse inversiones privadas en el sector, toda vez que en virtud de ella el Estado no puede privarle al particular de su dominio, a menos que expropie y pague la justa indemnización. En efecto, el artículo 19 N°24 de la CPR establece expresamente que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

Ahora bien, en el evento que no se consagre el derecho de propiedad sobre los DAA a nivel constitucional, debe velarse por que aquellos DAA ya constituidos se rijan por el estatuto vigente al momento de su constitución u otorgamiento. Lo anterior tiene su justificación en la protección y reconocimiento del derecho de propiedad sobre bienes incorporales, como lo son los DAA, en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los cuales deberán ser respetados por el texto de la nueva Constitución, conforme señala el artículo 135 de la CPR.

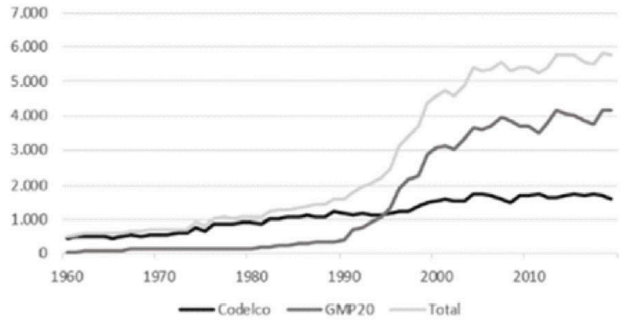
II. La minería

a. Diagnóstico

Codelco y diversas compañías privadas, tanto nacionales como extranjeras, han empujado el desarrollo de la actividad minera, generando cuantiosos ingresos fiscales por concepto de impuestos. A nivel mundial, Chile es el primer productor de cobre, yodo y renio; el segundo productor de molibdeno y litio; el tercero de boro; y el cuarto de plata. El país concentra el 54% de las reservas de litio en el mundo, el 29% de las de cobre, el 24% de las de yodo, el 14% de las reservas de plata y el 12% de las reservas de molibdeno, entre otros.

La Constitución de 1980 y la legislación minera en Chile de los años siguientes permitieron dar certeza a los inversionistas, lo cual posibilitó un dinamismo sin precedentes en la minería privada nacional y extranjera. En gran parte producto de una abundante inversión extranjera, Chile se convirtió en un líder mundial en el mercado del cobre desde los años noventa en adelante. Las tecnologías y capitales extranjeros, luego de una primera etapa de exploración, se reflejaron en un significativo aumento de la explotación privada de cobre, especialmente de la Gran Minería Privada (GMP), tal como muestra el Gráfico N°3.

Gráfico N°3: Explotación de cobre en Chile (producción física, miles de tons. métricas)



Nota: GMP20 corresponde a las 20 empresas de la Gran Minería Privada del cobre en Chile.

Fuente: Repetto, A., C. Sanhueza y R. Valdés (2020).

[35] *Libertad y Desarrollo (2021), ob. cit., pp.8-9.*

El crecimiento del sector minero beneficia a la sociedad con la creación de empleos permanentes especializados y bien remunerados, pero también a través del desarrollo de una red de proveedores y contratistas, con encadenamientos productivos cada vez más robustos. En efecto, el multiplicador del PIB minero (esto es, cuánta actividad económica adicional crea la minería en otros sectores como construcción, industria y servicios empresariales) se estima en 1,78 para el período 2015-2017. Ello significa que por cada $100 de PIB minero, se generan adicionalmente $78 de PIB en otros sectores.

A ello se suman un sinnúmero de otros beneficios que esta actividad ha producido para el país, tales como la estimulación para el desarrollo de nuevas tecnologías, especialmente en materia energética y recursos hídricos, y la fuerte inversión en capital humano, entre otras, lo que debe seguir siendo promovido.

No cabe duda que el éxito de la minería en Chile se ha debido en gran parte a que las normas que rigen el sector -muchas de rango constitucional- han garantizado la duración de los derechos y la exigibilidad de las obligaciones, brindado la certeza jurídica necesaria para el desarrollo de esta actividad. Respecto a la duración de las concesiones, la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) establece que, sin perjuicio de las causales de caducidad –entre ellas, el no pago de la patente–, la concesión de exploración no podrá tener una duración superior a 4 años; y la de explotación tendrá una duración indefinida.

A nuestro juicio, la duración indefinida para el caso de las concesiones de explotación constituye otra importante garantía, debido a las características particulares que implica el desarrollo de proyectos mineros. En efecto, la actividad minera se distingue de otras actividades debido a que requiere de inversiones cuantiosas, altamente riesgosas, con plazos para recuperar un retorno a la inversión que se extienden por décadas. Por lo tanto, otorgar certeza jurídica es indispensable para el desarrollo de la actividad minera.

Además de los principios y reglas consagrados en el artículo 19 N°24 de la Constitución, complementados con la LOCCM y el Código de Minería (CM), existe un conjunto de otras disposiciones constitucionales y cuerpos normativos que han sido fundamentales para garantizar certeza jurídica a los inversionistas mineros. Por ejemplo, la garantía de igual repartición de los tributos y no discriminación en materia tributaria (artículo 19 N°20 CPR); la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (artículo 19 N°23 CPR); y la estabilidad del régimen de inversión extranjera (Nueva Ley N° 20.848, de 2015, que estableció un marco para la inversión extranjera y crea la institucionalidad respectiva), que asegura la plena vigencia de los derechos y deberes adquiridos por los inversionistas extranjeros bajo el Decreto Ley 600 y la no discriminación en cuanto al régimen jurídico aplicable respecto de los inversionistas nacionales.

Asimismo, cabe tener presente que en los últimos años también se han dictado leyes que han incidido en el sector minero en Chile. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley N°19.300, que establece las Bases Generales del Medio Ambiente, la cual establece importantes restricciones a la actividad minera en aras de la protección del medio ambiente. Ello demuestra que, aun cuando los pilares de la minería en Chile se han mantenido intactos, el legislador ha intentado formular modificaciones para abordar el impacto ambiental de los proyectos mineros.

Ahora bien, a pesar de los importantes avances alcanzados en el sector minero, aún quedan desafíos y tareas pendientes. Por ejemplo, la minería requiere una legitimidad social que vaya más allá de las autorizaciones de funcionamiento, que permita darle legitimidad y estabilidad regulatoria a la industria en el tiempo. Otro desafío se relaciona al cambio climático y su impacto en la disponibilidad de los recursos hídricos. Si bien la industria ha hecho un esfuerzo progresivo por reducir su consumo e incorporar mecanismos de desalinización, la escasez de agua persistirá. Por ello, es fundamental que cualquier legislación futura no desincentive la inversión en desalinización.

Muchos de los desafíos pendientes requieren más bien una solución de política pública antes que constitucional. No obstante, hay ciertos principios o reglas básicas que consideramos que deben mantenerse en el texto constitucional, por la relevancia que tiene este sector para la economía del país. Asimismo, parte de las reglas actuales sí pueden definirse de mejor manera con la finalidad de simplificar el estatuto minero y robustecer sus sus elementos centrales, derivando en el legislador sus aspectos más técnicos.

b. Propuestas y principios a consagrar en una nueva Constitución

Los pilares del actual marco constitucional y jurídico para la minería son: 1) Dominio del Estado sobre todas las minas, pero asegurando los derechos de propiedad sobre la concesión minera; 2) Concesiones privadas para exploración y explotación de sustancias concesibles, que se constituyen y extinguen por resolución judicial; 3) Régimen de amparo por patente o canon, con irretroactividad de las causales de caducidad y extinción; 4) Sistema de concesiones administrativas para explotación de sustancias no concesibles; y 5) Garantía constitucional del derecho de propiedad de los titulares sobre sus concesiones.

A continuación, se proponen lineamientos o principios orientadores sobre cómo debería ser la regulación de la minería en la nueva Constitución, poniendo énfasis en la necesidad de conservar aquellos elementos que han contribuido a la certeza jurídica y han permitido el desarrollo exitoso del sector, lo que se ha traducido finalmente en una contribución importante al Fisco y beneficios para las personas.

1. Dominio del Estado sobre todas las minas

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Proponemos mantener el dominio del Estado sobre todas las minas, pero asegurando al mismo tiempo los derechos de propiedad sobre la concesión minera, de manera de otorgar la certeza jurídica necesaria para que puedan materializarse inversiones privadas en el sector. Consideramos que no existe una incompatibilidad entre ambos, pues una cosa es el recurso natural respecto del cual el Estado tiene el dominio absoluto, y otra distinta es el título de la concesión, respecto del cual la Constitución reconoce el derecho de propiedad a su titular.

2. Concesiones privadas para exploración y explotación de sustancias concesibles, que se constituyen y extinguen por resolución judicial

Por mandato expreso de la Constitución, la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras determinará qué sustancias pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Conforme a la CPR, estas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la LOCCM exprese. De esta norma, se derivan diversas garantías que han sido fundamentales para el desarrollo de la minería.

El hecho que la constitución, subsistencia y extinción de la concesión queden entregadas a la competencia de los Tribunales de Justicia constituye una garantía fundamental, toda vez que evita arbitrariedades en las que podría incurrir la administración del gobierno de turno. Las concesiones mineras otorgadas por el Poder Judicial entregan garantías de imparcialidad respecto de las partes e independencia respecto de otros poderes del Estado.

Otra garantía importante es la existencia de una ley orgánica constitucional (LOC) para regular las concesiones mineras ya que ello brinda una mayor estabilidad. Dada la relevancia de esta actividad económica para el país, sería conveniente mantener la exigencia de un quórum supramayoritario, o al menos, la de un quórum calificado, para la aprobación o modificación de la legislación minera.

3. Régimen de amparo

Según la actual Constitución (artículo 19 N°24), la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por la LOCCM, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Respecto al régimen de amparo al que alude el texto constitucional, la LOCCM contempla que éste consistirá en el pago anual y anticipado de una patente a beneficio fiscal, en la forma y por el monto que determine el Código de Minería.

Algunas propuestas han puesto en duda si los pagos de patentes mineras estarían siendo suficientes en la actualidad para cumplir dicha obligación. Sobre este punto, la imposición de nuevas obligaciones para los concesionarios de las cuales dependa la vigencia de la concesión no parece una alternativa conveniente. En efecto, se corre el riesgo que la imposición de

nuevas obligaciones a los concesionarios pueda conducir a un régimen de amparo por trabajo, en contraposición a un régimen de amparo por patente o canon como el existente. A nuestro juicio, el régimen de amparo por trabajo presenta importantes desventajas, tales como desafíos para la fiscalización, grados de discrecionalidad y espacios para la politización. Asimismo, el riesgo de eventuales requisitos arbitrarios o desmedidos bajo un régimen de amparo por trabajo es mucho más costoso en el sector minero que en otros sectores, debido a lo cuantiosas que son las inversiones mineras. En ese sentido, consideramos que debe mantenerse el sistema de amparo por pago de patente, que por lo demás, recoge una tradición centenaria en nuestra legislación a través del Código de Minería, resulta ser un medio indirecto, adecuado y justo, tanto desde el punto de vista del Estado, como de los particulares.

Ahora bien, si lo que se quiere es evitar la especulación y desincentivar la concentración de concesiones de exploración, entonces existen otras alternativas como, por ejemplo, aumentar razonablemente el monto de las patentes mineras y mejorar aspectos de gestión en la fiscalización y cobro de las patentes, lo cual en todo caso no sería materia constitucional.

Por último, se debe reafirmar la importancia de la irretroactividad de las causales de caducidad y extinción del dominio del titular de la concesión, por cuanto ello promueve la confianza de los inversionistas.

4. Sistema de explotación de las sustancias no concesibles

Conforme al décimo inciso del artículo 19 N°24, la exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación. La Constitución le otorga al Presidente de la República la posibilidad de poner término, en cualquier tiempo y sin expresión de causa, pero con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

En nuestra opinión, las concesiones administrativas otorgan menor certeza jurídica, dan espacio para la discrecionalidad y, por ende, limitan el desarrollo de inversiones privadas. Por tanto, creemos que debería examinarse la posibilidad de que el litio y otras sustancias no concesibles pasaran a ser concesibles y se otorgaran concesiones de exploración y explotación a través de resolución judicial, siempre que no exista una justificación para dicha clasificación, como sería, por ejemplo, la seguridad nacional.

5. Derecho de propiedad de los titulares sobre sus concesiones

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad contemplado en el artículo 19 N°24 de la CPR. El concesionario así tiene derecho al pleno uso, goce y disposición de las sustancias concesibles que encuentra en la mina. De la protección del derecho de propiedad se deriva, además, que éste no puede ser alterado por el Estado, sino solo por vía de expropiación con indemnización por el daño patrimonial. De esta manera, al igual que en el caso de las aguas, en el caso de la minería se protege el derecho de propiedad que tiene el titular sobre su concesión minera, reconociéndose, por ende, el dominio sobre un bien incorporal.

A la luz del exitoso desarrollo que ha tenido el sector de la minería privada en Chile y de los beneficios directos e indirectos que ella ha traído a la sociedad chilena, consideramos importante que se mantenga en la nueva Constitución el dominio del titular sobre su concesión minera.

En todo caso, y de existir cambios al estatuto jurídico, debe resguardarse que los derechos de concesión ya otorgados se rijan por el estatuto bajo el cual fueron otorgados. Sobre este punto, cabe recordar que el mismo artículo 135 de la Constitución, incorporado con la reforma constitucional que habilitó este proceso constituyente, establece un claro límite a la Convención, esto es, que el texto de la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sobre el punto, y en cuanto al derecho de propiedad, Chile ha suscrito y ratificado diversos tratados que lo reconocen. A modo de ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone expresamente en su artículo 21 N°2 que "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas

establecidas por la ley". Esta norma no podrá ser desconocida por el texto de la nueva Constitución.

Asimismo, vale la pena destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ha desarrollado un concepto amplio de propiedad "que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas"[36].

Finalmente, debe tenerse presente que, especialmente por ser un sector donde existe una significativa inversión extranjera, es particularmente complejo modificar las reglas vigentes, pues también hay convenios de doble tributación involucrados.

III. Postura frente a otros debates

a. Royalty

Algunas propuestas constitucionales pretenden establecer en la nueva Constitución que el Estado tenga derecho a regalías por el aprovechamiento privado de los recursos naturales, especialmente recursos mineros, hídricos y marítimos. Asimismo, y a raíz de la tramitación en el Congreso Nacional del proyecto de royalty minero, varios constituyentes electos se han pronunciado a favor de incluir un royalty en la nueva Constitución, cuyo objeto sea compensar el deterioro patrimonial de la propiedad del Estado como consecuencia de la extracción de recursos mineros no renovables y cuyo derecho de explotación ha sido concedido a privados.

En nuestra opinión, la definición de un royalty debería ser materia de ley y no de regulación constitucional ya que se requiere flexibilidad para continuamente lograr equilibrar el tamaño de la renta capturada por el Estado y, al mismo tiempo, asegurar a las empresas un retorno de su inversión adecuado al riesgo. De no existir este equilibrio, la aplicación de un royalty, si bien puede generar una mayor recaudación fiscal de corto plazo, puede llevarnos a una menor producción en el largo plazo, al inhibir los incentivos de la etapa exploratoria. Debido a que nuestro país compite en una industria dinámica inserta en un mundo globalizado, la flexibilidad que otorga una regulación a nivel legal es especialmente necesaria en materia de royalty minero.

A mayor abundamiento, y como demostración de que no es necesaria una norma constitucional, se debe destacar que, respecto a la minería, en Chile ya existe un royalty llamado Impuesto Específico a la Actividad Minera (IEAM), que aplica una tasa progresiva que le permite al Estado captar una mayor renta en momentos de bonanza. Asimismo, y específicamente tratándose de la actividad minera, cualquier modificación tributaria o royalty debe considerar la carga tributaria total efectiva a fin de no afectar la competitividad internaconal.

b. Cláusula General Recursos Naturales

Finalmente, y sin perjuicio de que como explicamos anteriormente, los recursos naturales del agua y la minería ameritan un desarrollo aparte por su importancia, debe tenerse presente que es posible que se pretenda establecer una cláusula general en la nueva Constitución que haga referencia a todos los recursos naturales en cuanto bienes nacionales de uso público. Si bien creemos que no es conveniente ni necesaria su inclusión, por cuanto puede abrir la puerta a una sobre constitucionalización de los recursos naturales, pudiendo implicar con ello graves restricciones, en caso de que ello ocurra, es importante que se establezca de manera clara que el Estado regulará su uso y aprovechamiento a través de concesiones, derechos, autorizaciones u otros mecanismos establecidos por la ley, respetando el libre e igualitario acceso a éstos y los derechos ya reconocidos o constituidos conforme al ordenamiento jurídico vigente.

[36] *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo); C°55.*

Sistema de gobierno e iniciativa exclusiva del Presidente de la Repúblicas[1]

1 Integrantes: Pablo Valderrama (IdeaPaís), Claudio Alvarado (IES), Natalia González (LyD), Pablo Rodríguez (IL), Jorge Gómez (FPP), Emiliano García (FJG), Miguel Ángel Fernández (Aire Nuevo), Jorge Hagedorn (IdeaPaís), Francesca Zaffiri (Fundación Piensa), Macarena García (LyD), Mariana Canales (IES), Alberto Illanes (FJG) y José Manuel Astorga (Horizontal).

Tabla de contenidos

A. Introducción - Algunas consideraciones previas

B. Diagnóstico sobre el sistema de gobierno chileno (régimen de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos)

C. Principios y objetivos que considerar al pensar en el sistema de gobierno

D. Propuestas: Régimen de Gobierno

E. Propuestas: Sistema Electoral

F. Propuestas: Sistema de Partidos

G. Ideas centrales sobre la Iniciativa Exclusiva del Presidente de la República

A. Introducción – Algunas consideraciones previas

Todos los regímenes de gobierno presentan ventajas y desventajas, de manera que ninguno de ellos debe ser concebido como la única solución a los problemas que presenta otro de los regímenes. Es más, en algunos casos los problemas pueden agudizarse. Así, ningún régimen de gobierno es per se positivo o negativo, y muchas veces su comportamiento practico es más relevante que el diseño teórico a nivel normativo. Todos los regímenes de gobierno requieren considerar la tradición, idiosincrasia y particularidades de cada nación, así como la estructura y dinámicas en general de la política y de los partidos políticos, como lo es el multipartidismo histórico en el caso chileno. Por su parte, en todos los regímenes de gobierno, para su buen funcionamiento, se asume la disposición de los actores y los poderes públicos al cumplimiento de las reglas del marco jurídico institucional a tal efecto.

A los **regímenes presidenciales** se les suele asociar con una mayor rigidez dada por la duración fija y prestablecida en el cargo del Presidente de la República (no existe, como hemos señalado en estos regímenes, el voto de censura), lo que lo hace menos dúctil a circunstancias variables que puedan ameritar otro tipo de liderazgos o de cara a enfrentar la amenaza del populismo. Asociado a la rigidez, la crítica más fuerte a este régimen de gobierno se origina en los casos en los que el Presidente de la República no tiene mayorías parlamentarias o las pierde, tras lo cual se producen trabas en la agenda legislativa y, en último término, una parálisis legislativa. Ello impide llevar a cabo el programa de gobierno y no logra dar cauce a las demandas sociales más urgentes. Y es que en el sistema presidencial no es posible definir cuan representativa es la mayoría que elige al presidente, en contraste con las mayorías que eventualmente se conforman en el Poder Legislativo. Por lo tanto, el Presidente de la República podría contar con un apoyo mayoritario de la población que, sin embargo, luego no necesariamente se ve reflejado en las mayorías legislativas. Como bien explica Arturo Fontaine en su más reciente ensayo "La pregunta por el régimen político", en el presidencialismo hay verdaderamente 2 poderes que se originan directamente por la ciudadanía, de manera independiente: la Presidencia y el Congreso, aspecto bien arraigado en nuestra cultura política. Ahora bien, cuando esos poderes chocan, se socava la gobernabilidad y la estabilidad. Este es el argumento más potente (la doble legitimidad) de quienes promueven el parlamentarismo o el régimen semi-presidencial.

Por su parte, cabe hacer notar que el presidencialismo conlleva una potencial personalización del poder, la cual se puede traducir en una personalización del proceso político completo. Esto, no solo hace que la acción del resto de los actores, tanto ganadores como perdedores, gire en torno al actuar presidencial a favor o en contra, sino que todas las expectativas por parte de los electores, en relación con la ejecución de políticas públicas o leyes, se depositan sobre su gestión e incluso su carácter personal. En los regímenes parlamentarios, en cambio, si bien los líderes de la coalición gobernante tienen una relevancia mayor al resto de los parlamentarios, la conformación del gobierno y los gabinetes los coloca en una condición de igualdad. El manejo del gobierno es responsabilidad de la coalición, promoviendo la generación de incentivos para cooperar. En un sistema presidencial donde el poder está muy personalizado, los opositores tenderán a que tal mandato no sea exitoso en ningún sentido pues la perspectiva sistémica del orden político da paso a la rencilla personal. Esto incluso puede horadar fuertemente la autoridad presidencial al desplazar el criterio desde la potestad del cargo en sí al prestigio personal o el carisma de quien lo detenta.

Más allá de la legítima discusión de si en Chile existe o no una tradición presidencialista, la cuestión de la elección directa del Presidente de la República -que es a su vez el jefe de Estado y de gobierno- por parte de la población en Chile está muy arraigada en la ciudadanía y tiene un impacto importante y positivo en materia de representatividad. Una elección indirecta -a través del Parlamento (élite política)- podría generar mayor desconexión de las personas con la política, cuestión que debe incluirse necesariamente en el diagnóstico y al evaluar cambios en el régimen de gobierno, sobre todo de cara a la demanda de mayor representatividad y participación tras el 18 de octubre de 2019.

A los **regímenes parlamentarios y semi-presidenciales**[2],en

[2] *Cabe mencionar no obstante que los regímenes parlamentarios y semi-presidenciales no son idénticos, a pesar de que tienen diversas similitudes. Dentro de estas últimas se encuentra que el Jefe de Gobierno (quien gobierna) es designado por el Parlamento y que en ambos regímenes existe la moción de censura y la posibilidad de disolver el Parlamento. Entre las diferencias puede listarse que en los regímenes semi-presidenciales (aunque no en todos) el Jefe de Estado es el electo por la ciudadanía (caso francés).*

cambio, se les asocia con mayor flexibilidad (jefe de gobierno puede nombrarse y destituirse, según las circunstancias requieran de una u otra persona, por el parlamento), y con mayor gobernabilidad al facilitar la formación de mayorías parlamentarias que originan y respaldan al gobierno, dándole estabilidad. Y es que, en el parlamentarismo, a diferencia del presidencialismo, en realidad lo que se produce es una verdadera fusión entre gobierno y parlamento. El gobierno se mantiene en el poder solo en tanto cuenta con la confianza del parlamento. Los proyectos de ley presentados por el jefe de gobierno no necesitan ser negociados con un poder independiente porque el primer ministro es en realidad un agente del Congreso en el Ejecutivo. Lo mismo sucede en el semi-presidencialismo.

Si bien el parlamentarismo y el semi-presidencialismo, en los sentidos anteriores, pueden resultar una buena opción al superar, en principio y de manera rápida, el problema de la parálisis o deadlocks para dar una salida a la crisis (al consagrar el voto de no confianza del parlamento al jefe de Gobierno, y la disolución del parlamento por parte de aquel), ello no quiere decir que esa salida sea eficaz pues bien puede producir otros problemas. Y es que la solución rápida no quiere decir que los bloqueos no ocurran en los sistemas parlamentarios o semi presidenciales, solo que se dan de un modo diverso[3]. Prueba de ello son las múltiples elecciones de gobernantes que pueden tener lugar, en pocos años, cuando no hay mayorías estables, y en la duración de los gobiernos, que puede ser muy breve. Estudios muestran que los regímenes semi-presidenciales son los que poseen gobiernos más breves, y caen por desacuerdos entre el Ejecutivo y el Congreso (bloqueos)[4] . La corta duración de los gobiernos, de meses incluso, no colabora con la necesaria visión de largo plazo que se requiere en la materia. Por su parte, el período más o menos extenso que puede tomar el formar coaliciones que definan el Gobierno puede ser muy extenso, años a veces, lo que genera dilación en la toma de decisiones muy importantes para poblaciones prioritarias, cuestión que un país en vías de desarrollo como el nuestro no puede desconocer. Así, los problemas de los gobiernos de minoría, que inquietan en un régimen presidencial, no desaparecen en el parlamentarismo ni en el semi-presidencialismo. Las salidas a los momentos de crisis son más rápidas, pero eso no significa que se resuelva rápido el problema que los llevo a la crisis o se generen otros. En estos regímenes, si no hay mayorías para dar gobernabilidad y hay múltiples partidos, como en Chile, entonces o gobierna una coalición o se produce un gobierno de minoría. Como plantea Arturo Fontaine en su ensayo "La pregunta por el régimen político", el problema de la parálisis y su explicación, más que en el régimen de gobierno, está en el sistema de partidos y en el fenómeno de la polarización.

La diferencia, como decíamos, es que en el parlamentarismo hay una salida rápida cuando hay crisis: disolución del parlamento y llamar a elecciones, cuestión que en el presidencialismo no se da. Sin embargo, lo que hay que tener presente es que la salida de la crisis que plantea el parlamentarismo no significa que se resuelva rápido el problema. Como indicábamos, a veces, formar un nuevo gobierno puede tardar años y en un país en vías de desarrollo como Chile, eso ciertamente es un problema.

Cabe también dejar en claro que en un régimen parlamentario o semi-presidencial, el rol del parlamento no se releva o refuerza. En los regímenes parlamentarios y semi-presidenciales, el jefe de gobierno o primer ministro tiene grandes poderes, incluso más que el que tiene el Presidente de la República bajo un régimen presidencialista. En un régimen presidencial, el Congreso, que es un poder independiente, juega un rol más protagónico en el debate legislativo y no se limita a aprobar lo que envía el primer ministro como ocurre en el parlamentarismo o en el régimen semipresidencial.

Finalmente, en el régimen semi-presidencial y, más allá de lo que comparte con el parlamentarismo, está el problema de la

[3] *Fontaine, Arturo: La Pregunta por el Régimen Político, Conversaciones Chilenas, Ensayo, FCE, 2021.*

[4] *Christopher Martínez ¿Por qué el semi-presidencialismo?, columna publicada el 4 de junio en el Diario El Mercurio (estudios ahí referenciados).*

cohabitación, esto es, tener al jefe de Estado y de Gobierno en el Ejecutivo cohabitando y siendo posiblemente de dos líneas o tendencias políticas distintas. Este no es un problema menor, pues traslada la conflictividad a la propia sede de gobierno.

Por último, cabe hacer presente que al evaluar un régimen de gobierno deben considerarse aspectos estructurales a dicho régimen, pero también aspectos relacionados al mismo o incidentes a su funcionamiento. De ahí que no pueda hacerse un diagnóstico de régimen de gobierno sin considerar el sistema de gobierno en su conjunto, lo que necesariamente implica evaluar el sistema electoral y el sistema de partidos.

En efecto, un régimen de gobierno no debe mirar exclusivamente la forma de administración del Poder Ejecutivo, sino que tiene la obligación de entenderse como un conjunto de normas y mecanismos que interactúan entre sí y producen diferentes incentivos hacía agentes políticos, ciudadanía y grupos intermedios. La trinidad "organización del ejecutivo" – "sistema electoral" – "forma de Estado" es crucial para entender el camino que toman las interacciones entre diferentes niveles del aparataje estatal.

B. Diagnóstico sobre el sistema de gobierno chileno (régimen de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos)

Para efectuar el diagnóstico del sistema de gobierno chileno se tendrán en consideración los objetivos y principios a los que el sistema debiera aspirar, para luego, y a la luz de esos objetivos, relevar en el diagnóstico si ellos se cumplen o no.

I. Diagnóstico sobre el Régimen de Gobierno: Relación Ejecutivo-Legislativo

Primer objetivo: Parlamento y Ejecutivo hacia una relación política-colaborativa

¿Qué se observa?

- Que hay escasos mecanismos e incentivos para facilitar la colaboración política y legislativa entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo que genera trabas a la deliberación y acuerdos sobre políticas públicas relevantes y en último término parálisis.
- Estructura institucional de interacción en que los beneficios de la cooperación política unilateral son mucho menores que los de la confrontación, especialmente para partidos de oposición (incluso para los partidos moderados), llevando a que los costos de las crisis (tanto de alta, como mediana intensidad), los cargue totalmente la coalición oficialista (la presidencia).
- Que el problema se acentúa en gobiernos con minorías parlamentarias: trabas y, en último término, parálisis.
- Ausencia de válvulas de escape para descomprimir crisis institucionales.
- Falta de deliberación al interior del gabinete, y de representación política efectiva en el mismo.

Segundo objetivo: mayor equilibrio de capacidades al enfrentar los debates legislativos

¿Qué se observa?

- El Congreso Nacional enfrenta importantes limitaciones técnicas. De ello se sigue que tiene menor capacidad técnica que la del Ejecutivo para apoyar la realización de su labor legislativa en igualdad de condiciones, traduciéndose, en la práctica, en una asimetría con las asesorías técnicas que cuenta el Gobierno. En este sentido, los sistemas de asesorías técnicas y de apoyo al trabajo parlamentario han demostrado ser insuficientes y no ser un contrapeso real y efectivo a la labor que realizan sofisticados y complejos equipos técnicos de ministerios y servicios públicos. Esto ha significado -aunque no en todas las ocasiones pues también es usual que se conformen

mesas de trabajo entre Ejecutivo y asesores designados por los parlamentarios- que en la etapa prelegislativa, la administración suela evitar la intervención parlamentaria y ser especialmente parca a la hora de dar explicaciones técnicas y justificar el contenido de sus propuestas legislativas, como lo evidencia la reforma tributaria impulsada durante el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet.

- Debilidades del Congreso, en comparación con las atribuciones del Ejecutivo. El Congreso no tiene la estructura organizacional para tomar decisiones complejas. Hace de contrapeso, pero no puede liderar decisiones pues no tiene la capacidad técnica. Mejorarlo como espacio de deliberación.
- Este desbalance lo vemos en el régimen presidencial, pero puede presentarse en cualquier régimen de gobierno.
- Aun cuando es cierto que las herramientas con las que cuenta el Congreso en el proceso legislativo deben revisarse y perfeccionarse, y que el Presidente de la República tiene una serie de facultades importantes a nivel constitucional en el proceso legislativo, no es tan claro que en la práctica o en lo concreto pueda sostenerse que existe un hiper presidencialismo reforzado.

Si bien el Presidente de la República tiene un conjunto de atribuciones muy importantes, en la realidad éstas tienden a ser bastante más débiles que lo dictaminado por escrito (la iniciativa exclusiva, la facultad de vetos y las supra mayorías que requeriría el Congreso para insistir en sus iniciativas, urgencias, Congreso débil para enfrentar discusiones complejas y el multipartidismo que no colabora a la gobernabilidad). Por lo demás, cabe recordar que respecto del excesivo poder del Presidente, la Constitución considera pesos y contrapesos (aprobación de la Ley de Presupuestos por parte del Congreso, son materia de ley las iniciativas que autoricen el endeudamiento del Estado, exigiéndose incluso ley de quórum calificado para autorizar la contratación de empréstitos cuyo vencimiento exceda del período presidencial; imposibilidad de financiarse con recursos del Banco Central; prohibición de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos; el principio de no afectación tributaria; control de legalidad de la Contraloría General de la República).

Tercer Objetivo: equilibrio y competencia de funciones del Estado

¿Qué se observa?

- Diseño original de la Constitución buscaba establecer un equilibrio entre las funciones del Estado en la triangulación Ejecutivo (Presidencial) – Congreso – Poder Judicial (encarnado en este caso en el Tribunal Constitucional).
- El problema de la dependencia del camino: cambios institucionales, práctica política y presión de sistema social.
- Batería de cambios institucionales desajustaron competencia entre diferentes organismos anclas de las funciones estatales, lo cual, sumado a un ambiente negativo de confianza y relación Estado-ciudadanía, terminó por producir tres negativos efectos: (i) debilitamiento práctico de la función ejecutiva (llamada a ser el actor dominante en la búsqueda de equilibrio); (ii) excesiva influencia de grupos activistas en decisiones de agentes anclas; (iii) desprestigio generalizado de la actividad político-institucional.

Cuarto Objetivo: coherencia entre cultura política e instituciones a instalar

¿Qué se observa?

- Cualquier régimen de gobierno debe tener en cuenta la cultura política de los ciudadanos del país. El sistema primario (presidencial) opera bajo una lógica mayoritaria, arrastrando una noción popular de que "quién tiene más voto debiese ganar".
- Si bien el sistema proporcional existió durante mediados del siglo XX, existe una sensación de injusticia frente a un sistema que: (i) no es completamente

comprendido por una mayoría de los chilenos; (ii) no es coherente con la atmósfera pública nacional.

- Este apartado se debe tener en consideración a la hora de tomar decisiones de cambio / continuidad en los elementos de un régimen de gobierno.
- Un régimen de gobierno no debe mirar exclusivamente la forma de administración del Poder Ejecutivo, sino que tiene la obligación de entenderse como un conjunto de normas y mecanismos que interactúan entre sí y producen diferentes incentivos hacia agentes políticos, ciudadanía y grupos intermedios. La trinidad "organización del ejecutivo" – "sistema electoral" – "forma de Estado" es crucial para entender el camino que toman las interacciones entre diferentes niveles del aparataje estatal.

II. Diagnóstico sobre el Sistema Electoral

Primer Objetivo: estabilidad y gobernabilidad, relación colaborativa entre Parlamento y Ejecutivo.

¿Qué se observa?

El fin del sistema binominal y su reemplazo por un sistema proporcional significó un cambio radical en la composición del Congreso Nacional, con un aumento significativo de los partidos políticos con representación parlamentaria, el cambio en las coaliciones políticas y una mayor inestabilidad de dichos pactos. Un sistema proporcional y altamente representativo demostró convivir con dificultad con un sistema presidencial como el nuestro, donde los incentivos a la disciplina partidaria y a los acuerdos institucionales han resultado ser bajos. Así, el sistema electoral actual, para elegir a los miembros del Congreso, no contribuye a generar la relación colaborativa deseada, pues atomiza las fuerzas políticas al interior del Congreso lo que hace más complejo llegar a acuerdos, a la par que incentiva comportamientos que extreman las posiciones pues se les habla a los nichos objeto de representación.

Segundo Objetivo: representatividad.

¿Qué se observa?

- Es cierto que el sistema actual ha permitido ganar en apertura a fuerzas políticas en el Congreso, pero esa ganancia no debe complotar en contra del fin de generar buenos niveles de estabilidad y gobernabilidad. En efecto, ha creado niveles de inestabilidad muy altos, incentivando el discurso a grupos minoritarios que no representan transversalmente a la población, ya que no se requiere representar a grandes mayorías para ser electo.
- Las dificultades se hacen evidentes para la gobernabilidad cuando hay "gobiernos con minoría parlamentaria".
- La representación proporcional no ha sido un estimulante para una mejor calidad de la práctica parlamentaria, a la vez que ha agudizado el problema de la doble legitimidad del régimen presidencial con minoría parlamentaria.

Tercer Objetivo: rendición de cuentas hacia la ciudadanía.

¿Qué se observa?

- El actual sistema disminuye la probabilidad de que los ciudadanos tengan una capacidad efectiva de "premiar" o "castigar" a congresistas de acuerdo con el desempeño que observan.
- La combinación de sistema de listas y fórmula D'Hondt con la magnitud de distritos determina que, en la práctica, sea difícil para un ciudadano abrirse a la posibilidad de nuevas figuras entrantes, competidoras frente a los incumbentes.
- En adición, la interacción de mecanismos (combinación de sistema proporcionales con bajos umbrales de acceso y voto voluntario) determina que la búsqueda de adherentes por parte de candidatos e incumbentes se de en espacios reducidos, movilizando de manera más sencilla.
- Lo anterior configura un importante desafío, pues genera mayor probabilidad de que candidatos busquen nichos electorales de ciudadanos activistas, dejando de lado al votante mediano y maximizando representación de grupos menos moderados.

Cuarto Objetivo: coherencia sistema electoral – forma de gobierno.

¿Qué se observa?

- Una forma de gobierno no es una isla. Mayores y menos niveles de estabilidad programática y política requieren una forma de transformar preferencias ciudadanas en puestos de representación que permitan capacidad, cooperación e inclusión

Quinto Objetivo: comprensión ciudadana del sistema electoral.

¿Qué se observa?

- Existe una **sensación de injusticia frente al sistema proporcional que nos rige actualmente.** Las razones de ésta es que (i) no es completamente comprendido por una mayoría de los chilenos y (ii) no es coherente con la atmósfera pública nacional.
- Los **altos niveles de abstención** son otros de los problemas fundamentales. Una de las bases para dar legitimidad a las instituciones políticas es que éstas sean lo más representativas de la voluntad de la mayoría, es por esto por lo que se requiere de que las votaciones sean lo más participativas posibles.

III. Diagnóstico sobre el Sistema de Partidos

Objetivo: mejorar niveles de gobernabilidad, democracia interna y accountability y contribuir a dar estabilidad a la democracia.

¿Qué se observa?

- Debilitamiento de los partidos políticos, pilares de la democracia constitucional.
- Germinan partidos políticos sin anclaje ideológico, o sin referencias programáticas.
- Atomización del sistema de partidos produce problemas de coordinación.
- Mayor oferta política no se ha traducido en mayor participación efectiva.
- Incentivos están puestos en construcción de coaliciones electorales (corto plazo) y no programáticas (largo plazo) afectando la estabilidad del sistema.
- Pocos incentivos en el sistema presidencial para contar con una mayor disciplina, además de la escasa democracia interna que existe dentro de estas instancias.
- Falta responsabilidad en la estructuración de cuadros.
- Hay problemas de gobernabilidad y de rendición de cuentas, *accountability*.

Sobre el multipartidismo chileno (histórico) cabe señalar que no es lo mismo tener un multipartidismo bajo un régimen parlamentario que bajo un régimen presidencialista o semipresidencial. En ese sentido, «el presidencialismo es la forma que más se ve menoscabada por la representación proporcional»[5]. **En presidencialismos con sistemas multipartidarios y representación proporcional, el Poder Ejecutivo debe conformar apoyos legislativos para cada asunto que pretenda impulsar, por lo que los partidos de gobierno deben intentar conformar coaliciones amplias en el Congreso para asegurar mayorías parlamentarias, lo que en ciertos casos termina favoreciendo la influencia de partidos extremos o minoritarios que logran cierta capacidad de veto. La incidencia del método electoral es relevante en cuanto al modo en que las tensiones en uno u otro sistema se producen.**

En relación con esto «la diversidad de arreglos electorales entre los sistemas presidenciales provee un contexto más rico para examinar las explicaciones institucionales de conflicto o compatibilidad partidaria entre los poderes»[6].

[5] *Sartori, G. (1996). Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. México. Fondo de Cultura Económica. Pp. 119.*
[6] *Carey, John M. (2006). «Presidencialismo versus Parlamentarismo». Revista POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político, (11),121-161*

De esta manera, y aun cuando la regulación de los partidos escapa la esfera constitucional, la problemática que hoy genera la regulación al sistema de partidos debe abordarse como parte de este trabajo. Los partidos políticos son esenciales al funcionamiento de la democracia y debemos fortalecerlos y contribuir a que la confianza de la ciudadanía en estos estamentos mejore y podría trabajarse el tema a nivel de principios a consagrar en la Constitución en esta materia.

Los agentes políticos, agrupados en partidos y coaliciones, responden a incentivos que se dan desde la Constitución hasta las diferentes leyes que regulan diferentes ámbitos de su funcionamiento legal.

C. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS QUE CONSIDERAR AL PENSAR EN EL SISTEMA DE GOBIERNO

Más allá de la discusión respecto a los distintos regímenes de gobierno, lo clave a la hora de evaluar cuál sería más adecuado para Chile tiene relación con la viabilidad y factibilidad de un cierto régimen de gobierno. Esto se relaciona con ciertos aspectos críticos que deberían esperarse de un arreglo institucional como **el régimen de gobierno, relativos a la estabilidad del régimen mismo, los niveles de gobernabilidad del régimen y los mecanismos para resolver conflictos de carácter político.** Esto debe considerar dos dimensiones adicionales que son importantes e inciden en el buen desempeño de lo anterior: **el sistema electoral y la configuración del sistema de partidos.**

De esta manera, se trata de una cuestión que no debe analizarse en forma aislada sino considerando los elementos del sistema de gobierno en su conjunto (régimen de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos), **además de considerar la tradición política de la nación.**

Dicho lo anterior, consideramos que al diseñar un régimen de gobierno se debe aspirar a:

- Una clara división de los poderes del Estado, en resguardo de los derechos y libertades ciudadanas, contemplando sistemas de controles y pesos y contrapesos de manera de lograr un equilibrio.
- Que se dé una competencia funcional y coherente entre agentes anclas del poder estatal, a fin de que exista un equilibrio que evite una dominación de una de las funciones sobre el resto, y claras responsabilidades para hacer cumplir el diseño institucional.
- Que otorgue altos niveles de gobernabilidad (supone dinámica colaborativa entre el poder Ejecutivo y Legislativo, entre otras), y niveles razonables de representatividad;
- Que contenga reglas e instrumentos claros, capaces de orientar y resolver adecuada y eficazmente problemas entre los poderes públicos.
- Que provean un ambiente de estabilidad, propicio para el progreso y el bienestar consecuente de su población. Más allá de la estabilidad del sistema de gobierno, debe también aspirar a que haya profesionalización (y estabilidad consecuente) de la administración pública.
- Que contemplen espacios de participación ciudadana, funcionales a la democracia representativa.
- Que permita cumplir con tres condiciones esenciales de democracias liberales avanzadas: fuerza de autoridad, cooperación política e inclusión ciudadana.
- Que sea comprendido por una mayoría de la población, a fin de evitar problemas de legitimidad durante el proceso de ajuste institucional.
- Que se fortalezca la función ejecutiva, incluyendo mayores grados de deliberación al interior del gobierno, y específicamente del gabinete.
- Que considere a tradición política institucional.

- Los niveles de gobierno (nacional y subnacional) deben actuar en forma cooperativa bajo un Estado unitario y descentralizado con competencias y funciones claras.

D. Propuestas: régimen de gobierno

I. Antecedentes

Como decíamos, hoy se advierte en Chile una creciente y preocupante incapacidad para adoptar acuerdos y para superar la inercia política. Con ello, se ralentiza el cumplimiento de los programas de gobierno y, en último término, la satisfacción de las demandas ciudadanas, lo que acrecienta la desconfianza y el desapego de la ciudadanía por la política.

Quienes abogan por el reemplazo del régimen de gobierno han tendido a identificar algunos de los problemas políticos y sociales de la crisis decantada a partir del 18-O con las falencias del actual. El supuesto sería el siguiente: nuestro sistema de gobierno es un presidencialismo reforzado o exacerbado, un «hiperpresidencialismo» para algunos, que concentra el poder en un solo agente y lo rigidiza, por lo que no sería capaz de dar respuesta a la complejidad actual del país.

Sin embargo, como decíamos antes, la realidad nos muestra que existe un matiz relevante entre la consagración legal de las facultades del Presidente de la República a como éstas se dan en la práctica. Por ejemplo, en el caso de las urgencias, si bien la facultad y poder de fijarlas es del Presidente como colegislador, al no tener sanción alguna su incumplimiento, más que la sanción de la opinión pública en un sistema político -donde desmarcarse del Ejecutivo últimamente ha traído más réditos que consecuencias-, los legisladores constantemente incumplen el mandato presidencial y la facultad termina siendo –muchas veces– letra muerta. Por otro lado, la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, la cual consiste en reservar al mandatario la iniciativa para legislar sobre ciertas materias relevantes, ha sido una de las críticas más repetidas de los detractores del «hiperpresidencialismo». Sin embargo, una somera revisión a nuestra reciente historia política nacional justifica plenamente esta normativa, conforme lo trataremos en un acápite separado. Respecto de la necesidad de válvulas de escape, la pregunta que surge es si la falta de estas válvulas o la incapacidad de salir del inmovilismo tiene como causa únicamente el régimen de gobierno, o es tal vez un problema más amplio y sistémico. Si se observa, los problemas que más pronunciadamente hemos evidenciado en el último tiempo parecieran responder más bien a la falta de cooperación y diálogo entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Esto ocurre porque no hay incentivos para el auxilio mutuo o la colaboración. Más todavía, nuestro actual sistema electoral profundiza el multipartidismo, premia los candidatos de «nicho», tiende a la fragmentación y a una baja lealtad de coaliciones (e incluso de partido). Esto dificulta la gobernabilidad y la cooperación entre poderes. No se trata, entonces, de que haya problemas con el interlocutor válido, sino que hay demasiados y ninguno es capaz de dar certezas.

Frente al acertado diagnóstico de las dificultades para la gobernabilidad que representan los gobiernos con minoría parlamentaria, surgen ciertas posibilidades. Por un lado, adjudicar las deficiencias a condiciones estructurales de nuestro diseño institucional y señalar que son propias del sistema presidencial. Por otra parte, bien podría reflexionarse en torno a la idea de que el problema no surge exclusivamente de condiciones estructurales del presidencialismo, sino más bien de disposiciones particulares que se sitúan en la órbita del régimen de gobierno (desde una perspectiva sistémica) que incentivan o desincentivan la colaboración de poderes[7]. Y es que el presidencialismo (con condiciones de entorno sociopolítico favorables) puede exhibir un razonable funcionamiento a nivel de gobernanza.

En general, desde la perspectiva de los centros de estudios que suscriben este trabajo, los problemas del presidencialismo no son endógenos a esta forma de gobierno, sino que están determinados por las condiciones de entorno sociopolítico que en él inciden. Como decíamos, un régimen de gobierno no debe mirar exclusivamente la forma de administración del Poder Ejecutivo,

[7] *Ramírez, Jorge, op, cit.*

sino que tiene la obligación de entenderse como un conjunto de normas y mecanismos que interactúan entre sí y producen diferentes incentivos hacia agentes políticos, ciudadanía y grupos intermedios. Tal y como lo hemos reiterado en este documento, la trinidad "organización del Ejecutivo" – "sistema electoral" – "forma de Estado" es crucial para entender el camino que toman las interacciones entre diferentes niveles del aparataje estatal.

Por ello, estimamos que más bien deben introducirse aspectos de ingeniería constitucional y legal para la conformación de patrones de gobernanza centrípetos, que tiendan a la moderación y a la colaboración para prevenir o evitar los *deadlocks*[8]. Por ello, sostenemos que el sistema presidencialista actual debe ser reformado para ser capaz de responder a los desafíos de la política actual, manteniendo asimismo las virtudes de nuestra historia constitucional y política. Ello puede hacerse a través de medidas que apuntan al perfeccionamiento del régimen para otorgar incentivos de cooperación[9], tender a una mayor gobernabilidad, una mejor representatividad popular, morigerar algunas facultades del Presidente y otorgarle herramientas al Congreso para representar un verdadero contrapeso y ser una institución más profesional y valorada por la ciudadanía.

II. Propuesta de los Centros de Estudios: Hacia un Régimen Presidencial Corregido

En lo fundamental, y en un consenso casi unánime, sostenemos que es deseable mantener nuestro régimen presidencial, reformado en aquellas cuestiones que sugieren una mayor colaboración y gobernanza[10]. En Chile, la tradición presidencialista ha marcado nuestro diseño institucional desde los albores de la República. En este sentido, es determinante entender que los pueblos o naciones construyen su identidad en base a y de la mano con la institucionalidad y el Estado, sin atender debidamente a la identidad local y a la tradición histórica, cualquier modelo de desarrollo tendrá serias dificultades para echar raíces profundas en nuestro país.

Es nuestra posición que el régimen de gobierno presidencial chileno no es exacerbado. Esto, de un análisis en el que se evalúan tanto las instituciones formales –aquellas reglas y diseños literales– como las informales, considerando que las segundas pueden incluso llegar a tener un mayor peso. Es decir, se propone un análisis cualitativo más que solo cuantitativo de sus facultades: esto implica revisar su ejercicio y aplicación en la práctica. De lo anterior se demuestra que aquellas atribuciones que se han definido como excesivas, en realidad, están morigeradas por la costumbre.

Nuestra postura es asimismo coherente con la constatación de que el presidencialismo tiene larga data en la tradición constitucional chilena[11] y latinoamericana[12], habiendo sufrido diversos cambios en el tiempo. La preeminencia del Ejecutivo por sobre el Legislativo podía verse ya en la Constitución de 1833, que establecía que el Presidente de la República era el jefe supremo de la nación y el administrador del Estado. Sin embargo, durante las últimas décadas del siglo XIX el régimen político chileno transitó a un mayor equilibrio entre poderes y a una flexibilización en sus relaciones con el Congreso Nacional.

---

[8] *Ramírez, Jorge, op. cit.*

[9] *Como un incentivo a la colaboración y evitar bloqueos permanentes, el Instituto Libertad propone discutir la posibilidad de que el Presidente de la República, por una vez en su mandato, tenga la facultad para disolver una o ambas cámaras del Congreso y llamar a elecciones inmediatamente.*

[10] *En esta línea, Arturo Fontaine en su ensayo sobre: La Pregunta por el Régimen Político, Conversaciones Chilenas, Ensayo, FCE, 2021. También Christopher Martínez ¿Por qué el semi-presidencialismo?, columna publicada el 4 de junio en el Diario El Mercurio (estudios ahí referenciados y Soto, Sebastián "La Hora de la Re-Constitución", Ediciones UC.*

[11] *Ver, por ejemplo, José Victorino Lastarria, La Constitución Política de la República de Chile comentada, Imprenta Barcelona, 1856.*

[12] *Ver, por ejemplo, Enrique Krauze, La presidencia imperial, Tusquets Editores, 1997 y Carlo Nino, ob. cit.*

Una solución deseable a los problemas ya enunciados, en el marco del reemplazo constitucional, vendrá de la mano de mantener el régimen presidencialista en general, con ciertas reformas que den efectiva respuesta a los problemas políticos y prácticos de gobernabilidad y falta de cooperación que se vienen arrastrando hace algunos períodos presidenciales.

En concreto proponemos:

1. Fijar las elecciones parlamentarias para la segunda vuelta presidencial y contemplar una elección de medio término del Parlamento, en que se renueve toda la Cámara de Diputados y la mitad del Senado.

2. Fortalecer el Congreso Nacional de cara al debate legislativo:

- Entendiendo que se busca aumentar el espacio para el debate parlamentario en términos de gasto fiscal, proponemos otorgar al Congreso Nacional la posibilidad de iniciar la discusión de proyectos de ley en materias de iniciativa exclusiva, pero con la restricción de que la iniciativa sólo pueda ser aprobada si cuenta con el patrocinio del Ejecutivo, para el cual cuenta con un período de tiempo acotado (para evitar conflicto) y no podrá presentarse ni aprobarse en períodos de campaña. Asimismo, y a fin de darle espacio al Congreso Nacional en la deliberación del presupuesto anual del Gobierno, pero con ciertas restricciones, sugerimos que todo aumento de gasto propuesto por el Congreso deba venir acompañado de una disminución, del mismo monto e incluido en dicha propuesta, en otra línea de la misma partida, de forma de acotar el monto total del gasto. En caso contrario, el presidente de la comisión o subcomisión respectiva debe declarar como rechazada la indicación presentada[13].
- Fortalecer la asesoría parlamentaria potenciando la actual Oficina de Presupuesto del Congreso Nacional (para el estudio y análisis más acabado de las iniciativas que tienen costo fiscal y de la Ley de Presupuestos del Sector Público) y la creación de una oficina o unidad especial, profesional y técnica, en el Congreso Nacional, dedicada a asesorar al Parlamento sobre todo en aquellas materias en las que hoy se observan las mayores falencias más grandes como ocurre con el análisis de aquellos proyectos de ley que tienen impacto regulatorio. De esta manera se propone racionalizar los actuales recursos destinados a la asesoría parlamentaria redestinando parte de esos recursos a esta oficina para su operación y funcionamiento y para la contratación de profesionales idóneos que en todo caso deberán ser seleccionados a través de un proceso o sistema que asegure su selección por mérito. Las asesorías parlamentarias se mantendrán, pero proponemos un sistema en que los asesores legislativos sean de las bancadas respectivas.
- Mantener el bicameralismo en el Congreso Nacional.
- Una reforma al sistema electoral que incentive la colaboración y cooperación de las fuerzas políticas. Debemos apuntar hacia un sistema con una menor fragmentación de las fuerzas políticas y con un comportamiento más centrífugo, que moldee grandes mayorías, propicie mayor eficacia gubernamental, estimule la competitividad en los comicios y favorezca la identificabilidad del vínculo representante-elector a nivel de distritos. Introducir un componente mayoritario para la elección de los parlamentarios o al menos para una parte del Parlamento, o efectuar cambios al sistema de representación proporcional de manera que podamos contar con representantes más cercanos a la población, y con barreras más altas de permanencia en los partidos y para ser electos. Sobre este punto ahondaremos más adelante.
- Revisar la duración del mandato presidencial de manera de hacerlo coherente con la visión de largo plazo que se requiere.

[13] *A pesar de las restricciones señaladas, el Instituto Libertad plantea su discrepancia sobre este punto al otorgar una excesivo poder a los parlamentarios y la presión que estos podrían generar para lograr el patrocinio.*

- En materia del sistema de partidos, y sin perjuicio de lo que se señala más abajo en el acápite específico sobre la materia, se estima necesario elevar los requisitos para conformar partidos políticos, para que sean efectivamente plataformas representativas nacionales, y puedan articular las bases programáticas de mejor manera. Asimismo, sostenemos que deben mejorar su democracia interna, los sistemas de rendición de cuentas y de accountability de cara a la ciudadanía. Sobre este punto ahondaremos más adelante. Respecto de los independientes, por cierto, que es deseable que participen, sin embargo, no somos partidarios que los grupos de independientes que participen en el proceso político tengan derechos y deberes distintos que los de los partidos en cuanto a la competencia electoral.
- Por cierto, la cuestión del régimen de gobierno y el buen funcionamiento de la democracia también nos demanda a reflexionar sobre cómo dar mayor cabida a la participación ciudadana, que hoy es una sentida demanda. Existen diversas fórmulas, pero sostenemos que ellas deben concebirse de manera funcional y en apoyo de la democracia representativa, no en su reemplazo.

En el ámbito de fomentar la relación colaborativa Ejecutivo-Legislativo, nos parece que podría explorarse la idea de eliminar la incompatibilidad entre el cargo de ministro y parlamentario, considerando que hay escenarios en los cuales determinados liderazgos que se integran al Gabinete, desde el Congreso, podrían generar una sinergia positiva y colaborativa entre ambos poderes del Estado, apalancando proyectos de ley emblemáticos y específicos que determine el gobierno de turno. Esta posibilidad debiera ser, por cierto, limitada a un número determinado (y minoritario) de ministros en el gabinete que pudieran desempeñar esta doble función para no comprometer la separación de poderes del Estado. Esta iniciativa debe evaluarse con mayor detalle a fin de advertir que ella no se contraponga con otros objetivos institucionales, pero en principio nos parece que corresponde a una cuestión que puede explorarse ponderándose con los demás arreglos institucionales.

Finalmente, cabe recordar nuevamente que en las reformas que se impulsen en la materia no deben debilitarse los controles y contrapesos que se ejercen tanto sobre el poder Ejecutivo, como el Legislativo. Tales controles, como el bicameralismo, el Banco Central autónomo, la justicia constitucional, la Contraloría General de la República, entre otros, importan un resguardo muy relevante de nuestras libertades y derechos siendo, asimismo, un control a los líderes carismáticos y al populismo. Lo anterior es muy relevante pues con la personalización del cargo presidencial se alimentan expectativas que sobredimensionan las capacidades gubernamentales de los propios presidentes y que, además, pueden terminar colocando al cargo en una clara y abierta disposición contra los otros poderes del Estado. En el caso latinoamericano, la cultura del caudillismo ha ejercido un enorme influjo en el desempeño de los presidencialismos.

III. Propuesta del Centro de Estudios Horizontal: avanzar hacia un régimen semipresidencial.

Compartiendo el diagnóstico y los objetivos y principios enunciados, Horizontal difiere legítimamente de la línea de propuestas antes planteada y propone avanzar hacia un semi-presidencialismo. Conforme describen en su propuesta, la Constitución de 1925 vino a poner fin a este tránsito de mayor equilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, reforzando el carácter presidencialista de nuestro sistema político, con una separación estricta de poderes y una preeminencia del Presidente de la República en el gobierno y en la administración de la nación.

Indica que más recientemente, la Constitución vigente entregó aún más poder al Presidente, lo que derivó finalmente en un sistema presidencial reforzado o híper presidencialista, y que debió ser moderado durante gran parte de la vigencia democrática de la Constitución mediante arreglos informales entre los partidos de la coalición gobernante[14].

[14] *Peter Siavelis, "Accommodating Informal Institutions and Chilean Democracy" en Gretchen Helmke y Steven Levitsky (eds.), Informal Institutions and Democracy Lessons from Latin America, Cambridge University Press, 2006.*

Plantean entonces que existen buenas razones para repensar el régimen político chileno. Se trata de un ejercicio que diversos académicos e intelectuales han venido realizando desde hace décadas[15].

Particularmente proponen incluir a la cámara política en la conformación del gobierno, y que ello sea un elemento virtuoso y no disruptivo del sistema (una amenaza permanente de inestabilidad), con mecanismos que generen incentivos institucionales adecuados tales como una mayoría calificada para la censura del primer ministro, que la censura sea constructiva, la posibilidad de disolver la Cámara por el Presidente de la República, entre otros. Tal y como se ha planteado en la sección de los principios de este documento, postulan que una reforma de esta envergadura debe ser examinada desde una perspectiva sistémica integral, lo que implica su articulación con otras instituciones, precisamente con el objetivo de rehabilitar las instituciones de la democracia representativa. Por ejemplo, el sistema electoral de los miembros del Congreso Nacional, las normas que reglan el proceso legislativo, las reglas de funcionamiento interno del Congreso Nacional, el estatuto de los partidos políticos, entre otros[16].

En concreto plantean, avanzar hacia un modelo de cooperación Presidente-Congreso, incluyendo instituciones y mecanismos del semi-presidencialismo, implica considerar, entre otros:

1. Separar las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno, incorporando la figura del Primer Ministro, propuesto por el Presidente de la República y ratificado por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara de Diputados. Así:

- El Presidente de la República, Jefe de Estado, es electo por sufragio popular, con potestades sobre la Defensa Nacional, Relaciones Exteriores, y preservar la integridad territorial; designación de autoridades relevantes institucionales; cuenta con iniciativa de reformas constitucionales y de ley en los ámbitos de su competencia; disolver el Congreso Nacional y convocar a nuevas elecciones por una vez durante el periodo; propone al Primer Ministro, quien debe ser aprobado por la mayoría absoluta de la Cámara de Diputados.
- El Primer Ministro, Jefe de Gobierno, tiene potestades en materia de administración del Gobierno, iniciativa de ley general, presupuestaria, seguridad y orden públicos, ejercicio de la potestad reglamentaria, entre otros. Es quien designa y remueve a los ministros de gobierno, a excepción de los ministros de Defensa y Relaciones Exteriores, que son nombrados por el Presidente.

2. I**ncorporar mecanismos de responsabilidad política y superación de crisis de régimen.** El Presidente de la República, por una sola vez durante su mandato, podrá disolver el Congreso Nacional, llamando a nuevas elecciones parlamentarias. Asimismo, un grupo de diputados podrá activar una moción de censura contra el Primer Ministro. Para que prospere deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio, quienes deberán proponer al Presidente de la República a la persona que cuenta con el apoyo de esa mayoría para encabezar el Gobierno (censura constructiva).

3. **Flexibilizar el régimen de incompatibilidad entre la figura de ministro de Gobierno y la de diputado**. Ello tiene por objeto fortalecer la cooperación entre el Presidente de la República y el Congreso.

4. **Perfilar con mayor claridad el rol y las atribuciones de las dos cámaras.**

[15] *Se trata de un argumento que encontramos temprano en La Crítica del Grupo de los 24 (Grupo de Estudios Constitucionales) a comienzos de los años ochenta, o en libro editado por Óscar Godoy, Cambio de régimen político, Ediciones UC, 1992. Destaca en este, pensando un modelo semipresidencial para Chile, el trabajo de Enrique Barros. Por otra parte, es un elemento fundamental del diagnóstico el libro de Arturo Valenzuela, El quiebre de la democracia en Chile, Ediciones UDP, 2013.*

[16] *García, ob. cit. (2015). Ver también Eyzaguirre et al, ob. cit.*

- La Cámara de Diputados será la cámara política y legislativa por excelencia; en ella se ratificará al Primer Ministro y se presentarán las mociones de censura al mismo. Seguirá siendo la encargada de fiscalizar los actos de gobierno y será el foro natural de deliberación y creación legislativa, teniendo la iniciativa de los proyectos de ley (junto al primer ministro del Gobierno).
- El Senado será la cámara de representación territorial con un fuerte foco en concretar los esfuerzos de descentralización. En materia de reformas constitucionales y legislativas tendrá un rol estrictamente revisor, no teniendo iniciativa legislativa. Asimismo, tendrá mayores responsabilidades en las designaciones presidenciales de altas autoridades y magistraturas del Estado. Ejemplo de ello, embajadores o, respecto de órganos colegiados, de agencias regulatorias independientes. Asimismo, esta intervención será de la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio, sea en nombramientos de altas autoridades debido a un mandato constitucional o legal. Asimismo, la ley respectiva deberá velar por aumentar los mecanismos de transparencia, participación de la sociedad civil y escrutinio de los candidatos propuestos.

5. **Eliminar las leyes orgánicas constitucionales, utilizando en su reemplazo leyes de quórum calificado (mayoría absoluta), pero acotadas a materias específicas** (principalmente aspectos del Poder Judicial, Congreso Nacional, Banco Central, Tribunal Constitucional, Justicia Electoral y estados de excepción). En el caso del sistema electoral, junto con una regulación constitucional adecuada en sus elementos esenciales, su ley complementaria sí deberá ser contra mayoritaria (quórum de 4/7, en los aspectos definidos por la Constitución). Respecto de la propuesta del Centro de Estudios Horizontal de eliminar las leyes orgánicas constitucionales hacemos presente que esta propuesta no es compartida por todo el equipo de trabajo. Sostenemos al respecto que podría racionalizarse las materias son objeto de LOC, pero respecto de las temáticas citadas en la propuesta de Horizontal, diversos centros de estudios del grupo de trabajo (entre ellos LyD y IL) estiman que las LOC deben mantenerse respecto del Poder Judicial, Congreso Nacional, Banco Central, Tribunal Constitucional, Justicia Electoral y estados de excepción).

6. **Perfeccionar el sistema electoral parlamentario.**

a. Pasar a un sistema electoral de diputados mixto, incorporando un componente mayoritario que refuerce la gobernabilidad y disminuya la excesiva fragmentación actual. Para ello, proponemos que la mitad de la Cámara de Diputados se elija sobre la base de distritos uninominales, y la otra mitad sobre la base de un sistema proporcional a definir (por ejemplo, listas nacionales de acuerdo con el sistema proporcional).

b. En el caso del Senado, un sistema electoral proporcional, y en que cada macro-región o macro-zona elija un número equivalente de senadores[17].

IV. Un componente adicional: participación ciudadana y democracia.

La democracia representativa debe ser fortalecida y oxigenada mediante mecanismos de participación ciudadana, los que, en todo caso, deben ser funcionales a la democracia representativa, para complementarla. En ningún caso aspirar a sustituirla o desplazarla. En este sentido, no debemos olvidar que las autoridades electas popularmente son representantes de las distintas ideas políticas presentes en la sociedad y que su elección es, en la democracia representativa, el mecanismo insigne para hacer valer nuestras preferencias. Por ello decimos que la participación ciudadana debe ser funcional a las instancias o instituciones representativas, las que deben permitir la participación con un diseño que posibilite que ésta sea efectiva, respetuosa y permita una discusión con altura de miras[18],

[17] *También debe considerarse la posibilidad de que los senadores sean designados por los miembros de la asamblea regional.*
[18] *Reflexiones en torno al proceso de elaboración de la nueva Constitución, Comisión UC proceso Constitucional marzo 2021.*

debiendo los mecanismos del caso diseñarse con responsabilidad. Por su parte, cabe recordar los límites inherentes de la participación ciudadana[19]. Por lo general, a través de estos mecanismos participan los grupos con preferencias más intensas, las que no necesariamente son representativas de las preferencias de la población en general.

En este sentido, diversas tradiciones democráticas han implementado mecanismos institucionales de participación e iniciativa ciudadana[20] cada vez más diversos[21] y percibidos no como meras formalidades burocráticas exigibles para determinadas actuaciones estatales[22], sino como espacios que coayudan en la toma de decisiones y en la perdurabilidad de estas.

En efecto, la ciudadanía demanda contar con espacios de deliberación incidente, especialmente en el caso de las decisiones políticas más relevantes[23], se descarten las negociaciones auto interesadas y prime *"un proceso genuino de argumentación y toma de decisiones mayoritarias"*[24].

Es preciso comprender entonces, que el más completo listado de garantías y la mejor distribución del poder en términos abstractos serán esfuerzos insuficientes si no se generan mediante procedimientos que consideren mecanismos de participación amplia, diversa (que prevenga la captura de la discusión por parte de ciertos grupos) e igualitaria[25] propios de las democracias más avanzadas. En efecto, ampliar los mecanismos de participación ciudadana es una estrategia institucional para enfrentar de manera práctica y efectiva, quizás el mayor desafío que enfrenta nuestra comunidad política en la actualidad y en los primeros años de puesta en marcha de la nueva institucionalidad: la anomia.[26]

Para ello, sugerimos explorar, como complemento a la democracia representativa, espacios reglados e institucionalizados de participación ciudadana. A nivel nacional y más allá de los espacios de consultas y audiencias públicas disponibles, puede explorarse en el proceso de formación de la ley la incorporación de la iniciativa popular de ley, regulando el umbral de firmas necesario para que un grupo de ciudadanos pueda presentarla para que sea el Congreso Nacional la que le de tramitación conforme a las reglas generales y, en todo caso, cuidando que ella no se refiera a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Asimismo, a nivel local, pueden explorarse experiencias en que se convoca a los ciudadanos a integrar, por sorteo, ciertos consejos locales temporales en los que la

---

[19] *Peña, Marisol. 2020. Mecanismos de participación ciudadana en el Convención Constitucional. Presentación en seminario "Convención y Nueva Constitución. Coloquios virtuales sobre el reglamento. Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de Valparaíso. Delamaza, Gonzalo y Claudio Fuentes. 2020. Hacia una Convención abierta: participación ciudadana en el proceso constituyente. 27 de septiembre, 2020.*

[20] *Evolución Constitucional. Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución, Horizontal, año 2020, pp. 19 y 65*

[21] *Ver, por ejemplo, https://citizensassembly.co.uk o https://www.citizensassembly.ie/en/*

[22] *Como ocurre con la Ley 20.500, que contempla espacios de participación meramente formales, como consecuencia de lo cual, en la generalidad de los casos se observa un nivel de participación bajo y meramente informativo (Ver Informe final Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil, año 2017).*

[23] *Por ejemplo, en 2018, 69 de las 194 constituciones vigentes (35,6 por ciento) fueron ratificadas mediante referéndum (Ver Zachary Elkins and Alexander Hudson, The constitutional referendum in historical perspective, en Comparative Constitution Making, editado por David Landau y Hannah Lerner, Ed. Edward Elgar Publishing, año 2019).*

[24] *Nino, Carlos, La Constitución de la Democracia Deliberativa, Ed. Gedisa, año 1997, pp. 177.*

[25] *Una forma eficaz de asegurar mecanismos de participación igualitaria de quienes conforman la comunidad política es el establecimiento de instancias de deliberación en que participen muestras aleatorias de personas. Se sugiere Ver Fishkin, James, Democracy When the People Are Thinking Revitalizing Our Politics through Public Deliberation, Ed. Oxford University Press, año 2018.*

[26] *El clásico en esta materia es Carlos Nino, Un país al margen de la ley, Ariel, 2020. Entre nosotros ha sido quizás Carlos Peña el que ha enfatizado en sus últimos trabajos este punto a nivel de diagnóstico.*

autoridad considera, de manera consultiva, la opinión de esos ciudadanos convocados, representativos de esa comunidad, para un determinado proyecto a realizar o para la decisión de una cuestión de política pública a nivel local, entre otros mecanismos de consulta locales que pueden implementarse además de los existentes en la esfera subnacional.

Por cierto, no todos estos mecanismos han de quedar regulados a nivel constitucional, pero sí debe asegurarse que el principio orientador asegure su naturaleza funcional a fortalecer la democracia representativa, habida cuenta de los riesgos de la democracia directa.

Por último, respecto a los referendos revocatorios o derogatorios, creemos que no son buenas iniciativas ni prácticas, puesto que se pueden instrumentalizar y vulnerar la voluntad de la ciudadanía y crear incertidumbre legal e institucional, además de existir otras causales en la Constitución para interrumpir los períodos en los cargos.

E. PROPUESTAS: SISTEMA ELECTORAL

I. Antededentes

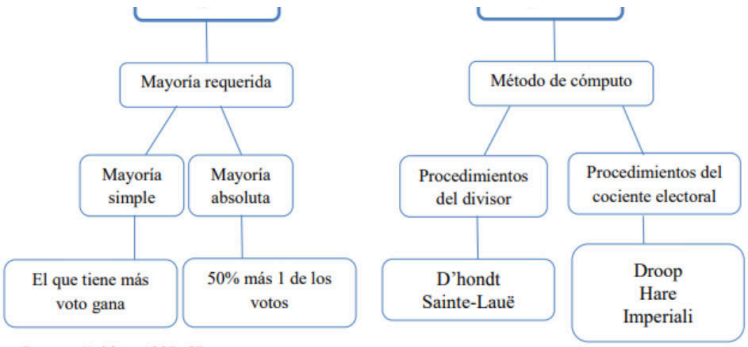
Los principios u objetivos de los sistemas electorales están en tensión permanente. En algunos casos, en el diseño se busca privilegiar unos sobre otros. Siempre que se solucione uno de los problemas se producirán problemas en otros aspectos. El objetivo principal debe ser seguir la tradición histórica de nuestro país, buscando la fórmula que de mejor forma represente la voluntad de la mayoría y de gobernabilidad al país. Alguno de los aspectos que se tienen que considerar al hablar de sistema electoral son: (i) representación (ii) inclusión y participación (iii) transparencia (iv) gobernabilidad y (v) rendición de cuentas.

El diseño del sistema electoral tiene una relación e influencia en el sistema de partidos. En concreto, los incentivos a la conformación de coaliciones y el número de partidos efectivos.

El sistema electoral debe conversar con el régimen de gobierno para establecer fórmulas mayoritarias, proporcionales o mixtas. Para el diseño del sistema electoral se debe siempre tener en consideración el régimen de gobierno porque, como se señaló anteriormente, uno de los fines principales del sistema electoral es dar gobernabilidad al país, por lo tanto, es diferente la planificación de éste si se consagra en la nueva Constitución un régimen presidencial, semi-presidencial o parlamentario.

Los sistemas electorales los podemos clasificar en dos grandes familias: (i) los sistemas mayoritarios y (ii) los sistemas de representación proporcional. En términos simples, los sistemas electorales mayoritarios son aquellos en que el/los candidato/s que obtienen más votos obtienen el cargo al cual postulaba, en cambio, en los sistemas proporcionales, se le asignará el número de escaños a la coalición política según el porcentaje de votos obtenidos. A su vez, estos sistemas se pueden subclasificar, como se puede ver en la siguiente imagen.

Figura 1 Fórmulas para convertir votos en escaños



Fuente: Nohlen, 1995: 67

Otros aspectos para considerar dentro del sistema electoral son los siguientes: (i) **Redistritaje**: distritos más pequeños favorecen la identificación entre ciudadanos y candidatos, rendición de cuentas, reducen la influencia del dinero en las campañas y pueden reducir la distancia con la política; (ii) **Tipos de elecciones:** distinguir elecciones nacionales (presidenciales, parlamentarias) de las locales (municipales, regionales);

iii) **Reelección:** los límites a la reelección deben verse con cuidado. Excesivas restricciones dificultan la instalación de nuevos parlamentarios (costo adaptación), dan ventaja al gobierno frente a parlamentarios nuevos, no permiten la rendición de cuentas y generan un desincentivo a promover políticas a largo plazo. Pero al mismo tiempo facilitan la renovación de la política y pueden reducir prácticas de intervencionismo y clientelismo; (iv) **Leyes de cuotas:** as leyes de cuotas pueden servir para incluir a grupos sin representación. De todas formas, creemos que se debe poner énfasis en el cambio cultural más que legal, que sean **transitorias en el tiempo y enfocadas en las candidaturas y no en los resultados, ya que en los resultados se distorsiona la voluntad democrática**. specificar si se deben fijar cuotas para hombres y mujeres, pueblos originarios u otros criterios. El problema de fijar cuotas es el discurso de nicho que se puede producir. Los congresistas electos deberán promover leyes para todos los chilenos y no solamente para su cuota. Crítica desde la representación, las ideas se expresan independiente de si se es hombre o mujer, pueblo originario o no; y (v) **Institucionalidad Electoral:** es vital contar con una institucionalidad electoral que dé garantías a todos los sectores y tenga autonomía de carácter constitucional (SERVEL / TRICEL / TER / otros). Como decíamos, las leyes orgánicas constitucionales que rigen en la materia también debieran mantenerse en su calidad de tales, dada la estabilidad regulatoria que estas instituciones requieren.

II. Propuestas

a) **Cuadrar las elecciones presidenciales con las elecciones parlamentarias a fin de que tengan lugar en la segunda vuelta presidencial** para conseguir mayorías y tener gobernabilidad. Uno de los problemas que se habían enunciado anteriormente es la falta de mayoría que tiene el Presidente de la República en el Congreso. Una de las fórmulas es hacer coincidir las elecciones del Presidente con la de parlamentarios, para facilitar que el Presidente pueda entrar con mayoría en el Congreso. En este aspecto es fundamental considerar si la elección de parlamentarios debe ser en la segunda vuelta presidencial.

b) **Privilegiar sistemas mayoritarios antes que proporcionales:** para el caso de las elecciones parlamentarias se podría tener un sistema proporcional corregido con componentes mayoritarios y un sistema proporcional a nivel nacional para incluir a fuerzas políticas relevantes.

c) **Mantener, aumentar o disminuir el número de parlamentarios:** se debe determinar en base a un sistema electoral funcional y no debido al gasto fiscal que signifique. Se debe favorecer la gobernabilidad y cooperación entre los actores políticos.

d) **Alternativas de redistritaje:** disminuir el tamaño y aumentar la cantidad de distritos. Estudiar una reingeniería más profunda a nivel comunal.

e) **Mantener un sistema bicameral,** pero reforzando y diferenciando con mayor claridad a diputados (local-territorial) y senadores (nacional - región).

f) **Ordenar calendario electoral para elecciones nacionales y locales.** Claramente diferenciadas en GORE, CORE, alcaldes y concejales – presidenciales y parlamentarias.

g) Mantener el límite a la **reelección actual para alcaldes, concejales, diputados y senadores.**[27]

h) **Reelección presidencial:** uno de los aspectos que merece análisis es la reelección presidencial. Los principales opositores a esta medida fundan su argumento en el peligro del "Estado en campaña". Ya es habitual que el último año se aumente el gasto público por el Presidente para hacer campaña, no obstante, en caso de existir reelección, los incentivos serán aún mayores. En segundo lugar, los problemas de un tener un Presidente, el cual puede usar todo el poder del Estado para intervenir en las elecciones.

[27] *Cabe hacer presente que esta propuesta no es compartida por Libertad y Desarrollo. Si bien se entiende el objetivo de oxigenar la política, éste puede conseguirse a través de migrar hacia sistemas electorales mayoritarios y con tamaños de distritos acordes con la población que detentan, así como con otras medidas para favorecer el ingreso de nuevos entrantes.*

i) **Segundas vueltas.** Mantener tal cual, para presidentes, gobernadores.

j) No avanzar en **voto electrónico o a distancia,** debido a los problemas de certeza jurídica que ello puede acarrear y considerando que nuestro sistema electoral funciona bien.

k) **Voto obligatorio:** en esta materia, los centros de estudios no tienen una sola opinión, habiendo quienes están por restablecer el voto obligatorio y otros por mantenerlo en su carácter de voluntario. No obstante la legítima diferencia al efecto, compartimos que, de reestablecerse el voto obligatorio, debiera efectuarse mediante inscripción voluntaria y no obligatoria, y que en caso de establecerse ésta, el votante pueda desafiliarse a voluntad. Respecto a las sanciones, éstas debieran ser discutidas con prudencia, a modo de evitar casos como los presentados en Perú y sus sanciones al sufragio.

l) **Leyes de cuotas:** sí para candidaturas (no de resultados) y temporales, y algunos centros de estudios se inclinan por otorgar escaños reservados para representantes de pueblos originarios. En todo caso se debe revisar el número de escaños en función de la participación en la elección de convencionales constituyentes (no igual a la constituyente) (Posición Idea País – Instituto Libertad). Otros centros estiman que puede ser pensado un sistema que les confiera derecho a voz, pero no a voto. Además, se presenta la objeción de representación, esto es, que para representar los intereses de un pueblo originario o de cualquier minoría no necesariamente se debe pertenecer a la minoría representada (Posición ResPublica)

m) **Institucionalidad:** mantener y replicar rol del SERVEL (autonomía constitucional) y TRICEL como capítulos de la Constitución.

F. PROPUESTAS: SISTEMA DE PARTIDOS

I. Antecedentes

Tanto en el presidencialismo, como en el parlamentarismo o el semi-presidencialismo, los partidos políticos y su configuración en el sistema político en base al sistema electoral son claves para determinar el buen o mal funcionamiento de cualquiera de los regímenes, su estabilidad y capacidad de adaptación al cambio.

Sin partidos políticos no hay democracia. Son una expresión del pluralismo político y son vitales porque institucionalizan el conflicto y el consenso en las sociedades, resolviendo sus diferencias a través de reglas del juego claras.

Si bien la desconfianza y desprestigio hacia ellos es alta, es necesario resguardar su importancia en la futura Constitución. Habiendo dicho eso, no es recomendable que toda materia pertinente a los partidos políticos quede plasmada en la Carta Magna; las leyes orgánicas constitucionales cumplen la función de regular los límites que pueden tener estas instituciones, por lo que constitucionalizar a los partidos políticos en todo su espectro significaría, entre otras cosas, modificar la nueva Constitución cada vez que se quiera legislar para mejorar el funcionamiento de estas instituciones.
En este sentido, sus principales funciones son la representación e intermediación de diversos intereses y sectores, así como competencia electoral, formación de cuadros y de gobierno. Es precisamente la primera la que está más fuertemente cuestionada por la ciudadanía, que no se siente representada por los partidos políticos, generándose una distancia entre la política y la gente, fenómeno que va acompañado de un debilitamiento de los lazos ideológicos y programáticos con el electorado.

A lo largo de su historia, el sistema de partidos chileno ha sido conocido por su relativa estabilidad, salvo en los períodos en que se han producido clivajes, que terminan por alterar la configuración de las fuerzas políticas. No obstante, los cambios por los que ha pasado actualmente, asociado fuertemente a las reglas electorales para las elecciones parlamentarias, han generado la falta de cooperación y la proliferación de la fragmentación y polarización partidaria, dificultando la gobernabilidad y la estabilidad democrática. Además, tomando en cuenta la pérdida de bases de apoyo que han sufrido las instituciones partidarias, se presentan escenarios de atomización que, de no hacernos cargo, podrían derivar en un sistema de partidos similar a casos como el peruano, en el que sus partidos se articulan en función de caudillos.

II. Propuestas

Creemos que es primordial que, en la futura institucionalidad, los partidos políticos tengan una competencia de tipo centrípeta, con el sistema electoral que se establezca para las elecciones de senadores y diputados que entregue los incentivos para ello.

Asimismo, disminuir el número de partidos políticos con posibilidad real de acceder al poder, favoreciendo medidas que apunten a partidos políticos con real representación y mejores bases electorales, facilitando el trabajo legislativo y la búsqueda de mayorías para quienes gobiernen.

En tercer lugar, se deben fortalecer los vínculos entre partidos y ciudadanos, con especial atención a reforzar la relación de tipo ideológica-programática, más que clientelar o caudillista.

Finalmente, es positivo para la estabilidad del sistema de partidos evitar la desnacionalización de los partidos políticos, en cuanto a competencia electoral. Es decir, que pactos electorales que celebren las colectividades sigan siendo vinculantes a nivel nacional y no al revés, a modo de evitar la política caudillista en los procesos políticos.

A continuación se plantean una serie de medidas que, en concreto, sostenemos podrían hacerse cargo de los problemas que se han presentado dentro de los partidos políticos, así como de su competencia y reglas institucionales. Por cierto, no todas estas medidas son propias de la discusión constitucional, muchas de ellas deben abordarse a nivel legal, pero muchos de los principios detrás podrán plantearse para los fines de la discusión constitucional:

a) **Un nuevo sistema de reemplazo parlamentario:** ante alguna inhabilidad o renuncia voluntaria de un congresista perteneciente a un partido político a su escaño, se propone modificar el actual sistema de denominación por uno en el que la vacante sea reemplazada por el compañero o compañera de lista que le habría correspondido el escaño en la última elección.

b) **Fortalecer las barreras a la fragmentación política:** uno de los escenarios más perjudiciales a la gobernabilidad en un sistema multipartidista, como el actual, es el excesivo fraccionamiento del sistema de partidos, alineado con la formación de partidos políticos que no necesariamente responden a las características de un partido político programático. Algunas medidas que pueden servir de ayuda para promover la institución de partidos con una base más sólida de adherentes es aumentar el actual porcentaje de afiliación (0,25%) para constituir un partido político nacional. De forma similar para los casos en los que se vaya a formar un partido político de corte regional, tomando en cuenta el padrón electoral regional correspondiente.

c) **Evitar la faccionalización interna de los partidos políticos:** las instituciones partidarias son esenciales a la hora de canalizar las preferencias de la ciudadanía, volviéndose relevante un equilibrio entre las decisiones que toman los partidos y las expectativas que tienen las personas de ellos, más aún en periodos electorales. Por lo mismo, las elecciones primarias sirven para ese propósito, por lo que se amerita mantener las excepciones en la ley actual que permiten la voluntariedad de la convocatoria a primarias.

d) **Promover mecanismos democráticos al interior de los partidos políticos:** entendiendo que para que existan partidos políticos fuertes es necesario que tengan capacidad de adaptación y perdurabilidad en el tiempo, se vuelve imprescindible contar con mecanismos que no solo promuevan mayor transparencia, probidad y participación interna, sino que promuevan nuevos liderazgos dentro de estas organizaciones. Para avanzar en la materia, podría considerarse instaurar cuotas de paridad a la hora de presentar candidatos a las elecciones de los Consejos Generales dentro de los distintos partidos políticos, que son justamente las instancias de decisión de los partidos. Por su parte, nos parece relevante mantener la normativa actual respecto a que, en caso de producirse reclamaciones en las elecciones internas de los partidos, y sin perjuicio de las atribuciones al tribunal supremo de cada uno de ellos, se mantenga la posibilidad de que el TRICEL conozca los recursos de reclamación que al efecto se presenten en los casos establecidos en la ley. Ello, además de las facultades actuales del SERVEL relativas a la revisión de los reglamentos de las elecciones, a proporcionar padrón y a poner a disposición funcionarios como ministros de fe.

e) Financiamiento público a los partidos políticos: con el objetivo de mantener y fortalecer los estándares de la legislación vigente, es necesario continuar con el actual financiamiento regular a partidos y campañas políticas. Habiendo dicho esto, un punto relevante a considerar para futuras discusiones es la coherencia entre aportes entregados a los partidos y candidatos por voto emitido bajo condiciones en las que el voto sea obligatorio.

G. Ideas centrales sobre la iniciativa exclusiva del Presidente de la República

I. Introducción

Nuestro sistema político concibe una forma mixta de generación de la ley: entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República. Por ello se habla del Presidente de la República como "colegislador" porque puede presentar, mediante mensaje, proyectos de ley de cualquier materia, los cuales serán debatidos y eventualmente aprobados por el Congreso.

Sin embargo, la Constitución reserva un conjunto de materias al Presidente de la República denominadas de "iniciativa exclusiva" (arts. 63 y 65 de la Constitución). Esta reserva se trata de una excepción y así lo ha dicho el Tribunal Constitucional: "la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley constituye una excepción a dicha regla general, configurando una prohibición para los parlamentarios que, en cuanto tal, solo puede ser interpretada restrictivamente".

En particular, la iniciativa exclusiva considera que solo el Presidente de la República tiene la potestad de impulsar nuevas regulaciones en materias relacionadas, entre otras, con:

- la división política o administrativa del país;
- la administración financiera o presupuestaria del Estado;
- la determinación de remuneraciones de la administración pública y las remuneraciones mínimas en el sector privado;
- las bases que sirvan para determinar las remuneraciones; y,
- las bases de la negociación colectiva y seguridad social tanto en el sector público como en el sector privado.

II. Origen: ¿La iniciativa exclusiva del Presidente de la República nace con la Constitución vigente?

La iniciativa exclusiva del Presidente de la República es una potestad que se ha ido consolidando con el tiempo en nuestro ordenamiento jurídico como resultado de nuestras propias experiencias y aprendizajes. Así, gobiernos y partidos de distintos signos políticos han contribuido al actual catálogo de materias que hoy se reservan al Ejecutivo, considerando nuestra propia experiencia económica y jurídica. En todo caso, la iniciativa exclusiva **existía ya desde la Constitución de 1833.**

Constitución de 1833 (José Joaquín Prieto - conservador): solo el poder Ejecutivo podía declarar la guerra, la cual se hacía mediante una ley y, por lo tanto, requería de la aprobación del Congreso.

Constitución de 1925 (Arturo Alessandri Palma – liberal): esta Constitución es la que otorga las primeras facultades al presidente de la República para asumir las responsabilidades en el manejo financiero y presupuestario del país:

- Los suplementos a partidas o ítem de la Ley General de Presupuestos solo podrán proponerse por el Presidente de la República (art. 45).
- Solo los gastos variables pueden ser modificados por la Ley de Presupuestos, pero la iniciativa para su aumento o para alterar el cálculo de entradas corresponde exclusivamente al Presidente de la República (art. 44, inciso 4°).

Reforma constitucional de 1943 (Juan Antonio Ríos - radical): restringió la iniciativa de ley del Congreso en materia de gasto **público producto de un desorden administrativo y económico** atribuido a las iniciativas de los congresistas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1925.

Estableció como iniciativa exclusiva materias relacionadas con:

- La división política y administrativa del país
- La creación de nuevos servicios públicos o empleos
- La concesión de aumento de sueldos y gratificaciones al personal de la administración pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales

Reforma constitucional de 1970 (Eduardo Frei Montalva - DC): amplió la iniciativa exclusiva del Presidente **dadas las malas prácticas parlamentarias** como ofrecimiento de dádivas, pensiones de gracia y otros beneficios a cambio de votos.

Estas materias fueron:

- Suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase
- Fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado
- Fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos
- Establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social
- Conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios;
- Condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia.

Constitución vigente: no adiciona mucho más a lo anterior, pero entre aquellas que se adicionan se encuentran las siguientes materias:

- los proyectos que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado (Art. 65);
- contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado (Art. 65);
- establecer las modalidades de procedimientos de la negociación colectiva (Art. 65);
- fijar normas sobre la enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento y concesión (Art. 63)
- fijar las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempos de paz o guerra y las normas para permitir el ingreso de tropas extranjeras a la nación o permitir la salida de tropas nacionales (Art. 63)

III. IMPORTANCIA DE LA INICIATIVA EXCLUSIVA

James Madison (en *El Federalista*): "el poder sobre la hacienda es el arma más eficaz y completa que cualquier Constitución puede dar a los representantes del pueblo. El factor económico es determinante para el éxito del Gobierno, por lo que tiene sentido que la administración se concentre en una institución específica".

a. El Ejecutivo es el responsable frente a la ciudadanía

La iniciativa exclusiva es, en ese sentido, una suerte de pilar del presidencialismo ya que permite una efectiva administración de las finanzas públicas, que constituye uno de los aspectos más importante del régimen político. Sin embargo, esta herramienta es adecuada para un manejo fiscal prudente y responsable bajo cualquier esquema de gobierno, presidencial, semi-presidencial o parlamentario: aquel que detenta la responsabilidad de las finanzas públicas debe detentar la herramienta.

Siempre es el Ejecutivo el responsable ante la ciudadanía del manejo de las finanzas públicas y del desempeño económico. Es responsable de cuánto se gasta, de cómo se gasta y cómo se financia. Él es el que ve afectado su prestigio y su futuro político, no el Congreso, por tanto, es él el que debe sostener la herramienta apropiada para lograr estos objetivos.

b. La reducción o pérdida de la IEP genera incentivos perversos

Traspasar parte o la totalidad de esta iniciativa al Congreso, como se plantea en la discusión pública, genera una serie de incentivos perversos, como la compra de votos a través del gasto público, tal como ya se vio a lo largo de nuestra propia historia, terminando en decisiones de política populista, con alto impacto en el desarrollo económico y social de Chile.

En este contexto, la IEP busca orientar la Constitución hacia el bien común a través de fomentar una política fiscal responsable y un mercado laboral flexible y sin distorsiones.

c. El Ejecutivo cuenta con los equipos técnicos adecuados

A diferencia del Congreso, el Ejecutivo cuenta con equipos técnicos capaces de evaluar adecuadamente los impactos agregados de las distintas políticas sociales en las finanzas públicas. Aun cuando es pertinente potenciar el trabajo que actualmente realiza la Oficina Presupuestaria del Congreso, dada la importancia de su labor, ésta no se equipara con la capacidad técnica con la que cuenta el Ejecutivo en términos cobertura y acceso a información.

d. Teoría de public choice

Tanto legisladores como votantes actúan racionalmente y, por ende, ambos buscan maximizar sus propios beneficios. En este sentido, los incentivos que tienen los parlamentarios para hacer concesiones y entregar beneficios a los electores, así como las presiones a las que se ven sometidos para favorecer a determinados grupos de interés, son evidentes. Lo anterior podría perfectamente ocurrir si tuvieran la iniciativa de ley en materia de pensiones -para otorgar mayores jubilaciones – o para la creación de servicios públicos -en que serían objeto de presiones para la creación de nuevos servicios y empleos en la región o distritos, acordes- y en la fijación del salario mínimo -en que la presión sería por aumentar de sueldos u otorgar gratificaciones, entre otras-, materias a través de las cuales los congresistas pueden favorecer, además, y sin mayor coherencia y de manera diversa a sus electores en sus distritos. Los salarios son un precio fundamental en la economía, y otro tanto ocurre con las pensiones y con los beneficios a los que acceden los sindicatos y quienes están afiliados. Estas materias, así como otras a las que se refiere la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, están así interrelacionadas y su regulación es sensible a la situación económica. Una mala regulación o política pública en estas materias genera efectos macroeconómicos que inciden en las demás. Una política pública "dadivosa", como la ha sido de la de los retiros de los fondos de pensiones, ha generado inflación y ha repercutido en el precio del dólar y en las tasas de interés, y luego, en la pérdida de poder de compra de los salarios generando presiones populistas al alza que no guardan relación con la capacidad de generación de riqueza y productividad de los trabajadores.

e. Tragedia de los comunes

El Presidente de la República, al tener una representación nacional (y la responsabilidad del cargo, además de la responsabilidad fiscal por el manejo de los ingresos y gastos públicos), tiene una visión global de los problemas de la ciudadanía y de las finanzas públicas. El Congreso, al tener una representación distrital, tiende a enfocarse en problemáticas específicas, por tanto, el traspaso de algunas de las materias de la iniciativa exclusiva presidencial al Congreso generaría las condiciones adecuadas para la tragedia de los comunes. Bajo ella, los parlamentarios tienden a velar por el beneficio de su distrito, y en el corto plazo, a costa de sacrificar un bien económico o evitar un perjuicio de largo plazo, mayor. Así incluso podrían generar beneficios distintos por distrito o según el perfil de votantes de su distrito, generando políticas públicas incoherentes, que no se fundan en la evidencia y gatillando en último término en un problema a nivel nacional pues la falta de conformidad entre la regulación no permitirá generar lineamientos claros, generando presiones fiscales a nivel central.

La tragedia de los comunes describe una situación en la que

los individuos, motivados solo por su interés personal y actuando independientes, pero racionalmente, acaban sobreexplotando un recurso limitado (común) que comparten con otros individuos, aunque a ninguno de ellos, ya sea como individuos o en conjunto, les convenga que tal destrucción suceda.

Aplicado a finanzas públicas, pensiones y materias laborales, cada parlamentario tiene los incentivos necesarios para hacer concesiones y asignar legislativamente gasto público o dádivas como beneficios a los electores, con el objeto de maximizar su probabilidad de reelección a costa de generar un problema de sostenibilidad fiscal, restringiendo las políticas sociales y perjudicando justamente a los que dependen de ellas.

Como decíamos, se trata de una cuestión de economía política, en que el parlamentario, si tuviere la iniciativa en las materias referidas, tiene todos los incentivos (mas no la responsabilidad, pues el parlamentario actúa en un colectivo que además no responde por las consecuencias de estas decisiones) para ofrecer un beneficio social directo (incluso generando diferenciaciones arbitrarias entre diversos grupos de electores), que se verifica en el corto plazo, pero cuyos costos no se perciben de inmediato y se postergan en el tiempo, sin que además pueda el parlamentario percibir las consecuencias globales que la política pública genera[28]. Lo anterior genera entonces una perniciosa relación clientelar entre el parlamentario y el elector que debe evitarse.

f. Países en desarrollo (como el nuestro) tienden a tener políticas fiscales desordenadas:

La evidencia internacional justamente avala el punto anterior. A diferencia de los países desarrollados, los países en vías de desarrollo, como el nuestro, se han caracterizado por su poca disciplina fiscal, incurriendo en déficits fiscales persistentes.

En este contexto, la política fiscal suele exhibir un comportamiento procíclico, acentuando la intensidad del ciclo económico, dado que en los períodos de auge aumentan el gasto (disminuyen impuestos) y en los períodos de recesión reducen el gasto (aumentan impuestos). Es en este contexto donde la institucionalidad que ayude a preservar el buen funcionamiento de las finanzas públicas es la indicada.
Este comportamiento se traduce normalmente en niveles elevados de deuda pública y restricción al acceso del mercado financiero, poniendo en riesgo la continuidad de las políticas de gobierno.

IV. ¿Es la iniciativa exclusiva una rareza de nuestro país?

La limitación de la iniciativa parlamentaria en materia de gasto público, no son normas ajenas a constituciones de otros países.

En Latinoamérica, además de Chile, se observa IEP en materia presupuestaria en **Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.**

Fuera de Latinoamérica, **España**, por ejemplo, presenta un sistema intermedio, donde corresponde al Gobierno la elaboración y presentación de la Ley de Presupuestos al Parlamento y toda proposición o enmienda que suponga aumento del gasto requiere la conformidad del Gobierno (artículo 134). Asimismo, en la Constitución **francesa** se señala expresamente que "no serán admisibles las proposiciones y enmiendas formuladas por los miembros del Parlamento cuando su aprobación tuviera como consecuencia una disminución de los ingresos públicos o bien la creación o aumento de un gasto público" (artículo 40).

Adicionalmente, otros países que presentan un nivel intermedio de iniciativa exclusiva en materia de gasto público son: **Alemania, Australia, Bolivia, Canadá, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido y Uruguay.**

[28] *Soto, Sebastián: La Hora de la Re-Constitución, Ediciones UC.*

V. ¿Toda práctica innovadora es una mala práctica?

Esta atribución, junto a un conjunto de instituciones jurídicas coherentes entre sí, ha dotado a nuestro país de un prestigio en la conducción de sus finanzas por su estabilidad institucional, y es fundamental para una eficaz gestión económica del Estado. La existencia de la IEP en materias presupuestarias y tributarias es uno de los pilares fundamentales que sustentan el sistema de gestión financiera del Estado, constituyendo una **fuente institucional de promoción de la prudencia fiscal,** que ha sido un carácter distintivo en la economía chilena.

Aun cuando la IEP presente características particulares en nuestro país, ésta no sería la primera vez que Chile es pionero y destacado en materia económica. Ejemplos de nuestra capacidad de innovación y adelanto a los tiempos en materia económica han sido: **la autonomía del Banco Central, metas de inflación, regla fiscal de balance estructural, flexibilidad cambiaria, apertura al comercio internacional y regulación financiera.**

IV. ¿Entrega la iniciativa exclusiva un excesivo poder al Presidente de la República?

Como hemos enfatizado anteriormente, si bien los incentivos a usar las finanzas públicas en su propio beneficio también pueden estar presentes en la figura del presidente, la actual Constitución considera pesos y contrapesos a esta facultad, necesarios en todo proceso democrático, tales como:

- la aprobación de la Ley de Presupuestos por parte del Congreso;
- el que sean materia de ley las iniciativas que autoricen el endeudamiento del Estado, exigiéndose incluso ley de quorum calificado para autorizar la contratación de empréstitos cuyo vencimiento exceda del respectivo período presidencial;
- imposibilidad de financiarse con recursos del Banco Central;
- prohibición de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos;
- el principio de no afectación tributaria;
- control de legalidad de la Contraloría General de la República;
- reserva de ley en materia tributaria;
- principio de la responsabilidad fiscal y equilibrio de cuentas públicas;
- principio de la capacidad contributiva;

VII. Propuestas en la materia

Comenzar una nueva Constitución en una “hoja en blanco” implica no considerar el aprendizaje que hemos tenido a través de nuestra historia en materia de estabilidad económica y social. Variados gobiernos, de distintas tendencias, han ido perfeccionando la normativa que busca promover esta estabilidad, plasmando parte importante de ella en la atribución de la Iniciativa Exclusiva del Presidente.

De cara a una nueva Constitución, resulta necesario que se conserve en su esencia las materias de Iniciativa Exclusiva del Presidente, especialmente en relación con la administración presupuestaria o financiera del Estado.

Si lo que se busca es aumentar el espacio para el debate parlamentario en términos de gasto fiscal, no tiene por qué ser bajo la modalidad de limitar o eliminar la IEP:

- Entendiendo que se busca aumentar el espacio para el debate parlamentario en términos de gasto fiscal, proponemos otorgar al Congreso Nacional la posibilidad de iniciar la discusión de proyectos de ley en materias de iniciativa exclusiva, pero con la restricción de que la iniciativa solo pueda ser aprobada si cuenta con el patrocinio del Ejecutivo, para el cual cuenta con un período de tiempo acotado (para evitar conflicto) y no podrá presentarse ni aprobarse en períodos de campaña.

- Asimismo, y a fin de darle espacio al Congreso Nacional en la deliberación del presupuesto anual del Gobierno, pero con ciertas restricciones, sugerimos que todo aumento de gasto propuesto por el Congreso deba venir acompañado de una disminución, del mismo monto e incluido en dicha propuesta, en otra línea de la misma partida, de forma de acotar el monto total del gasto. En caso contrario, el presidente de la comisión o subcomisión respectiva debe declarar como rechazada la indicación presentada[29].

Asimismo, y dado que es un tema especialmente controvertido en el último tiempo en la práctica legislativa -lo que se manifiesta en la presentación de mociones e indicaciones parlamentarias inadmisibles-, y también en el planteamiento de algunos convencionales constituyentes o de sus asesores[30], es necesario también que se otorguen las garantías y/o se efectúen las correcciones necesarias para que la IEP sea respetada. De lo contrario, se abre un espacio para la inobservancia de una norma tan relevante y la deslegitimación del sistema, con la desprotección que ello conlleva para los derechos de los ciudadanos.

Dada la relevancia que el desempeño de las finanzas públicas tiene para el desarrollo del país, resulta conveniente incluir también la responsabilidad fiscal como un principio constitucional, el que ha sido recogido por diversas constituciones del mundo.

[29] *A pesar de las restricciones señaladas, Instituto Libertad plantea su discrepancia sobre este punto al otorgar una excesivo poder a los parlamentarios y la presión que estos podrían generar para lograr el patrocinio.*

[30] *A modo ejemplar, Amaya Álvez (RD), ha señalado "No estoy de acuerdo de que el Presidente sea el único que tiene iniciativa exclusiva, creo que el Congreso debe tener mayores competencias que le permitan actuar de cara al país, pero también tiene que tener mayor disciplina y fundamentación. Y, además, incorporar mecanismos de participación directa de la ciudadanía. Patricia Politzer (Ind.), por su parte, ha indicado: Eliminaría la iniciativa exclusiva o los quórums supra mayoritarios. Hay que reducir drásticamente la iniciativa exclusiva del Presidente, dejarla sólo para materias muy sensibles. El Congreso actualmente no tiene ninguna posibilidad de una iniciativa de ley en asuntos de relevancia y eso hay que subsanarlo. También hay que eliminar el veto presidencial y que terminen los quórums supra mayoritarios, los que solo deben dejarse para las reformas constitucionales. Para Diego Pardow (Espacio Público): la actual iniciativa exclusiva del Presidente es "una rareza" en el constitucionalismo comparado, pues en otros países "el Congreso tiene mayores atribuciones para influir en el gasto público". Respecto a Chile, dice que, "una de las manifestaciones más claras que tiene el hiperpresidencialismo es el gasto público".*

Descentralización [1]

[1] *Integrantes: Bettina Horst y Pilar Hazbun (LyD), Guillermo Pérez (IES), Pedro Varela (Aire Nuevo), Catalina Riquelme (Instituto Libertad), Marcos Balmaceda y Álvaro Vergara (FPP) y Maximiliano Duarte y Pedro Fierro (Fundación Piensa).*

Tabla de contenidos

A. Antecedentes

B. Sobre principios generales

C. Sobre descentralización geográfica

D. Sobre descentralización política

E. Sobre descentralización administrativa

F. Sobre descentralización fiscal

A. Antecedentes

A pesar del desarrollo económico que hemos experimentado en las últimas décadas, nuestro país se ha caracterizado por un centralismo y una concentración territorial que ha dejado en el rezago a diversas zonas. Esta realidad no solo se ha manifestado en una dimensión demográfica, sino que también en aspectos culturales, económicos, políticos y sociales. En esa línea, es posible observar territorios que acusan algo bien parecido al abandono, lo que ha devenido en desafección y malestar.

Durante los últimos años se ha manifestado un creciente interés por impulsar una agenda descentralizadora en nuestro país (materializado, sobre todo, en las leyes 20.073 y 20.074 que permiten la elección de gobernadores regionales y el traspaso de competencias hacia el nivel subnacional). Entre otras cosas, se ha sugerido que al acercar la institucionalidad a los territorios se produciría una serie de consecuencias que irían en directo beneficio de los ciudadanos. Sin embargo, como en todo proceso, las políticas descentralizadoras que (en buena hora) hemos comenzado a implementar, también implican diversos riesgos y desafíos que deberemos enfrentar. Dicho de otra forma, los procesos de descentralización no siempre devienen en desarrollo territorial. Es precisamente en ese contexto que la nueva Constitución puede ser entendida como una buena oportunidad para dialogar y definir los lineamientos basales de un Chile verdaderamente justo con sus regiones.

B. Sobre principios generales

A continuación, se describen algunos principios generales que, a nuestro juicio, debieran guiar la discusión constitucional sobre descentralización.

I. Principio de subsidiariedad territorial: este principio establece un orden de prioridad en la radicación de funciones públicas a nivel subnacional y nacional. En concreto, da preferencia al nivel local sobre el regional y al nivel regional sobre el central. En estos términos, se promueve una gestión pública lo más descentralizada posible, sin perjuicio de que el gobierno central pueda y deba actuar en apoyo a los territorios más rezagados o que presenten dificultades en la consecución de sus objetivos.

II. Principio de diferenciación territorial: este principio promueve un trato diferenciado a las localidades dependiendo de sus diversas realidades. Así, se busca disminuir las políticas e instituciones uniformes, de manera de dar mayor espacio a las propias necesidades, competencias y recursos de cada territorio.

III. Principio de coordinación (cooperación): este principio sugiere la promoción de modalidades concretas para coordinar las acciones de distintas entidades en el ejercicio de un mismo ámbito de competencia para evitar duplicidad de funciones. En la práctica, resulta común que distintos entes subnacionales compartan fines, objetivos y tareas específicas. Por lo mismo, se busca otorgar alternativas y marcos normativos que permitan una acción mancomunada y armónica. A modo de ejemplo, podemos considerar la asociación de municipios o la creación de áreas metropolitanas.

IV. Principio de equidad territorial: este principio, vinculado a la descentralización fiscal, promueve un desarrollo territorial armónico entre las distintas zonas de nuestro país. De esa forma (y en relación también con el principio de diferenciación territorial), las transferencias de recursos desde el gobierno central a las comunas y regiones deben cumplir con esta idea, así como también los mecanismos de redistribución de recursos.

V. Principio de responsabilidad fiscal: este principio promueve la eficiencia, la probidad, la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los recursos a nivel subnacional. Considerando la historia reciente de nuestro país, los gobiernos regionales y locales han enfrentado diversas dificultades a la hora de distribuir y gestionar de manera eficiente los fondos públicos. Por lo mismo, las asignaciones territoriales deben ir aparejadas de mecanismos que permitan asegurar un buen uso (por ejemplo, disminuir transferencias no programáticas, fortalecer transparencia activa, limitar el endeudamiento, fomentar participación ciudadana, entre otras cosas).

Asimismo, se debe considerar como principio en materia de responsabilidad fiscal que quienes administren las regiones y comunas no generen compromisos que no sean financiables, así como dejar comprometido su presupuesto para las siguientes administraciones.

C. Sobre descentralización geográfica

I. Sobre descentralización geográfica

PROPUESTA 1

Entendiendo el carácter unitario y descentralizado de nuestro país, proponemos definir dos niveles de gobierno, un nivel nacional y otro subnacional. En cuanto a la administración, este segundo ámbito (subnacional) estaría compuesto por gobiernos regionales y municipios. En este sentido, los municipios no dependen de las regiones, independiente de las acciones de coordinación o de la natural injerencia que debería existir.

PROPUESTA 2[2]

En la actualidad, nuestra Constitución no establece criterios claros para modificar, crear o suprimir los límites geográficos de las regiones, dejando la materia delegada a la ley en términos generales. A nuestro juicio, esto ha llevado a una constante e incoherente fragmentación del territorio, lo que ha ido en desmedro del propio desarrollo regional. Entre otras cosas, se ha observado que no ha existido correspondencia entre las competencias propias de cada gobierno subnacional y la escala territorial en que éstas pueden ser ejercidas de manera más eficaz y eficiente. Por lo mismo, creemos que, aunque la nueva Constitución debe seguir delegando estas materias a la ley, es importante que igualmente se definan -ya sea a nivel constitucional o legal- los criterios o elementos que se deben considerar. Sobre este tema, existe un buen ejemplo en la Constitución alemana, que en su artículo 29 establece lo siguiente:

"Se podrá reorganizar el territorio federal para garantizar que los Estados sean capaces por su dimensión y capacidad productiva de cumplir eficazmente las tareas que les correspondan. En este punto se deberán considerar especialmente el sentimiento de comunidad regional, las relaciones históricas y los imperativos de la ordenación del territorio y de la planificación regional".

D. Sobre descentralización política

La forma del Estado será un asunto ampliamente debatido en la Convención Constitucional. En esa línea, han surgido distintas propuestas que tendrían directa relación con los aspectos territoriales tratados en este documento. Por ejemplo, algunos actores han sugerido la definición de un Estado federal, mientras que otros la de un Estado regional[3]. En cualquiera de esos casos, se busca romper con la tradición unitaria de nuestra historia reciente. Debido a criterios culturales, históricos y políticos, en este documento sostenemos que la mejor opción para nuestro país sería consagrar un Estado unitario y descentralizado.

PROPUESTA

Promoción de un Estado unitario y descentralizado. Cabe destacar que el concepto "descentralizado" no apela simplemente a su sentido jurídico (referido a la persona jurídica pública con patrimonio propio y cierta autonomía respecto del poder central), sino en su dimensión social o política. Como diría Mardones, nos referimos a la promoción de "reformas constitucionales dirigidas a la transferencia de responsabilidades, recursos o autoridad desde el gobierno central a gobiernos autónomos"[4]. En esa línea, el carácter "descentralizado" del Estado sería un concepto que guiaría toda la discusión constitucional posterior y que estaría relacionado con las consideraciones ya descritas en el apartado "Principios generales".

---

[2] *Sobre este punto, algunos de los centros de estudios firmantes proponen una reconfiguración de las unidades territoriales. Horizontal, en su documento "Evaluación Constitucional" (disponible en https://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2020/10/ECV3.pdf), sugiere avanzar "hacia un modelo de Estado descentralizado sobre la base de cinco macro-zonas o macro-regiones". La Fundación Piensa, en su documento "Macrorregiones: una propuesta para el proceso constituyente" (disponible en https://www.fundacionpiensa.cl/inicio/macrorregiones-una-propuesta-para-el-proceso-constituyente/) promueve la creación de 7 unidades territoriales, basados en un análisis espacial que consideró variables políticas, económicas, sociales y demográficas.*

[3] *En el último tiempo se ha promovido con fuerza la idea de apostar por un Estado regional. En términos generales, algunos sostienen que el Estado regional se diferencia de un Estado federal en cuanto al origen. En el Estado Federal la soberanía radicaría originalmente en los Estados partes, quienes en algún minuto la ceden al nivel central. Por lo mismo, en estos casos los procesos de descentralización se suelen denominar "devolución". En cualquier caso, tanto los estados federales como los regionales entregan funciones legislativas a los niveles subnacionales, por lo que comparten las mismas dificultades y riesgos.*

[4] *Mardones, Rodrigo (2008). "Descentralización: una definición y una evaluación a la agenda legislativa chilena. 1990-2008". Revista Eure.*

NOTA

Esta propuesta no contraviene la necesaria descentralización fiscal que se requiere en nuestro país. La evidencia muestra que países unitarios son capaces de alcanzar altos niveles de participación de los gobiernos subnacionales en el gasto público (en Dinamarca asciende al 60%, mientras que en Suecia o Corea se acercan al 50%)[5].

II. Participación ciudadana a nivel subnacional

La última elección de gobernadores se planteó como un nuevo espacio de democratización a nivel local. Se buscaba que los territorios tuvieran mayor espacio de participación. Sin embargo, ha quedado en evidencia que, para cumplir ese objetivo, la elección de las máximas autoridades regionales es necesaria pero no suficiente. Por tanto, es importante complementar esas instancias con otras formas de participación. Esto adquiere relevancia si consideramos, por ejemplo, que la desafección de la ciudadanía no es solo respecto del poder central, sino que también de las estructuras subnacionales.

Una de las propuestas que usualmente se incluyen en términos de participación son los plebiscitos revocatorios en contra de autoridades locales. En concreto, se suele plantear que la democratización de las autoridades subnacionales debería ir aparejada de mecanismos de participación que favorezcan la rendición de cuentas y la inclusión de distintos sectores de la sociedad. Sin embargo, los procesos de descentralización política a nivel regional se impulsan para favorecer miradas del mediano y largo plazo que consideren los intereses propios del territorio. Por lo mismo, las autoridades subnacionales están particularmente comprometidas con el desarrollo de proyectos y estrategias que trascienden su administración. Creemos que la promoción de plebiscitos revocatorios va en la dirección contraria, generando inestabilidad en los gobiernos regionales y dejando la gestión supeditada a la contingencia siempre volátil.

PROPUESTA

Más allá de las múltiples alternativas, para que puedan tener éxito es necesario tener en consideración los siguientes elementos:

Los mecanismos de democracia directa suponen considerar las características propias del sistema chileno. Esto, en concreto, implica mirar con recelo la importación -sin más- de soluciones de otras realidades (un ejemplo recurrente es el de los cantones suizos).

Para implementar buenos instrumentos de democracia directa debemos considerar el carácter limitado de estas iniciativas. Por lo mismo, no debemos olvidar que se trata de herramientas complementarias a la democracia representativa, no su reemplazo. En este contexto, el desafío es proponer mecanismos de participación que complementen la democracia representativa y que fortalezcan el vínculo entre representantes y representados.

III. Bicameralismo

Por lo general, en los sistemas unitarios la discusión en torno a la descentralización se enmarca en la configuración y distribución de competencias dentro del Poder Ejecutivo. Ello se debe a que, a diferencia de los estados federales, en los estados unitarios hay un solo centro de impulsión política, lo que se traduce en la existencia de un Congreso Nacional con potestad legislativa de alcance nacional y, consecuentemente, en la existencia de una Corte Suprema con competencia nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos desconocer que, en lo que respecta a la descentralización política en su dimensión electoral, la representación de intereses territoriales no se reduce a la mera elección de las autoridades ejecutivas que integran los órganos de gobierno y administración subnacionales.

En esta línea, las unidades territoriales que configuran el Estado chileno no operan como compartimentos herméticos ajenos a los asuntos de interés nacional. Por lo tanto, creemos que la representación de intereses territoriales debe permear también en el órgano de deliberación política por excelencia: el Congreso Nacional.

PROPUESTA

Si bien este asunto no suele ser tratado en la discusión sobre descentralización, ahí reside un poderoso argumento para optar

[5] *Subnational Governments in OECD. Key Data, 2018.*

optar por el bicameralismo, en desmedro del unicameralismo, en el sentido que es esa la alternativa que permite ponderar de mejor manera los diversos intereses territoriales. Esto se debe a que una de las principales características del bicameralismo es justamente la coexistencia de una cámara de representación política (en nuestro caso, la de diputados) con una segunda cámara de representación territorial (en nuestro caso, el Senado). Esta última tendría un fuerte foco en impulsar el proceso de descentralización.

E. Sobre descentralización administrativa

I. Traspaso de competencias a niveles subnacionales

Al hablar de descentralización administrativa, o funcional, nos referimos al abanico de competencias que serán o podrán ser transferidas a los niveles de gobierno subnacionales.

Primero que todo, resulta pertinente destacar que en los últimos años nuestra Constitución ha sido reformada de manera significativa, iniciando un proceso de descentralización política y administrativa inédito. En los últimos meses, hemos sido testigos de la primera elección de gobernadores regionales, la cual marca un hito en materia de descentralización política y que fue habilitada por la reforma constitucional de la Ley 20.990, en el año 2017. Junto a ello, también debemos recordar que recién el año 2009 se consagró constitucionalmente la elección directa de los consejeros regionales, en virtud de la Ley 20.390.

En lo que respecta a la descentralización administrativa, la misma reforma constitucional contenida en la Ley 20.390 estableció un nuevo artículo 114, ordenando al legislador a consagrar un procedimiento de transferencia de competencias desde los ministerios y servicios públicos hacia los gobiernos regionales, en materia de ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural. En razón de dicha disposición constitucional, el año 2018 se publicó la Ley 21.074 sobre fortalecimiento de la regionalización del país, la cual transfirió mayores competencias a los gobiernos regionales y, a su vez, reguló el procedimiento de transferencia de competencias aludido en la Constitución, fijando un procedimiento administrativo mediante el cual el Presidente de la República, a través de un Decreto Supremo, podrá transferir a los gobiernos regionales, de oficio o a solicitud de éstos, competencias en materia de ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural.

En la actualidad, dicho procedimiento está operativo solamente en lo que se refiere al procedimiento de oficio por parte del Presidente de la República. No obstante, a partir de marzo de 2022, comenzará a regir el procedimiento administrativo a solicitud de los gobiernos regionales, que podrán solicitar fundadamente competencias al gobierno central durante los primeros dos años de cada período presidencial.

En resumen, las últimas reformas constitucionales en materia de descentralización administrativa y política han sido las siguientes:

- Ley 20.390 (año 2009): estableció la elección popular de consejeros regionales, fijando un período de cuatro años en el ejercicio de sus funciones, con posibilidad de reelección indefinida; radicó la presidencia del Consejo Regional en un consejero regional elegido de entre sus miembros, por un período de cuatro años; y ordenó al legislador para que, a través de una ley orgánica constitucional, estableciera un procedimiento en virtud del cual el Presidente de la república pueda transferir a los gobiernos regionales, de oficio o a solicitud de estos, competencias temporales o definitivas en materia de ordenamiento territorial, fomento productivo o desarrollo social y cultural.

- Ley 20.990 (año 2017): instauró el cargo de gobernador regional como órgano ejecutivo del gobierno regional, manteniendo la función de gobierno interior de la región en un delegado presidencial regional escogido por el Presidente de la República; consagró la elección

directa de gobernadores regionales a través de votación popular, siempre que la mayoría de los su fragios válidamente emitidos sea equivalente, al menos, al cuarenta por ciento; estableció la posibili dad de acusar constitucionalmente a los delegados presidenciales regionales y a los gobernadores regio nales[6] y modificó la redacción del artículo 114 de la Constitución referido al procedimiento de transfer encia de competencias[7].

- Ley 21.073 (año 2018): regula la forma en que se ejecutará la elección de gobernadores regionales, definiendo, entre otras cosas, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el cargo.
- Ley 21.074 (año 2018): entre otras cosas, define la figura del delegado presidencial, determina un mecanismo de traspaso de competencias desde el nivel central al nivel regional y entrega la posibilidad de administrar áreas metropolitanas.
- Ley 21.238 (año 2020): limita la reelección de alcaldes, concejales y consejeros regionales a un máximo de dos períodos consecutivos.

Hacemos esta reseña histórica para resaltar un hecho de la causa que no puede ser indiferente para la Convención Constitucional: nuestro país está inserto en un proceso de descentralización administrativa inédito sustentado en recientes reformas constitucionales, de modo tal que cualquier modificación constitucional en este aspecto puede poner en riesgo el éxito del itinerario fijado por la Constitución y la Ley 21.074.

Ahondando más en este asunto, se debe tener en consideración que el procedimiento de transferencia de competencias habilitado por la reforma constitucional del año 2009 y la Ley 21.074, supone un cambio de paradigma respecto de la manera en que nuestro sistema institucional efectúa el reparto de competencias hacia órganos del Estado. En efecto, nuestro ordenamiento reservaba el reparto de competencias indefinidas a una ley. Sin embargo, ahora la Constitución admite que sea un acto administrativo emanado del Presidente de la República (Decreto Supremo) el que transfiera a los gobiernos regionales competencias permanentes radicadas en ministerios y servicios públicos, en materia de ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural, rompiendo con nuestra tradición jurídica. Adicionalmente, el procedimiento admite un reparto de competencias heterogéneo hacia los gobiernos regionales. Esto significa que las competencias podrán ser transferidas a determinados gobiernos regionales, y no a todos por igual, cuestión que resulta evidente al referirnos al mecanismo de transferencia de competencias a solicitud de los gobiernos regionales, habida cuenta que no todos solicitarán las mismas competencias.

En definitiva, creemos que cualquier discusión en este apartado debe partir de la base de lo que señala el texto constitucional actual, debiendo referirse, al menos, a los siguientes asuntos:

PROPUESTA 1

La nueva Constitución deberá determinar el ámbito de competencias de los gobiernos regionales. Proponemos que se mantenga el campo de acción a materias de ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural.

PROPUESTA 2:

La nueva Constitución tendrá que definir el mecanismo a través del cual se efectuará el reparto de competencias hacia los

[6] *Sin perjuicio de la mención de los gobernadores regionales entre las autoridades que pueden ser acusadas constitucionalmente, lo cierto es que, a diferencia de todas las otras autoridades, la Constitución omitió consagrar las causales que harían procedente la acusación en contra de un gobernador regional.*

[6] *Previo a esta modificación, la Constitución decía que una ley orgánica establecerá la forma y el modo en que el Presidente de la República "podrá transferir" competencias a los gobiernos regionales. Luego de la reforma, el artículo señala que una ley orgánica establecerá la forma y el modo en que el Presidente de la República "transferirá" competencias a los gobiernos regionales. En definitiva, la redacción, antes facultativa, pasa a tener un carácter imperativo.*

órganos de gobierno y administración subnacionales, reservando este asunto a la ley, o permitiendo que junto a ella pueda coexistir un mecanismo adicional a través del cual se puedan transferir competencias a través de actos administrativos, como ocurre en la actualidad respecto a los gobiernos regionales. Además, la Convención Constitucional deberá decidir si ampliar este procedimiento hacia las municipalidades u otros organismos de gobierno o administración que la Constitución establezca.

PROPUESTA 3

Relacionado con la propuesta anterior, y basados en el principio de diferenciación, sugerimos que la Convención Constitucional habilite el reparto heterogéneo de competencias hacia órganos subnacionales, permitiendo que la ley o un acto administrativo transfiera competencias hacia órganos de gobierno específicos ubicados en el mismo nivel (ya sea un gobierno regional o municipalidad determinada).

PROPUESTA 4

El amplio abanico de posibilidades que abre el procedimiento de transferencia de competencias (competencias exclusivas, compartidas, temporales, etc.) aumenta el riesgo de conflicto entre niveles de gobierno. Por lo mismo, creemos que debiese existir un mecanismo que nos permita resolver los conflictos que surjan por solapamiento de funciones o competencias. Basados en la experiencia comparada, se propone que sea el Tribunal Constitucional (o el órgano que reemplace su función en la nueva Constitución) el que desarrolle esta tarea[8].

II. Fortalecimiento municipal

"Sin instituciones comunales una nación puede darse un gobierno libre, pero no posee espíritu de libertad" (Alexis de Tocqueville, 1835).

Un proceso de descentralización efectiva se sustenta en el empoderamiento de los gobiernos subnacionales, estos son; los gobiernos regionales y los gobiernos locales o municipales. Sin embargo, especialmente a partir del proceso de descentralización llevado adelante en los últimos años (a partir de las leyes 21.073 y 21.074), las políticas han tendido a centrar sus esfuerzos en los gobiernos regionales, olvidando el importante rol que pueden jugar los gobiernos locales en esta tarea. La OCDE ha insistido en esto último, sosteniendo que:

"El proceso de descentralización es una oportunidad para reconocer la diversidad del panorama de las municipalidades chilenas y permitir el diseño y la implementación de políticas, programas y herramientas adaptadas a esta diversidad. Hacerlo requeriría reconsiderar el principio de uniformidad, el cual ha sido una piedra angular de la estructura de Chile" (OCDE, 2017)[9].

Los municipios cuentan con tres principales características que los hacen idóneos para ser protagonistas de un proceso de descentralización, si queremos que esta efectivamente se traduzca en una mayor participación de la ciudadanía en las decisiones del país, y en una más equitativa participación de los territorios en los beneficios de la vida nacional.

En primer lugar, son la manifestación más cercana del Estado para las personas y una institución esencial para su día a día, toda vez que cumplen funciones en áreas claves como asistencia social, educación y salud. Esta cercanía les permite estar en mayor conexión y sintonía con las urgencias y necesidades de la ciudadanía, y reaccionar acorde a ellas. Asimismo, les permite pulsar y perfeccionar la implementación de las políticas públicas.

[8] *A diferencia de nuestra propuesta, en la actualidad se está discutiendo en el Congreso un proyecto de ley (Boletín Número 13.823-06) que propone al Contralor General como el encargado de resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales.*

[9] *Revisión de Gobernabilidad Multinivel en Chile: Modernización del Sistema Municipal, Conclusiones principales y recomendaciones (OCDE, 2017) Ver: http://ocde.subdere.gov.cl/assets/files/Chile_Main%20Findings%20and%20Recommendations_Final_ES.pdf*

En segundo lugar, su presencia está desplegada por todo el territorio nacional, permitiéndoles llegar a los más diversos rincones de nuestra accidentada geografía. Esta presencia y despliegue territorial permite compensar el sub-centralismo que se genera en los grandes núcleos urbanos y capitales regionales, adecuando las políticas a la diversidad territorial.

Por último, en tiempos de un alto desprestigio de las instituciones, las municipalidades cuentan con una alta legitimidad en términos comparados. Según el último Estudio Nacional de Opinión Pública del CEP, las Municipalidades cuentan con un 27% de confianza, mientras que los Tribunales de Justicia, con un 12%; el Gobierno cuenta con un 9%; el Congreso, con un 8%; y los partidos políticos, con un 2% de confianza (CEP, 2021). Esta confianza las sitúa en una posición crucial para relegitimar nuestras instituciones y recomponer el vínculo entre la ciudadanía y el Estado.

PROPUESTA 1

Sugerimos que se consagre a las municipalidades como encargadas del gobierno y administración local de las comunas. Esto, sin dejar de lado su estatuto jurídico actual, es decir, órganos descentralizados y autónomos constitucionales (conforme a las características señaladas en el Art. 118 de la Constitución actual).

PROPUESTA 2

Proponemos consagrar una garantía de financiamiento fiscal para cada función o tarea que se le asigne a los municipios (similar a la establecida en el Art. 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades) u otra fórmula que facilite una asignación objetiva (no discrecional) de recursos desde el gobierno central.

PROPUESTA 3

En base al principio de equidad, proponemos fomentar la solidaridad intermunicipal. En concreto, sugerimos que la Carta Magna mandate a la ley para que esta establezca un sistema de financiamiento equitativo que asegure presupuestos municipales per cápita más equitativos.

PROPUESTA 4

Proponemos que se reafirme constitucionalmente la heterogeneidad y diversidad territorial, como principio vinculante para el diseño e implementación de políticas y para la transferencia de atribuciones diferenciadas acorde a los distintos territorios. Esta puede mandatar a la ley para que fije los criterios conforme a los cuales se determinarán las distintas categorías de municipios.

PROPUESTA 5

De la misma forma, proponemos la consagración del principio de subsidiariedad territorial como criterio ordenador de la deliberación política (mandato al legislador) en la asignación de competencias entre los distintos niveles del Estado. Esto puede hacerse como complemento al definir la forma de Estado, junto a la promoción de una coordinación y articulación efectiva entre los distintos niveles de gobierno.

PROPUESTA 6

Sugerimos consagrar como principio la participación ciudadana obligatoria en la administración y gobiernos locales, mandatando a la ley que precise las herramientas, quórums de participación y obligatoriedad de dichos mecanismos para las autoridades.

F. SOBRE DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

Como bien señalan algunos autores[10], la descentralización fiscal tiene que ver con la asignación de recursos entre los distintos niveles de gobierno y las capacidades del nivel local de conseguir y administrar fondos para llevar a cabo las funciones que le son encomendadas. A partir de esta y otras definiciones, podemos apreciar que el tema de la descentralización fiscal reviste dos dimensiones: ingresos y autonomía en el gasto público subnacional.

[10] *Véase, por ejemplo, Irarrázaval y Rodríguez (2018) "Descentralización: ¿Hacia dónde vamos? Temas de la agenda pública. Año 13 n 108. Centro de Políticas Públicas UC.*

Por otro lado, es evidente la estrecha relación que existe entre la descentralización fiscal y la descentralización administrativa, en la medida en que la primera incorpora elementos de la segunda. Así, para que los gobiernos subnacionales puedan administrar y recaudar recursos propios se requerirá de una ley que les transfiera dichas competencias. En definitiva, en muchos casos la diferencia entre descentralización fiscal y administrativa será difusa, y estaremos más bien ante un supuesto de descentralización administrativa especial, referida a la transferencia de competencias en materia tributaria.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que uno de los principales desafíos en materia la descentralización fiscal se relaciona con aumentar los recursos propios de los niveles de gobierno y administración subnacionales. Este problema es patente si atendemos a la brecha que existe entre los gastos de ejecución regional decididos por el gobierno central y los gastos que son decididos por el nivel regional. A modo de ejemplo, en el caso de la región de Valparaíso, mientras a nivel sectorial y ministerial el gasto público asciende a una suma de unos $700.000 millones, el FNDR, que es uno de los instrumentos propios del gobierno regional, asciende a un poco más de $70.000 millones[11].

Esta diferencia, que, como vemos, puede significar una proporción de 10 a 1, probablemente será fuente de conflictos entre los gobernadores regionales recién electos y la autoridad central. Por lo mismo, en la medida en que el proceso de descentralización no se haga cargo de robustecer la billetera de los gobiernos regionales, el sistema institucional estará en constante tensión, siendo las propias autoridades regionales las que harán ver, con razón, que su marco de acción está limitado fuertemente por razones presupuestarias[12].

I. Gasto subnacional

Hay quienes consideran que la vía para enfrentar este fenómeno consiste en habilitar a los gobiernos subnacionales a crear y recaudar impuestos territoriales. Nosotros consideramos que es posible lograr un mejor resultado a través de una mayor transferencia de recursos por parte del nivel central hacia los niveles subnacionales, sin necesidad de generar una diferenciación en el régimen tributario del país.

PROPUESTA

Creemos que la Constitución debe mandatar al legislador a crear un mecanismo de asignación de recursos desde el nivel central hacia los niveles subnacionales. Para eso, la nueva Carta Magna debe prescribir que la Ley de Presupuestos explicite el porcentaje de gasto e inversión pública que sea de decisión regional.

II. Transferencias no programáticas

Por otro lado, existe evidencia en Chile y el mundo sobre las distorsiones que se generan en la distribución territorial de bienes y servicios por motivos políticos y electorales[13]. El color político de las autoridades, la cercanía de votaciones o la competitividad electoral de las zonas (solo por poner algunos ejemplos) suelen incidir en la alocación de fondos. Esto es particularmente relevante en el caso de las transferencias no programáticas, es decir, aquellas que pueden ser distribuidas sin mayores requisitos -o con criterios poco claros o confusos- por parte de la autoridad central[14].

---

[11] *Aroca, Patricio; et al. (2020). "Desafíos y oportunidades para una descentralización efectiva: Una reflexión aplicada desde la región de Valparaíso". Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*

[12] *Como antecedente, en la actualidad se discute en el Congreso un proyecto de ley sobre finanzas regionales, que, entre otras cosas, modifica el Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR), regula el presupuesto del gobierno subnacional y establece principios de responsabilidad fiscal.*

[13] *Véase, por ejemplo, Livert y Gainza (2018) "Distributive politics and spatial equity: the allocation of public investment in Chile", publicado en Regional Studies. También véase, por ejemplo, Livert et al (2019) "Paving the electoral way: Urban infrastructure, partisan politics and civic engagement", publicado en World Development.*

[14] *Para una discusión teórica y una definición de "transferencias no programáticas" véase, por ejemplo, Stokes et al. (2013) "Brokers, Voters, and Clientelism: The Puzzle of Distributive Politics". Cambridge University Press.*

PROPUESTA

Proponemos, como regla general, reducir las transferencias no programáticas, estableciendo criterios claros y conocidos para la distribución territorial de fondos desde el nivel central. La nueva Constitución Política de la República debe incorporar como principio que las transferencias de fondos desde el nivel central a regiones y municipios deben hacerse en base a criterios objetivos y verificables, así como la asignación de todo tipo de financiamiento.

III. Impuestos territoriales

En los últimos años, a propósito de la necesidad de fortalecer el financiamiento de los gobiernos locales y regionales, se ha propuesto la consagración de impuestos regionales, los cuales pueden asumir la forma de nuevos tributos o de la modificación de tasas de impuestos nacionales dependiendo el territorio.

En primer lugar, es pertinente hacer una distinción previa respecto a esta problemática. No es lo mismo un impuesto de aplicación territorial creado por el nivel central, que un impuesto de igual característica creado por órganos de representación política territorial, como los gobiernos regionales y las municipalidades. Y a su vez, estos se deben distinguir de los impuestos generales (en cuanto a su aplicación territorial) que gravan ciertas actividades productivas que, en la práctica, son aplicados en territorios específicos debido a su particular vocación económica. A nuestro juicio, en este último caso no estamos ante un impuesto propiamente territorial.

Considerando lo anterior, se ha sostenido que existe un beneficio cuando se radica en el mismo nivel del gobierno la decisión de generar ingresos con la decisión de gastos. En parte, las administraciones desarrollarían mayor responsabilidad fiscal. Sin embargo, esta idea es problemática por dos razones. La primera, porque nuestra cultura y estructura presenta ciertos riesgos. Aunque se creen o se modifiquen tasas, las bases económicas de una parte mayoritaria de los territorios suelen ser pequeñas, quedando un poco margen para mejorar la recaudación. En ese contexto, la mayor parte de localidades seguirán siendo financiadas por políticas de redistribución (como el Fondo Común Municipal) o, en otras palabras, por recursos que ellos no generan y que provienen del gobierno central y/o desde fondos que redistribuyen recursos entre gobiernos subnacionales. Junto a eso, las debilidades de los impuestos regionales tenderían a aparecer (sistema tributario complejo). Y la segunda dificultad se relaciona con la experiencia comparada. En países altamente descentralizados fiscalmente (como Dinamarca), la dependencia de los gobiernos subnacionales respecto a las transferencias por parte del nivel central sigue siendo alta.

PROPUESTA

Dicho lo anterior, creemos que la nueva Constitución no debe permitir la creación de impuestos territoriales por parte del nivel subnacional, radicando esta competencia en los órganos de representación nacional. Por muy tentador que parezca la idea de permitir a los gobiernos subnacionales crear sus propios impuestos, lo cierto es que no existe ninguna garantía de que éstos considerarán los ciclos macroeconómicos en sus decisiones. Por el contrario, es probable que los incentivos político-electorales sean más poderosos en orden a tomar una decisión tributaria específica. Por ello, creemos que estas competencias deben recaer en el nivel central, habida cuenta que corresponde a éste velar por la estabilidad fiscal.

IV. Transferencia de competencias respecto a fondos sectoriales

Por último, creemos que es posible disminuir la brecha en materia de descentralización fiscal a través de la transferencia de mayores competencias en el destino de los fondos sectoriales, especialmente en materia de inversión pública. Como bien señalamos en líneas anteriores, la diferencia entre descentralización fiscal y administrativa es a veces difusa, de modo tal que se puede avanzar en lo primero profundizando lo segundo. Un ejemplo de esto se aprecia en algunas competencias que ya están siendo transferidas desde algunos servicios públicos hacia los gobiernos regionales, que dicen relación con la "focalización temática y territorial" de algunos instrumentos de fomento productivo, tales como el Programa de Fomento a la Calidad-Focal, de Corfo; o Emprende Semilla y Abeja, de Sercotec; entre otros.

PROPUESTA

Proponemos aumentar el porcentaje de gasto de decisión

sin que sean los propios gobiernos regionales, o las municipalidades, quienes ejecuten dicho gasto. Esta vía permite que los gobiernos subnacionales que no cuenten con la capacidad instalada de los órganos ministeriales sectoriales puedan incidir considerablemente en el destino de su territorio. Ello permitiría robustecer la función de gobierno de los gobiernos regionales y municipalidades, acorde con sus programas territoriales, manteniendo la función administrativa en los órganos técnicos sectoriales.

En definitiva, consideramos que la nueva Constitución puede generar instrumentos para aumentar en el corto plazo los ingresos de los gobiernos subnacionales y el margen de decisión sobre los gastos sectoriales aplicados en la región, sin necesidad de alterar el régimen tributario; y permitiendo, a su vez, que independiente del tamaño y de la capacidad instalada en los distintos gobiernos regionales, todos ellos puedan tener una verdadera incidencia tanto en el destino de sus fondos propios como de aquellos que, sin serlo, vayan destinados a generar políticas públicas territoriales.

V. Endeudamiento regional

A propósito de las propuestas de descentralización fiscal, algunas organizaciones han propuesto para el debate constituyente la posibilidad de permitir e incentivar el endeudamiento responsable (regulado) a nivel regional. Pese a que es una idea que podría promover la autonomía fiscal regional y local, creemos que presenta ciertos riesgos, sobre todo en esta etapa de descentralización del país.

Tribunal Constitucional [1]

[1] *Integrantes: José Miguel Aldunate y Rene Tapia (LyD), Ignacio Salazar, Alberto Illanes (Res Publica), Juan Lagos (FPP), Víctor Manuel Avilés y Consuelo Alvial (IL), Camilo Lledó (Horizontal) y Maximiliano Duarte (Fundación Piensa).*

Tabla de contenidos

A. Fundamentos del control de constitucionalidad y evolución en Chile

B. Diagnóstico y críticas

C. Mapeo de propuestas de izquierda

D. Propuestas para considerar para el Tribunal Constitucional

E. Derecho comparado

A. Fundamentos del control de constitucionalidad y evolución en Chile

El Tribunal Constitucional es un órgano del Estado, independiente y autónomo, cuya función, entre otras, es velar por la constitucionalidad de las leyes y decretos. El Tribunal Constitucional asegura que cualquier normativa que se dicte se enmarque en los límites constitucionales y resuelve conflictos entre poderes del Estado. En primer lugar, explicaremos los fundamentos de que exista un control de constitucionalidad y de que ese control esté a cargo de un órgano especializado.

I. Fundamento del Control de Constitucionalidad

a. Supremacía Constitucional: el principio sobre el cual se funda la existencia de un control de constitucionalidad es la Supremacía Constitucional. Ésta refiere al conjunto de mecanismos que buscan proteger que la Constitución se encuentre en lo más alto de la pirámide normativa.

Partiendo de la base de *"que la Constitución es, en el fondo y en su forma, la Ley Suprema del Estado-Nación, a la cual deben someterse todas las demás normas jurídicas y tanto las decisiones de los gobernantes como las conductas y actos jurídicos de los gobernados"*[2], agregando que "*en virtud de tal primacía, el Código Político no queda supeditado a lo que preceptúa la ley u otra clase de norma*"[3]. De este modo, el control de la supremacía constitucional busca, justamente, asegurar el carácter supremo y vinculante de la Constitución, de manera que ella no sea vulnerada por normas menores.

En el fallo de Marbury vs. Madison se argumenta el fundamento de la Supremacía Constitucional.
"O bien la Constitución es una ley suprema, superior e inmodificable por los medios comunes o se encuentra en el mismo nivel que la ley simple y, como otras tales leyes, puede ser modificada cada vez que el Congreso lo desee.
Si la primera alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si la segunda alternativa es cierta, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del Pueblo en orden a limitas un poder naturalmente imposible de limitar.
Ciertamente, todos quienes han elaborado Constituciones escritas, las consideran la ley suprema y fundamental de la Nación, y, consiguientemente, la teoría de todo Estado como aquél debe ser que un acto del Congreso contrario a la Constitución es nulo.
( ) En consecuencia, aquellos que controvierten el principio según el cual la Constitución debe ser considerada en los tribunales como ley suprema, se verán en la necesidad de defender que los tribunales deban cerrar los ojos a la Constitución y ver sólo la ley. Tal doctrina destruiría las bases mismas de todas las Constituciones escritas".

b. Argumento político: es necesario abordar la crítica de que el control de constitucionalidad es antidemocrático. Es fundamental un concepto de democracia que sea conforme a la existencia de un control de constitucionalidad.

Hay que distinguir entre carácter antidemocrático y contra mayoritario. Todos sabemos que 'democracia' es uno de los conceptos más amplios del lenguaje político y, por cierto, un concepto no unívoco. Se tiende a hablar de democracia como el gobierno de la mayoría, si bien, uno de los elementos principales de la democracia es la toma de decisiones por la mayoría hay que destacar que también existen otros elementos que le son esenciales como:

i. Los derechos fundamentales, que protegen los individuos respecto del Estado, porque emanan de la naturaleza humana (no importa la mayoría).

ii. La protección de las minorías (grupo minoritario).

iii. Otras normas constitucionales (que importan mayorías calificadas).

[2] *Cea (2008): 239.*
[3] *Cea (2008): 240.*

Conclusión: el Tribunal Constitucional es un órgano contra mayoritario, pero eso no significa que sea antidemocrático. Democracia no es sinónimo de regla de la mayoría, ésta es sólo uno de los elementos de la democracia.

iv. **Argumento histórico**: El propio Presidente Balmaceda, en el marco de la guerra civil de 1891 -desencadenada por un conflicto entre los poderes del Estado- argumentó en favor de la creación de un tribunal ad hoc que permitiera resolver estas diferencias dentro del marco de la institucionalidad.

Esto, por cierto, serviría como antecedente para el órgano que se creó en 1970, pero no como base para el control concreto y la inaplicabilidad de las leyes. Esto último fue una creación de la Constitución de 1925.

v. **Argumento institucional:** la existencia de un Tribunal Constitucional adecuadamente diseñado colabora con la desconcentración del poder y el chequeo y balances entre distintas autoridades. Al crear un tribunal especializado, se evita que la Corte Suprema concentre poderes excesivos por sobre los otros poderes del Estado. Además, se concentra el control de la supremacía constitucional en un organismo especializado, compuesto por miembros debidamente preparados para realizar una labor tan delicada.

II. Evolución histórica del Tribunal Constitucional y del control de constitucionalidad en Chile

Como principal antecedente, la **Constitución de 1925** entregó la facultad de velar por la constitucionalidad de las leyes a la Corte Suprema, pues no vio necesidad de crear un órgano especial encargado de esta tarea.

En 1970 se realiza una reforma constitucional que creó en Chile el primer Tribunal Constitucional encargado del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, esto es, un órgano cuyo objetivo era velar por la correcta coherencia entre las leyes conforme a la Carta Fundamental del Estado, que comenzaría a trabajar ese mismo año de creación. Sus principales atribuciones fueron: "resolver de las cuestiones o disputas de constitucionalidad que surgieran durante la tramitación de una ley -es decir, un control preventivo-, cuestiones de constitucionalidad respecto de decretos con fuerza de ley, convocatorias a plebiscito, de las inhabilidades de Ministros de Estado, demoras en la promulgación de una ley, y de las contiendas de competencia que las leyes encomendaran, entre otros[4]".

Sin embargo, en 1973 este Tribunal fue suprimido por ser considerado innecesario, pero años más tarde, y bajo la actual Constitución de 1980, fue reinstaurado al sistema. Dentro de sus atribuciones se encontraban el control de constitucionalidad preventivo de las leyes orgánicas constitucionales el que tenía el carácter de obligatorio[5], mismo control al que se deberán someter las leyes interpretativas de la Constitución[6]; control de los tratados internacionales que hayan sido sometidos a la aprobación del Congreso[7]; de los decretos o resoluciones de la Contraloría General de la República[8] y de los decretos que se refieren a materias de reserva legal[9], entre otros.

Finalmente, el año 2005 se realizaron una serie de reformas a la Constitución a través de la Ley 20.050, siendo el TC uno de los principales órganos modificados. En primer lugar, respecto de sus miembros, se aumentó a 10 ministros designados por medio de los tres poderes del Estado, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

[4] *Silva Bascuñán (2003): 11 y 12.*
[5] *Silva Bascuñán (2003): 58.*
[6] *Silva Bascuñán (2003): 65.*
[7] *Silva Bascuñán (2003): 82.*
[8] *Silva Bascuñán (2003): 142.*
[9] *Silva Bascuñán (2003): 156.*

Otra modificación que sufrió el TC con las reformas del año 2005 tuvo relación a sus atribuciones, pues se amplió su función de control preventivo a los Tratados Internacionales cuando ellos versen sobre materias propias de Ley Orgánica Constitucional[10] y el control de la constitucionalidad de los autos acordados de los Tribunales Superiores de Justicia[11]. Además, el control concreto de las leyes que realizaba la Corte Suprema es trasladado desde ella hacia el Tribunal Constitucional, por lo que éste será quien se pronuncie sobre la inaplicabilidad de las leyes[12].

De esta manera, quedaron concentrados en un solo órgano todos los tipos de control de la constitucionalidad de la ley, siendo el principal responsable de asegurar la Supremacía Constitucional, elemento esencial de la democracia.

B. Diagnóstico y críticas

El Tribunal Constitucional, si bien históricamente ha sido un órgano fundamental para nuestra democracia y ha gozado respaldo ciudadano, en la actualidad es uno de los organismos que ha sido más criticados. Las principales críticas al Tribunal Constitucional son:

a) El Tribunal Constitucional actúa como una "tercera cámara", siendo un freno para la democracia: ésta se debe fundamentalmente al control preventivo de ley. En esta línea se pide por parte de algunos sectores políticos:

a. Eliminar el control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley y de los proyectos de reforma constitucional.

b. Eliminar la facultad de control de constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución

c. Eliminar el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales

b) La forma de designación de algunos de los miembros del Tribunal Constitucional no es de carácter democrático. Especialmente se critica la forma en la que el Presidente de la República elige a tres de sus miembros.

c) Una de las atribuciones que tiene el Tribunal Constitucional y que ha sido criticada ampliamente es la facultad de declarar la inconstitucionalidad de movimientos y partidos políticos.

d) Parte de la doctrina critica el carácter inamovible de los jueces del Tribunal Constitucional. Considerando que sus integrantes puedan ser acusados políticamente, es decir, ser acusados constitucionalmente.

e) Una crítica transversal es el voto dirimente del Presidente del Tribunal Constitucional. Actualmente, en caso de empate en una votación el Presidente tiene voto dirimente. Gran parte de la doctrina considera que las decisiones deberían ser tomadas al menos por una mayoría.

C. Mapeo de propuestas de izquierda

Para este documento consultamos los sitios web de los centros de estudios y partidos políticos de izquierda. En buena parte de estos, por el momento, no existen propuestas constitucionales concretas. Dentro de los pocos centros de estudios y partidos políticos que sí tienen documentos con propuestas constitucionales, **solo cinco presentan referencias específicas al Tribunal Constitucional (destacados en gris).**

[10] *Navarro (2016): 17.*
[11] *Navarro (2016): 17.*
[12] *Navarro (2016): 23.*

Fundación Sol	Fundación Nodo XXI	Fundación La Casa Común	Fundación por la Democracia	Instituto Igualdad
Centro de Estudios del Desarrollo	CIEPLAN	Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz	Espacio Público	Horizonte Ciudadano
Fundación Socialdemócrata	Chile 21	Fundación Democracia y Desarrollo	Fundación Participa	Red de estudios para la profundización democrática
Fundación Progresa	Chile Movilizado	Centro Democracia y Comunidad	Red Liberal	Convergencia Social
Partido Demócrata Cristiano	Partido Comunista de Chile	Partido Radical	Partido por la Democracia	Comunes
Fuerza Común	Revolución Democrática	Partido Liberal	Apruebo Dignidad	La Lista del Pueblo

I. Nodo XXI

Ruiz Encina, Carlos et al. (2021): "Desarrollo económico en Chile: Elementos para el debate Constituyente", Fundación Nodo XXI.

"[D]ebe avanzarse en una superación del "tutelaje democrático" que realiza el Tribunal Constitucional en relación con el proceso legislativo, el cual limita de manera considerable el abanico de políticas públicas posibles en el ámbito económico, así como también en otros de fundamental relevancia (por ejemplo, en la provisión de derechos sociales).

Si bien este debate específico se encuadra en una discusión de más largo alcance sobre la arquitectura de gobierno que debe suscitarse en el proceso constituyente, los elementos señalados deberían considerarse de forma prioritaria. Fortalecer las atribuciones del Poder Legislativo en materias de política económica, eliminando el límite democrático establecido por el Tribunal Constitucional, permitirá dinamizar la deliberación democrática, construyendo posibilidades de superación política para la superación de la crisis (cuya discusión se ha visto constantemente obturada debido al bloqueo que puede llegar a representar el elevado presidencialismo del orden constitucional chileno)" (pp. 68-69).

II. Instituto Igualdad / Partido Socialista de Chile

Instituto Igualdad (2020). Propuestas para la discusión constitucional del Partido Socialista de Chile.

"[E]l texto vigente de la Constitución, para garantizar un modelo injusto, cuenta con un conjunto de dispositivos institucionales que impiden su modificación: leyes supra mayoritarias (llamadas orgánicas constitucionales y de quórum calificado) que otorgan un poder de veto a la minoría electoral para impedir reformas significativas, un quórum de reforma constitucional de 2/3 en los capítulos más relevantes y un Tribunal Constitucional, con excesivas atribuciones, como aconteció con varias iniciativas impulsadas por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, como por ejemplo, la reforma laboral o la reforma al Servicio Nacional del Consumidor" (p. 4).

"Las negociaciones políticas, esenciales para la toma de acuerdos propios de todo régimen democrático, ponen a nuestros dirigentes en una situación de desventaja: toda iniciativa relevante en materia social, administrativa, tributaria, educacional, de salud o de seguridad social nace lesionada y relativizada ante el riesgo que la derecha acuda al Tribunal Constitucional, por no pactar o transar con ella, pues se topa con la iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo o bien con las bases ideológicas del modelo establecidas en la Constitución, por lo cual se cede en nuestras ideas y propuestas en términos que pueden ser calificados como ilegítimos democráticamente" (p. 4).

"Se eliminará el Tribunal Constitucional" (p. 15).

Zúñiga Urbina, Francisco y Felipe Peroti Díaz, coord. (2020). Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista.

"En la elaboración de una nueva Constitución es posible pensar en un cuarto Tribunal Constitucional, que, reconfigurado en su mecanismo de designación, controles y competencias, ya no será el guardián de un diseño institucional impuesto o forzado, sino garante del pacto fundamental de un pueblo que se autogobierna" (p. 87).

"Se propone:

a) **Eliminar el control preventivo obligatorio de leyes supra mayoritarias**, consecuencia de que estas no deberían contemplarse en la nueva Constitución.

b) **Eliminar el control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley y de los proyectos de reforma constitucional.** El Tribunal Constitucional, al igual que los demás poderes públicos, no puede situarse en una posición superior al poder constituyente derivado sin limitar severamente la soberanía popular.

c) **Eliminar la facultad de control de constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución.** El Tribunal Constitucional es uno de los intérpretes de la Constitución, no es el único y su interpretación no es suprema en relación a la interpretación de la Constitución que puedan hacer otras ramas.

d) **Contemplar el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales** con el objeto de evitar el incumplimiento de compromisos internacionales del Estado por una eventual declaración de inconstitucionalidad posterior.

e) **Eliminar la facultad de declarar la inconstitucionalidad de movimientos y partidos políticos**

f) Pensando que la nueva Constitución se definiría por un Estado regional, otorgarle al Tribunal Constitucional la **potestad para resolver los conflictos de competencia entre las autoridades centrales y las autoridades regionales y comunales.**

g) Al nuevo Tribunal Constitucional le corresponderá **resolver los conflictos que puedan surgir entre los órganos constitucionales** acerca del reparto constitucional de atribuciones entre ellos, en particular, las denominadas contiendas de competencias entre poderes del Estado" (pp. 88-89).

"El número actual de ministros del Tribunal Constitucional es inadecuado pues permite que los litigios relativos a control abstracto de constitucionalidad se resuelvan, ante un empate, por el voto dirimente del Presidente. Por tanto, se propone modificar su número para que tenga una integración impar, pudiendo reducirse a nueve, instando a su conformación paritaria. Lo anterior significa eliminar la institución de los ministros suplentes" (p. 89).

"El TC tiene poder político y como consecuencia de ello, en un régimen republicano sus integrantes deben ser responsables plenamente y susceptibles de ser acusados en un juicio político, por infracción de la Constitución y por notable abandono de deberes, del mismo modo que las demás autoridades superiores del Estado" (p. 89).

III. Revolución Democrática. Programa convencionales constituyentes

"**Se debe terminar con el actual Tribunal Constitucional** y a la vez asegurar que exista una institucionalidad que vele por una adecuada interpretación de la Constitución. Para ello, proponemos crear un órgano especial de una composición que asegure una representación equitativa de hombres y mujeres, y basada en los conocimientos y la trayectoria de sus miembros. Este órgano debe velar por la interpretación y aplicación efectiva de los principios y derechos contenidos en la Nueva Constitución en el quehacer político y jurisdiccional del Estado adecuándose a la evolución del texto constitucional.

En todo caso, el funcionamiento de este control debe respetar la voluntad soberana expresada mediante el proceso legislativo, **limitando el control que este órgano pueda realizar a los requisitos formales de formación de la ley y estableciendo mecanismos procedimentales que aseguren que no interfiera en la potestad del Poder Legislativo"** (p. 9).

IV. Democracia Cristiana. Bases constitucionales de la DC para la nueva Constitución (2021).

"[P]roponemos, en primer lugar, **terminar con los nombramientos del Presidente de la República de tres ministros del TC sin el concurso de otros órganos.** Asimismo, la mayoría de nosotros considera inconveniente mantener la designación directa de integrantes del TC por parte de la Corte Suprema. Aunque existe una opinión en el sentido que los nombramientos de la Corte Suprema son los que mejor han funcionado" (p. 53).

"Por otra parte, se propone que un futuro TC **esté integrado por un número impar de ministros**, de manera de terminar con la distorsionada figura del voto dirimente del Presidente del mismo" (p. 53).

"Respecto de los órganos que participan en la designación de sus miembros, debieran intervenir los tres poderes del Estado, pero con una participación mayoritaria de los órganos electos democráticamente (y entre éstos con una mayor participación del Congreso Nacional que del Presidente de la República) aunque contemplando también una participación minoritaria de la Corte Suprema. En caso de que en la designación participe el Presidente de la República, ha de exigirse la ratificación del Senado. En relación a los nombramientos que se originen en el Congreso Nacional, la Cámara de Diputados debiese poseer una mayor relevancia".

V. Apruebo Dignidad. Ejes programáticos de la lista Apruebo Dignidad: Nueva Constitución para Chile.

"La nueva Constitución podrá fin a las trabas autoritarias que impiden una democracia fundada en las mayorías y que han neutralizado la voluntad popular. Terminaremos con los quórums supra mayoritarios, con el Tribunal Constitucional en su forma actual y con las leyes orgánicas constitucionales".

6. Propuestas de académicos de izquierda.

Considerando los pocos insumos entregados por los centros de estudios de izquierda hasta el momento y en atención a que la labor intelectual de la izquierda se concentra en las universidades, hemos considerado pertinente ofrecer una primera aproximación con algunas propuestas de destacados académicos de izquierda que han aparecido en libros que seguramente serán consultados por los convencionales o sus asesores.

Bordalí Salamanca, Andrés (2015): "Una nueva justicia constitucional para una nueva Constitución chilena" en Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia) (Eduardo A. Chia y Flavio Quezada, editores), Instituto Igualdad/ FES/Derecho U. Chile, pp. 405-417.

Nueva fórmula de designación: "Si se mantuviera la composición de diez integrantes que tiene actualmente este órgano constitucional, una fórmula a explorar en la designación podría consistir en: **a) tres por el Presidente de la República**; b) cuatro por el Senado y c) tres por la Cámara de Diputados. De esta forma, el Congreso Nacional, como mejor exponente de la representación popular, obtendría mayor gravitación en la conformación del órgano de justicia constitucional" (p. 408).

Inhabilidades para evitar el cuoteo político: "Sin embargo, para neutralizar lo más posible al órgano desde el punto de vista de la política contingente, **se deberían introducir algunas inhabilidades**, que complementarían las reguladas actualmente en el artículo 92 de la Constitución. Así se podría agregar que **no pueden ser designados en el Tribunal Constitucional aquellas personas que hayan desempeñado cargos de elección popular, así como los que hayan sido candidatos a dichos cargos. Del mismo modo estarían inhabilitadas aquellas personas que hayan desempeñado funciones en el Gobierno o Administración del Estado en cargos que sean de exclusiva confianza del Presidente de la República.** Lo mismo se podría aplicar a directivos de partidos políticos. En todos estos casos se puede pensar en un período de los últimos 8 años" (p. 408).

Responsabilidad de los jueces constitucionales a través de un tribunal ad-hoc: "En este sentido, creo que los jueces constitucionales no pueden depender exclusivamente del reproche que le realicen las mayorías políticas de la Cámara de Diputados y del Senado. Experiencias de otros países aconsejan la formación de un tribunal ad-hoc que, teniendo como locus natural y una representación mayoritaria en el Senado, incorpore a sujetos menos políticos de manera de atemperar la politización del juicio.

En este sentido, **se podría pensar en formar una comisión en el Senado de cuatro senadores elegidos por sus pares, a los que se podría unir el Presidente de la Corte Suprema, el Contralor General de la República y el Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones.** Ese tribunal de siete miembros haría efectiva la responsabilidad política de los ministros del Tribunal Constitucional, donde los senadores como representantes del pueblo serán mayoría, pero deberían concordar su voto con los demás integrantes, pues la destitución debería proceder con voto mínimo de cinco integrantes" (p. 409).

Control preventivo de constitucionalidad reservado para casos específicos: "En este sentido, el control preventivo de constitucionalidad podría reservarse para normas sobre tratados internacionales. También podría utilizarse para controlar a los Decretos con Fuerza de Ley y decretos, entre otras normas, tal como aparece hoy en día configurado en el texto constitucional vigente. Quizás si existiese una justicia administrativa mejor organizada, como podría ser la existencia de tribunales de lo contencioso administrativo, podría confiarse a ellos la decisión de cuestiones constitucionales en el control de la Administración del Estado. Confiar hoy en día tal labor a la multiplicidad de órganos que conocen de contenciosos administrativos, solo puede aumentar la dispersión jurisprudencial y el caos en la defensa de la Constitución" (p. 411).

Solari Allende, Enzo (2019): "Un constitucionalismo débil para Chile", en La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente, LOM.
"En síntesis, la discusión política y constitucional chilena mejoraría si contemplara la posibilidad de rediseñar el TC y sus funciones para que ejecute un control abstracto de constitucionalidad a la vez deferente (por la presunción thayeriana configurada con regla de unanimidad o con otra de supermayoría) y más débil (por su penultimidad) de la actividad parlamentaria y administrativa. Lo que es tanto como transformar el TC en un consejo constitucional integrado por expertos que enjuicien la constitucionalidad de leyes y decisiones administrativas, primero, sin disponer de la última palabra, que sería entonces la del órgano dotado de legitimidad democrática, como ya ocurre en otros sistemas jurídicos realmente existentes y como bien pudiera ocurrir según modelos por ahora puramente teorizados. Y, segundo, de manera tal que su intervención revisora se legitime sobre todo por su valor epistémico y, consiguientemente, por compensar el valor de sus resultados su intrínseco disvalor democrático, forzando precisamente con la sofisticación filosófica y jurídica de sus argumentos a que el representante democrático justifique el ajuste constitucional y iusfundamental de sus leyes, decretos y reglamentos según exigentes estándares de razonamiento. Así, podría exigir de los representantes electos –y a toda su maquinaria técnica– razones convincentes y precisas que les permitan sortear esas declaraciones judiciales de incompatibilidad e incluso de invalidez que toman como patrón de juicio a las normas constitucionales y a los derechos fundamentales. Con la diferencia, además, de que la simple mayoría que homenajea debidamente a la igualdad política (y que, como he dicho, solo debiera inobservarse cuando se trata de prevenir cierto coto vedado muy estrictamente entendido) no es aconsejable en el caso de un órgano revisor de constitucionalidad con pretensiones ante todo epistémicas, del cual por el contrario debieran esperarse decisiones justificadas por unanimidad o a lo menos por supermayoría para desbaratar la presunción constitucional de la actividad de los representantes del pueblo".

Zapata Larraín, Patricio (2020). La casa de todos y todas. La Nueva Constitución que Chile merece y necesita, Ediciones UC.
"Soy partidario de la existencia de un Tribunal Constitucional. Parece necesario, en todo caso, **reformar su integración y hay que asegurar, además, que las nominaciones de sus miembros estén sujetas a escrutinio público y deliberación informada.** Conviene **revisar la forma en que funciona el control concreto y represivo** de las normas vigentes. En cuanto al **control preventivo eventual, soy partidario de mantenerlo, introduciendo, en todo caso, modificaciones que eviten un uso abusivo del mecanismo que invada la esfera de autonomía** que, en materia de mérito político, corresponde a las decisiones democráticas del legislador".

D. Propuestas para considerar para el Tribunal Constitucional

I. Propuestas en cuanto a su composición

a) **Nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional:** uno de los puntos que ha producido mayor controversia es el nombramiento que hace el Presidente de la República. Consideramos que para acentuar el carácter técnico del órgano se debe hacer un nombramiento en conjunto de los tres poderes del Estado, para que de esta forma los miembros del Tribunal Constitucional surjan producto de amplias mayorías y no representen a quién los nombró. Se podría evaluar hacer participar a la Alta Dirección Pública en el proceso de nombramiento, por ejemplo, en las elaboración de las ternas.

b) **Duración:** proponemos mantener la duración de los ministros del Tribunal Constitucional. Se podría evaluar la propuesta de que los ministros del Tribunal tengan una duración de siete años y puedan ser reelectos por un solo periodo. La reelección es una forma de control indirecta del órgano, cuestión que ha sido exigida por parte importante de la clase política.

c) **Requisitos para el nombramiento:** proponemos mantener los requisitos. Quizás se podrían exigir ciertos conocimientos del Derecho Internacional, en particular conocimiento y experiencia docente en materias como Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

d) **Causales de remoción:** uno de los aspectos fundamentales para dar al Tribunal Constitucional una adecuada autonomía es que no se encuentren sujetos a remociones por causas políticas. Una de las funciones principales del Tribunal Constitucional es controlar y resolver conflictos entre autoridades. Además, éste debe controlar al Congreso. En el caso que se proponga que el Congreso pueda controlar a su vez al Tribunal Constitucional mediante acusaciones constitucionales, tendremos el problema que el órgano controlado controlaría a su controlador. Se podría evaluar un control interno del Tribunal, como existe en la Constitución armenia, del Pleno respecto de alguno de sus ministros.

e) **Número de ministros:** proponemos que la composición del Tribunal Constitucional sea de número impar, de esta forma se puede eliminar el voto dirimente del Presidente. Este número impar podría ser mayor o menor que el actual.

f) **Eliminar el voto dirimente del Presidente:** uno de los aspectos que ha causado mayor conflicto es el voto dirimente del Presidente del Tribunal Constitucional en caso de empate en la votación. Proponemos eliminar el voto dirimente del Presidente y modificar el número de ministros a un número impar o que se exija de mayoría en caso se mantenga un número par de ministros.

g) **Reforzamiento del trabajo en sala:** este cambio tendría la ventaja de que no sería el presidente del Tribunal quien distribuiría las causas, enviándolas a los ministros que sean más afines a sus convicciones políticas. Se ganaría de esa manera en imparcialidad y colaboraría con la descongestión de la tramitación ante el Tribunal, especialmente en lo que se refiere a las inaplicabilidades.

II. Propuestas en cuanto a sus atribuciones

a) **Control preventivo obligatorio:** proponemos modificarlo. El fundamento no es una convicción de fondo que el control sea de carácter antidemocrático, es más bien la dificultad que exista este tipo de control cuando existe una convicción de gran parte de los Constituyentes consideran que debe ser eliminado. La única parte del control preventivo obligatorio que suscita más apoyo es el de los Tratado Internacionales. Éste podría ser conservado.

b) **Control preventivo facultativo:** consideramos que debe ser mantenido, pero racionalizado. El principal acuerdo es en cuanto a su oportunidad. Debe ser atrasado hasta el final de la discusión legislativa. Parece interesante lo propuesto por la Democracia Cristiana de devolver al Congreso en caso se declare la inconstitucionalidad de una norma. No existió acuerdo respecto al quórum para solicitar el control preventivo facultativo, la discusión se centró en si ésta debía ser 1/4 o 1/3 de los diputados.

c) **Control represivo:** inaplicabilidad e inconstitucionalidad: debe mantenerse separada la inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Proponemos bajar el quórum para la declaración de inconstitucionalidad de 4/5 a 3/5. Se discutió acerca de quién puede pedir la inaplicabilidad, se propuso que fuesen sólo los tribunales los titulares para solicitar la inaplicabilidad, o que los tribunales titulares hagan un filtro previo de admisibilidad, no existió acuerdo.

d) **Recurso de protección:** proponemos que el recurso de protección sea conocido en segunda instancia por el Tribunal Constitucional. La primera instancia debe seguir siendo conocida por la Corte de Apelaciones. Respecto a las normas de admisibilidad del recuso de protección, éstas pueden ser más exigentes. La presente propuesta debe ser evaluada en el caso de la creación de los tribunales contenciosos administrativos. Se propone que sea el Tribunal Constitucional, o el órgano que haga sus veces, quien conozca el recurso de protección porque actualmente, en la práctica ampara derechos fundamentales cuando conoce de requerimientos de inaplicabilidad y dado que el recurso de protección implica una jurisprudencia sobre una parte muy importante de la Constitución, es razonable pensar que el órgano más apropiado para conocer de ellos sea el Tribunal.

e) **Expandir las facultades del Tribunal Constitucional para resolver contiendas de competencia:** sugerimos que el Tribunal revise las contiendas que se susciten entre distintas autoridades de la administración del Estado, sin perjuicio de mantener la revisión de las contiendas de competencias actualmente establecidas. Esto es relevante, pues con la descentralización y la creación de los gobiernos regionales es probable que surjan muchas más contiendas de competencias.

f) **La declaración de inconstitucionalidad de partidos o movimientos políticos:** no se llegó a acuerdo. Una parte de la comisión estaba por eliminar esta facultad. Los fundamentos los podemos dividir en dos. En primer lugar, no existe un uso efectivo de esta facultad por el Tribunal, motivo por el cual no presenta una utilidad real el mantenerlo. En segundo lugar, en el ordenamiento jurídico existen otras vías las cuales permiten obtener los mismos resultados, un ejemplo es la asociación ilícita. Aquellos que estuvieron por mantener la disposición argumentaron que efectivamente es una norma que permite resguardar la democracia. Además, que las Constituciones deben ser pensadas a largo plazo, por lo cual su no uso en la actualidad no es un argumento suficiente.

g) **Conozca las acciones de inconstitucionalidad por omisión del legislador**: esto, en caso de que se cree una acción que establezca que el Congreso tiene determinado plazo para legislar, por ejemplo, en materias de derechos sociales, el órgano llamado a conocer de la impugnación de esa ley o proyecto de ley debiera ser el TC.

h) **Las sentencias que no sean solo estimatorias y desestimatorias, es decir la posibilidad de modular las sentencias:** esto es, declarar que debe modificarse por el Congreso la redacción de un precepto legal para que pueda ser considerado constitucional, a semejanza de los fallos que hoy dicen que ciertos preceptos constitucionales 'en un sentido'. De esta manera el Tribunal podrá colaborar todavía más en el proceso legislativo.

E. Derecho Comparado (tabla)

		1970	1980	2005
Normas que lo regulan		Constitución de 1925 (introducido por ley Nº 17.284, de 1970)	Constitución de 1980 y ley Nº 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional	Constitución de 1980 (reformada por la ley Nº 20.050) y ley Nº 20.381 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional
Composición	**Nº de jueces**	5	7	10
	Duración en sus cargos	4 años, reelegibles	8 años	9 años
Requisitos para ser juez		Ser abogado con un mínimo de 12 años de ejercicio de la profesión y no tener ninguno de los impedimentos que inhabiliten para ser designado juez. Uno de los miembros debía haber sido 10 años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las Escuelas de Derecho del país. Estos ministros estaban sometidos a las incompatibilidades para diputados y senadores (artículos 29 y 30). Tampoco podían ser diputados, senadores y miembros del Tribunal Calificador de Elecciones. Sin embargo, sus cargos no eran incompatibles con los de Ministro, Fiscal o Abogado Integrante de los Tribunales Superiores de Justicia. [Artículo 78 a)]	Quienes no fueran jueces de la Corte Suprema, debían ser abogados con al menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que les inhabilitara para desempeñar el cargo de juez. Estaban sometidos a las incompatibilidades de los diputados y senadores, y sus cargos eran incompatibles con el de diputado o senador y con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones. Además, los jueces designados por el Presidente de la República y por el Senado, debían haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por 3 años consecutivos, a lo menos. [Artículo 81]	Deberán tener a lo menos 15 años de título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Estarán sometidos a las incompatibilidades de los diputados y senadores (artículos 58 y 59), y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60. [Artículo 92]
Mecanismo de designación		Tres son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado Dos son designados por la Corte Suprema de entre sus miembros. [Artículo 78 a)]	a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; b) Un abogado designado por el Presidente de la República; c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. [Artículo 81]	a) Tres designados por el Presidente de la República. b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los 2/3 de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda. c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto. [Artículo 92]
Atribuciones		El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones: a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;	Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1º.- Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;	Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1º.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las **normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas**, antes de su promulgación; **2º.- Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de**

	1970	1980	2005
			Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;
		2º.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;	3º.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
	b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;	3º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;	4º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;
	c) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de elecciones; d) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;	4º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;	5º.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones; **6º.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;** **7º.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;**
	e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, y	5º.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda **o dicte un decreto inconstitucional**; 6º.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88; 7º.- Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio; 8º.- Declarar, en conformidad al artículo	8º.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda; 9º.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99; 10º.- Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del Nº 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

	1970	1980	2005
		8o. de esta Constitución, la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, dicha declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio (DEROGADO POR REFORMA DE 1989)	
		9º.- Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 Nº. 7 de esta Constitución;	11º.- Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;
	f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes. [Artículo 78 b)]		12º.- Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;
		10º.- Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;	13º.- Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
		11º.- Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y	14º.- Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; **15º.- Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y**
		12º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60. [Artículo 82]	16º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63. [Artículo 93]

Tabla TC europa (Composición)

	Tribunal Constitucional de Austria	Tribunal Constitucional de Armenia	Consejo Constitucional de Francia	Tribunal Constitucional Federal Alemán
Normas que lo regulan	Constitución de Austria	Constitución de la Republica de Armenia	Constitución Política: Título VII (artículos 56 a 63), artículos 7, 11, 13, 16, 37, 39, 41, 46, 54, 74 y 77 (CP). Ordenanza Nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre la Ley Orgánica del Consejo Constitucional [LOCC].	Ley Fundamental: artículos 92 a 94 (LF). Ley del Tribunal Constitucional Federal (LTCF). Reglamento de funcionamiento y organización.
Número de jueces	Catorce [Art. 147, CP]	Nueve [Art. 99, CP]	Nueve miembros (nombrados) + ex Presidentes de la República (vitalicios) [art. 56 CP].	Dieciséis en total, ocho por cada sala [art. 2 LTCF]. Se compone de jueces federales y otros miembros [art. 94.1 LF].
Duración de los jueces en el cargo	Retiro obligatorio el último día del año en que cumplen los 70 años de edad. [Art. 147, CP]	Inamovibles y hasta los 65 años [Art. 96, CP]	Nueve años (sin reelección) [art. 56 CP]	Doce años (sin reelección)[art. 4 LTCF]. La edad límite para ejercer el cargo es hasta los 68 años.
• Requisitos para ser juez • Incompatibilidades • Inhabilidades	• **Requisitos**: [Art 149, CP]: (1) Ser abogado; (2) 10 años de experiencia profesional en un área que exija título de abogado • **Incompatibilidades:** [Art 149, CP]: (1) Miembros del gobierno federeal o local (1) Empleados o funcionarios de partidos políticos	• **Requisitos**: (1) Ciudadano de la Republica de Armenia (2) Mayor de 35 • **Incompatibilidades:** [Art. 98, CP]: (1) Actividad comercial (2) Participación en gobierno estatal o local (3) Organización comercial (4)Cualquier trabajo remunerado salvo el científico, pedagógico o creativo (5) Miembros de partidos políticos o participación política.	• **Requisitos:** ningún requisito de edad o profesión es exigido para ser miembro del Consejo Constitucional. • **Incompatibilidades:** [art. 57 CP] (1) Las funciones de miembro del Consejo Constitucional serán incompatibles con las de ministro o miembro del Parlamento. (2) La función de consejero es incompatible con las de miembro del Gobierno o	• **Requisitos:** (1) tener la edad mínima de 40 años; (2) ser elegibles para la elección al Bundestag; (3) haber declarado por escrito su consentimiento para ser magistrado del TCF; (4) estar en posesión de la habilitación para ocupar el cargo de juez. • **Incompatibilidades:**

			del Consejo Económico, Social y Ambiental, y con todo mandato electoral. (3) Los miembros están sometidos a las mismas incompatibilidades profesionales que los parlamentarios. • Durante su mandato, los miembros del Consejo Constitucional no podrán ser nombrados para ningún puesto público ni, si son funcionarios públicos, optar por promoción alguna [art. 5 LOCC]. • **Inhabilidades:**	(1) los magistrados no podrán ser miembros del Bundestag, del Bundesrat, del Gobierno federal ni de ningún órgano equivalente a nivel de los Estados federados [art. 94.1 LF]. (2) Incompatibilidad con cualquier otra actividad profesional que la de profesor de Derecho en una Universidad alemana [art. 3 LTCF]. • **Inhabilidades:**
Mecanismo designación	**Designación:** • Poder Ejecutivo: Designa al presidente, al vicepresidente, 6 miembros adicionales y 3 sustitutos • Consejo Nacional: Designa 3 miembros y 3 sustitutos • Consejo Federal: Designa 3 miembros y 1 sustituto	**Designación:** • Presidente de la república: Designa 4 miembros • Asamblea Nacional: Designa 5 miembros	Designados por el **Presidente de la República, Presidente del Senado y Presidente de la Asamblea Nacional**, con intervención de la comisión permanente competente de cada cámara. Los ex Presidentes de la República son miembros vitalicios de pleno derecho. [art. 56 CP][art. 1 LOCC].	La mitad es elegida por el **Parlamento Federal (Bundestag)** y otra por el **Consejo Federal (Bundesrat)** [art. 94 LF], en ambos por mayoría de . Son nombrados por el Presidente Federal [art. 10 LTCF]. Tres magistrados de cada sala deben ser electos de entre los jueces de los Tribunales Superiores de la Federación que hayan ejercido el cargo por al menos tres años. Por cada sala el Bundestag elige, a propuesta de una Comisión ad hoc, dos magistrados de la Federación y otros dos magistrados de la Federación y otros dos magis-

				trados de la Federación y otros dos magistrados. Mientras que el Bundesrat elige a un magistrado de la Federación y otros tres magistrados. [art. 5, 6, 7 LTCF].
Responsabilidad de los jueces	[Art. 149, CP] Los miembros del Tribunal Constitucional pueden ser removidos tras ausentarse a 3 sesiones del tribunal sin justificación suficiente.	Son inamovibles pero pueden ser removidos por: (1) perdida de ciudadanía (2) Solicitud de cese de funciones al órgano que lo designo (3) Incapacidad para trabajar declarada judicialmente (4) Declarado culpable por una corte de justicia (5) Violación de la Constitución declarada por un tribunal.		

Tabla TC latam

ATRIBUTOS	Tribunal Constitucional Plurnacional de Bolivia	Corte Constitucional de Colombia	Corte Constitucional de Ecuador	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador	Corte de Constitucionalidad de Guatemala
1. Definición del órgano	Artículo 196. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Artículo 179. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Artículo 203. Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.	Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.	Art. 429. La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte. La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.	Artículo 174. La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el artículo 138 y las causas mencionadas en la atribución 7a del artículo 182 de esta Constitución.	Artículo 268. “La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.” (...) Artículo 175. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.
2. Control Preventivo de tratados internacionales	Sí. Art. 202 N°9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.	Sí. Art. 241. N° 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el	Art. 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la	No	Consultivo? Art. 272 e. Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos

		Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.	ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.		del Estado;
3. Control Preventivo de ley	Sí. Art. 202 N°7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.	Sí. Art. 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano padrá intervenir	Sí. Art. 139. Si la objeción de la Presidenta o Presidente de la República se fundamenta en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, requerirá dictamen de la Corte Constitucional, que lo emitirá dentro del plazo de treinta días Si el dictamen confirmara la nconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado, y si esta fuera parcial, la	No	No

		para defenderla o impugnarla.") (art. 167. "El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara. Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexequible, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexequible, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo	Asamblea Nacional realizará las enmiendas necesarias para que el proyecto pase a la sanción de la Presidenta o Presidente de la República. Si la Corte Constitucional dictamina que no hay inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional lo promulgará y ordenará su publicación. Art. 245. La iniciativa para conformación de una región autónoma (...) El proyecto de estatuto será presentado ante la Corte Constitucional para que verifique su conformidad con la Constitución. El dictamen correspondiente se emitirá en un plazo máximo de cuarenta y cinco días, y en caso de no emitirse dentro de éste se entenderá que el dictamen es favorable. Con el dictamen favorable de la Corte Constitucional y la aprobación del proyecto de ley orgánica, se convocará a consulta popular en las provincias que formarían la región, para que se pronuncien sobre		

		definitivo."). Art. 241 N°8 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.	sobre el estatuto regional. Art. 246. El estatuto aprobado será la norma institucional básica de la región y establecerá su denominación, símbolos, principios, instituciones del gobierno regional y su sede, así como la identificación de los bienes, rentas, recursos propios y la enumeración de las competencias que inicialmente asumirá. Las reformas al estatuto se realizarán con sujeción al proceso en él establecido y requerirán de dictamen favorable de la Corte Constitucional.		
4. Control Preventivo de normas infralegales	No	Art. 241 N° 5. "Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación." El Consejo de Estado conoce las acciones de nulidad por inconstitucionalidad	Sí, en general y previo a consultas populares. Art. 249. N°4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.	No	No

		de los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (art. 237) Art. 241 N° 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.	Art. 104. El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana. La Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes. Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción que sean de competencia del correspondiente nivel de gobierno. La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de perso-		

			inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral. Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial. Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución. En **todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.**		

	Plurinacional (...) conocer y resolver: N°10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.	torios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación." Art. 241 N°2. "Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación." Art. 241 N°3. "Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.".	este capítulo corresponde en cada caso.		partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.". Además, la Corte Constitucional tiene iniciativa para proponer reformas constitucionales. (art. 270, letra c)
6. Facultad de inaplicar una norma para el caso concreto	Sí, en materia indígena. Art. 202 N°8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.			No	Sí. Art. 272 d. "Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia;"

7. Facultad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico	Sí. Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: N°1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.	Sí. Art. 241 N°4. "Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación."	Art. 428. Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente. Art. 429 N°2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá	Sí. Artículo 174. "La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos"... Artículo 183. La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.	Sí. Artículo 267. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad. Art. 272. a. Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad;

			como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.		
8. Facultad de dirimir conflictos de competencias (´+indicar cuales)	Sí. Entre órganos públicos; entre gobierno plurinacional y entidades autónomas y descentralizadas. Art. 202 N°2 Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público. Art. 202 N°3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas. Art. 202 N°11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.	Si. Art. 241 N°11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.	Sí. Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: (...) En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. Art. 429 N°7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.	Sí. Art. 174: La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver (...) las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el artículo 138 y las causas mencionadas en la atribución 7a del artículo 182 de esta Constitución.	Sí. Art. 272 f. Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad;

9. Iniciativa legal (indicar que materia)	No	Sí, pero solo en materias relacionadas con sus funciones (art. 156).	Sí, en las materias de sus atribuciones. Art. 134. La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: N°4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.	No	Sí, iniciativa para proponer reformas a la Constitución. El Congreso debe ocuparse sin demora del asunto planteado. Art. 270.
10. Primera o Segunda Instancia en acciones que tutelan DDFF (indicar instancia + acciones)	Si. Art. 202 N°4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución. Art. 202 N°5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas. Art. 202 N°6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protecció de la Privacidad,	1] Segunda instancia en acción de tutela de derechos constitucionales fundamentales: Artículo 86. "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se	Art. 93. La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional. Art. 94 La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya	Sí, única instancia en recursos de amparo y habeas corpus. Artículo 174. "La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver (...) los procesos de amparo, el habeas corpus". Artículo 247. Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución. El habeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras	Sí. Art. 272. b. Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República; c. Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268;

	de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción. Artículo 126. [Respecto de la Acción de Libertad] IV. El fallo judicial será ejecutado inmediatamente. Sin perjuicio de ello, la decisión se elevará en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a su emisión. Artículo 129. [Respecto a la Acción de Amparo Constitucional] IV. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servicior público	solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.") 2] Única instancia, cuando comisión	violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Art. 429. N°6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. Art. 437. Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos	o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital. La resolución de la Cámara que denegare la libertad del favorecido podrá ser objeto de revisión, a solicitud del interesado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.	

	o de la persona demandada y, en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado. La decisión que se pronuncie se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo. Artículo 131. [Respecto de la Acción de Protección de Privacidad] III. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución. Artículo 134. [Respecto de la Acción de Cumplimiento] IV. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución.	legislativa obliga a persona a declarar bajo juramento y esta persona se excusa de asistir (art. 137 "...Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva." y, art. 241 N°6. "Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución".) 3] Atribución general de revisión art. 241 N°9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.	definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución. Artículo 439 Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.		

11. Participación en nombramientos de otras autoridades	No.	1] Tribunal de Garantías Penales (art. 116. "... Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno.") 2] Consejo Superior de la Judicatura está integrado por 1 magistrado de la Corte Constitucional (art. 254) 3] Participa en elección del Regidor Nacional del Estado Civil (art. 266)	No.	No.	No.
12. Otras atribuciones	Art. 196, II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.	Estados de Excepción (Artículo 214. "Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos,	Art. 86. Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (...) N°5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. Art. 129. (...) Para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional, pero no será necesario el enjuiciamiento penal previo. Art. 130. La Asamblea	No.	Art. 272 g. Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial; h. Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; e i. Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

		la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.") Parágrafo del art. 241 Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto. Normas procedimientales Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos	Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos: 1. Porarrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional. (...) Art. 145. La Presidenta o Presidente de la República cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo en los casos siguientes: N°5. Por abandono del cargo, comprobado por la Corte Constitucional y declarado por la Asamblea Nacional con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes. Art. 148. La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan		

		por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. 2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos. 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. 4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto. 5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley. Artículo 244. La Corte Constitucional comunicará al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constituciona-	Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato. En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos. Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo. Art. 166 La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro		

		lidad de normas dictadas por ellos. Esta comunicación no dilatará los términos del proceso	de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional. Art. 429. N°5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias Art. 429 N°8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declarato-		

			rias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales. Art. 429 N°9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales Art. 429 N°10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. Art. 440. Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables.		

ATRIBUCIONES	Consejo Constitucional de Haití	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras	Corte Suprema de Nicaragua	Tribunal Constitucional del Perú	Tribunal Constitucional de la República Dominicana	Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela
1. Definición del órgano	Artículo 190 bis. El Consejo Constitucional es el órgano encargado de garantizar la constitucionalidad de las leyes. Es juez de la constitucionalidad de la ley, de los reglamentos y de los actos administrativos del Poder Ejecutivo. Sus decisiones no son recurribles.	No.	No.	No.	Artículo 184. Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.	Sí. Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación (...)
2. Control Preventivo de tratados internacionales	No, pero el órgano legislativo no puede aprobar tratados contrarios a la constitución (art. 276).	No.	No parece, pero podría aplicar recurso de inconstitucionalidad.	No.	Sí, en única instancia. Art. 185 N°2 El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;	Sí. Art. 336 N°5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación

3. Control Preventivo de ley	Sí, de LOC y ley. Art. 190 ter-5. El Consejo Constitucional decide cuando se le solicita: sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas antes de su promulgación. (...)Con el mismo fin, las leyes en general pueden ser remitidas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de los Diputados y un grupo de quince (15) diputados o de (10) senadores. Artículo 190 ter-6. El Consejo Constitución deberá decidir en el plazo de un mes cuando se le remita el texto de una ley ordinaria. Ese plazo será de quince días para toda ley o texto que trate de derechos fundamentales o libertades públicas. Sin embargo, en	No.	No.	No.	No.	Sí, de LOC y cuando Presidente considere ley inconstitucional. Art. 203 (...) Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter. (...). Art. 214. (...) Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitu-

	en caso de urgencia, a solicitud del Gobierno, de dos tercios del Senado o de dos tercios de la Cámara de Diputados, el plazo podrá reducirse a ocho días. En estos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspende el plazo de promulgación					cional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.
4. Control Preventivo de normas infralegales	Sí, incluso reglamentos de las Cámaras. Art. 190 ter-5. El Consejo Constitucional decide cuando se le solicita: (...) sobre la constitucionalidad de los reglamentos internos del Senado y de la Cámara de Diputados antes de su aplicación ; * sobre los decretos.	No.	No.	No.	No.	No.

5. Atribuciones reforma constitucional o actos plebiscitarios	No.	No.	No.	No.	No.	No.
6. Facultad de inaplicar una norma para el caso concreto	No.	No.	Sí. Art. 190, N°3 El control de constitucionalidad en caso concreto como un mecanismo incidental de control. Cuando en un caso sometido al conocimiento de autoridad judicial, ésta considere que una norma de cuya validez depende el fallo es contraria a la Constitución, deberá proceder a declarar su inconstitucionalidad para el caso en concreto. Las partes en el proceso pueden solicitar la inconstitucionalidad de una norma que se esté aplicando al caso. La autoridad judicial deberá pronunciarse sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión.	No.	Sí. Artículo 188. [Control difuso] Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.	No.

7. Facultad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico	Sí. Artículo 190 ter-9. Una disposición declarada inconstitucional no podrá ser promulgada ni aplicada.	Sí. Art. 316 N°2 (...) "las sentencias en que se declara la inconstitucionalidad de una norma son de ejecución inmediata y tienen efectos generales; y por tanto derogan la norma inconstitucional, debiendo comunicarse al Congreso Nacional, quien lo hará publicar en el Diario Oficial la Gaceta."	Sí. Recurso por Inconstitucionalidad. Artículo 187. Se establece el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano.	Sí. Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. Artículo 204°.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal. Artículo 203°.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: 1. El Presidente de la República. 2. El Fiscal de la Nación. 3. El Defensor del Pueblo. 4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas. 5. Cinco mil ciuda-	Sí. Artículo 185. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1. Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;	Sí, difuso. Pro solo la Sala Constitucional declara nulidad de leyes y otras normas. Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. (...) Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella. Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitu-

				mas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado. 6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia. 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.		cional del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella. 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados

						por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta
8. Facultad de dirimir conflictos de competencias (´+indicar cuales)	Sí. Entre Ejecutivo y Legislativo; entre ramas legislativas; entre tribunales administrativos, electorales y ordinarios. Artículo 190 ter-7. El Consejo Constitucional es el encargado de pronunciarse sobre los conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o entre las dos ramas del Poder Legislativo. También se pronunciará sobre los conflictos de competencia entre los tribunales administrativos, los tribunales electorales y los tribunales ordinarios.	Sí. Art. 316 (…) "2. Dirimir los conflictos entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo Electoral, así como entre las demás entidades u órganos que indique la ley (…)".	Sí. Art. 190. N°2: El conflicto de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado. Los representantes de los Poderes del Estado promoverán el conflicto de competencia y constitucionalidad cuando consideren que una ley, decreto o reglamento, acto, resolución o disposición de otro órgano, invade el ámbito de sus competencias privativas constitucionales. Art. 190 N°4. Los conflictos de constitucionalidad entre el Gobierno Central y	Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.	Sí, en única instancia. Atribución general para dirimir contiendas de competencias. Art. 185 N°3. Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;	Sí, atribución general para dirimir contiendas de competencias. Art. 336 N°9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

			los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe.			
9. Iniciativa legal (indicar que materia)	No.	No.	No.	No.	No.	Si. Al Tribunal Supremo, cuando se trate de leyes relativas a organización y procedimientos judiciales (art. 204).
10. Primera o Segunda Instancia en acciones que tutelan DDFF (indicar instancia + acciones)	No.	Sí. Art. 316. "La Corte Suprema de Justicia, está organizada en salas (...). La Sala de lo Constitucional tiene las atribuciones siguientes: 1. Conocer, de conformidad con esta Constitución y la Ley, de los recursos de Habeas Corpus o Exhibición Personal, Habeas Data, Amparo, Inconstitucionalidad y Revisión; y (...)" Art. 182 (...) "Únicamente deben conocer de la garantía de Hábeas Data la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien tienen la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar	Sí, pero la constitución no indica la instancia, sino que entrega a la ley de justicia constitucional regular los aspectos consagrados entre art. 187-190. Artículo 188. Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. Artículo 189. Se establece el Recurso de Exhibición en favor de aquellos cuya	Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.	No.	Poder de revisión de sentencias firmes de amparo constitucional, control de constitucionalidad de leyes, entre otras. Art. 336 N°10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

		cualquier violación a los derechos del honor, intimidad personal o familiar y a la propia imagen. Los titulares de los órganos jurisdiccionales no pueden desechar la acción de Hábeas Corpus o Exhibición personal e igualmente tienen la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar la violación de la libertad y la seguridad personal. En ambos casos, Los titulares de los órganos jurisdiccionales que dejen de admitir estas acciones constitucionales, incurren en responsabilidad penal y administrativa. Las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento del detenido o que en cualquier forma quebranten esta garantía incurren en el delito de detención ilegal”	libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo.			

11. Participación en nombramientos de otras autoridades	No.	No.	No.	No.	No.	Si. Designa un integrante para el Consejo de Estado (art. 252).
12. Otras atribuciones	Al conocer excepción de inconstitucionalidad, se remite al Parlamento para que legisle bien. Artículo 190 ter-8. Cuando en un proceso desarrollado en una jurisdicción se presente una excepción de inconstitucionalidad, el Consejo Constitucional podrá decidir la cuestión si le es remitida por el Tribunal de Casación. Si la norma fuera declarada inconstitucional, el Consejo Constitucional la remitirá al Parlamento, que legislará soberanamente sobre la cuestión. La nueva norma será promulgada.	No.	No.	Artículo 205°.- Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.	Art. 185. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: N°4. Cualquier otra materia que disponga la ley.	Art. 335 (...) Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. Revisión decretos estados de excepción Art. 336 N°6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República. Inconstitucionalidad por omisión de poder legislativo municipal. Art. 336 N°7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar

						las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Resolución de conflictos de interpretación. Art. 336 N°8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer. Otras atribuciones del Tribunal Supremo son: enjuiciar y destituir al Presidente, Vicepresidente, Ministros, Procurador General, Fiscal General, Contralor, Defensor del Pueblo, Gobernantes, oficiales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional, jefes de misiones diplomáticas, integrantes de Asamblea Nacio-

						nal o del propio Tribunal Supremo; conocer recursos de interpretación sobre contenido y alcance de textos legales, decidir conflictos de competencia entre tribunales, entre otras (art. 266).

TC tabla 1

	Tribunal Constitucional de Armenia	Tribunal Constitucional de Austria	Consejo Constitucional de Francia	Tribunal Constitucional Federal Alemán
Control preventivo de Tratados Internacionales	si/obligatorio/art. 100	No. Puede ex post si encuentra inconstitucional su aplicación ordenar a las autoridades que no lo apliquen. Fuerza a renegociar o retirarse del tratado.	Sí. Facultativo.	No. Sólo realiza un control posterior facultativo de reglas del Derecho internacional [art. 100.2; art. 13, n° 12 y 83 y ss. LTCF].
Control preventivo de ley	No.	No.	Sí. Facultativo para leyes ordinarias y obligatorio para leyes orgánicas constitucionales [art. 61 CP].	No.
Control preventivo de normas infralegales	No.	No.	Sí. Obligatorio respecto de los reglamentos de las cámaras parlamentarias [art. 61 CP].	No.
Faculta de inaplicar una norma para el caso concreto	No.	No.	No.	Sí. Facultativo. [art. 100.1 LF]
Facultad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico	Si. /Facultativo/art. 100	Si/Facultativo/art. 140	Sí. Facultativo [art. 61.1 y 62 CP].	Sí. Facultativo. [art. 93.1, n°2 LF; art. 13, n° 6 y 76 y ss. LTCF].
Iniciativa legal (materias)	No.	No.	No.	No.
Facultad de dirimir conflictos de competencia (especificar)	No.	Si/art. 138/ Entre tribunales y administración/ entre tribunales administrativos y justicia ordinaria/ Entre Estados y Estados con la Federación.	No.	Sí. (1)Entre los distintos órganos de la Federación (Presidente Federal, el Bundestag, el Bundesrat, el Gobierno Federal). (2) Entre el Gobierno Federal y el Gobierno de un Estado Federado (3) Entre los distintos Estados Federados. (4) Dentro de los órganos superiores de un Estado Federado. [art. 93.1, n°1, 3 y 4].

Primera o segunda instancia en acciones que tutelan derechos fundamentales (indicar acciones e instancia)	No.	Si/obligatorio/140 Acción de inconstitucionalidad por vulneración derechos. Última instancia o a falta de instancia.	No.	Sí. Existe un recurso de amparo constitucional que se interpone una vez agotadas las otras vías legales. [art. 93.1, n° 4a LF]
Participación en nombramientos de otras autoridades	No.	No.	No.	No.
Otras atribuciones	Art 100: Resolver disputas en elecciones y plebiscitos. Conocer sobre remoción Presidente o miembros del TC. Suspensión o prohibición de partidos políticos. Conocer sobre impedimentos para ser candidato a Presidente de la República .	Art 141: Resolver disputas en elecciones y plebiscitos. Art. 142: Conocer sobre remoción Presidente o miembros del gobierno federal o estatal.	• Velar por la regularidad de la elección del Presidente de la República. Examinar las reclamaciones y proclamar los resultados del escrutinio [art. 58 CP]. • Pronunciarse sobre la regularidad de elecciones de senadores y diputados en caso de impugnación [art. 59 CP]. • Velar por la regularidad de las operaciones de referéndum y proclamar los resultados [art. 60 CP].	• Acusación en contra del Presidente Federal. [artículos 61 LF]. • Acusaciones contra jueces [artículo 98.2 y 5 LF] • Unidad de la interpretación de la LF ante divergencia de interpretación por un TC de un Estado Federal [artículo 100.3 LF].

El tema indígena [1] [2]

[1] *Los centros de estudios IdeaPaís, IES y Horizontal comparten ciertas aproximaciones generales al asunto tal como se trata en estas líneas. Por ejemplo, mantener el Estado unitario, propuestas tales como avanzar en el reconocimiento de la interculturalidad o multiculturalidad y el énfasis en regular las materias específicas mediante leyes. Sin embargo, no suscriben el resto del documento pues consideran que carece de una visión o diagnóstico acabado del tema en cuestión, partiendo por su falta de reconocimiento de la "deuda histórica" con el pueblo mapuche. En palabras de Gonzalo Vial: "La idea de la deuda histórica se vuelve muy pesada, porque ellos tenían su forma de vida y nosotros se las quitamos a la fuerza en la pacificación, y les prometimos cosas que no hemos cumplido. Los dejamos sin su forma de vida y sin nuestras promesas". A la hora de abordar este asunto, IdeaPaís, IES y Horizontal sugieren seguir el ejemplo de la reciente carta de los convencionales de RN y Evópoli a los pueblos originarios. Por todo lo anterior, los centros referidos suscriben este voto disidente.*

2 Integrantes: Rodrigo Ubilla y Rene Tapia (LyD), Jorge Hagedorn (IdeaPaís), Juan Lagos (FPP), Pedro Varela (Aire Nuevo), Catalina Riquelme y Francisco Orrego (IL), Juan Manuel Astorga (Horizontal) y Tomas Villarroel (Fundación Piensa).

Tabla de contenidos

A. Introducción

B. Reconocimiento constitucional

C. Derechos individuales de personas indígenas

D. Derechos colectivos indígenas

E. Institucionalidad

F. Descentralización

G. Bibliografía

A. Introducción

El objetivo de este documento es consolidar las posiciones de los distintos centros de estudios en relación a los enfoques teóricos y prácticos que han estado en la discusión pública respecto del tema indígena y avanzar en propuestas concretas en esta materia, considerando siempre el marco de los derechos fundamentales de las personas y del Estado de Derecho que permite la consecución del bien común.

Para esto, los centros de estudios mantuvieron reuniones donde se conversaron los distintos puntos de vista y se plantearon las implicancias positivas y negativas que esta materia conlleva, tanto a nivel teórico como práctico.

Ahora bien, existen algunas cuestiones que consideramos fundamentales, a saber: i. Resguardar la unidad de la Nación chilena, concepto que siempre ha incluido a los indígenas como parte de la identidad nacional y ii. Las normas que se consideren en la Constitución se redacten en términos de principios o lineamientos, de forma tal que la concreción se entregue a la ley, la política pública y normas administrativas.

B. Reconocimiento Constitucional

I. Unidad Nacional y reconocimiento constitucional

Hoy puede afirmarse que existe un consenso político más o menos transversal respecto a la inclusión en la nueva Constitución de un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas. En este contexto de "consenso base" el desafío es generar un planteamiento aceptable para todos, siempre teniendo en consideración la necesidad de cumplir con los estándares internacionales que regulan esta materia. En efecto, se trata de lograr un texto que convoque a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada compartida sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política. Por tanto, las referencias a los pueblos indígenas que haga la nueva Constitución deben permitir una convivencia armónica entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad en su conjunto.

Para cumplir este objetivo, consideramos fundamental reafirmar que la Nación chilena es una sola, y esta se encuentra compuesta por todo tipo de chilenos. Consideramos que en nuestro país conviven distintas realidades culturales que coexisten al interior de nuestra Nación. Por ello, una distinción de nacionalidades entre chilenos e indígenas resultaría improcedente. En efecto, una nueva Carta Fundamental que quiera integrar a distintas realidades étnicas y culturales de la Nación, no puede comenzar aislando y excluyendo a los integrantes de Chile, de lo contrario se debilitaría enormemente el tejido social y la posibilidad de un desarrollo armónico entre todos, sin perjuicio de reconocer las particularidades y diferencias que cada uno aporta a la Nación. Sostenemos que la unidad de la Nación chilena es la base y corazón de este documento, y debe ser el principio rector para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Respecto a esto, vale la pena destacar que el Convenio 169 de la OIT señala expresamente que la utilización del término "pueblos" no debe interpretarse en el sentido que se le atribuye a dicho término en el derecho internacional. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, señala explícitamente que *"nada de lo señalado en la presente Declaración (...) se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes"*[3].

También cabe destacar el estudio desarrollado por el Centro de Estudios Interculturales e Indígenas[4], el cual muestra que, al 1 marzo de 2021, el 53% de los encuestados se inclina por declarar a Chile un Estado multicultural, donde conviven distintas culturas, un 28% se inclina por declarar a Chile como un solo Estado-Nación, sin distinciones, y solo un 17% de los encuestados se inclina por la plurinacionalidad. Por último, y pese a que el

[3] *Artículo 46. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 2007.*

[4] *Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, tercera medición (2021). P.10.*

detalle debe ser desarrollado por el legislador, creemos que el reconocimiento de los pueblos indígenas debe estar acotado en dos sentidos, uno temporal y otro territorial, para así evitar que del mismo surjan problemas político-constitucionales que terminen profundizando los conflictos que nos han impedido avanzar en un reconocimiento constitucional que nos una y que efectivamente promueva un cambio cultural que permita abrazar con respeto a los pueblos indígenas, sus tradiciones, su cultura y sus derechos. Respecto a la determinación temporal del reconocimiento constitucional, no existe una sola solución, pero lo importante es que quede claramente determinado. Con esto se previenen futuras alegaciones histórico-políticas en relación a las variaciones que las fronteras chilenas han tenido a lo largo del tiempo, tanto en el norte, como en el sur, así como la eventual migración de pueblos indígenas extranjeros que, con el paso del tiempo, "se nacionalicen". En este sentido, cabe precisar que el problema no es la nacionalización de personas que hayan nacido fuera del territorio nacional, el problema que se plantea es que, a través de asimilación a un pueblo indígena chileno, un extranjero busque saltarse los requisitos de nacionalidad del país. Los migrantes no pueden adquirir la nacionalidad chilena por ser integrante de ciertos pueblos indígenas. Los migrantes adquieren la nacionalidad cumpliendo las normas generales.

Consecuentemente, creemos fundamental que el reconocimiento se refiere solo a los pueblos indígenas chilenos y sus miembros que habiten el actual territorio chileno y tengan la nacionalidad chilena.

II. Multiculturalidad – interculturalidad – plurinacionalidad

a. Plurinacionalidad

Se define como la existencia de varias naciones dentro de sus estados[6] y aparece por primera vez en la Tesis Política de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia de 1983[7]. Este concepto, en teoría, no implicaba la fragmentación del Estado, sino el reconocimiento de la existencia de distintas naciones indígenas y de autogobierno como condición para alcanzar la "descolonización"[8]. En paralelo, surge una idea similar en Ecuador, con el matiz de que no implica la autodeterminación en un Estado propio, sino una forma de integración distinta a la sociedad ecuatoriana[9]. El Estado plurinacional, en ambos casos, se concibe como un arreglo institucional que dota a los distintos grupos culturales, pueblos o naciones indígenas de márgenes de autonomía y autogobierno, así como de formas especiales de representación y derechos específicos en función del grupo, con el fin de hacer más igualitarias sus relaciones[10]. Por tanto, en principio no implica una fragmentación del Estado, sino que se estaría buscando una forma de integración mayor.

Sin embargo, la experiencia comparada latinoamericana nos muestra que la existencia de varias naciones dentro de un Estado, no garantiza el éxito de políticas públicas que se implementen con un enfoque plurinacional. Como han advertido varios autores[11], las autonomías indígenas del Estado plurinacional corren el riesgo de aislar a los pueblos indígenas, en vez de contribuir a una relación equitativa de respeto, intercambio y aprendizaje mutuo entre culturas.

También se identificó la gravedad que significa destruir o desmembrar la nacionalidad chilena, quitándole parte de sus integrantes y elementos culturales que la componen, socavando así la identidad nacional. Por otro lado, el reconocimiento de la nacionalidad de los pueblos indígenas puede generar problemas en el marco del derecho internacional, así como problemas relativos a etnias o pueblos transfronterizos, como es el caso, entre otros, del pueblo mapuche, cuyos integrantes viven en Chile y Argentina, generando inciertos efectos

[6] *Cruz (2013). P. 58.*
[7] *Rivera (1986). P. 199.*
[8] *Cruz (2012). P. 57.*
[9] *Cruz (2012). P. 58.*
[10] *Cruz (2012). P. 58.*
[11] Tapia (2007). P. 60; Ramón (2009). P. 125.

el reconocimiento colectivo como nación a un lado de la cordillera.

Dentro del sector también se ha identificado este concepto como el causante de las autonomía políticas, económicas y jurisdiccionales que otorgan las constituciones latinoamericanas, rechazándose estas formas de autonomías por afectar la unidad de la Nación, del Estado y generar una política identitaria excluyente, pero que a la vez exige del Estado importantes sumas en financiamiento e insumos.

Por estas distintas razones, ha habido un consenso unánime en rechazar la idea de un Estado plurinacional.

b. Multiculturalidad[12]

El término "multiculturalismo" empezó a usarse en los 60´y 70´en EE.UU. y Canadá para dar cuenta de un conjunto de políticas de reconocimiento, pero en los 90´ tomó la forma de un paradigma teórico sustentado, entre otros, por W. Kymlicka[13]. Este autor propugna la igualdad entre culturas mediante el reconocimiento de derechos de grupo, que no vulneren valores liberales como la tolerancia y la libertad individual y permita la tolerancia y la coexistencia entre culturas[14] mediante el reconocimiento de derechos diferenciados, para asegurar que cada cultura pueda mantener su diferencia si así lo desea. Otro autor, distingue entre multiculturalidad, un término descriptivo de la diversidad cultural y multiculturalismo, como las actitudes y acciones que se toman por diversos actores para gestionar esa diversidad[15].

El multiculturalismo se entiende como la búsqueda de nuevas relaciones de democracia y ciudadanía, inspirada por ideales de Derechos Humanos. Por ello, Chile debiera apostar por transitar de manera gradual en materia de pueblos indígenas, por ejemplo, a través del reconocimiento de derechos de grupos que no vulneren valores liberales como la tolerancia y la libertad individual y que permita la tolerancia y la coexistencia entre culturas. Así, mediante el reconocimiento de derechos diferenciados, se puede asegurar que cada cultura pueda mantener su diferencia si así lo desea[16].

En suma, el multiculturalismo se caracteriza por ser un anclaje teórico más cercano a la simple tolerancia y convivencia que a una verdadera integración cultural donde las culturas interactúan y cooperan entre sí.

c. Interculturalidad

La interculturalidad se plantea como un contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos; en condiciones de igualdad. El objeto es intentar romper con las relaciones de subordinación entre culturas para garantizar un "con-vivir" en condiciones de respeto mutuo[17]. Además, este enriquecimiento mutuo entre culturas no implica diluir la identidad de los interlocutores para formar una síntesis única[18]. Por ello, la interculturalidad se plantea como el fin último al cual debiese avanzar una sociedad para ir más allá de la tolerancia y la coexistencia entre culturas (multiculturalismo) para construir relaciones de respeto que posibiliten el aprendizaje mutuo en condiciones de igualdad.

En síntesis, la interculturalidad se caracteriza por ser un anclaje teórico que busca incluir los sistemas culturales, no desde la mera tolerancia y aceptación, sino desde la interrelación con el otro.

La mayoría optó por apoyarse en este concepto para concretar el reconocimiento constitucional, ya que permite un camino intermedio entre el extremo de la plurinacionalidad y la

[13] *Cruz (2014). P. 245.*
[14] *Kymlicka (1996). P. 15.*
[15] *Hall (2010). Pp. 582-618.*
[16] *Kymlicka (2012)..*
[17] *Walsh (2009). P. 15.*
[18] *Walsh (2009). P. 45.*

multiculturalidad[19]. Es más, este planteamiento supera la plurinacionalidad, en el sentido de que no sacrifica la unidad de la Nación.

III. ¿Pueblos indígenas o pueblos originarios?

El sistema internacional utiliza el concepto de pueblos indígenas. Así, nos encontramos con el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2017.

El concepto de pueblos originarios es una categoría que fija la idea que representa en un solo aspecto, a saber, la preexistencia de comunidades políticas en un territorio que luego es ocupado por otra comunidad política. Bajo el prisma de la historia, este concepto excluye a la migración y el contacto entre distintas culturas como una cuestión natural en el desarrollo de la humanidad, independiente de los grados de conflicto con que esta se desarrolla. En efecto, ninguno de los actuales "pueblos originarios" del mundo es realmente originario, pues al asentarse en un territorio, dichas entidades desplazan o absorben a otros pueblos que antes habitaban dicha zona. La determinación temporal que el concepto lleva en sí mismo es problemática por ser arbitraria. De esta forma, el concepto "pueblos originarios" lleva una cargada ideológica que es capitalizada en la narrativa política por aquellos que instrumentalizan el tema indígena.

Por estas consideraciones, juzgamos fundamental impulsar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, dado que en su definición más clásica se refiere a la población de un lugar determinado y que comparte, cultura, lengua y tradiciones. Con esto se supera toda la discusión ideológica del concepto pueblo originarios antes detallada.

IV. Criterio para definir pueblos a reconocer: reconocimiento de pueblos indígenas del territorio chileno o reconocimiento general a pueblos indígenas

Cuando se habla del reconocimiento de pueblos indígenas, probablemente nos enfrentamos al aspecto más líquido del constitucionalismo latinoamericano. En Chile ya se ha tenido la discusión básica sobre cuales pueblos indígenas se deben reconocer.

Esto es relevante pues los convencionales electos han deslizado distintas propuestas que buscan revestir a estos pueblos con cuotas de autonomías territoriales, económicas, políticas y jurisdiccionales, frente a las cuales el Estado tendría un deber especial de promoción en todos los aspectos de la vida social y estatal. Independiente de lo discutible que pueda resultar esta propuesta y sus distintos grados de concreción, resulta crucial definir bajo qué criterios un grupo humano es susceptible de ser calificado como "pueblo indígena" con todas las implicancias que conlleva y conllevará.

Revisando el derecho constitucional comparado en esta materia, nos encontramos con que hay constituciones de la región que reconocen derechos de nacionalidad a pueblos indígenas que habitan fuera del país (Colombia y Ecuador), que permite a entidades territoriales limítrofes realizar directamente programas de cooperación con entidades territoriales del país vecino (Colombia), que consagran un reconocimiento que permite interpretar que no solo se reconocen las nacionalidades indígenas que habitan el territorio del país (Ecuador) y que obligan al Estado a fortalecer la integración de las naciones y pueblos indígenas del mundo (Bolivia), entre otros aspectos.

[19] *El representante de Fundación Piensa no comparte la conclusión de la mayoría, ya que, teniendo en cuenta el tono de la discusión pública en este aspecto -especialmente en relación a la Convención Constitucional-, se considera que el concepto de la interculturalidad rápidamente puede derivar en una imposición de lo indígena por sobre la cultura nacional común a todos. En efecto, ciertos autores indigenistas o activistas consideran que interculturalidad implica relaciones de poder, lo cual podría abrir una caja de pandora similar al de la plurinacionalidad. Por estas consideraciones, el representante de Fundación Piensa estaría más cercano a apoyarse en el concepto de multiculturalidad.*

Estos ejemplos latinoamericanos permiten visualizar los conflictos que a mediano y largo plazo puede traer a todos los países de la región un reconocimiento constitucional cuya redacción es generosa en aspiraciones, pero deficiente en técnica legislativa.

Por otro lado, no se puede desconocer que el pueblo mapuche existe en Chile y Argentina, habiendo conflictos étnicos y sociales en ambos lados de la cordillera de los andes. ¿Cómo impactaría la relación con Argentina si el pueblo mapuche asentado en Chile obtiene autonomía territorial, política, económica y administrativa o si se le reconoce la categoría de Nación? En este punto no deben olvidarse las implicancias de derecho internacional público, así como el principio de no regresividad de los derechos sociales. ¿Cómo se desarrollarían las relaciones políticas entre el pueblo mapuche chileno y argentino si es que el chileno recibe un financiamiento especial del Estado al estar dotado de autogobierno y un estatuto de protección especial?

Estas mismas preguntas pueden plantearse para el norte de Chile, donde los pueblos indígenas y sus comunidades pueden llegar a tener más identificación con otros pueblos indígenas de Bolivia, Perú y Argentina que con Chile.

Por todo lo anterior, y como ya se mencionó, creemos que el reconocimiento de los pueblos indígenas debe estar acotado en dos sentidos, uno temporal y otro territorial.

En conclusión, estas interrogantes probablemente pasen inadvertidas si no se realiza el esfuerzo de relevarlas ante la opinión pública y generar que los distintos proponentes se hagan cargo de las consecuencias de sus propuestas. La cuestión crucial es que, si el reconocimiento de los pueblos indígenas se hace sin considerar las implicancias antes detalladas, probablemente surgirán problemas político-constitucionales pudiendo afectar incluso la seguridad externa e interna del país y la integralidad del territorio nacional[20].

V. Reconocimiento de "deuda histórica" del Estado de Chile[21]

En el actual debate constitucional se han visto propuestas de centros de estudios y de distintos convencionales constituyentes que buscan que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas sea también un reconocimiento de una "deuda histórica" que el Estado tendría con los pueblos indígenas. En ese sentido, Elisa Loncón -Presidente de la Convención Constitucional- ha señalado que la nueva Constitución tiene que "hacerse cargo de la violación sistemática de los Derechos Humanos que se ha ejercido con las naciones originarias, si no empezamos por ahí no vamos a lograr profundizar la dimensión de los derechos colectivos e individuales de las naciones originarias. También, para que exista reparación por la vulneración de derechos (...) hemos tenido experiencias de reparación de derechos con la dictadura, pero los pueblos originarios no hemos tenido eso"[22]. En la misma línea, el estudio publicado por Fundación Democracia y Desarrollo muestra que el 75% de los participantes está de acuerdo en "fijar reparaciones materiales (becas, devolución de tierras, facilidades para viviendas, etc.) a

[20] *El Centro de Estudios Horizontal plantea una diferencia con estas ideas. Sostienen que toda persona que ingrese al territorio nacional debe someterse al derecho chileno, pero no consideran razonable relevar de una manera particular, que, la inmigración de personas indígenas (o de cualquier otro grupo determinado de personas) puede producir problemas político-constitucionales que además pudieran afectar la seguridad externa e interna del país.*

[21] *El Centro de Estudios Horizontal ha manifestado un matiz en este punto. Luego de una revisión de las principales iniciativas que no han prosperado, en el documento Reconocimiento de los Pueblos Indígenas en la nueva Constitución, postulan, en síntesis, y en lo pertinente: "En relación con esta nueva fórmula de convivencia entre los pueblos indígenas, el Estado y el resto de la sociedad, se considera esencial reconocer -de algún modo y aunque sea en la historia fidedigna de su discusión- los errores, injusticias y abusos cometidos por el Estado de Chile, la denominada "deuda histórica". Lo anterior no con un afán de asignar responsabilidades, sino para intentar repararlas a través de un "nuevo pacto" hacia el futuro". Horizontal (2021). P. 10.*

[22] *Elisa Loncón en "Seminario virtual aportes a la discusión constitucional: pueblos indígenas" del Centro de Estudios Políticos UC. Minut*

a fin de cumplir con la deuda histórica del Estado"[23].

Consideramos que un planteamiento de esa naturaleza puede llegar a tener implicancias significativas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exponiendo al país a litigios perdidos de antemano que impongan sanciones, compensaciones especiales o nuevas obligaciones, en atención al reconocimiento expreso de responsabilidad del Estado.

Por otro lado, las eventuales injusticias que indígenas o grupos indígenas puedan haber sufrido en el pasado es una cuestión fáctica que requiere un estudio académico, serio y que genere investigaciones para casos concretos. Por ello, zanjar el asunto en abstracto y sin reflexión, podría tener serios impactos en cuanto a la libertad de cátedra, libertad de expresión y de enseñanza.

En tanto, la propuesta que busca constitucionalizar esta categoría conceptual tiene como fin institucionalizar al más alto nivel cierta interpretación de la historia de Chile, donde un grupo étnico ha sido sistemáticamente abusado por la sociedad chilena a través de su Estado. El peligro práctico de esto es que las eventuales prestaciones, consideraciones y obligaciones que el Estado tenga para con los pueblos indígenas, tendrán su fundamento en la "deuda histórica" y no en una especial promoción de grupos que se han visto rezagados en su desarrollo cultural, social y económico.

Por ello se rechaza utilizar como fundamente del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas el concepto de deuda histórica y más que hablar de reparar, sostenemos los conceptos de promover o fomentar. A modo ejemplar, se ha visto que la medida australiana "closing the gap" ha tenido éxitos, principalmente porque se basa en que se logran mejores resultados cuando los indígenas "tienen una verdadera voz en el diseño y la ejecución de las políticas, programas y servicios que les afectan"[24]. En Canadá se ha implementado una forma de administración conjunta de los pueblos indígenas de ciertos parques nacionales, y Estados Unidos es conocido por permitir en forma más libre la industria de los casinos bajo administración indígena en sus tierras. De esta forma, la experiencia comparada puede plantear diversas soluciones que se pueden adoptar para fomentar el desarrollo de los pueblos indígenas.

Por último, es importante apuntar que este asunto no se circunscribe solamente a lo material y monetario, sino que hay un importante componente espiritual y de la cosmovisión propia indígena que no deja de ser central.

VI. Conclusión

Por lo tanto, a modo de síntesis, hay acuerdo en:

a. Reafirmar la unidad de la Nación chilena como componente inclusivo e incluyente de todos los habitantes de la República;

b. Reconocimiento constitucional de pueblos indígenas en un contexto de unidad de la Nación y valores republicanos chilenos;

c. El reconocimiento constitucional sea genérico, sintético y delegue la mayor parte de sus concreciones en la ley;

d. Optar por reconocer pueblos indígenas y rechazar el concepto de pueblos originarios;

e. Rechazar la plurinacionalidad toda vez que implican establecer esferas de autonomías a través de traspaso de atribuciones del poder público a las autoridades indígenas, así como financiamiento, regulación y producción jurídica;

f. La mayoría[25] propone adoptar la interculturalidad para el reconocimiento constitucional indígena;

g. La necesidad de que existan claridad en los criterios para que un grupo humano sea calificado como pueblo indígena;

h. El reconocimiento constitucional sea acotado, temporal y territorialmente;

[23] *Fundación Democracia y Desarrollo (2017). P. 52*

[24] *https://www.closingthegap.gov.au/*

[25] *Como ya se refirió, Fundación Piensa tiene preferencia por el multiculturalismo.*

i. Rechazar la constitucionalización de que el Estado chileno tiene una deuda histórica con los pueblos indígenas, por haber oprimido sistemáticamente sus Derechos Humanos.[26]

C. Derechos Individuales de Personas Indígenas[27]

I. Sobre un capítulo específico destinado a los derechos indígenas

Estimamos que en la propuesta de una nueva Constitución sería inconveniente que la especial atención que recibirá la temática indígena en el proceso constituyente se traduzca en un catálogo de derechos paralelo al de los demás miembros de la población. Tres razones respaldan esta idea:

a. En primer lugar, los derechos fundamentales no están supeditados a una realidad cultural o nacional particular. Tal como lo señala el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Es decir, la fuerza normativa de los derechos fundamentales no deriva de otra realidad que nuestra común pertenencia a la especie humana: "la unidad de la especie humana es el fundamento ontológico de los Derechos Humanos"[28].

b. En segundo lugar, el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como el artículo 3.1. del Convenio N° 169 de la OIT, establecen el derecho al pleno goce de los Derechos Humanos y libertades fundamentales para los miembros de pueblos indígenas, sean reconocidos en la Constitución o en las diversas normas internacionales de Derechos Humanos. Por esta razón, no tiene sentido establecer una distinción tan radical en materia de derechos fundamentales como la que supondría establecer dos estatutos de derechos en paralelo.

c. En tercer lugar, el artículo 2.2.a del Convenio N°169 de la OIT señala que es deber de los gobiernos desarrollar acciones que "aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población". En definitiva, el énfasis de la protección de los derechos individuales de los miembros de pueblos indígenas debe estar especialmente enfocado en lograr el pleno disfrute de los derechos fundamentales y no en el establecimiento de derechos paralelos. El propio artículo 4.3. del Convenio N° 169 de la OIT señala que las medidas especiales a favor de los pueblos indígenas no deben producir menoscabo en el goce sin discriminación de los derechos generales de la ciudadanía.

---

[26] *El Centro de Estudios Horizontal, junto a lo ya precisado, añade que entienden la idea de deuda histórica en relación a que la institucionalidad ha sido lenta y ha funcionado mal.*

[27] *Sobre el reconocimiento de derechos específicos, el Centro de Estudios Horizontal también solicita destacar una diferencia. Han planteado en síntesis y en lo pertinente: "El reconocimiento de los pueblos indígenas en nuestra carta fundamental debe incluir también el reconocimiento de derechos específicos. De esta forma, el reconocimiento político de los pueblos indígenas adquiere contenido y sustancia, puesto que pasan a ser reconocidos como sujetos de derechos, tanto individuales como colectivos. Con respecto al nivel de detalle y por ende a la extensión del catálogo de derechos indígenas a incluir en un nuevo texto constitucional, esta propuesta sugiere privilegiar la inclusión de los derechos más relevantes bajo una redacción más bien genérica, más que un listado pormenorizado" y luego detallan su visión sobre los derechos a la libre determinación, y como parte de él, a ciertas formas de autonomía, a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, y de participación. Horizontal (2021). Pp. 12 y siguientes.*

[28] *Candia (2016), p. 19.*

II. Sobre las menciones especiales referidas a los pueblos indígenas en los derechos fundamentales

Debido a que buena parte del desarrollo de los derechos individuales de las personas indígenas guardan relación con el efectivo goce de derechos fundamentales generales, puede surgir la inquietud de si establecer o no menciones especiales en cada derecho (v. gr. dedicar un inciso a la educación indígena en el derecho a la educación). Al respecto, es preciso distinguir entre: (a) la discusión al interior de la Convención Constitucional en materia de derechos fundamentales y (b) la redacción final de los derechos fundamentales en el proyecto de nueva Constitución.

En cuanto a la discusión al interior de la Convención Constitucional, estimamos que la realidad de los miembros de pueblos indígenas debe ser objeto de consideración en los derechos fundamentales a fin de garantizar el efectivo goce de estos. A modo de ejemplo, de poco sirve consagrar un derecho abstracto a la preservación de la lengua y cultura indígena si no se garantiza el derecho de los miembros de estos pueblos a establecer y administrar escuelas "que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje", tal como lo establece el artículo 14.1. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A su vez, la referencia a los pueblos indígenas en la discusión de los derechos fundamentales es una oportunidad que tendrán los convencionales para reivindicar la libre iniciativa de los miembros de los pueblos indígenas y la importancia de las comunidades indígenas al igual que el de todas las otras expresiones de la sociedad.

Ahora bien, al momento de redactar la Constitución se sugiere considerar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, como los deberes del Estado respecto a estos pueblos en el primer capítulo de la Constitución, sobre la idea de derecho o Bases de la Institucionalidad, creando un nuevo artículo, que:

i. Reafirme que la Nación chilena es una sola en el marco de la interculturalidad[29];

ii. Contemple el deber del Estado de respetar las creencias e instituciones ancestrales de los pueblos indígenas, así como el deber de preservar su historia, cultura, lenguaje y demás tradiciones y costumbres que les son propias; y

iii. Considere el derecho a no ser discriminados arbitrariamente debido a la pertenencia a dichos pueblos.

Dado el artículo específico que se recomienda en el capítulo primero de la nueva Constitución, que se hace cargo de la realidad de los pueblos indígenas y el deber del Estado sobre su cultura, entre otros, es mejor que las materias de derechos indígenas sean expresadas a nivel general y luego tratadas en leyes particulares.

III. Derecho a la autoidentificación, pertenencia y renuncia a un pueblo indígena

En cuanto a la pertenencia a una comunidad indígena, dos afirmaciones parecen ser aceptadas transversalmente: i. la autoidentificación es el criterio fundamental para determinar la pertenencia a una comunidad indígena y ii. la Constitución no debe determinar quién es indígena y quien no lo es. Ahora bien, se adelanta, que es fundamental un matiz, ya que no es irrelevante el reconocimiento del pueblo que haga el pueblo de sus integrantes.

El artículo 1.1. del Convenio N° 169 de la OIT establece que: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio". De este modo, "el Convenio ha elevado el criterio de autoidentificación a un requisito común y necesario copulativo) a cualquier forma de reconocimiento de la identidad indígena individual y colectiva"[32]

[29] *También se ha propuesto la idea de "pluriculturalidad" para este punto (LyD).*

Esta clase de autoidentificación presenta un aspecto positivo y otro negativo: "desde el punto de vista negativo, implica que, si un individuo no se define a sí mismo como indígena, no lo es. Sin embargo, no cualquiera que se califique como indígena, por ese solo hecho, pasa a serlo. Desde esta perspectiva, el aspecto positivo significa que es necesario contar siempre con una serie de elementos objetivos que deben hacerse presentes y a partir de los mismos, la identificación como indígena, tanto por el individuo mismo como por el grupo, debe ser considerada un criterio básico añadido para ostentar tal condición"[33].

En virtud de este criterio, la identidad indígena es una materia que corresponde ser determinada por los propios pueblos indígenas[34]. Por esta razón, ni la Constitución ni otra expresión del Estado puede arrogarse esta prerrogativa. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara en señalar que la determinación de su identidad (incluyendo en esta su composición) forma parte de la autonomía de los pueblos indígenas[35].

Vista esta pertenencia en su dimensión individual, cabe señalar que siempre existirá el derecho inalienable que tiene toda persona a renunciar a la membresía de cualquier asociación, comunidad o pueblo[36]. Para estos efectos, desde un punto de vista constitucional bastaría con apelar a la libertad de asociación que regulará el proyecto de nueva Constitución y que hoy se encuentra consagrado, entre otros documentos, en el artículo 19 N°15 de la Constitución actual; en el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

D. Derechos colectivos indígenas

I. Constitucionalizar el Convenio N°169 OIT

Consideramos que una disposición que equipare a rango constitucional el tratado internacional que contiene el Convenio 169 de la OIT, no resulta beneficioso, ni para los pueblos indígenas ni para el Estado.

El Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional ratificado por 24 países (la gran mayoría, latinoamericanos), el cual se encuentra vigente en Chile y cuyos conceptos y obligaciones gozan de cierta generalidad en su redacción, justamente para que cada país tenga la flexibilidad para implementar la normativa internacional de acuerdo a sus necesidades. En ese sentido, equiparar o incorporar a la Constitución un tratado internacional es una medida que termina afectando negativamente el ordenamiento jurídico.

En efecto, al ratificar el país un tratado internacional, este se incorpora inmediatamente al ordenamiento jurídico. Luego de ratificado, corresponde al Poder Legislativo y Ejecutivo -principalmente- definir los mecanismos técnicos en que dichas obligaciones se traducen, ya sea a nivel legal o reglamentario. De esta forma, constitucionalizar este Convenio impide que la Constitución u otras instancias normativas se haga cargo de concretar o delegar dichas obligaciones, pudiendo realizarse una aplicación directa de estas normas generales por parte de funcionarios administrativos en sentidos impredecibles.

Por último, se hace presente que el intento por constitucionalizar el Convenio redunda en una interpretación constitucional del texto del Convenio, impidiendo así la flexibilidad que los poderes del Estado requieren para concretar dichas obligaciones internacionales.

Por tanto, el riesgo de la constitucionalización es la innecesaria rigidez.

---

[33] *Aguilar (2006), pp. 3-4.*

[34] *Aguilar (2006), p. 3.*

[35] *Véase: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, parr. 164; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, parr. 37.*

[36] *Kukathas (2019), p. 230.*

II. Carácter obligatorio del resultado de la consulta indígena del Convenio N°169 OIT

A nivel nacional esto resulta una materia muy discutida. El N°1 del art. 6 del Convenio obliga al Estado a "consultar (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". El N°2 del art. 6 del Convenio, indica que las consultas tienen "la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". En la redacción se aprecia la patente tensión entre el concepto de "consulta" con la finalidad de "llegar a un acuerdo". La disyuntiva no resuelta es que, si el proceso de consulta que finaliza sin acuerdo, ¿constituye un cumplimiento de la obligación del Estado de realizar la consulta debida?

Si la respuesta es no, significa que los pueblos indígenas tienen derecho a veto sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Además, ¿qué es aquello que les afecta directamente? También es algo discutido, pues se puede tener una mirada amplia o restringida sobre las cuestiones legislativas y administrativas que obligan a la consulta.

Frente a esta disyuntiva, hay cierto consenso en el sector de apostar a que la consulta indígena no sea vinculante, sino solo consultiva, como se ha estado llevando a cabo en Chile hasta ahora. Esto porque la comunidad o pueblo indígena adquiriría un poder de veto frente al Congreso, el Ejecutivo y los privados, frente al cual no hay recurso alguno.

Además, un defecto grave del sistema de consulta diseñado por el Convenio 169, al cual se encuentra obligado el Estado de Chile, es que la negociación se realiza entre el gobierno de turno y los pueblos indígenas y sus representantes, pero su resultado tiene efectos erga omnes, sin que pueda involucrarse en un pie de igualdad la sociedad civil, el Congreso Nacional, la Contraloría General de la República, las personas o habitantes no indígenas que tengan interés en la cuestión consultada, etc.

III. Autonomía política, autogobierno indígena y sus implicancias

En el derecho constitucional latinoamericano, encontramos que, por ejemplo, Colombia, Perú y Bolivia consideran espacios de autonomía política, económica, social, jurídica y jurisdiccional sumamente amplios y detallados y en algunos casos delegando en la ley su concreción[37].

En Chile existen distintas voces en amplios sectores que buscan reconocer una efectiva autonomía política para los pueblos indígenas, mediante el derecho a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales.

Consideramos que esta autonomía y sus implicancias no debiesen reconocerse, toda vez que generar instituciones políticas y económicas exclusivas y etnocéntricas conlleva un grave peligro para la unidad de la Nación y del Estado, toda vez que consagra el aislamiento, la exclusión, segregación y finalmente la desintegración de la sociedad chilena. Más aún, se genera una concentración y desproporción de poderes difícil de contrastar por los particulares, pues ningún otro grupo de la sociedad civil tendría potestades públicas tan poderosas como las del pueblo indígena, al punto que ninguna otra asociación de personas se le asemejaría en atribuciones, competencias y financiamiento. Estos aspectos gestarían la idea cada vez más latente de comunidades políticas independientes, autónomas y aisladas dentro del Estado de Chile, lo cual a la larga puede causar muchos problemas, pudiendo llegar a que estos pueblos busquen pertenecer a un Estado distinto al chileno[38]

---

[37] *Solo a modo de ejemplo, la Constitución de Colombia establece entidades territoriales indígenas con autonomía para gobernarse por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres, quienes podrán administrar recursos, establecer tributos, percibir rentas nacionales, emitir títulos y bonos de deuda pública, ejercer jurisdicción dentro de su territorio según sus normas y procedimientos propios, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia indica que garantiza la libre determinación, el derecho a la autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas originarios, conforme a la Constitución, la cual también les otorga, les otorga extensos poderes, distinguiendo entre competencias exclusivas, compartidas y concurrentes.*

[38] *Idea País (2021) P. 9.*

o que extranjeros ingresen a la nación chilena a través de los pueblos indígenas transfronterizos[39]. Además, habría una afectación radical del principio de igualdad. Por otro lado, la constitucionalización de esta autonomía y estos derechos a las instituciones propias políticas, jurisdiccionales y económicas, causarían más conflictos debido a que la Convención podría consagrarlas con excesivos detalles, generando rigideces, como en el caso boliviano. En la misma línea, al ser la autonomía política y el derecho a las instituciones propias una propuesta muy difícil de delimitar, constantemente podrían generarse alegaciones de que una regulación legal o administrativa es incompatible con el principio constitucionalizado, llevando el conflicto al control de constitucionalidad, quedando en manos de los jueces de turno la evaluación de la ley o el decreto impugnado. Además, el reconocimiento de esta autonomía y las instituciones propias, por su propia vaguedad, adquirirán el carácter de principio de interpretación constitucional, lo cual aumentará la posibilidad de los jueces para discernir en perspectiva de derechos indígenas por sobre los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Quienes quieran promover el reconocimiento de instituciones políticas, de gobierno, de jurisdicción y económicas autónomas indígenas deben hacerse cargo de una serie de concreciones administrativas, contables, probidad, transparencia, igualdad, de producción jurídica y de respeto a los derechos fundamentales. Por ello, proponemos una serie de interrogantes que quedan abiertas y que deben ser respondidas por quienes aboguen por ellas, a saber: ¿cómo se eligen las autoridades indígenas? ¿mediante elección democrática -transparente, padrón auditado, garantizando la participación de todos los miembros- o los principios electorales son de libre elección de las autoridades de los pueblos indígenas? ¿Cómo participan los indígenas que no viven al interior del pueblo indígena? ¿El pueblo indígena tiene el derecho de aceptar o excluir a una persona? ¿Se reconoce un territorio como "preferente" o "exclusivo" de algún pueblo indígena? ¿Si se reconoce un territorio especial indígena, cómo se resguardan los derechos fundamentales de los habitantes no indígenas de dicha zona? ¿Cómo se crean nuevas instituciones políticas en su interior? ¿En caso de que el gobierno indígena reciba financiamiento público, la administración de estos recursos se sujeta a las reglas comunes de transparencia y declaración de intereses o estas no aplican? Además, se suele plantear que las instituciones indígenas que se deben reconocer -e incluso, fomentar y fortalecer- no son solo las ancestrales, sino también las instituciones modernas y las que a futuro puedan diseñar. Atendiendo que hay pueblos cuya población está mayoritariamente en un territorio ajeno al "ancestral", ¿Cómo participan de estas instituciones? ¿Cómo interactúa y cuál es la jerarquía entre la autoridad política indígena y el Alcalde, Gobernador o Presidente de la República? ¿Cómo se financian todas las instituciones indígenas que cree cada pueblo? ¿Hay un límite a la creación y financiamiento de instituciones indígenas? ¿Cuántas autoridades políticas, administrativas, legislativas y jurisdiccionales puede tener cada pueblo indígena? En caso de reconocerse la autonomía jurisdiccional, ¿Cómo se financian los tribunales indígenas? ¿Cómo se ejerce el derecho a la doble instancia? ¿La revisión por parte de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema es incompatible con el derecho a las instituciones propias y su autonomía? ¿Cómo se asegura la elección transparente e imparcialidad del juez indígena que conoce y resuelve conflictos de su propio pueblo, el cual puede ser de pocos miembros? ¿Establecer tribunales dentro del poder judicial que vean exclusivamente cuestiones indígenas es incompatible con el derecho a regirse por instituciones propias? ¿la jurisdicción indígena alcanza materias civiles y penales? ¿La persona indígena está obligada a recurrir a la justicia indígena en primera instancia o puede elegir? ¿Las sanciones penales pueden aplicarse según sus costumbres, valores y normas, independiente del Código Penal? ¿Pueden establecer un sistema carcelario propio? ¿Cuánta autonomía implican las propias instituciones económicas dentro del pueblo indígena? ¿Puede regularse o desregularse el derecho de propiedad mueble o inmueble? ¿Pueden las autoridades indígenas establecer otro curso de moneda legal? ¿Pueden las autoridades indígenas regular las relaciones laborales en forma distinta al régimen común? ¿Pueden establecer un sistema de pensiones propio? ¿Pueden impedir la inversión privada al interior del pueblo indígena?

[39] *Como, por ejemplo, los pueblos Aymara y Mapuche con integrantes en Bolivia y Argentina, respectivamente.*

Finalmente, una interrogante fundamental es ¿qué es el "interior" del pueblo indígena? ¿Implica un reconocimiento de cierto territorio ancestral, autonómico y más o menos exclusivo, cómo el de la Ley Pascua? ¿Los convencionales constituyentes van a definir dicho territorio? ¿Si lo definen, podrá modificarse o derogarse dicha disposición? Otra solución, es que el "interior del pueblo indígena" se trate exclusivamente de las relaciones entre indígenas de un mismo pueblo y sus instituciones, independiente del lugar donde se encuentren los indígenas y los bienes respectivos.

IV. Reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario indígena

Consideramos que no debe constitucionalizarse alguna fórmula que privilegie el derecho indígena -escrito o consuetudinario-, por sobre el derecho que se aplica a todos los chilenos. En caso de ser inevitables fórmulas que consagren un tratamiento especial (por ejemplo, en relación a los usos y costumbres indígenas), es importante que los usos y costumbres deban probarse en juicio. Se debe mantener el principio de que el derecho aplicado a todos por igual es un importante estándar de igualdad ante la ley en una comunidad política.

Para entender las razones detrás de esto es importante tener presente que la costumbre no solo es una fuente normativa integrada en el ordenamiento jurídico chileno, sino que la costumbre indígena tiene ya un trato especial y privilegiado en el art. 54 de la Ley N°19.253 sobre pueblos indígenas. Esta norma indica que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia es derecho, siempre que sea compatible con la Constitución, que en materia penal la costumbre se considera para aplicar eximentes o atenuantes de responsabilidad y que la costumbre en juicio se acredita por todos los medios legales, especialmente por informe pericial de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante, CONADI).

Desde el punto de vista del derecho, para salvaguardar la certeza jurídica consideramos fundamental que la costumbre indígena deba ser probada en juicio para que tenga valor jurídico. Se hace presente que otras constituciones de la región consagran un deber del juez de tomar en cuenta las costumbres indígenas (México), lo cual nos parece inadecuado por atentar contra la unidad del ordenamiento jurídico, contra el principio de igualdad, y por aplicar el derecho indígena a personas no indígenas, que nunca han tenido la posibilidad de consentir ni conocer dichas normas jurídicas.

Por otro lado, en el evento de que los convencionales constituyentes pretendan agregar cláusulas que señalen que frente al ejercicio del derecho de propiedad o de la explotación de recursos naturales, se debe respetar "los usos y costumbres de los pueblos indígenas" es importante oponerse, ya que redunda en una mala técnica legislativa que está presente ampliamente en la región. En efecto, existe una suerte de supervigilancia de los pueblos indígenas en el tratamiento de los recursos naturales (Colombia, Bolivia, Venezuela, Costa Rica, México, Ecuador), donde estos usos y costumbres no escritos podrían tener gran impacto, toda vez que es muy difícil para el inversor conocerlas de antemano.

V. Conclusiones

A modo de síntesis, consideramos que:

a. El Convenio N°169 de la OIT no debe constitucionalizarse, ni la Constitución realizar una remisión directa a dicha norma.

b. La Consulta Indígena debe mantener su carácter consultivo para no generar un poder de veto de las comunidades indígenas de carácter incontrarrestable e infundado.

c. No constitucionalizar el derecho a la autonomía política ni el derecho a las instituciones propias de los pueblos indígenas.

d. El derecho indígena, así como sus usos y costumbres no deben tener un trato preferente dentro del ordenamiento jurídico.

E. Institucionalidad

En nuestro país existen profundas brechas entre la población indígena y no indígena que deben ser abordadas. Los datos de la encuesta Casen de 2017[40] muestran que la pobreza multidimensional en población indígena es de un 30,2% (vs. 19,7% no indígena); en salud la tasa de hijos nacidos vivos en la población indígena es de un 1,83 (vs. 1,89 no indígena); en educación, 4,5% de la población indígena es analfabeta (vs. el 3,5% no indígena) y la escolaridad de los primeros llega a 10,3 años (vs. 11,3 años promedio no indígena); en vivienda, solo el 40,9% de las viviendas rurales de población indígena alcanzan la calificación de "aceptable" en el índice de calidad global de la vivienda (vs. el 64,5% población rural no indígena), diferencia que se hace aún mayor con relación al acceso a servicios básicos, donde solo un 44,8% de la población indígena los tiene en forma aceptable (vs. el 73,8% de la población rural no indígena); finalmente, el 75,4% de la población indígena chilena es población urbana, lo cual implica un alta tasa de integración social.

Ahora, bien, como ya se refirió, existe cierta discrepancia no menor sobre cuál es la población indígena del país, toda vez que se suele proponer el resultado del Censo 2017 como el determinante (en dicha encuesta 12,7% de la población nacional se identificó como indígena). Sin embargo, hay quienes critican ese supuesto, toda vez que el dato base estaría en los registros de la CONADI, los cuales arrojarían que solo el 5,5% de la población nacional es indígena.

No obstante lo anterior, consideramos que el rezago socioeconómico de la población indígena es un fundamento importante para la promoción de políticas públicas que se hagan cargo de esta situación.

I. Formas de representación política del pueblo indígena frente al Estado y problemas para contar con un interlocutor válido y representativo del pueblo indígena

Las constituciones de la región han consagrado cláusulas muy genéricas que reconocen la facultad de los pueblos indígenas para autogobernarse según sus "principios, valores, usos y costumbres propias". En este sentido, es fundamental distinguir a las autoridades indígenas de organización interna, de impacto cultural y religioso de las autoridades indígenas con representación política o que administren recursos públicos. Respecto de las segundas, resulta fundamental que se les apliquen las normas comunes sobre el sistema electoral, probidad, transparencia, lobby, así como las sanciones penales por corrupción, etc. Quienes son autoridades políticas elegidas por votación popular o que administren recursos públicos deben supeditarse al Estado de Derecho.

Por estas razones, consideramos inadecuado y desaconsejamos el reconocimiento constitucional de que las autoridades indígenas que tengan un rol de representación del pueblo indígena y administren recursos públicos se rijan únicamente según los usos y costumbres del pueblo indígena respectivo.

II. Adecuación de la institucionalidad del Estado en materia indígena

La actual institucionalidad en materia indígena en nuestro país -cuyo principal organismo es hoy la CONADI- ha demostrado ser precaria e insuficiente. Es más, desde hace ya varios años se está discutiendo su reemplazo y la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas por un lado y de los Consejos de Pueblos Indígenas por el otro.

No se trata de que el reconocimiento constitucional incluya detalles respecto de la institucionalidad indígena, sino más bien de establecer las fundaciones de una nueva institucionalidad que permita un diálogo constructivo entre el Estado y los pueblos indígenas. Para ello se estima de vital relevancia que se distinga entre aquella institucionalidad creada por el Estado para los indígenas de aquella institucionalidad que se dan los propios indígenas para dialogar con el Estado, toda vez que, en la base del reconocimiento constitucional está el que los pueblos indígenas puedan ser visibilizados como sujetos activos de derechos ante el Estado.

En el marco de la institucionalidad, se estima que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas podría traducirse en una oportunidad para propiciar una nueva institucionalidad que responda a los problemas de tierras indígenas, cuestión de la máxima sensibilidad y criticidad.

En efecto, el mecanismo vigente para "resolver los problemas de tierras" -en particular, el mecanismo de compra de tierras amparado en el artículo 20 b) de la Ley Indígena- ha demostrado tras 30 años de implementación su ineficacia, e incluso ha evidenciado ser el origen de tensiones más que de soluciones. Es así que el constituyente podría -en un artículo transitorio- encomendar a una ley especial la instalación de un nuevo mecanismo institucional que permita canalizar, resolver y ponerle márgenes a los problemas y reivindicaciones de tierras. Al respecto, será clave definir objetivos claros que permitan discernir aquellas reivindicaciones que ameritan una reparación por parte del Estado y recomendar las fórmulas de reparación que sean más apropiadas a cada caso, una de las cuales podría ser la entrega de tierras si el Fisco es el dueño, o compensaciones monetarias en caso contrario, para así responder a las expectativas existentes en un marco institucional y de certeza jurídica que asegure la sustentabilidad en el largo plazo, la paz y la convivencia intercultural.

Por otro lado, cabe hacer presente que el derecho constitucional latinoamericano suele consagrar un derecho genérico a "sus tierras ancestrales". En relación a la constitucionalización de este supuesto derecho, consideramos que es un error como técnica legislativa, ya que consagra un derecho indeterminado e indeterminable que será fuente de grandes incertezas jurídicas. En efecto, es previsible que un derecho así redactado, ni el Legislativo ni el Ejecutivo quieran limitarlo o concretarlo, quedando su concreción a manos de jueces. En esta hipótesis, y como ya se ha consagrado constitucionalmente este derecho a sus tierras ancestrales, al quedar la determinación en manos de jueces, es altamente probable que el derecho a las tierras ancestrales indígenas se imponga constantemente al derecho a la propiedad privada de las personas u otros intereses.

La constitucionalización de un derecho como este finalmente perjudicaría no solo a los pueblos indígenas y sus integrantes, sino que también a la comunidad en su conjunto, ya que se rigidizaría una solución que requiere esencialmente la flexibilidad de la ley y de las políticas públicas.

III. Escaños reservados en Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo

En este punto, existen diversas posturas dentro de esta comisión, por lo que se plantearán todas ellas.

a. Distinción de organismos técnicos y de representación popular

Han existido propuestas que buscan establecer escaños reservados no solo en el Congreso, sino que también en la Corte Suprema, en los ministerios del Ejecutivo, etc. Estas propuestas buscan cristalizar en un instrumento rígido como es la Constitución, una cuota de minoría en organismos públicos, sin distinguir si se trata de organismos técnicos o de representación popular. En este aspecto, hay unanimidad en la comisión de que, en el evento de haber escaños reservados, estos tienen que ser exclusivamente en cargos de representación popular.

b. Esencialmente temporales

También existe unanimidad en la comisión de que, en el evento de consagrarse escaños reservados, estos deben establecerse en forma temporal, pues son para corregir alguna desventaja de base de cierto grupo, por lo que, cesada la eventual desventaja, el privilegio de escaños reservados debe cesar.

c. Propuesta de escaños reservados en el órgano legislativo

Dentro de la comisión, hay quienes[41] consideran que, en razón de la igualdad ante la ley, y reconociendo que hay grupos excluidos de representación política, se hace necesario implementar medidas especiales como escaños reservados para igualar el desde, y así se actualiza el principio de igualdad en el que nos basamos.

Los escaños reservados son una medida que permite contar con interlocutores válidos y promover la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Esto aumenta significativamente las posibilidades de lograr acuerdos que concluyan en avances concretos y socialmente válidos. De este modo parece importante incluir escaños reservados en el Congreso Nacional y evaluar medidas similares en la nueva institucionalidad que se establezca en el país para canalizar los esfuerzos del proceso de descentralización.

[41] *Horizontal.*

d. Rechazo a la idea de escaños reservados por las razones que indica

Por otro lado, también existen posiciones[42] dentro de la comisión que consideran que reservar escaños para cierto grupo es un mecanismo de discriminación positiva usado en muy pocos países, debido a que la institución desconoce principios democráticos amparados en garantías constitucionales, como la igualdad ante la ley y la no discriminación. Esta solución se basa, tanto en que habría una supuesta subrepresentación histórica de tales grupos, como en la idea de que solo los favorecidos con escaños reservados tienen la legitimidad de hacer valer los intereses del grupo específico que representan. Los miembros de pueblos indígenas siempre han tenido el derecho de participar en las distintas magistraturas del Estado, participando en igualdad de condiciones con otros candidatos. Por ello, consideramos los escaños reservados una solución que, junto con atentar contra los principios democráticos básicos de la República, erige grupos identitarios -en este caso, los pueblos indígenas- como privilegiados por sobre la representación del ciudadano común y corriente.

Respecto a la experiencia comparada en elecciones parlamentarias, Bolivia reserva 7 escaños para pueblos originarios, en circunstancias de que tiene un 40% de población indígena. Por otro lado, Nueva Zelanda emplea una formula variable para determinar los escaños reservados para población indígena, la cual se basa en el "padrón electoral maorí", siendo opcional para dicho pueblo inscribirse en dicho padrón o en el padrón general. De hecho, la mayor parte de los maorí votan de acuerdo al padrón general, por lo que los escaños reservados corresponden a una fracción inferior de la población maorí.

Por último, se hace presente que el Censo es un instrumento sumamente inconveniente tanto para determinar el número de escaños reservados para indígenas, así como para confeccionar un eventual padrón indígena. En efecto, el Censo de 2017 consultó a los ciudadanos: "¿Se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario?[43]" sin verificar si la persona es reconocida por alguna comunidad indígena como uno de sus miembros. Téngase presente que las preguntas del Censo pueden ser respondidas por una sola persona de la vivienda censada. Por otro lado, dentro del 12,8% de ciudadanos que se identifican con pueblos indígenas, se incluye a menores de 18 años, quienes no forman parte del padrón electoral. Por otro lado, no se contempla a los ciudadanos pertenecientes a pueblos indígenas que se encuentren fuera del país, toda vez que el Censo no los midió. Por otro lado, la CONADI es la institución encargada de certificar la pertenencia a pueblos indígenas chilenos. Los registros de esta institución indican que la población indígena representa el 5,5% de la población nacional.

IV. Conclusiones

a. A modo de síntesis, consideramos que: El rezago económico de la población indígena es fundamento para la promoción de políticas públicas focalizadas en estos grupos humanos.

b. Autoridades indígenas que administren recursos públicos deben someterse a las normas generales de probidad, transparencia y lobby.

c. Se hace necesaria una nueva institucionalidad que permita hacerse cargo del problema de tierras indígenas, más allá de la entrega de inmuebles, y que apunte a resolver conflictos mediante distintas fórmulas. Esta nueva institucionalidad es materia de política pública, no constitucional, pero podría haber una disposición transitoria que dé un plazo al Congreso para diseñarla.

d. La constitucionalización de un supuesto derecho "a sus tierras ancestrales" no debe realizarse, pues sería un derecho indeterminado e indeterminable, ya que, en rigor, abarcaría todo el territorio chileno.

e. Respecto a escaños reservados hay desacuerdo en la comisión por razones de principios.

f. De existir escaños reservados hay acuerdo en que estos deben ser solo para órganos de representación popular y que son esencialmente temporales.

---

[42] *Libertad y Desarrollo, Fundación Piensa y Fundación Aire Nuevo.*

[43] *http://www.censo2017.cl/cuestionario-censal_ 2017/, pregunta 16.*

F. Descentralización

I. ¿Cómo una efectiva descentralización ayuda en solucionar los problemas con los indígenas y los pueblos indígenas?

En términos generales, la descentralización implica reformar el Estado para crear nuevas entidades territoriales, la asignación de competencias y facultades, mediante descentralización política, económica y administrativa y su participación en instancias con competencias sobre la autonomía[44]. Para que la descentralización sea un aporte al tema indígena, se ha propuesto una primacía de lo local para fomentar la comunión, de forma tal que sean los municipios quienes convoquen a instancias de diálogo -mediante mecanismos determinados por ley de carácter vinculante o no-[45] entre la institucionalidad vigente local y los pueblos indígenas que habitan el territorio local en cada comuna[46]. Una solución de estas características permitiría satisfacer la necesidad de participación y vinculación política, generando así mejores formas de integración social. Cabe hacer presente que esto es materia de política pública, no constitucional.

Sin embargo, es importante ser claro en que las relaciones entre culturas deben tener como prerrequisito el respeto a los principios y formas de gobierno republicano que son asumidos como universales. Por tanto, los sistemas normativos y prácticas políticas de las culturas pueden aplicarse con libertad únicamente en su seno, siempre y cuando respeten el Estado de Derecho en el contexto de un régimen republicano y sus valores.

---

[44] *Sánchez (2010). P. 271.*

[45] *Respecto a estas medidas, es importante que cuenten con definiciones, tanto de legitimidad activa, como de materia. Por ejemplo, los plebiscitos comunales la LOC N°18.695 de Municipalidades establece que los plebiscitos requeridos por la ciudadanía requieren que concurran con su firma deberá concurrir con su firma ante notario público al menos el 10% de los ciudadanos que sufragaron en la última elección municipal (art. 100) y estos plebiscitos solo se pueden pronunciar sobre materias de administración local relativas a inversiones específicas de desarrollo comunal, a la aprobación o modificación del plan comunal de desarrollo, a la modificación del plan regulador o a otras de interés para la comunidad local, siempre que sean propias de la esfera de competencia municipal (art. 99).*

[46] *Riquelme y Samaniego (2020).*

G. Bibliografía

- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2006): "La aspiración indígena a la propia identidad", en Universum. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales, vol. 1, n° 21, pp. 1-20.
- Álvez, Amaya (2020): "Hay que dejar de pensar en un universo para empezar a pensar en un pluriverso" (entrevista de Rodrigo Burgos), en Wallmapu. Ensayos sobre plurinacionalidad y nueva Constitución, Pehuén/CIIR.
- Aylwin, Andrés; Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez (2013). Los pueblos indígenas y el derecho, LOM.
- Candia Falcón, Gonzalo (2016). Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediciones UC.
- Casen (2017) Pueblos Indígenas, síntesis de resultados, en Observatorio Ministerio de Desarrollo Social, disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Casen_2017_Pueblos_Indigenas.pdf
- Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (2021) Estudio de Opinión Pública: Pueblos Originarios y Nueva Constitución, tercera medición, 25 de marzo 2021. Disponible en: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2021/03/Estudio-de-Opinion_Marzo_2021-1.pdf
- Cruz Rodríguez, Edwin. (2014). Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía. Estudios sociales (Hermosillo, Son.), 22(43), 241-269. Recuperado en 15 de junio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572014000100010&lng=es&tlng=es
- Cruz Rodríguez, Edwin. (2013). Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador.
- Fundación Democracia y Desarrollo (2017) Informe Ciudadano Nuestra Constitución.
-Idea País (2021) Sobre el reconocimiento constitucional Pueblos Originarios y Constitución.
- Horizontal (2021) Reconocimiento de los pueblos indígenas en una nueva Constitución.
-Kukathas, Chandran (2019). El archipiélago liberal (Diego Sánchez de la Cruz, traductor), Ediciones Deusto.
- Quijano, A. (2000) "Colonialidad del poder y clasificación social" Journal of World-Systems Research. Volumen XI, número 2, pp. 342-386.
- Ramón, G. (2009). ¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución? En A. Acosta y E. Martínez (Edits.), Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad (pp. 125-160). Quito: Abya Yala.
-Riquelme Tapia C. D., & Samaniego Sastre M. (2020). Pueblos indígenas. Reconocimiento y tensiones político-normativas al interior del espacio público en Chile, 1990-2010. Estudios Políticos, (59), 46-73. https://doi.org/10.17533/udea.espo.n59a03
- Schavelzon, S. (2015). El concepto de plurinacionalidad. In Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes (pp. 71-180). Argentina: CLACSO. doi:10.2307/j.ctvtxw3vx.6
- Stavenhagen, Rodolfo (2010): "Las identidades indígenas en América Latina", en Revista IIDH, vol. 52, pp. 171-189.
-Tapia, L. (2007). Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. OSAL, (22), pp. 47- 63.
- Taylor, Charles. (1994). Ética de la autenticidad. Barcelona: Paidós.
-Taylor, Charles. (2009). El multiculturalismo y «la política del reconocimiento». México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kymlicka, Will. (1996). Ciudadanía multicultural. Buenos Aires: Paidós.
-Kymlicka, Will. (2012). Multiculturalism: Success, Failure, and the Future, disponible en: HYPERLINK "https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/TCM-Multiculturalism-Web.pdf

Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública [1]

[1] *Integrantes: Rodrigo Pérez de Arce (Instituto de Estudios de la Sociedad), Pablo Rodríguez (Instituto Libertad) y Esteban Ávila, Pía Greene (coordinadora), M. Trinidad Schleyer y Rodrigo Ubilla (Libertad y Desarrollo). Se agradecen los comentarios de AthenaLab (John Griffiths).*

Tabla de contenidos

A. Introducción

B. Constitución y uso legítimo de la fuerza

C. Subordinación al poder político y su relación con éste

D. Roles y misiones de las Fuerzas Armadas y de Seguridad Pública

E. Características: profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes

F. Consejo de Seguridad Nacional

G. Terrorismo

H. Normas de quórum

I. Bibliografía

J. Anexos

A. Introducción

Uno de los temas que será objeto de debate en la discusión y redacción de la nueva Constitución será el estatus que tendrán las Fuerzas Armadas (en adelante FF.AA.) y de Orden y Seguridad Pública.

En Chile existe consenso en la necesidad de contar con Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para la existencia de una democracia, considerando que su deber llega más allá de solo respetar el orden constitucional, sino que además tienen como misión garantizarlo[2]. Sin embargo, no existe tal consenso para la presencia o ausencia que estas deban tener en la Constitución.

De acuerdo al análisis comparado, todos los países de la OCDE y ocho países Latinoamericanos analizados, incluyen materias específicas de las FF.AA. en sus textos constitucionales (Maselleras, 2021). El grado de especificidad en materias de Fuerzas Armadas y Orden Público y Seguridad Pública varía en estos textos constitucionales, sin embargo, ninguno de ellos excluye o "desconstitucionaliza" estas temáticas.

De las constituciones revisadas, el 49% de las de países de la OCDE y el 75% de las de países de Latinoamérica tienen un apartado relativo a la defensa y a las FF.AA. En distinto porcentaje, estas mismas constituciones se refieren a la identificación de la misión, las características y tareas de las instituciones. En un porcentaje altísimo, definen a nivel constitucional el mando, los nombramientos, los estados de excepción y el servicio militar.

En Chile, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública fueron incluidas en un capítulo propio en la Constitución de 1980 con el fin de, al igual que los demás órganos autónomos presentes en el texto, salvaguardar la independencia y separación de estos de la política y sus cambios. Previo a eso, en la Constitución de 1925, su existencia estaba plasmada en un artículo del Capítulo III de Garantías Constitucionales, donde ya se especificaban sus naturalezas esencialmente obedientes y no deliberantes, a lo que se añadió en 1971 que estas eran profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

La Constitución vigente dispone este marco en el Capítulo XI, dedicado a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, diferenciando al Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional y a Carabineros y Policía de Investigaciones, dependientes del Ministerio encargado de la Seguridad Pública. A lo largo de cinco artículos (101-105), se describe su naturaleza, su manera de incorporación, su monopolio sobre las armas, la designación de sus máximas jefaturas, y los nombramientos, ascensos y retiros.

En este contexto, en este documento se abordan los temas principales a tratar en este debate, dentro de los cuales fueron considerados los mencionados a continuación:

a. El uso legítimo de la fuerza y armas;

b. Subordinación al poder político y su relación con éste;

c. Roles y misiones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública;

d. Características: profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes;

e. Consejo de Seguridad Nacional (cap. XII); Terrorismo (art. 9).

Finalmente, se desarrolla una pequeña reflexión respecto del quórum que permita hacer cambios en estas materias y se adjuntan documentos anexos relevantes para la discusión.

[2] *"Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República" (Constitución Política de la República).*

B. Constitución y uso legítimo de la fuerza

El derecho inalienable a la legítima defensa de la vida y de la propiedad está entre los derechos anteriores a la Constitución y que toda persona tiene, en virtud de su condición de ser humano. Sin embargo, al igual que muchos derechos inherentes a la persona, el ser humano decide entregar parte de su soberanía -y las facultades- a la sociedad para que ésta resguarde sus derechos de mejor manera, especialmente ante agresiones de otros, ya sean individuales o colectivos. Es decir, las personas le entregan al Estado el monopolio del uso de la fuerza. Así, el Estado pasa a ser el responsable de garantizar a cada miembro de la sociedad su seguridad y cada persona renuncia a ejercer su derecho a la legítima defensa mediante la fuerza en forma individual o colectiva.

"Se puede decir que desde la Revolución Francesa los Estados tienen el monopolio de la fuerza. Ya en el siglo XIX todo Estado cuenta con un grupo armado cuya función es velar por la paz y defensa externa. Con el desarrollo del constitucionalismo se les asignó a las Fuerzas Armadas una función auxiliar de los gobernantes, siempre subordinándolas jerárquicamente al poder civil" (Sánchez, 2021).

Gran parte de los estados modernos tienen como fin el bien común de su población. Una de las formas en que lo realiza -y ciertamente de las más relevantes- es resguardando la seguridad para las personas que lo conforman. Esta función esencial para el correcto funcionamiento de la sociedad es, por su naturaleza, una inherente al Estado y, por tanto, no puede ser ejercida por órganos intermedios independientes o particulares. Solo entregando seguridad y paz a la población, posteriormente se puede avanzar en otras funciones que permitan a las personas desarrollarse con toda su potencialidad y asegurar el ejercicio de sus derechos.

En este contexto, y entendiendo que para asegurar la paz y la seguridad frente a hechos que puedan afectar el bienestar de la población se debe hacer uso de la fuerza/violencia, Max Weber expone la relación que existe entre esta última y el Estado: "La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es su medio específico. Hoy, precisamente, la relación del Estado con la violencia es especialmente íntima. (...) el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es un elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo distintivo de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos solo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del derecho a la violencia" (Weber, 1919). Para esto, se constituyen órganos especializados (Fuerzas Armadas y Policías) y que, por tener tal calidad, ejercen sus funciones a nombre y en representación del Estado.

En un Estado de Derecho todas las funciones y órganos del Estado deben estar reguladas en su texto constitucional, de manera que sirvan como marco y control para el ejercicio del poder de las autoridades. En este caso, es relevante incorporar el tratamiento que la sociedad le dará al uso de la fuerza, en cuanto constituye un instrumento de poder; las características de las instituciones que materializarán ese uso y las condiciones para la legitimidad de su aplicación. Así ocurre en la mayoría de las democracias liberales.

En este contexto, **los redactores de una Constitución Política adquieren entonces la obligación de definir la forma en que el Estado monopolizará el poder de la fuerza que le fue entregado, cómo lo institucionalizará y cuáles serán los pesos y contrapesos que se establecerán para que ese poder no se preste para abusos.**

Así, en Chile nuestra Carta Fundamental ha encomendado la tarea de ejercer legítimamente la fuerza para la defensa (externa) y seguridad (interna), a las Fuerzas Armadas (en sus tres ramas: Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y a las Fuerzas de Orden y Seguridad (Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones). Estas están consagradas en el Capítulo XI de la Constitución, titulado Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

En el mismo capítulo, en el artículo 103 se especifica que "ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta".

De esta manera, queda explicitada la idea de que les corresponde el monopolio del uso legítimo de la fuerza, traduciendo en la exigencia de regulación legal (ley de quórum calificado) para que la posesión y tenencia de armas por privados pueda ser lícita. Además, se establece (por ley) quién(es) ejercerán la supervigilancia y control de las armas y quién fiscalizará dicho control. Así, queda establecida la lógica de tenencia prohibida de armas, salvo casos autorizados conforme a la ley, lo cual es un criterio inverso al de Estados Unidos, donde el tener armas es garantía constitucional (defensa respecto del Estado).

En este contexto, es fundamental que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública estén presentes en la Constitución y se propone mantener la redacción actual donde especifica que nadie más podrá poseer o tener armas u otros elementos similares.

C. Subordinación al poder político y su relación con éste

Las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública son parte de una institucionalidad necesaria para la protección del Estado, en su doble dimensión de seguridad interna y externa. La defensa del territorio, la preservación de la soberanía nacional, el uso legítimo de la fuerza para el resguardo de la seguridad pública y la población en lo que se refiere a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública son, entre otros, elementos que permiten la estabilidad institucional, y la protección para los habitantes de un Estado.

La subordinación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública al poder político, a través del Presidente de la República, cuenta con apoyo de la gran mayoría de los sectores representados en la Convención. Una de las consecuencias prácticas de la definición es que la planificación de los recursos de estas instituciones debe ser producto de una estrategia explícita que defina el Presidente, escuchando a quienes las conforman y debe estar sujeta al escrutinio público.

La discusión a nivel nacional e internacional no se ha dado en términos de preservar el rango constitucional que deben tener las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública, sino más bien, el nivel de especificidad con que se trata esta materia a nivel constitucional.
En este sentido, si bien es discutida la opción de mantener un capítulo específico, lo relevante es que determinados conceptos queden a nivel constitucional, tales como la definición o misión de las instituciones, el nombramiento de sus mandos y jefes superiores, su relación de dependencia del Presidente de la República, entre otros.

En ese contexto, se presentan las siguientes propuestas:

I. En el artículo destinado a fijar las atribuciones especiales del Presidente de la República, actual artículo 32°, Capítulo IV, agregar los siguientes conceptos constitucionales que actualmente se encuentran en el Capítulo XI, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y que tienen relación con la figura de jefe de Estado:

a. Dentro de la atribución relacionada a designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al Director General de Carabineros, contenida en el numeral 16, agregar a la Policía de Investigaciones de Chile y hacer referencia a las respectivas Leyes Orgánicas Constitucionales de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para efectos de designar y remover a las máximas autoridades de las instituciones y disponer de los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de estas instituciones[3].

[3] *Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 16º.- Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105.*

b. En el Capítulo V, en su Artículo 71 de la Constitución de 1925, se estableció que el Presidente de la República es responsable de la seguridad externa del país. En la actual Constitución, en su Artículo 24°, se establece que el Presidente, extiende su autoridad "a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República". Siguiendo con esta tradición constitucional, y a fin de permitirle al Presidente gestionar los recursos requeridos para ello, se considera necesario mantener la atribución establecida en el numeral 17[4], en lo que dice relación con "disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas". Se propone sustituir la referencia a la seguridad nacional y asociar esta función con la estrategia de seguridad externa e interna que debiera formular el Presidente de la República al iniciar su mandato, lo cual tendría que añadirse a la nueva Constitución, y donde deberá oír al nuevo órgano asesor integrado por los diferentes poderes del Estado (ver propuesta en punto 5 sobre el Consejo de Seguridad Nacional).

c. Asimismo, se sugiere mantener las atribuciones del Presidente de la República en lo que dice relación con asumir, en caso de guerra, la Jefatura Suprema de las FF.AA. (N°18) y declarar la guerra, previa autorización por ley (N°19) debiendo oír al órgano integrado por los diferentes poderes del Estado (ver propuesta punto 5 sobre el Consejo de Seguridad Nacional).

d. Imponer la obligación constitucional al Presidente de la República de desarrollar -al inicio de su mandato y cuando sea pertinente- una estrategia de seguridad interna y externa que contenga una apreciación de los principales riesgos a la seguridad y oriente y defina las medidas que adoptará para abordarlos. Esta obligación tiene como fin explicitar en directrices concretas la responsabilidad presidencial de resguardar la seguridad a fin de que el Congreso pueda ejercer un rol fiscalizador. Esta estrategia finalmente se constituirá en una definición de los intereses y objetivos nacionales, cuya seguridad y defensa constituyen el quehacer de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y FF.AA., y que oriente la política exterior del Estado. Para la elaboración de esta estrategia deberá consultar al órgano asesor integrado por los diferentes poderes del Estado (ver propuesta punto 5 sobre el Consejo de Seguridad Nacional).

II. En el mismo capítulo destinado a Gobierno (actual Capítulo IV) se propone establecer un nuevo apartado denominado Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en el que debieran recogerse las siguientes ideas matrices:

a. La subordinación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública a la autoridad del Presidente de la República el cual ejercerá ese deber con la colaboración de los ministerios respectivos.

b. Si las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública tienen rango constitucional, corresponde que la responsabilidad de su conducción por parte del Presidente tenga también rango constitucional, al igual que su responsabilidad de resguardar la seguridad interna y externa en su calidad de Jefe de Estado.

c. Las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad externa de la nación.

d. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública existen para dar eficacia al derecho (prestar eficiente auxilio a los tribunales para el cumplimento de sus resoluciones) y garantizar el orden público y la seguridad pública interior (prevenir y reprimir la delincuencia común, mantener el orden público, que puede verse alterado por los actos delictivos que vulneren la tranquilidad y causen alarma pública, con intención de desconocer el principio de autoridad, y garantizar la tranquilidad pública interior, haciendo peligrar el ordenamiento jurídico general y la existencia misma del Estado).

e. Explicitar que el Estado ejerce el monopolio del uso de la fuerza para la protección de la población y la soberanía nacional, las cuales serán utilizadas en forma exclusiva por las Fuerzas Armadas, de Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública.

f. Dado el rol de estas instituciones, en cuanto a la exclusividad en el uso de la fuerza, deben quedar establecidas en la Constitución las instituciones que conforman las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

g. Mantener los contenidos del actual Artículo 102° de la Constitución que establece que la incorporación a las plantas y dotaciones de las instituciones policiales y de las FF.AA. solo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con expceción

[4] *Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 17º.- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional.*

con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la ley.

h. Se propone considerar en el texto constitucional que las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública pueden contribuir al mantenimiento y promoción de la paz y la seguridad internacional en conformidad a la Constitución y las leyes.

i. Adicionalmente, contemplar entre sus cometidos todo lo referente a su contribución en catástrofes naturales, según lo determine la ley.

III. Otros temas relacionados que deben incluirse en la Constitución:

a. Se estima que en la Constitución Política se debe mantener la potestad del Congreso para acusar constitucionalmente a los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, en los casos calificados de "haber comprometido gravemente el honor y seguridad de la Nación".

b. Se propone mantener la regulación constitucional del uso de armas por parte de las personas, grupos u organizaciones y bajar a ley simple el quórum para las normas que establezcan el control de las armas, y su dependencia deberá quedar en el ministerio a cargo de la seguridad pública.

IV. Materias propias de las leyes orgánicas de las instituciones de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública:

a. a. La Constitución establece en su artículo 33°, en su inciso segundo, que una "Ley determinará el número y organización de los Ministerios". Usando igual criterio, se estima que la dependencia de las policías del Ministerio encargado de la Seguridad Pública y la dependencia de las instituciones de las FF.AA. del Ministerio de la Defensa Nacional debiera ser parte de la Ley Orgánica de las instituciones y de los Ministerios que tengan esta responsabilidad.

b. Al definir en el artículo 32, N°16 la atribución del Presidente de la República de designar y remover a las máximas autoridades de las instituciones y disponer de los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de estas instituciones, se estima que las materias tratadas en los actuales artículo 104° y 105° de la Constitución debiera ser parte de las respectivas leyes orgánicas, principalmente en relación con:

i. La forma de designación y requisitos para ejercer el cargo de la máxima autoridad de las instituciones;

ii. Condición de inamovilidad en sus cargos;

iii. Procedimiento de remoción de la máxima autoridad de cada institución;

iv. Duración de sus funciones;

v. En el caso de los oficiales, los procedimientos para los nombramientos, ascensos y retiros y las normas básicas respectivas que deben cumplir;

vi. Las materias propias de las carreras profesionales, la incorporación a las plantas, salud, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando;

vii. Materias de presupuesto, transparencia y probidad.

D. Roles y misiones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública

Si observamos la evidencia comparada, el concepto de "seguridad nacional" no tiene rango constitucional en todos los países. Alemania, España, Francia o Polonia, en Europa, y Colombia y Ecuador en América del Sur, eligieron especificar estas nociones en las leyes, haciendo una mención general en las respectivas constituciones. Así, esta discusión se debiera dar cuando se definan esos instrumentos específicos.

Se propone modificar la redacción actual de "seguridad nacional" por una descomposición en seguridad interna y externa de la Nación, pudiendo radicar ambas o una de ellas en las instituciones que conforman las Fuerzas Armadas. El texto sería:

"Las Fuerzas Armadas están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad de la Nación".

Se propone mantener las funciones generales de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, pues son suficientemente amplias como para que las respectivas leyes orgánicas (o el instrumento que cumpla su función) puedan detallar las misiones y atribuciones concretas de cada una, incluida la dependencia a los ministerios respectivos. En particular, recomendamos mantener sus funciones vinculadas al orden público durante los actos electorales y plebiscitarios, y mantener la posibilidad de cooperación de las FF.AA. en estado de excepción constitucional, según indique la Constitución y las leyes.

Asimismo, entre sus funciones se deben considerar los riesgos y amenazas no convencionales que enfrentan los estados y sus ciudadanos, ante los cuales la coordinación entre instituciones dedicadas a la defensa y seguridad es clave, y donde el papel de la Inteligencia es sumamente relevante.

Respecto a las misiones institucionales de las policías, ellas están establecidas en sus respectivas leyes orgánicas. La Ley Orgánica de Carabineros de Chile establece que corresponderá a Carabineros especialmente la prevención del delito en el territorio, resguardar el orden público conforme a la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile, junto con las demás labores que la ley le encomiende, entre los que destacan: control de fronteras, investigación especializada de delitos, actuación en el sitio del suceso, protección del Presidente, el control de las actividades de vigilancia privada, auxilio de la fuerza pública a las autoridades judiciales y administrativas y colaborará con el Ministerio Público en la investigación de los delitos. Por su parte, el Decreto Ley 2460 del Ministerio de Defensa de 1979 señala que corresponderá a la Policía de Investigaciones de Chile investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público y prevenir la perpetración de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos fundamentales del Estado, sin perjuicio de las demás labores que la ley le encomiende, entre los que destacan: dar cumplimiento a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales, y de las autoridades administrativas en los actos en que intervengan como tribunales especiales; prestar su cooperación a los tribunales con competencia en lo criminal; prestar la cooperación necesaria en cumplimiento de tratados internacionales, control migratorio de frontera y fiscalizar la permanencia de extranjeros en el país.

Esto, además, se especifica a nivel constitucional, por lo que puede cumplir un rol de orientación de las nuevas disposiciones normativas de cada institución. En ese sentido, se propone delimitar mejor qué función tiene cada una, a fin de evitar los traslapes y redundancias.

E. Características: profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes

El Artículo 101 de la actual Constitución establece que "las Fuerzas Armadas, Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas". Esto significa que todas las fuerzas públicas (Ejército, Armada, Fuerza Aérea, Carabineros y PDI) tienen las características de ser profesionales, jerarquizadas y disciplinadas y solo a las FF.AA. y Carabineros se les suma la obediencia y no deliberación. Esto resulta relevante dado que la obediencia y no deliberancia es lo que diferencia a Carabineros de la Policía de Investigaciones, siendo esto una de las bases del "carácter militar" de Carabineros. A esto se le suma su historia y su tradición y que están sometidos al Código de Justicia Militar (Libertad y Desarrollo, 2020).

Al referirnos a la obediencia, decimos que están sometidas al ordenamiento institucional y que en ellas existe una clara jerarquía en su organización. Implícitamente aquí se cruza el concepto de obediencia reflexiva, como la posibilidad de hacer ver (representar) al superior jerárquico posibles actos atentatorios contra la ley, ante lo cual el superior puede insistir en su

realización, pero lo puede eximir de responsabilidad penal posterior.

Por su parte, la no deliberancia corresponde a que como cuerpos no deben emitir expresiones políticas ni realizar cuestionamientos a las decisiones de autoridades políticas. Esto es fundamental porque tanto Fuerzas Armadas como Fuerzas de Orden y Seguridad Pública deben ser independientes y distintas al poder político. Por ejemplo, sus miembros pueden votar en elecciones, pero no militar en partidos políticos. Se propone mantener esto, así como la posibilidad de que personas en retiro tengan la libertad para presentarse como candidatos en elecciones populares.

Así, la obediencia está estrechamente relacionada con la no deliberación, pues refuerza que las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública se encuentran subordinadas al poder civil y son neutrales, en directa relación con que el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza y para ello estos cuerpos deben ser independientes.

Es importante resaltar que las nociones de obediencia y no deliberación las encontramos a lo largo de la historia constitucional nacional (desde 1823), a lo cual se agregó posteriormente que sean profesionales, jerarquizadas y disciplinadas (en 1971).

La característica de profesionales se refiere a que la formación de sus integrantes proviene únicamente de sus propias escuelas, las cuales los forman como especialistas en sus materias y estén permanentemente actualizando sus prácticas y conocimientos. En este punto es vital reconocer que las carreras profesionales, las cuales perfectamente podrían alargarse en su duración, están sujetas a lo que señala la ley en cuanto a grados y formas de ascenso, sin otra presión u intromisión de algún poder, regulado en las leyes orgánicas correspondientes. Un punto vinculado es establecer si el servicio militar será obligatorio o voluntario. En el reforzamiento de esta profesionalidad, no es conveniente que las Fuerzas Armadas y policías lleven adjetivos como democráticas, populares, revolucionarias, patrióticas, porque las distancia de su misión principal.

La característica de jerarquizadas dice relación con que existe una clara estructura de poder, un mando vertical, lo cual se vincula con la obediencia y carrera profesional mencionada anteriormente.

Finalmente, la característica de disciplinadas, indica que estas tienen un marco exigible a sus integrantes, donde se establecen sus derechos y deberes en reglamentos determinados para esos fines.

La propuesta, es mantener el artículo 101 y considerarlo en el nuevo apartado del Capítulo IV.

F. Consejo de Seguridad Nacional (Cap. XII)

La incorporación en la Constitución de un organismo como el Consejo de Seguridad Nacional (Cosena) estuvo fundada en reconocer la importancia que tienen las materias relativas a la seguridad para toda la sociedad y generar un espacio para que éstas pudieran ser analizadas al más alto nivel y entre los encargados de los poderes públicos más relevantes, a fin de poder plantear sus opiniones y consideraciones (Libertad y Desarrollo, 1995).

[4] *Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 17º.- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional.*

Un análisis comparado permite observar que en numerosas constituciones se consagran, al igual que en Chile, organismos asesores de seguridad[5]. Sin embargo, este órgano ha tenido escasa utilidad práctica en nuestro país en el último tiempo y ha sido convocado por el Presidente de la República pocas veces y cuando se ha hecho se ha criticado (Reyes, 2019). Por ello se ha cuestionado la necesidad de mantenerlo en la Constitución.

Actualmente, la opinión mayoritaria es para eliminar el Cosena definitivamente de la Constitución o bien dejarlo como una potestad del Presidente para convocar a las autoridades o instituciones que estime necesarias para que le presten asesoría en la materia.

Se propone sustituir el concepto de Seguridad Nacional por el de seguridad interna y externa del país. En este sentido se considera que i. la seguridad nacional -seguridad interna y externa- sigue siendo un tema primordial para las personas de acuerdo a las encuestas de opinión (Vargas, 2021); ii. una de las deficiencias del Estado es la poca coordinación entre sus órganos; y iii. que ciertas decisiones de seguridad deberían ser tomadas con el respaldo de los poderes públicos más relevantes y no solo por el Poder Ejecutivo. Por estos motivos se debería considerar mantener en la Constitución un órgano que permita la coordinación de los principales poderes en las problemáticas de seguridad interna y externa.

De esta manera, se propone incluir una norma que obligue a los representantes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como a los representantes de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, en cuanto detentadores de la fuerza pública, a reunirse periódicamente para discutir, analizar y entregar recomendaciones respecto a materias concernientes a la seguridad interna y externa del país. La regularidad en que se fijen las sesiones permanentes y la forma de convocatoria extraordinaria debería determinarse por ley. De este modo, al reunirse no solo cuando Ejecutivo lo convoca, se quitaría la connotación exagerada o tremendista que entorpece o desvirtúa actualmente la labor del Consejo de Seguridad Nacional ante la opinión pública, aunque al mismo tiempo se garantizaría la posibilidad de ser citado para casos excepcionales.

Asimismo, se propone mantener las actuales disposiciones respecto a la declaración de guerra, que exigen al jefe de Estado no solo haber sido autorizado por el Poder Legislativo para declararla, sino también haber oído al Consejo Asesor para la Seguridad Interna y Externa de la Nación, con lo cual se hace partícipe también al resto de los poderes del Estado y a los representantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Así también, la actual función de calificar una situación de guerra para permitir el otorgamiento de créditos por el Banco Central para financiarlo, al ser una excepción importante a la regla general.

[5] *De acuerdo al análisis de experiencia comparada, hay varios países que incluyen órganos asesores a nivel constitucional en materia de seguridad (Masalleras, 2021):*
a. En Corea del Sur se considera en la Constitución un Consejo de Seguridad Nacional que tiene la misión de asesorar al Presidente en materias relacionadas con políticas de seguridad nacional, incluida la militar, que es liderado por el Presidente de la República.
b. En Estonia se consagra en la Constitución un Consejo de Defensa Nacional que asesora al Presidente y que se regula por ley.
c. En Polonia se consagra un Consejo de Seguridad Nacional, también asesor del Presidente en materias de seguridad interna y externa.
d. En Portugal se crea el Consejo Superior de Defensa Nacional liderado por el Presidente para asesorarlo en cuestiones de defensa nacional y organización, funcionamiento y disciplina de las FF.AA., regulado por ley.
e. En Turquía se crea el Consejo de Seguridad Nacional, se establece su composición y su rol de asesoría.
f. En Venezuela se establece el Consejo de Defensa de la Nación como órgano máximo de consulta y asesoría de los poderes del Estado en asuntos relacionados con la Defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico. Su presidencia recae en el Presidente de la República y se establece su organización.

Propuestas adicionales

Ir un poco más allá: incluir una norma en la Constitución que señale que los poderes del Estado y las instituciones en quienes recaiga el uso de la fuerza estarán obligados a discutir periódicamente sobre las amenazas y riesgos que puedan afectar o afecten la seguridad interna o externa del país. Sobre la base del discernimiento del Consejo Asesor para la Seguridad Interna y Externa de la Nación, el Presidente de la República debería diseñar la Estrategia de Seguridad, como una cuestión de Estado, y someterla al conocimiento del Congreso para su posterior fiscalización. Si bien la responsabilidad de la implementación de la Estrategia le corresponde al Presidente, en su formulación es asesorado por los distintos poderes del Estado, lográndose de este modo una mayor coherencia con los demás órganos del Estado en la materia. Esto permitiría crear una nueva configuración de la institucionalidad de la seguridad del país.

Un poco más acá: que al menos quede en la Constitución la obligación de coordinación periódica de los poderes del Estado y los organismos en quienes recae el uso de la fuerza, para discutir y definir las materias de seguridad tanto interna como externa a fin de asesorar al Presidente de la República.

En ambos casos, la periodicidad de las reuniones debería dejarse a regulación de la ley.

Así, se propone incluir un órgano que asesore al Presidente de la República en materia de seguridad interna y externa, que cuente con la participación de los tres poderes del Estado y los jefes de las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública para discutir, analizar y entregar recomendaciones en materias de seguridad.

G. Terrorismo (Artículo 9)

El artículo 9° de la Constitución Política trata sobre el terrorismo, señalando en su inciso primero que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los Derechos Humanos; es por ello que se encuentra tratado en las Bases de la Institucionalidad, pues el delito contenido en este artículo representa la negación total de los principios y de los valores que forman la identidad nacional, vulnerado la dignidad de las personas y los derechos humanos. Por lo tanto, nunca el terrorismo puede ser lícito o reputado legítimo, cualesquiera que sean los móviles o argumentos que se invoquen para justificarlo; más aún, la alegación de dichas circunstancias debe ser improcedente para lograr con ellas la configuración de circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.

En la primera parte del inciso segundo del art. 9º de la Constitución, se señala que una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Esta Ley es la 18.314 y en su art. 2° señala algunos delitos[6] que, concurriendo los dos elementos señalados anteriormente, se considerarán conductas terroristas.

Las sanciones para quienes cometan este tipo de delitos, consisten en una serie de inhabilidades:

[6] *Art. 2. Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior:*

a. Los de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles.

b. Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

c. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

d. Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos.

e. La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.

a. Inhabilidades generales de carácter constitucional. Éstas están establecidas en el art. 9, inciso segundo de la Constitución, y tienen por objeto evitar la divulgación y propagación de las ideas terroristas, por un plazo de 15 años[7].

b. Inhabilidades especiales o complementarias a la anterior establecidas en otras normas de la Constitución. Aquí se encuentra la suspensión del derecho a sufragio (art. 16 N°2) y la pérdida de la ciudadanía (art. 17 N°3)[8].

c. Finalmente, están las inhabilidades que establece la ley. Al respecto, el art. 5° de la Ley 18.314 es el único en el rubro y éste no aumenta el plazo de 15 años señalado en la Constitución.

Así, las conductas terroristas se sancionan más gravemente que los delitos comunes y quienes son sancionados por ello no solo son los sujetos privados, sino que también, los funcionarios públicos, sean estos últimos civiles o uniformados.

Finalmente, el inciso tercero del art. 9° primera parte de la Constitución, señala que los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales. Con esto, se impide que la conducta punible adquiera connotación de cierta legitimidad, por los móviles o finalidades políticas que se aleguen después de ejecutarlas. Además, esta distinción es importante en el ámbito del Derecho internacional, ya que el derecho de asilo solo se otorga por la persecución de delitos considerados políticos y no comunes.

En la legislación comparada no hay un modelo único de regulación constitucional, pues solo algunas constituciones se pronuncian sobre el terrorismo, observándose principalmente en algunos países europeos, p. ej., Alemania y España. Sin embargo, este pronunciamiento no implica el establecimiento de restricciones específicas a garantías individuales, más bien se trata de normas que hacen referencia genérica a suspensiones de derechos, o bien a casos en los que se ve comprometida la defensa nacional. En el primer caso, **la Constitución española enuncia expresamente a la suspensión de algunos derechos fundamentales para casos de terrorismo** (art. 55.2). En el segundo caso la Ley Fundamental en Alemania **establece competencia legislativa a la Federación para regular los mecanismos de defensa frente a los peligros del terrorismo internacional (art. 73.9), pero no establece explícitamente la posibilidad de suspender garantías.**

La Constitución brasileña de 1988 hace referencia al terrorismo tanto en sus principios fundamentales como en relación con garantías penales. Normativiza en su título I, como principio orientador y fundamental de las relaciones internacionales, el repudio al terrorismo y racismo (art.4) y establece un patrón general de un régimen punitivo más severo en casos de terrorismo, que se manifiesta no solo en el establecimiento de restricciones a derechos y garantías, sino asimismo en la alteración, vía constitución, de reglas ordinarias de participación. Así, por un lado, **priva a los delitos de terrorismo de la posibilidad de fianza, indulto o amnistía** (art. 5 N° 42, primera parte), y por otro lado, altera las normas generales al establecer la

[7] *Art. 9 inc. II. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionada con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.*

[8] *El constituyente discutió el hecho de incorporar en el art. 9º de la CPR al narcotráfico como una conducta que atenta contra los derechos humanos, lo cual no se llevó a cabo, pero se acordó señalar esta conducta de forma expresa junto a los delitos terroristas, como una causal de pérdida de la ciudadanía, y se le dio, además, un tratamiento especial al momento de recuperar la calidad de ciudadano (tiene que solicitar la rehabilitación de la ciudadanía al Senado una vez cumplida la condena).*

responsabilidad penal por estos delitos **no solo a los incitadores y los ejecutores (que eso todavía está dentro de la norma general), sino asimismo a "los que pudiendo evitarlos se abstuvieran"** (art. 5.42 segunda parte). Esto es, un castigo expreso para el "no desistimiento". Además, dispone como **delitos no afianzables e imprescriptibles** a las acciones de grupos armados civiles o militares, contra el orden institucional y el Estado democrático, es decir, conductas propias del terrorismo o relacionadas con él.

En atención a lo anteriormente descrito, se propone mantener el artículo en la forma en que se encuentra establecido y el lugar que ostenta, esto es, en las bases de la institucionalidad.

H. Normas de quórum

La discusión respecto a si mantener o no las normas de quórum supramayoritarios no es solo respecto a los capítulos destinados a las Fuerzas Armadas, que hoy se encuentra junto a las Bases de la Institucionalidad, Derechos y Deberes Constitucionales, Tribunal Constitucional, Cosena y Reforma a la Constitución, con el quórum más alto para ser reformado (2/3). Respecto a detalles específicos de las Fuerzas Armadas y Carabineros se definen en sus leyes orgánicas constitucionales, que hoy también tienen un quórum superior al ordinario, de 4/7.

Las reformas constitucionales, de acuerdo con la historia constitucional de nuestra patria, siempre se ha entendido como un proceso que debe ser relativamente más ponderado y reflexivo que para modificar una ley. Esto se ha expresado, entre otros mecanismos, en los quórums más altos que los requeridos para la aprobación de las leyes. Esta cierta "rigidez" es un reconocimiento práctico de la importancia que tienen las materias tratadas dentro de la Constitución y de la Constitución misma, valga la redundancia, para la sociedad democrática. En ella se resguardan los principios y derechos más fundamentales para la convivencia social y en los que se basa la vida y las relaciones de la comunidad, orientando toda la institucionalidad del país.

Esto no significa que la Constitución deba ser inmodificable, sino que las modificaciones deben tener sólidas raíces doctrinarias, teóricas y prácticas, y aceptación por parte de la comunidad, para que efectivamente sea un perfeccionamiento de la institucionalidad y no un cambio basado en coyunturas y oportunidades políticas. Las reformas frecuentes o injustificadas de la institucionalidad solo hacen que vaya perdiendo solidez y eficacia, y generan inestabilidad y descoordinación en el ordenamiento respectivo y, en consecuencia, en la situación jurídica de las personas (Libertad y Desarrollo, 1995).

Por otro lado, también es un resguardo a las minorías en las materias consideradas de mayor transcendencia para la vida social, ya que la opinión de aquellas solo es relevante en la medida que su voto sea necesario para alcanzar acuerdos de reforma.

Lo más importante respecto a las FF.AA. y Policías y que no debiera dejarse a reforma simplemente mayoritaria, es asegurar su obediencia al orden institucional de la República y evitar que puedan ser utilizadas, por ejemplo, por el Presidente de la República como ha ocurrido en Venezuela.

En resumen, se propone que las normas relacionadas con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública mantengan un quórum superior para ser reformadas.

I. Bibliografía

- Contreras, Pablo, & Salazar Pizarro, Sebastián. (2020). "Obedientes y No Deliberantes": Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile. Ius et Praxis, 26(2), 232-253. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200232
- DFL 1. Establece Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas (1997, última modificación 2019). Ministerio de Defensa Nacional. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=76465
- García, José Francisco, Apuntes constitucionales, 2021.
- Griffiths, John, "Debate constitucional: Fuerzas Armadas y defensa nacional", AthenaLab, 2021.
- Ley Orgánica de Carabineros de Chile
- Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile (DL 2460, 1979).
- Libertad y Desarrollo. Reseña Legislativa "Reforma de la Constitución Política". Boletín N° 1680-07, de 22 de agosto de 1995. Publicada el 25 de agosto de 1995.
- Masalleras, Marcelo, Las Fuerzas Armadas en la Constitución: Experiencias de países de la OCDE y de Sudamérica, AthenaLab, Santiago, marzo, 2021.
- Peña, Marisol, "Funciones de las Fuerzas Armadas y del Consejo de Seguridad Nacional en Chile y Propuestas de Reforma Constitucional", en Ius et Praxis v.8 n.1, Talca, 2002.
- Peredo, Marcela (2019). Lecciones de teoría constitucional chilena. Bases de la institucionalidad y órganos constitucionales. Editorial Thomson Reuters.
- Reyes, Carlos. "Parlamentarios de oposición critican decisión de Piñera de convocar al Cosena". La Tercera, 7 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.latercera.com/politica/noticia/parlamentarios-oposicion-critican-decision-pinera-convocar-al-cosena/892173/
- Sánchez B., Felipe, "Constitución y Fuerzas Armadas", en Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, mayo 2021, pp. 300 – 302.
- Ubilla, Rodrigo y Greene, Pía, "Modernización de las Policías y la Institucionalidad de Seguridad: Propuestas para el Debate", Serie Informe Sociedad y Política 176, Libertad y Desarrollo, Santiago, diciembre de 2020. https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/01/SIP-176.pdf
- Vargas, Felipe. "Encuesta Espacio Público-Ipsos: Delincuencia, desempleo y salud siguen siendo los principales problemas para los chilenos". Emol, 3 de mayo de 2021. Disponible en https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/05/03/1019721/Encuesta-Espacio-Publico-Delincuencia.html
- Villegas Díaz, Myrna. (2016). El terrorismo en la Constitución chilena. Revista de derecho (Valdivia), 29(2), 295-319. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200014
- Weber, Max, La Política como Vocación, 1919.

J. Anexos

Anexo I: Normas constitucionales aludidas en el punto 2. Subordinación al poder político y su relación con éste.

La Constitución establece en varios de sus capítulos la relación entre el poder político y las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública.

En el Capítulo II: Nacionalidad y Ciudadanía, en el Art. 18°, inciso final se establece que "El resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las Fuerza Armadas y Carabineros del modo que indique la ley.

En el Capítulo IV: Gobierno, en su Artículo 24, define que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quién es el Jefe de Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

En el Capítulo IV: Gobierno, en su Artículo 32° define las atribuciones especiales del Presidente de la República. En seis de los siguientes numerales específicamente se establece esta relación de subordinación:

5°.- Declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución;

11°.- Conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes;

16°.- Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105;

17°.- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional;

18°.- Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerza Armadas;

19°.- Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional, y e**n el Capítulo XI: Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, define el marco constitucional de estas instituciones.**

Artículo 101, las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas solo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.
Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

Artículo 102, la incorporación a las plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros solo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la ley.

Artículo 103, ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

Una ley determinará el Ministerio o los órganos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control.

Artículo 104, los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y el General Director de Carabineros serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos; durarán cuatro años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inamovilidad en su cargo.

El Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, podrá llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros, en su caso, antes de completar su respectivo período.

Artículo 105, los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley orgánica constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

El ingreso, los nombramientos, ascensos y retiros en Investigaciones se efectuarán en conformidad a su ley orgánica.