

**PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA IMPEDIR LA
MODIFICACIÓN DE LAS COMPETENCIAS PERMANENTES DE LOS ÓRGANOS DEL
ESTADO MEDIANTE EL USO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES
TRANSITORIAS**

Moción presentada por el H. Senador Francisco Huenchumilla Jaramillo y ...

I.- FUNDAMENTACIÓN.

1. Las normas constitucionales permanentes, la fórmula política de atribuciones en la Constitución y la corrección funcional que impide cambiar el diseño.

La Constitución Política de la República contiene dos grandes asuntos en su seno: un reconocimiento sobre los derechos fundamentales que resguarda la Constitución y otro sobre la organización del poder.

Para ello destina con meridiana claridad un esquema de normas que definen capítulos y párrafos bajo un esquema que obedece a determinadas lógicas y racionalidades que abogan por una armonía e interpretación unívoca de toda la estructura constitucional.

Uno puede estar en desacuerdo con los contenidos constitucionales y ese debate está abierto en las democracias para modificar su pacto constituyente mediante reformas constitucionales parciales como poder constituyente derivado. En nuestro país, está abierto desde el artículo 127 de la Constitución en adelante para realizar esa modificación entregándole esa iniciativa a los dos poderes del Estado que representan la quintaesencia de la soberanía popular: el Ejecutivo y el Congreso Nacional.

Esas normas constitucionales vienen precedidas de sus respectivos juramentos a efectos de honrar el cumplimiento de sus contenidos (artículo 27 de la Constitución para el Presidente y 61 de la Constitución y 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional para los parlamentarios). Pero, sobre todas las cosas, los juramentos definen el modo en que los órganos del Estado cumplen con el mandato constitucional de "garantizar el orden institucional de la República" (artículo 6° de la Constitución). Ello las inscribe en el ejercicio y cumplimiento de la función de defensa de la Carta Fundamental.

El punto central es que esas dos materias centrales: derechos y organización del poder, se encuentran en **las normas permanentes** de cada Constitución y allí se estructura la "fórmula política del régimen constitucional" (Raúl Canosa Usera (1988),

Interpretación constitucional y fórmula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid).

Esa “fórmula política” define el acuerdo institucional de esa organización que es una obra de ingeniería política (Giovanni Sartori, Ingeniería constitucional comparada). Esa noción revela la idea que se trata de un mecanismo que no puede ser alterado, sino que a través de las mismas fórmulas que están previstas en el derecho constitucional, utilizando la vía de las reformas constitucionales. Esa vía es una modalidad agravada de cualquier cambio normativo porque usualmente está acompañada de cumplimiento de quóruns más alto que le otorgan rigidez a cada Constitución.

Ese mecanismo exige que la correlación de poderes que se organiza en las normas permanentes valga la redundancia, “permanezca” del modo más inalterado posible. Para ello, uno de los criterios interpretativos propios del derecho constitucional es el principio de “corrección funcional”, por el cual se examinan los atributos del pacto organizativo del poder. Uno de los indicios por el cual nos encontraríamos frente a una inconstitucionalidad es que mediante el empleo de métodos interpretativos extraordinarios o vías irregulares procesales determinen una modificación del esquema de poderes, competencias y atribuciones que la Constitución contempla. Si mediante métodos interpretativos se modifica el equilibrio de poder es porque nos encontramos directamente frente a una inconstitucionalidad.

En síntesis, es parte de la defensa del orden institucional y de su garantía que hay un diseño constitucional que respetar.

2.- La importancia de las normas constitucionales transitorias.

Las normas constitucionales transitorias son, igualmente que las demás, reglas de rango transitorio. Aunque algunos puedan cuestionar su jerarquía normativa, lo cierto es que la doctrina amplísimamente está de acuerdo que se trata de normas constitucionales propiamente tal por la sencilla razón que el modo de incorporarse al ordenamiento constitucional es aquel previsto por el propio ordenamiento.

En una dimensión puramente instrumental se acopian hacia el final de algunas Constituciones un conjunto vario pinto de normas bajo el título de “Disposiciones Transitorias”.

Algunas de estas normas son permanentes, pero diversas razones internas a cada ordenamiento las lleva a ser establecidas mediante una DT. Esto lo tiene claro el propio constituyente puesto que la regla general es que los propios títulos vienen especificando de qué tratan estos capítulos de término en cada texto constitucional. Es así como varios los denominan “Disposiciones Finales”;¹ “Disposiciones transitorias y

¹ Constitución de Austria, de Francia, de Hungría, Lituania.

finales”²; “Disposiciones transitorias y especiales”,³ o “Disposiciones especiales, finales y transitorias”⁴ y otros, bajo el rótulo de “Disposiciones transitorias”.⁵ Asimismo, hay varios casos de Constituciones que distinguen capítulos o párrafos diferenciados para normas finales, derogatorias, especiales y transitorias⁶ o normas particulares.⁷

El siguiente cuadro revela ese incremento sostenido.

Disposiciones transitorias en las Constituciones chilenas

Constitución	Originales	Definitivas	Correlación original norma permanente vs transitoria
1833	4	7	1/42
1925	10	23	1/11
1980	29	82 (53 vigentes)	1/4.13 * 1/3.16

El uso de las disposiciones transitorias constitucionales está cada vez más en auge. La evolución de cuántas normas transitorias por norma permanente va en una continua alza. De las originales 42 permanentes por 1 transitoria en 1833 hemos pasado al diseño de 1 transitoria por algo más de 4 permanentes el 80 y actualmente la correlación se estrecha aún más, apenas tres reglas por una hipotéticamente temporal.

De ese cúmulo de 82 normas transitorias de la Constitución de 1980 podemos sostener que muchas de ellas no se inscriben dentro de la categoría de “normas transitorias”. Esta amplitud de uso se revela más como una característica de su utilización que de su naturaleza jurídica. Por lo mismo, hay que atender a sus funciones.

Las Disposiciones Transitorias de naturaleza constitucional se entienden como un “instrumento de técnica constituyente en la elaboración de la Constitución, evitando sus errores que podrían comprometer su eficacia e interpretación; como elemento de aplicabilidad de la Constitución puesto que ejerce el papel de facilitar la aplicación e interpretación de ésta y más específicamente como elemento de aplicación de la Constitución en el tiempo relacionándose con el derecho constitucional intertemporal.

² Constituciones de Bulgaria, Eslovenia, Italia, Guatemala, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, República Eslovaca o Rumanía.

³ Constitución del Uruguay.

⁴ Constitución de Grecia.

⁵ Constituciones de Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, México o Singapur.

⁶ Constituciones de Bolivia, Cuba, República Dominicana, Perú

⁷ La Constitución de Brasil lo denomina “Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias”. Dentro de las denominaciones especiales cabe considerar la referencia de la Constitución española a “Disposiciones adicionales” en donde regula buena parte del derecho vigente o histórico de las comunidades autónomas y su actualización por la vía de los Estatutos de Autonomía.

Además de esto, las disposiciones constitucionales transitorias se relación con la transición constitucional con el fin de facilitar esta última”.⁸

Finalmente, cabe sostener que las disposiciones constitucionales transitorias puedan ser eventualmente contrapuestas a lo que indiquen las normas constitucionales permanentes es una cuestión de toda lógica, porque una de las funciones de este tipo de reglas es realizar una transición, una transformación o un mantenimiento de normas distintas a las propiamente estables.

De este modo, las normas transitorias son constitucionales, pueden abarcar materias claramente permanentes, se está amplificando su uso en el derecho chileno e incluso pueden ser contradictorias a los mandatos de las normas permanentes. En consecuencia, ¿cuál sería el problema de su establecimiento?

3.- El abuso de las disposiciones constitucionales transitorias como modificación de la “fórmula política constitucional”.

Durante la pandemia se originó la primera disposición constitucional transitoria que ingresó a nuestro ordenamiento fundamental alcanzando la plenitud de su vigencia mediante dos actos.

Primero, por su formal reconocimiento a **través de la Ley 21.248 que reguló el primer retiro del diez por ciento de los fondos de pensiones** con ocasión de la pandemia Covid y en el marco de un estado de excepción constitucional. El segundo acto, fue por su no impugnación por parte del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera con lo cual ingresó a nuestra Constitución en la actual Disposición Transitoria Trigésimonovena.

El cuestionamiento a este mecanismo por parte del Gobierno de la época llegó tardíamente con ocasión del segundo retiro de fondos previsionales. Sin embargo, con antelación a plantear el rechazo a esta vía ante el Tribunal Constitucional, el propio Gobierno del presidente Piñera impulsó, y logró la promulgación y publicación de la Ley 21.295 que aprobó el segundo retiro de fondos previsionales. De este modo, era evidente que el requerimiento ante el Tribunal Constitucional carecía de objeto y había perdido oportunidad, porque existía la misma legislación, pero bajo un formato puramente legal, lo que tornaba al TC en un órgano consultivo y no resolutivo sobre proyectos de ley.

⁸ PESSOA, Joao Paulo (2017), “A transicao constitucional e o papel das disposicoes constitucionais transitórias: o caso do Brasil”, Revista Faculdade Direito Sao Bernardo do Campo, v.23, N° .1, p. 8.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional acogió a trámite, declaró admisible y se pronunció en el fondo en la Sentencia 9797/2020 declarando inconstitucional ese proyecto de reforma constitucional bajo las siguientes ideas fuerza.

Primero, que el TC tenía competencia no solo para controlar que los proyectos de reforma constitucional se ajusten al procedimiento y formalidades exigidas en la propia Constitución, sino que abarcaba el fondo de esa contrariedad. Si esos límites no estaban en el Capítulo XV (reforma de la Constitución) había que encontrarlos en las normas esenciales de las Bases de la Institucionalidad.

En segundo lugar, sostuvo que no era una enmienda constitucional, sino que por la materia era un proyecto de ley respecto del cual invadía las atribuciones del Presidente de la República.

Y, finalmente, que la materia de seguridad social no solo era un asunto reservado al legislador, sino que las prestaciones de seguridad social tenían un destino predeterminado amparado por la Constitución y afecto a requisitos establecidos por ley para acceder a ellos. De manera que es ilícito destinarlos a una aplicación distinta de aquellas que justificaron su creación, sin que “el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19” sea una causa lícita y contemplada en la Constitución. Además, añadió el TC que modificar la esencia de la Constitución mediante una reforma a una disposición transitoria, sin alterar disposiciones normativas permanentes, constituía un caso grave de ilegitimidad.

Como ya indicamos, más allá de la decisión, ésta quedó desestimada con la impugnación realizada al tercer retiro, utilizando esta argumentación la que terminó por ser declarada inadmisibile por el propio TC, usando los argumentos de la disidencia anterior, y lo que **permitió el segundo precedente de norma transitoria constitucional: la quincuagésima disposición transitoria aprobada por la Ley N° 21.330 de reforma constitucional.**

Las DT 39° y 50° son las únicas normas transitorias que obedecen a este patrón o procedimiento y no existe otra norma que haya adquirido igual derrotero. Sin embargo, las prácticas parlamentarias en el Congreso Nacional han reproducido este mecanismo como una alternativa que permite sortear los impedimentos que como legislador les están vedados, pero que, como constituyentes derivados, la propia Constitución permite.

La profusión de uso de mociones de reforma constitucional son muchísimas para un conjunto enorme de distintos asuntos. No se trata solo de los retiros de fondos previsionales desde las AFPs. También se han utilizado para los siguientes propósitos:

1.- Reformas las tablas de longevidad en el cálculo previsional (Boletines 15.415-07; 15.288-07 y 14.522-07).

2.- Financiamiento de la reforma previsional modificando el IVA (Boletín 15.398-07).

3- Para autorizar a los afiliados al sistema de pensiones a retirar hasta un millón de pesos de sus cuentas de capitalización individual (Boletín 15.877-07).

4.- Para extinguir las deudas y obligaciones del CAE (Boletín 15.841-07).

5.- Para permitir el retiro acotado de fondos previsionales (Boletín 15.835-07).

6.- Para facultar al Presidente de la República para conceder beneficios a hijos e hijas de funcionarios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y de Gendarmería de Chile por fallecimiento en acto de servicio (Boletín 15.800-07)

7.- Para permitir el retiro parcial o total de los fondos de pensiones y obligar a las administradoras a reintegrar al fondo de capitalización individual, las pérdidas experimentadas (Boletín 15.827-07)

8.- Para prohibir gravar con impuestos los combustibles de uso vehicular (Boletín 15.789-07).

9.- Para garantizar una alimentación especial a personas con cáncer y otras enfermedades catastróficas (Boletín 15.770-07).

10.- Para permitir el autofinanciamiento con cargo a fondos previsionales (Boletín 15.750-07).

11.- Para establecer un proceso excepcional de traspaso de afiliados y beneficiarios en el evento de una Isapre cese en sus operaciones (Boletín 15.669-07)

12.- Para regular las bases de determinación de las tarifas de los planes de salud y la implementación de sus ajustes (Boletín 15.604-07)

Esto es solo una muestra del conjunto de propósitos con los cuales se pretende incorporar en el texto constitucional transitorio, mociones legislativas cuya única vía formal posible es la reforma constitucional.

Sin embargo, este procedimiento -más allá de su admisibilidad formal conforme lo dispone los artículos 127 de la Constitución en relación con el artículo 65 de la Carta Fundamental- ha llevado a una reformulación del esquema de poderes y es designado por algunos como un “asambleísmo de facto” [Genaro Arriagada (2023), La constitución y los límites del poder, Ediciones El Mercurio].

Esto obliga a un reexamen normativo el que debiera trascender hacia el actual proceso constitucional en curso.

4.- Una vía competencial de salida.

La STC 9797-2020 pretendió otorgarle poder al propio TC para imponer su criterio sobre qué reforma constitucional afectaba las Bases de la Institucionalidad. Sin embargo, esa doctrina no tuvo mayor relevancia y fue desestimada casi inmediatamente e impugnada por la academia⁹ porque no establecía un paradigma que permitiera discernir claramente porqué y bajo qué fundamentos se podía estimar que una norma constitucional transitoria podía ser estimada inconstitucional.

Por ahora, lo único que justifica esas dos normas transitorias son el contexto en el cual se aprobaron: una pandemia mundial y bajo un estado de excepción.

Pero para otros momentos hay que volver a examinar fundamentos sólidos para una práctica parlamentaria que puede desorganizar todo esquema de poderes, desvirtuando el sentido mismo de la Constitución.

En esa línea, hay dos normas constitucionales permanentes que tenían una parcial solución y que exigen ser reformuladas ligeramente para resolver este problema que tenderá a agudizarse en contextos de crisis: los artículos 7 y 44 de la Constitución.

El clásico artículo 7° de la Constitución viene reiterando una regla que estaba en la Constitución de 1833 y que nos indica en su núcleo que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes."

En sencillo, las circunstancias extraordinarias no crean derecho. Sin embargo, aquí el derecho es modificado para establecer competencia, y no hay un ejercicio de poderes implícitos, con lo cual la sola invocación del artículo 7° está muy lejos de ser decisiva.

Pero más relevante es el artículo 44 de la Constitución, que refiriéndose a la ley que permite regular los estados de excepción y aplicar medidas legales y administrativas durante un estado de excepción nos indica que "[d]icha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y **no podrá afectar las competencias y el funcionamiento**

⁹ Poehls, Marianne y Verdugo, Sergio, "Auge y caída de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021", Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales.

de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.”

Y eso es justamente lo que las Disposiciones Transitorias 39° y 50° realizaron. Ambas invocaron un “estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19” y se atribuyeron decisiones que afectaron las competencias del Presidente de la República en materia de seguridad social (artículo 19 N° 18, 63 N° 4, y, especialmente, el artículo 65 N° 6 de la Constitución).

Sin embargo, el artículo 44 de la Constitución no es suficiente argumento porque este impedimento solo lo refiere a la ley, esto es, al legislador y no al constituyente derivado.

Diversos países tienen modalidades distintas para impedir reformas. Hay algunos que establecen las cláusulas eternas de irreformabilidad.¹⁰ Otros establecen materias sobre las cuales no existe competencia del Congreso para su reforma.¹¹ En nuestra historia se recuerdan impedimentos temporales de no reforma como fue el método de la Constitución de 1828. O se prohíbe la afectación de derechos.¹² Y, entre otras tantas iniciativas, hay países que impiden reformar la Constitución durante un estado de excepción.¹³

No todo método es útil. Pero toda reforma debe estar a la altura del tipo de problemas que se presenta.

En consecuencia, lo único que resta es cerrar la tarea impidiendo la desestructuración de la “fórmula político-constitucional” de competencias, durante estados de excepción constitucional o invocando poderes de emergencia. No hay que avalar atajos ni fórmulas que desquician la arquitectura constitucional definida.

El proyecto de ley consiste en establecer este impedimento constitucional del modo tal que pasa a ser uno de los elementos formales que puede examinar el Tribunal Constitucional, conforme lo dispone el artículo 93, N° 3, de la Constitución en las modalidades de requerimiento que dicha normativa contempla.

¹⁰ Artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn de Alemania: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

¹¹ Art. 153 de la Constitución de Bulgaria: “La Asamblea Nacional tendrá libertad para modificar todas las disposiciones de la Constitución, salvo las que sean de competencia de la Gran Asamblea Nacional”. Este es un órgano ad hoc para adoptar el cambio de la Constitución, resoluciones territoriales, decisiones sobre la estructura del Estado o la forma de gobierno y reformas al capítulo de reformas”. O artículo 441 de la Constitución del Ecuador.

¹² Artículo 84 en relación con el art. 442 de la Constitución de Ecuador.

¹³ Art. 169 de la Constitución de España, artículo 161 de la Constitución de Estonia o artículo 140.III de la Constitución de Bolivia

El texto propone ampliar los términos del artículo 44 de la Constitución para que en un contexto de un estado de excepción o invocando una situación de emergencia no se utilice ésta para reformar la Constitución.

Y, adicionalmente, se establecen que todas las restricciones del artículo 65 operan en materia de reforma constitucional.

PROYECTO DE LEY

1.- Para agregar el siguiente inciso tercero al artículo 44 de la Constitución Política de la República:

“Mientras dure la vigencia de un estado de excepción constitucional, no se podrá modificar la Constitución alterando las competencias, derechos e inmunidades establecidos en el inciso primero de este artículo.”

2.- Para derogar en el artículo 127 la expresión “inciso primero del”.

FRANCISCO HUENCHUMILLA JARAMILLO

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA INCORPORAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE SUSTANCIAS NO CONCESIBLES

Moción presentada por el H. Senador Francisco Huenchumilla Jaramillo y otros ...

CONSIDERANDO:

1.- FUNDAMENTACIÓN GENERAL.

Que el país se enfrenta a un momento especial en materia minera a raíz de las oportunidades temporales que abre el negocio del litio. Se trata de un super ciclo en la esfera económica que tiene un horizonte de término alimentado por tecnologías nuevas que superarán las oportunidades que abre el litio cuando se democratice y establezca la energía proveniente del hidrógeno. Esto se viene auscultando desde hace décadas y está presente como una cuestión de redistribución del poder (Jeremy Rifkin, Economía del Hidrógeno, Paidós, 2002).

De hecho, estos mismos dilemas están abiertos en el propio horizonte de futuro abierto para la energía verde en Chile ([Tecnologías-del-hidrógeno-y-perspectivas-para-Chile 2019.pdf \(4echile.cl\)](#)).

Sin embargo, esa es una oportunidad que ha conquistado el mundo científico y tecnológico, pero a costa de la cautela y prevención histórica de sus habitantes originarios en esas tierras, salares y cordilleras. En sus aguas y el subsuelo.

Los primeros que integraron la naturaleza a su cosmovisión fueron los pueblos indígenas que habitaron nuestro territorio a lo largo de todos sus paisajes y riquezas. En ellos se sintetiza una particular visión que da continuidad a la historia de sus vidas, sus pueblos y su naturaleza como un solo todo.

Pero el territorio ha cambiado. La industria minera lleva siglos reconfigurando esos espacios y en algunos casos extremando la biodiversidad ambiental que los caracterizaba. Durante mucho tiempo, esas tareas no representaban dificultad alguna. La presencia de pueblos, de canales o ríos no eran obstáculo alguno para impedir o atenuar los emprendimientos mineros, el ejercicio del catar y cavar.

Pero los pueblos originarios, con el deslumbrar de la disciplina ambiental, pasaron a ser sujetos de protección. La mitigación y los efectos colaterales llevaron a que la participación ciudadana fuera el mecanismo que previniera efectos tan complejos de la relación industria minera con sus comunidades.

Muchas veces, esas normas ambientales, debidamente apoyadas por el Derecho Internacional indígena, reflejado en el Convenio N° 169 de la OIT implicaron un modo diferente de entendimiento.

Pero la posición que el derecho les reservaba era una función pasiva de reclamo ambiental. Una dimensión de espera, reacción y negociación frente a consecuencias del todo imprevisibles.

Creemos que esa dimensión puede ser cambiada. Que los pueblos indígenas pueden pasar del expolio, la indiferencia o la acotada participación ambiental, a un ejercicio de protagonismo de la actividad emprendedora.

La sabiduría de estos pueblos abarca todas las condiciones para proteger, a su modo, esta actividad industrial con su inserción dentro de la misma.

Esa es una transformación de las reglas del juego que viene desde lo constitucional y que debe trasuntar a todo el ordenamiento jurídico.

Se trata de identificar una nueva posición de custodio y garante de los bienes naturales y de su explotación responsable desde la relación particular que tienen con la naturaleza.

Esta reforma constitucional busca incorporar desde una posición de auténtico sujeto de derechos a las comunidades indígenas en la administración de algunas de las actividades susceptibles de definición estatal. No se trata de un reordenamiento mayúsculo de la actividad minera, ni de los beneficios que las regiones tendrán por las regalías provenientes de la explotación de los minerales, sino que identifica una relación de impacto más acotada a aquella actividad minera susceptible de ser definida integralmente por su dueño estatal. Por lo mismo, esta reforma constitucional solo abarcará la dimensión de las sustancias no concesibles, que están sujetas a la disposición plenamente estatal.

En consecuencia, no modifican ni alteran ninguna de las reglas vigentes en juego de la actividad minera bajo concesión y que representa el marco de la gran industria minera. De este modo, esta reforma constitucional busca el reconocimiento de una posición de participación de los pueblos indígenas en la actividad minera bajo plena dependencia estatal, orientando un futuro distinto en su modo de regulación normativa al que habían sido considerados hasta hoy.

La explicación normativa supone un tránsito de las normas que en materia minera se ha dotado el país, según pasamos a explicar.

2.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LAS SUSTANCIAS NO CONCESIBLES.

Que es necesario especificar la trayectoria normativa que permite identificar el objetivo de un proyecto de reforma constitucional aplicable solamente a las sustancias no concesibles en el ámbito minero por mandato constitucional.

3.- Transformación de la industria minera en Chile. Dominio estatal y libre denunciabilidad.

Que desde el reconocimiento normativo en sus orígenes que “el Estado es dueño de todas las minas” (artículo 591 del Código Civil de 1857) hasta el actual dominio reconocido en el inciso 6° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980 bajo la fórmula:” El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, (...)” hay ciertas continuidades básicas pero también rupturas y entendimientos distintos sobre el dominio minero.

Detrás de este reconocimiento estatista hay una cadena normativa que los Códigos mineros de 1874, 1888 y 1930 comenzaron a reblandecer en términos individualistas estableciendo hasta la configuración del modelo o régimen general del Código de Minería de 1932, un formato que permitía conceder a los particulares el derecho de catar y labrar “como si fueran dueños”.

El régimen general del Código Minero de 1932 era de libre denunciabilidad bajo un dominio eminente del Estado, pero no patrimonial. Con ello se podía obtener la propiedad particular efectiva de los minerales propiamente tales. En la práctica, se estaba produciendo el régimen concesional de derecho real de aprovechamiento.

Para ello era posible lograrlo mediante un régimen de **sustancia concesible o de libre denunciabilidad** en el Código de Minería de 1932. El inciso primero del artículo 3° del Código respectivo indicaba las sustancias concesibles:

“Cualquier interesado podrá constituir pertenencia en minas de oro, plata, cobre, estaño, plomo, platino, cadmio, manganeso, fierro, níquel, cerio, iterbio, germanio, cromo, molibdeno, tungsteno, uranio, cobalto, iridio, osmio, paladio, rodio, rutenio, arsénico, antimonio, bismuto, vanadio, niobio, tantalio, estroncio, galio, bario, berilio, zinc, mercurio, litio, titanio, torio, zirconio, radio y piedras preciosas, y en placeres metalíferos”.

Bajo esta condición, era perfectamente posible obtener la propiedad del mineral una vez obtenido en ese conjunto significativo de todo tipo de minerales, entre ellos, toda la gama de exploraciones y explotaciones tradicionales chilenas.

4.- El tratamiento en el giro de algunas sustancias, especialmente, el litio.

Que esta modalidad de tratamiento uniforme a todo tipo de sustancias comenzó a cambiar en la década del sesenta a partir de la creación de la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

Es así como **la Ley N° 16.319 crea la CCHEN**, siendo la primera normativa que principia en **asociar el litio a las cuestiones nucleares**. Esta ley reservó al Estado los

“yacimientos de materiales atómicos naturales”¹, aunque sin incluir directamente al litio. Un reglamento de 1975 (DS 450 del Ministerio de Economía) distinguió entre “materiales atómicos naturales”, como los radioactivos (torio y uranio) de aquellos “materiales de interés nuclear”, incluyendo en ellos al litio, con lo cual seguía siendo susceptible de ser concesible pero ya estaba definitivamente examinado como una sustancia de otro carácter.

Sin embargo, será el **Decreto Ley N° 1557 de 1976 el que declarará de interés nuclear al litio**. Esta legislación que regula facultades de la CCHEN desarrolla el reglamento anterior y califica al litio como “material de interés nuclear”.² Le otorga facultades a la CCHEN como órgano estatal de acopio de estos materiales, así como de su regulación y fiscalización.

De este modo, el Decreto Ley N° 2886 de 1979 lo declara al litio de interés estratégico y lo elimina del régimen de libre apropiabilidad. Como se sostiene en la motivación del Decreto Ley, el “interés nacional exige, en cambio, reservar para el Estado el litio, con las excepciones necesarias para resguardar debidamente los derechos de los particulares”. Ese régimen de reserva estatal, no impide proteger la explotación privada de estos yacimientos realizada con anterioridad a 1979.

Esa dimensión técnica, no obstante, es la valoración que lo vincula a un principio de reserva estatal que la Constitución de 1980 amplifica.

La mera constatación de los intereses generales en torno al nuevo estatuto del litio queda graficado en el artículo 5° del DL N° 2886, de 1979, que indica lo siguiente:

“Artículo 5°.- Por exigirlo el interés nacional, desde la fecha de vigencia de este decreto ley, el litio queda reservado al Estado. Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior solamente: a) El litio existente en pertenencias constituidas, sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, que, a la fecha de publicación de este decreto ley en el Diario Oficial, tuvieran su acta de mensura inscrita, se hallaren vigentes, y cuya manifestación, a su vez, haya quedado inscrita antes del 1° de Enero de 1979. b) El litio existente en

¹ Este artículo ya está derogado e indicaba “Artículo 5°.- Los yacimientos de materiales atómicos naturales que existan en terreno franco, o en aquellos cubiertos por pertenencias mineras de sustancias comprendidas en los incisos segundo y siguientes del artículo 3° del Código de Minería, cualquiera que sea el dueño del terreno superficial o de esa clase de pertenencias, serán de reserva del Estado, siempre que sobre los depósitos mencionados o en general sobre cualquiera sustancia enumerada en el inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, no haya manifestación inscrita que estuviere vigente al 30 de Junio de 1964. Para todo efecto legal se considerarán dichos materiales atómicos naturales comprendidos entre las sustancias a que se refiere el artículo 4° del Código de Minería y excluidas de aquéllas que menciona el inciso primero del artículo 3° del citado Código.”

² “Para iguales efectos: a) son materiales atómicos naturales o materiales nucleares naturales, el uranio y el torio, y cualquiera otro que determine la ley, y b) **son materiales de interés nuclear:** zirconio, niobio, titanio, hafnio, berilio, cadmio, cobalto, **litio**, agua pesada, helio, uranio y torio, estos dos últimos con los elementos de sus series radiactivos, gadolinio y cualquiera otro que se determine por decreto supremo.”

pertenencias que, a la fecha de publicación de este decreto ley en el Diario Oficial, estuvieren en trámite y que lleguen a constituirse sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, **siempre que el proceso de constitución de tales pertenencias se hubiere originado en una manifestación que haya quedado inscrita antes del 1° de Enero de 1979.** Una ley regulará la forma en que el Estado ejercerá los derechos que le corresponden sobre el litio que se le reserva en virtud de este artículo.”

5.- El precedente sobre sustancias no concesibles en el estatuto constitucional de 1925.

Que, si bien hemos identificado esta distinción entre determinadas sustancias concesibles, respecto de las que no lo son. Lo cierto es que hay que tomar en cuenta un antecedente constitucional previo: la reforma de la gran nacionalización del cobre.

La reforma constitucional de la Ley 17.450 a la Constitución de 1925 conocida como la Gran Nacionalización del Cobre, introdujo la norma general que establece la reserva estatal sobre todas las minas, incluyendo “los salares”.

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

La ley determinará qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso anterior, entre las cuales no podrán considerarse los hidrocarburos líquidos y gaseosos, podrán ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, la forma y resguardos del otorgamiento y disfrute de dichas concesiones, la materia sobre que recaerán, los derechos y obligaciones a que darán origen y la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales. La concesión estará sujeta a extinción en caso de no cumplirse los requisitos fijados en la ley para mantenerla.”

6.- El estatuto constitucional minero en la Constitución de 1980.

Que esta definición de distinguir un dominio estatal y su posibilidad de explotación y exploración bajo dos modalidades: concesibles como régimen general y no concesibles como modalidad excepcional, fue reiterada por el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980.

El desarrollo legal de este modelo fue organizado doblemente por la Ley **18.097: Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras y por el Código de Minería de 1982.**

Primero, por cuanto la LOC en su artículo 3° dispone las dos modalidades posibles: Como sustancias concesibles entiende que:

“Son concesibles, y respecto de ellas cualquier interesado podrá constituir concesión minera, todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presenten, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional que tengan acceso por túneles desde tierra.”

Y, por el contrario, nos indica cuáles no son posibles de explotar bajo esa modalidad:

“No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional.”

Detrás de esta normativa, había una doble justificación de interés nacional del litio. Los fundamentos por los cuales se reconoce ese interés nacional no eran solo por ser un material de interés nuclear, sino porque ya constaban las importantes reservas de litio que durante la tramitación de la Ley 18.097, que calificaban como un 40 % de la industria mundial, la que por razones de dificultades de su explotación se prefirió no innovar en el estatus de sustancia no concesible.

Esta dimensión la ratifica el Código de Minería indicando que:

“Artículo 7°.- No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional.”

7.- Títulos y modalidades normativas para la operación minera sobre sustancias no concesibles.

Que hemos enfatizado que en las sustancias no concesibles existe un formato de intervención estatal que viene adoptado desde el propio texto constitucional.

El inciso 10°, del numeral 24°, del artículo 19 de la Constitución ordena que:

“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse **[1)]** directamente por el Estado o **[2)]** por sus empresas, o **[3)]** por medio de concesiones administrativas o **[4)]** de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.”

Estas vías administrativas están reguladas por el artículo 8° del Código de Minería y otros preceptos que habilitan las vías que la Constitución abre.

Lo anterior, supone eso sí, respetar las condiciones de quiénes operaban estas sustancias antes de la declaración de no concesibilidad de estas sustancias. Incluso más, ello queda refrendado con una norma transitoria constitucional que identifica ese límite de la operación, pero no así del establecimiento de nuevas cargas.

Este derecho intertemporal constitucional está reflejado en la disposición segunda transitoria en los siguientes términos:

“Mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo al **décimo del número 24º** del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios.

Los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior **subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería.** Este nuevo Código deberá otorgar plazo a los concesionarios para cumplir los nuevos requisitos que se establezcan para merecer amparo legal.

En el lapso que medie entre el momento en que se ponga en vigencia esta Constitución y aquél en que entre en vigor el nuevo Código de Minería,

la constitución de derechos mineros con el carácter de concesión señalado en los incisos séptimo al décimo del número 24º del artículo 19 de esta Constitución, continuará regida por la legislación actual, al igual que las concesiones mismas que se otorguen.”

8.- La situación de las pertenencias de litio a 1979.

Que todo el enunciado tiene gran relevancia en el estatuto del litio. La no declaración de ser sustancia concesible, se hacía sobre la base de respetar las explotaciones vigentes a 1979.

¿Quiénes tienen pertenencias en Chile que datan de años anteriores a 1979?

- a) La Corfo tiene prácticamente el 55% de la superficie del Salar de Atacama;
- b) Codelco tiene el 100% del Salar de Pedernales y el 18% del Salar de Maricunga;
- c) Enami tiene el 4% del Salar de Aguilar y, finalmente,
- d) Tres privados tienen el 25% del Salar de Maricunga. Ellos tienen la estructura de pertenencias mineras.

Por lo tanto, aquellos tenedores de concesiones que estaban amparados por el Código de Minería vigente al 79, tienen la libertad de explotar el litio. No es una libertad tal cual, pues deben cumplir con la normativa ambiental, con los permisos requeridos y pedir autorización a la CChen, pero tienen derecho al ser acreedores de la pertenencia.

Ahora, la ventaja es que, en general, quienes tienen esas pertenencias son del Estado de Chile: Corfo, Codelco y Enami. Hay tres privados, pero son bastante menores. En la práctica, las pertenencias están mayoritariamente en manos de empresas del Estado.

9.- LA PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN LA INDUSTRIA MINERA EN EL MUNDO.

Que todas las reglas anteriores habilitarían perfectamente en el plano legal o puramente estatal la voluntad de llegar a acuerdo con las comunidades indígenas, respetarlas en el territorio y concederles un grado de intervención superior a la mera función pasiva ambiental o de víctima de una industria que ejerce tan poderosamente la función extractiva.

Sin embargo, parece claro que nadie organiza el uso de los medios de riqueza y bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres con una función de justicia social.

Incluso los estudios demuestran que la voluntad de los cuerpos legales tiene un propósito exactamente inverso al pretendido por la normativa. “Abundantes investigaciones demuestran que los modelos de gobernanza de recursos (SRG) dirigidos por el estado / empresa no proporcionan una voz significativa para los pueblos indígenas

afectados por proyectos extractivos. Muchos estudiosos coinciden en que los mecanismos participativos en forma de protocolos de consulta previa, licencias ambientales y sociales, presupuestos participativos, planificación territorial, entre otros, se utilizan principalmente para legitimar las industrias extractivas." (Torres-Wong, Marcela y Jiménez-Sandoval, Adrián (2022), *"Indigenous resource governance as an alternative to mining: Redefining the boundaries of indigenous participation"*, Science Direct, Vol. 9).

Resulta meridianamente claro que la normativa es un camino por recorrer y que no establece por sí mismo el poder de iniciativa para la integración del mundo indígena a la actividad productiva. "La agencia de los pueblos indígenas en el desarrollo minero depende en parte del reconocimiento formal de sus derechos de participación en los procesos de toma de decisiones con respecto a la extracción de recursos naturales. Sin embargo, los "repertorios" (Tilly, 1986: 198), o más precisamente el "repertorio de estrategias" de los pueblos indígenas (Conde, 2017: 85) para comprometerse con el desarrollo minero o resistirlo, no se limitan a los marcos oficiales de derechos indígenas y puede variar según factores históricos, políticos, económicos y culturales." [Sophie Thériault, Sabrina Bourgeois, Zoé Boirin-Fargues (2022), "Indigenous peoples' agency within and beyond rights in the mining context: The case of the Schefferville region", en <https://doi.org/10.1016/j.exis.2021.100979>]

Muchos de estos acuerdos prevén específicamente procedimientos conjuntos de evaluación de impacto ambiental que garantizan la participación indígena en la evaluación y revisión de proyectos de desarrollo en su territorio tradicional, lo que aumenta potencialmente, aunque en diversos grados, la agencia de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones mineras.

Ahora bien, esta relación no es óptima lo que establece algunas dificultades para una relación fructífera hacia el futuro. Por lo mismo, es central establecerla ahora. En cooperación con organizaciones indígenas, la Corporación Nacional Indígena (CONADI) identificó las tierras y recursos correspondientes de cada comunidad indígena. Este fue el base para la participación del Estado y permitió transferir y emitir títulos de propiedad.

Estas cuestiones deben quedar resueltas en el relanzamiento del proceso extractivo del litio. Si bien los marcos legales prevaecientes dan forma a la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones mineras, las ambigüedades en estos acuerdos, como argumentan los investigadores, también pueden generar espacios para que los pueblos indígenas hagan valer su jurisdicción y ejerzan su agencia en proyectos extractivos dentro de sus tierras tradicionales.

Por lo demás, la industria del litio se da en un curioso contexto de competencia por el desarrollo de los salares entre Bolivia, Argentina y Chile, en el denominado triángulo del

litio. Y la constatación de una relación sin conflictos entre las comunidades indígenas argentinas con el Estado es una manifestación de un punto muy favorable para su desarrollo [Felix Malte Dorn y Hans Gundermann (2022), *Mining companies, indigenous communities, and the state: The political ecology of lithium in Chile (Salar de Atacama) and Argentina (Salar de Olaroz-Cauchari)*,” Journal of Political Ecology, Vol 29, 2022)]

En consecuencia, el propósito de este proyecto de reforma constitucional es establecer las condiciones de un nuevo pacto de entrada en el relanzamiento de sustancias no concesibles las que, sin involucrar conflictos con empresas mineras, deja la relación abierta como un conflicto estatal bajo resolución mediante instrumentos estatales y en el uso de sustancias no concesibles que importan una radical definición puramente de intereses nacionales.

¿Por qué los pueblos indígenas y no otros grupos en la sociedad? Por su proximidad a estos yacimientos, por su impacto ambiental, por su afectación a la cosmovisión, por el cuidado histórico y de preservación de esos ámbitos, y por la exploración, explotación y beneficio del mineral se hará a costa de bienes centrales para la vida de estas comunidades (como el agua) lo que supone examinar las mejores fórmulas posibles para la sinergia de estos esfuerzos. Ello implica es grado de administración, caso a caso, y sin referencia a un tipo de veto o impedimento completo de la actividad.

Hay un argumento constitucional que complementa el sentido por el cual se exige esta incorporación. La Constitución le impone un conjunto de deberes al Estado en el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución. Entre esos deberes destaca el “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

No se puede dudar que los pueblos indígenas han sido grandes postergados en el desarrollo nacional y no solo eso, parte del desarrollo nacional se sostuvo en esa postergación y exclusión. El incorporarlos en un ámbito que apunta al futuro y sin afectar los emprendimientos mineros existentes, impone la dinámica de integrar armónicamente lo que viene, en un ejercicio de reparación. Pero, además, ese es la respuesta a una cosmovisión central de estos pueblos en relación con la actividad minera. No es un ejercicio de oposición y veto, sino que de armonía y de fin de la exclusión. Otros ordenamientos constitucionales (Canadá, art. 35.1) contienen cláusulas generales de reconocimiento de derechos para los pueblos aborígenes y apoyan en la dirección de esa integración.

En lo específico, trata este proyecto de establecer la obligación en el ámbito de las tareas del Presidente de la República el que, mediante el decreto supremo respectivo, fija las condiciones y requisitos bajo las cuales va a operar el yacimiento sobre sustancia no concesibles en la modalidad administrativa que éste defina. La obligación consiste en incluir

“un grado de participación de los pueblos indígenas en la administración del yacimiento”. Como la norma constitucional especifica un marco de operación en cada caso, ahí se identificará el grado específico que implicará esa participación.

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO ÚNICO: Intercálase en el inciso 10° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución el siguiente párrafo a continuación de la expresión “ ... decreto supremo” reemplazando el punto seguido por una coma (,) y la frase, “los que incluirán un grado de participación de los pueblos indígenas en la administración dichos yacimientos”.

NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DOS REGLAS ELECTORALES

CASO CANDIDATA PDG

HECHO	SANCIÓN	EFEECTO
Condena por tráfico de drogas.	5 años y un día e inhabilitación perpetua y absoluta para cargos y oficios públicos.	Más allá de vencer los 5 años rige en plenitud no solo el Código Penal sino que el artículo 17 de la Constitución sobre pérdida de la ciudadanía. Sin rehabilitación del Senado no tenía la condición de ciudadana para ser candidata.
		Artículo 17.- La calidad de ciudadano se pierde: (...) 3º.- Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3º podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena.”

SANCIONES POR VULNERAR EL VOTO OBLIGATORIO

HECHO	CONSTITUCIÓN	INTERPRETACIÓN
Violación del voto obligatorio sin justificación y el incumplidor no paga la multa.	Artículo 160.- El sufragio tanto en la elección de miembros del Consejo Constitucional como en el plebiscito señalado en el artículo anterior será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral en Chile. El elector que no sufragare será penado con una multa a beneficio municipal de 0,5 a 3 unidades tributarias mensuales. No incurrirá en esta sanción el elector que haya dejado de cumplir su obligación por enfermedad, ausencia del país, encontrarse el día del plebiscito en un lugar situado a más de doscientos kilómetros de aquel en que se encontrare registrado su domicilio electoral o por otro impedimento grave, debidamente comprobado ante el juez competente, quien apreciará la	En El Mercurio (4/5) se titula sobre arrestos y prisión por no pagar las multas, aseverado por el Director del Servel y algunos jueces de Policía Local. Tal interpretación es errada. La sanción la impone la Constitución. Las causales de exención también. El modo de juzgamiento del mismo modo (sana crítica) y abandona el procedimiento a la Ley 18.287. No es posible crear una nueva pena acumulativa por el no pago de la multa.

	<p>prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.</p> <p>(...)</p> <p>El conocimiento de la infracción señalada corresponderá al juez de policía local de la comuna donde se cometieron tales infracciones, de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley N° 18.287, que establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local. El Director del Servicio Electoral deberá interponer las respectivas denuncias dentro del plazo de un año desde la celebración del plebiscito.</p>	<p>El problema no regulado es la vía compulsiva para imponer un cobro.</p> <p>No se puede abrir un examen sustantivo del procedimiento ante la Justicia de Policía Local porque está la norma que permite la conversión del no pago de multa por trabajo a favor de la comunidad (art. 20 bis) o simple amonestación por ser primera vez (art. 19).</p>
--	---	---

**PRINCIPIOS Y DERECHOS EN EL ANTEPROYECTO
CONSTITUCIONAL**

Gonzalo García Pino

Mayo 2023

I.- PRESENTACIÓN DE DEBILIDADES Y FORTALEZAS DEL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL.

A.- Debilidades.

1. El anteproyecto se ciñe estructuralmente al esquema de la Constitución de 1980.
2. Muchas de las normas originales están contempladas casi en su totalidad.
3. Articulación sincrética de valores y principios de origen mixtos como agregación más que síntesis (bien común, subsidiariedad oculta, justicia social, solidaridad y Estado Social).
4. Contenidos irrelevantes para ser principios como el terrorismo o los emblemas nacionales.
5. Derechos confusos en su descripción sea por reiteración (acceso a la información pública como principio en el art. 12.2 y como derecho en el art. 17.11 bis); como doble regulación [derecho a defensa jurídica en el art. 17.5 o ley penal más favorable en el art. 17.6.c) y 17.6.e)].
6. Garantías sin innovación a la realidad (una difícil acción de error por indemnización judicial que en la práctica hoy se resuelve en costas). Del mismo modo, la acción de desconocimiento de la nacionalidad que podría haber sido tratado como derecho y como acción de protección.
7. Una compleja modalidad de acción de protección especial de derechos sociales prestacionales que restringe la actividad de los tribunales de justicia en el ámbito de las políticas públicas, pero sin modificar la acción de protección general que permite y permitirá desarrollar estrategias de judicialización indirecta de derechos sociales.
8. Algunos derechos no tuvieron cabida como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho de cuidados y una cláusula de antidiscriminación.

9. Incurre en la omisión de las bases o fundamentos al no incluir expresamente los derechos de niños , niñas y adolescentes, así como la protección de su interés superior.

B.- Fortalezas.

1. Las **fortalezas son muy superiores a las debilidades** enunciadas en el delicado contexto político en que se produjeron. La Ley 21.533 de reforma constitucional al final resultó siendo una garantía para las minorías.
2. El anteproyecto está rodeado de **cláusulas sociales fuertes** (Estado Social y Democrático de Derecho, remoción de obstáculos para promover igualdad sustantiva, bien común, justicia social, solidaridad, etc.)
3. Cumple con los **elementos de innovación** de las bases definidas como fundamentos (reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, derechos indígenas y medio ambiente).
4. La construcción de principios mixtos al final es algo propio de las sociedades democráticas pluralistas, permitiendo una Constitución de amplio espectro. No es una Constitución neutral (cuestión impedida por las Bases) sino que una Constitución habilitante de un instrumental pluralista para diferentes gobiernos.
5. Reconoce **derechos sociales prestacionales nuevos** (vivienda, derecho humano al agua y derechos de los consumidores) y perfecciona el modelo económico al exigir una **auténtica libre competencia**.
6. Perfecciona algunos derechos sociales, especialmente, el **pacto laboral** con el reconocimiento de nuevos derechos al trabajo decente, con desconexión digital, con igualdad salarial entre hombre y mujeres por igual trabajo. Del mismo modo, mejora los derechos colectivos, especialmente la huelga y reconoce sin duda estos derechos a los funcionarios públicos.
7. Busca métodos innovadores en introducir restricciones a la judicialización de derechos sociales, cuyos efectos producen inequidades sociales enormes. Más allá de su eficacia, realiza un intento serio.

8. Si bien mantiene todo el conjunto de los derechos y libertades originales de la Constitución de 1980, resulta evidente que esa era la parte menos modificada por el significativo consenso que imponía su presencia.

A continuación esa descripción de debilidades y fortalezas se reflejará específicamente en el análisis de los principios y derechos como resumen de contenidos.

II.- PRINCIPIOS Y DERECHOS COMO RESUMEN DE CONTENIDOS.

Intentaré bosquejar los principales elementos de este texto constitucional a partir de los elementos que involucra su presentación y arquitectura inicial:

1. CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

- La observación general es que se apoya de manera profunda en la vigente Bases de la Institucionalidad con sus nueve artículos, los cuales permanecen casi intocados, aunque redistribuidos.
- Inclusión desde el artículo 1° de una **síntesis entre la noción humanista en torno a la dignidad humana y la persona como primer fundamento constitucional y la consagración del Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD).**
- Las novedades son la incorporación, junto a la cláusula del ESDD, de una fuerte regla de promoción de superación de los obstáculos sociales para permitir la **justicia y la solidaridad en el contexto del bien común.**
- Una **ampliación de la participación política de la mujer** en cargos electivos mediante un “acceso igualitario” y no una solución de salida.
- **Reconocimiento de los pueblos indígenas, de la interculturalidad y de los derechos individuales y colectivos** que le reconoce la Constitución y los tt.ii.

- Incorporación del **acceso a la información pública** en el contexto del reconocimiento del principio de **integridad pública**.
- En cuanto a nuevos deberes estatales, incluye el **deber de resguardo de la naturaleza y de la biodiversidad**.
- En todo lo demás, los principios que ya la C.80 contemplaba: democracia, régimen presidencial, descentralización administrativa, reglas formales del Estado de Derecho, emblemas nacionales, transparencia y rechazo al terrorismo.

2. CAPÍTULO 2.1 DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

- En materia de derechos civiles incorpora 16 libertades o derechos en general, aunque el número puede crecer por la ampliación de derechos procesales, según se verá.
- **Derechos nuevos:** Solo dos: a) el **derecho a un trato digno**, deferente, transparente, oportuno y objetivo, **por parte de los órganos de la Administración** y b) derecho de **acceso a la información pública**. Asimismo, especifica mejor el marco del **desarrollo científico y tecnológico** con sus límites en la dignidad humana y los tt.ii.
- En lo general, hay una continuidad con las libertades y derechos tradicionales que venía estableciendo nuestro constitucionalismo. Las novedades son solo especificaciones, aunque las más significativas se producen en el ámbito de los **derechos procesales**.
- **Derechos procesales.** Se establecen dos núcleos de garantías: acceso a la justicia-debido proceso y garantías penales mínimas. En cuanto al acceso o tutela judicial efectiva, amplía los mecanismos de información y los medios necesarios para ejercer la defensa incluyendo la existencia de servicios legales y judiciales y de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En cuanto al **debido proceso**, perfecciona el derecho a ser oído, el establecimiento del debido proceso, el juzgamiento en un plazo razonable.

- **En garantías penales mínimas**, agrega el principio de legalidad en medidas de seguridad, el principio de proporcionalidad penal, la presunción de inocencia, el non bis in idem o derecho a ser juzgado una sola vez, y el principio de ley penal más favorable incluyendo la ejecución de la pena (lo que es complejo en casos como los detenidos de Punta Peuco).
- En los demás derechos destaca la continuidad de lo siguiente: derecho a la vida, aunque, **sin referencia a la protección de la vida de quién está por nacer**. Protección de **la igualdad ante la ley, integridad física y síquica, privacidad, honra, protección de datos, libertad personal y seguridad individual**, aunque especificando cárcel separada para menos de edad. Derecho de reunión, de petición, de asociación y de admisión a empleos públicos. Finalmente, libertad de pensamiento, religiosa, de conciencia, de **expresión y de información**, que se acercan más a la Convención Americana de Derechos Humanos, con el principio de la responsabilidad ulterior y el impedimento de restricción estatal por vías directas o indirectas.

3. CAPÍTULO 2.2.: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA).

- 21 derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en total.
- 4 auténticamente nuevos:
 - Derecho a vivienda adecuada.

“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 23. **El derecho a la vivienda adecuada**. a) El Estado promoverá, a través de instituciones públicas y privadas, acciones tendientes a la **satisfacción progresiva de este derecho, con preferencia de acceso a la vivienda propia**, de conformidad a la ley. b) El Estado adoptará **medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial**.”
 - Derecho al agua y al saneamiento.

“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 24. **El derecho al agua y al saneamiento**, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras. **Prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente.**”

- Derecho de los consumidores y
- Libre competencia.

“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 31. En su condición de consumidores, el acceso a bienes y servicios de forma libre, informada y segura. La ley regulará los derechos y deberes de consumidores y proveedores, así como las garantías y procedimientos para hacerlos valer. a) Es deber del Estado y de sus instituciones **proteger a los consumidores ante prácticas abusivas y garantizar el ejercicio de sus derechos**, de forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios. b) Es **deber del Estado promover y defender la libre competencia** en las actividades económicas.”

- Con continuidad significativa con la C.80.
 - Igualdad tributaria.
 - Derecho a iniciativa económica.
 - Trato estatal no arbitrario en materia económica.
 - Derecho a la propiedad.
 - Derecho de propiedad.
 - Propiedad minera.¹
 - Derecho de autor.
 - Propiedad industrial
- Con continuidad significativa, pero con innovaciones ennegrecidas.
 - a) Derecho al medio ambiente **sano, sostenible** y libre de contaminación.
 - b) Derecho de protección de la salud, agregando dos cuestiones. Por un lado, **estándares internacionales de**

¹ Esta es la única novedad: “El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad del país.”

dd.hh. para asegurar “su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, abordando sus determinantes sociales y ambientales, de conformidad a la ley.” Y el **“fomento de la práctica deportiva”**. Con exclusión de la norma que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

- c) Derecho a la educación con 3 innovaciones. Primero, la agregación de los estándares de dd.hh.: “La educación se rige por los **principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad, no discriminación** y los demás que disponga la ley”. Segundo, el establecimiento de un criterio para asignar fondos: “g) La asignación de recursos públicos deberá seguir **criterios de razonabilidad.**” Tercero, el **reconocimiento a los profesores**: “j) Los profesores son parte esencial del esfuerzo educativo de la Nación. Es deber del Estado y de toda comunidad educativa promover el desarrollo profesional y respeto de los docentes.”.
- d) Libertad de enseñanza. **Reconocimiento de la autonomía universitaria.**
- e) Derecho a la cultura. Pasamos de la libertad de creación artística y cultural al derecho a la cultura como derecho prestacional a bienes y servicios culturales. Agrega dentro de la cultura la actividad científica.
- f) Derecho al trabajo decente. Es uno de los artículos mejor logrados incorporando el **acceso a condiciones laborales equitativas**, la seguridad y salud en el trabajo, así como a una **remuneración justa, al descanso y la desconexión digital**, con **pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador** en cuanto tal. Y, finalmente, se garantiza la **igualdad salarial por trabajo de igual valor, especialmente entre hombres y mujeres.**
- g) Libertad sindical. Nuevamente en derechos laborales se ver fortalecido con una integración de la tríada: derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga. En la innovación **garantiza el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses**

laborales más allá de estar dentro de la negociación colectiva. Asimismo, reconoce los **derechos laborales de los funcionarios públicos**, especialmente, que serán titulares de los derechos que comprende **la libertad sindical**, salvo para las Fuerzas Armadas.

- h) El derecho a la seguridad social agrega específicamente el resguardo frente a las **contingencias de vejez, discapacidad, muerte, enfermedad, embarazo, maternidad, paternidad, desempleo, accidentes y enfermedades laborales**, sin perjuicio del establecimiento de otras contingencias o circunstancias por ley.
- i) Derecho de aprovechamiento de aguas. Define que las aguas son **bienes nacionales de uso público**, que se otorgan bajo **interés público, que dan derecho a uso y goce**, reconociendo el dominio público (no propietario individualmente), los que pueden ser otorgados temporalmente y con limitaciones. En norma transitoria lo vincula al Código de Aguas y a su última reforma de la Ley 21.435.

4. CAPÍTULO 2.3: NACIONALIDAD Y GARANTÍAS.

- En **nacionalidad** incorpora una **expresa regla antiapatridia** y en lo demás continuidad.
- En **ciudadanía**, no hay mayores novedades en lo sustantivo e incluye una cláusula contraria a la norma convencional (art. 23.2 CADH) que impide restringir derechos políticos por responsabilidad penal en etapas previas a una condena.
- En establecimiento de los **límites de los derechos fundamentales y libertades** reconoce una **cláusula de reserva de ley** bajo exigencias propias de una sociedad democrática. Asimismo, mantiene la figura del **respeto al contenido esencial de los derechos**.
- En **garantías o acciones** hay novedades. Por una parte, se regula una especie de **derecho de organización y procedimiento a ciertos derechos sociales** (Derecho a la salud, Derecho a la vivienda adecuada, Derecho al agua y al

saneamiento, Derecho a la seguridad social y, Derecho a la educación.) A estos derechos se les aplica unos criterios particulares: a) Desarrollo progresivo de los derechos sociales atendiendo a su plena efectividad. B) Aseguramiento de un nivel determinado o adecuado de protección. C) En el otorgamiento de dichos derechos o prestaciones no se ha de incurrir en discriminación o diferenciación arbitraria. D) La igualdad que rige el sistema de protección es una **sustantiva**, esto es, atenta a la efectiva **remoción de obstáculos** que impiden el ejercicio de un derecho. E) Tratándose de derechos que involucran costos, se ha de ceñir a dos principios: el **máximo posible** dentro de las restricciones que impone una **responsabilidad fiscal responsable**. F) Finalmente, en el ejercicio de tales prestaciones, existe la norma estructural o base fundamental que en su provisión debe ser satisfecha por instituciones públicas o privadas, **“según corresponda”**.

- Bajo esta categoría se desarrolla la principal diferencia con el establecimiento de una **acción de protección especial** para derechos sociales prestacionales. El anteproyecto crea **tres acciones de protección: General. Del medio ambiente. Derechos sociales prestacionales**.
- **Régimen general de la acción de protección.** El régimen general de la acción de protección presenta las siguientes innovaciones: **Debe ser regulado por ley.** Con lo cual desaparece en el régimen definitivo la vía normativa del auto acordado, aunque subsiste transitoriamente mientras no se realice dicho cambio.² **Puede adoptar medidas provisionales o de urgencia.** Cuando la Corte precise que esa no era la vía idónea, por no ser una cuestión de cautela de derechos, **deberá verificar el procedimiento que corresponde.** Puede la Corte Suprema **reagrupar fundadamente recursos similares.** En lo no innovado, sigue siendo central la fuente de competencia en la que se ha fundado el sentido expansivo de la acción de protección, esto es, que **“adoptará de inmediato las**

² Quinta transitoria del capítulo II: “El Presidente de la República, en el plazo de dos años desde la entrada en vigencia de esta Constitución, deberá enviar uno o más proyectos de ley para regular los procedimientos de la acción de protección y de la acción de amparo. **En tanto no entre en vigencia la normativa que las regule, regirán los autos acordados que la Corte Suprema dicte a esos efectos.**”

providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho”.

- **Acción de protección en materia ambiental.** Esta acción mantiene la diferencia vigente acerca del modo en que deben concurrir los requisitos de esta acción. Por una parte, excluye la arbitrariedad como un fundamento para recurrir, obrando solo en caso de “actos u omisiones ilegales”. En segundo requisito, es que deben estar imputadas a una autoridad o a persona determinada.
- **Acción de protección en derechos sociales prestacionales.** Esto opera solo en cinco derechos como lo indicamos y las diferencias con el régimen general de protección son los siguientes: Primero, en la acción general hay una invocación directa de derechos constitucionales. Aquí el requisito es doble: debe ser uno de los cinco derechos sociales indicados pero que, a su vez, configure una prestación legal. Ahí recién opera la acción u omisión ilegal por privación, perturbación o amenaza de esa prestación a la que legítimamente se tiene derecho. Segunda diferencia. Hay otra causal por **discriminación en el acceso a una prestación legal**. En lo demás, opera bajo las reglas generales de la acción de protección.
- Finalmente, en las demás acciones no hay novedad significativa reconociendo el amparo, la acción frente a la privación o desconocimiento de la nacionalidad y la acción de indemnización por error judicial.
- En **estados de excepción constitucional** se les da continuidad a los 4 estados: asamblea, sitio, emergencia y catástrofe. La regulación es de continuidad a la C.80 (versión 2005) y se perfeccionan algunas reglas de rendición de cuentas ante el Congreso así como los principios aplicables a los estados de necesidad y proporcionalidad.
- En **deberes constitucionales** se incorporan nuevos deberes que cualifican los derechos constitucionales. Esta versión incluye el deber de **respetarse y comportarse fraternal y solidariamente; honrar la tradición republicana, defender y preservar la democracia, y observar fiel y lealmente la Constitución y la ley; preservar el patrimonio ambiental,**

cultural e histórico de Chile; proteger el medio ambiente; deber de contribuir y pagar impuestos; asistir y alimentar a sus hijos; respetar, alimentar y asistir a los padres; así como respetar la dignidad de los niños.

EVALUACIÓN DEL PACTO DE DERECHOS EN LAS INDICACIONES Y ENMIENDAS DE LA COMISIÓN EXPERTA

Este es un informe preliminar, muy indiciario de la evolución hasta ahora del proceso constitucional en materia de derechos y libertades.

En beneficio de un relato sintético intentaré hacer un informe que por la materia es necesariamente extenso, pero que se apuntará en sus aspectos más expresivos.

A.- SOBRE EL PROCESO CONSTITUCIONAL.

1. EL REGLAMENTO NO HA COLABORADO.

El primer asunto para plantear es que el proceso está interferido por el Reglamento y no favorecido por el mismo. La Comisión Experta lo ha seguido como un guión, lo que deriva en la consecución de objetivos procedimentales y no deliberativos.

La secuencia de los casi dos meses son una secuencia de errores reglamentarios: definir ex ante la arquitectura constitucional; proponer un marco constitucional en 15 días y corregirlo dentro de los 15 días siguientes, por la vía de las enmiendas. Todo ello sin preguntarnos punto a punto, cuál es la cuestión constitucional acuciante en cada asunto.

El segundo obstáculo, se refiere a la construcción y diseño de los derechos definidos por la Comisión Experta. La triple división entre derechos civiles y políticos; DESCA y garantías de derechos en órganos diferentes conspira contra una visión común.

2. CONSENSOS MÍNIMOS, DISENSOS PENDIENTES.

La Comisión Experta propuso 39 derechos y libertades de común acuerdo, por la vía de las enmiendas debaten agregar 13 derechos más, sin perjuicio de haber presentado enmiendas a casi todos los derechos. En solo tres asuntos tienen coincidencias relevantes en el texto vigente: derecho a la integridad personal, derecho al respeto y protección de la honra personal y de su familia, y propiedad minera, aunque dos de ellos con ajustes menores.

De hecho, la cuestión sorprendentemente más estable es la emergencia. Hay amplia coincidencia en los estados de excepción constitucional, tanto los antiguos como los nuevos, aunque los primeros están desprovistos de casi regulación. En lo excepcional, consenso y en lo habitual, el desacuerdo.

Sin embargo, hay que indicar que se trata de amenazas de disensos porque muchos de ellos se vinculan a un reordenamiento normativo, quizás a la espera de los resultados electorales.

3. CONSTITUCIÓN VIGENTE COMO MODELO.

De todos los esquemas posibles, el utilizado por la CE -sin mayor explicación de por qué- es la Constitución de 1980 con sus 67 reformas, aunque en materia de

derechos, apenas ha sido cambiada en 11 oportunidades para ajustes de mediana relevancia.¹

El esquema seguido es formal y sustantivo, siguiendo un cierto orden preestablecido en la Constitución vigente, y sustantivo porque no hay ningún derecho o libertad que haya desaparecido. Asimismo, todo lo debatido es un fraseo significativo de esos mismos reconocimientos.

4. NO HAY UN DIAGNÓSTICO SOBRE EL ESTADO DE NUESTRO PACTO DE DERECHOS.

Este punto de partida nos lleva cuestionarnos acerca de si la Comisión Experta logró identificar cuál es el problema a tratar. ¿Cuál es el diagnóstico en Chile respecto del estado constitucional de los derechos y libertades de sus ciudadanos?

Desde 1789, que la historia de las ideas reconoce expresamente que el Pacto de Derechos es consustancial a la idea de Constitución. Resolverlo bien es favorecer la reconstitucionalización del derecho chileno, habida cuenta del acelerado proceso de desconstitucionalización que vive nuestro país.²

Por lo mismo, resulta esencial más que acometer el listado de derechos apuntar a cuáles son nuestros problemas que se deben trasuntar en reconocimientos de derechos y libertades. Asimismo, hay un dilema adicional. No se trata solamente de los derechos mismos, sino de cómo enfrentamos estas discusiones desde una teoría democrática de los derechos fundamentales, porque desde ya sabemos que todos los problemas no se resuelven mediante su concreción expresa, sino que las normas constitucionales deben tener esa carácter poroso, abierto y relativamente vago que admite su propia evolución. Por lo mismo, el debate inicial es contar con una cierta teoría de derechos.

B.- SOBRE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES PROPUESTAS

1. TEORÍA DE DERECHOS INCOMPLETA.

Todos sabemos que la Constitución son instrumentos normativos dirigidos a los ciudadanos y no a los profesores de Derecho. Por lo mismo, no es posible que

¹ Neuroderechos, igualdad entre hombres y mujeres, defensoría de víctimas, protección de datos personales, expulsiones administrativas para migrantes, reformulación de indultos, enseñanza parvularia y media obligatoria, elecciones primarias, inconstitucionalidad de movimientos y partidos por actos contrarios al régimen democrático y derechos de creación artística.

² SAGÜES (2016), *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, México. Hay variadas conceptualizaciones de desconstitucionalización. Por un lado, está el concepto como reducción de la constitución, como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo, como pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales y como “derogación sociológica” de disposiciones constitucionales. Asimismo, están los fenómenos contemporáneos de inusual trascendencia para el constitucionalismo, tales como: (a) el “desmontaje de la Constitución” conforme a nociones del tipo de derecho de emergencia, doctrina del “quebrantamiento constitucional”, la “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, entre otros; (b) la desvalorización de la Constitución por su falta de pleno cumplimiento, por la erosión de la “conciencia constitucional”, etcétera; (c) el falseamiento o fraude constitucional por la utilización de otros valores distintos de los constitucionales o por la práctica de una legislación inconstitucional no declarada tal.

incluyan una completa y compleja teoría de los derechos fundamentales. Sin embargo, algunas de sus características se advierten a lo largo de su contenido.

La actual Constitución contiene normas sobre titularidad de los derechos (art. 19); contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26); cláusula abierta para la incorporación de derechos (art. 5°); garantías de derechos (arts. 12, 19 N° 7, 20, 21) y deberes estatales de respeto, protección y promoción de derechos (art. 5). Asimismo, se desprende interpretativamente los principios de proporcionalidad (art. 19 N° 2, 3 y 26) y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o eficacia entre particulares (arts. 6 y 20) así como la asunción de derechos implícitos, desde la cláusula abierta.

Esto no quiere decir que no existan otros elementos muy necesarios que se explicitan a lo largo del contenido de la teoría particular de cada derecho fundamental (los límites específicos e inmanentes).

La propuesta constitucional en su primer borrador desdibuja los elementos de esta teoría, sin dar cuenta de sus principales dificultades. Mantiene solo titularidad y eficacia particular. Elimina la cláusula abierta de derechos y la asunción de derechos implícitos; el contenido esencial de los derechos y los deberes estatales de respeto, protección y promoción de los derechos. Agrega solo una cláusula interpretativa del principio favor persona para la interpretación de la norma compatible con el ordenamiento internacional. En materia de garantías, solo aborda la acción de privación o desconocimiento de la nacionalidad y la de amparo.

1.1.- La titularidad de derechos. Este es un punto de partida de consenso, sin embargo, parece necesario explicitarse aún más el mismo. No hay duda del reconocimiento de la titularidad de todas las personas naturales. En cambio, en cuanto a la titularidad de las personas jurídicas tenemos, aparentemente, la misma fórmula implícita que los alemanes desarrollan expresamente en su Constitución, esto es, tendrán los derechos acordes a su naturaleza. (Hay enmienda N° 264 en juego). Hasta ahí meridianamente claro.

Los problemas adicionales son con determinadas titularidades: ejercicio de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas de derecho público. Se litiga ampliamente esta cuestión, en circunstancias que se trata de la dimensión objetiva de algunos derechos: tutela judicial, debido proceso, igualdad ante la ley o derecho de propiedad. Este es un asunto que debiera explicitarse.

En un punto lateral, hay que sostener abiertamente que los funcionarios públicos poseen todos los derechos fundamentales y no rige respecto de ellos una restricción o sujeción especial a derechos puramente estatutarios.

Pero hay otras titularidades que complejizan el escenario: el nasciturus o el que está por nacer; los NNA, las personas en situación de discapacidad o los mayores de edad. Todas estas dimensiones se topan de frente con el ejercicio de derechos subjetivos o de medidas de protección. Cuestión aparte el tema de los indígenas.

Por último, parece haber consenso por las enmiendas presentadas que ni los animales ni la naturaleza en este proceso constitucional reivindicarán un ámbito de titularidad, aunque sí puede haber reconocimientos de protección.

1.2.- Garantía de derechos. Las indicaciones aprobadas en materia de derechos vienen a poner en cuestión el modelo de acciones de protección sólo para derechos y libertades civiles o derechos de no interferencia en el más amplio sentido. Esa continuidad está puesta en juego no por el proyecto constitucional propuesto, sino que por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios que, siguiendo una estrategia internacional de litigación, protegen indirectamente derechos sociales mediante la protección de derechos de libertad. Una enmienda pretende introducir un régimen de prohibiciones a los impactos jurisprudenciales sobre derechos prestacionales. Ya nos dedicaremos a ese punto. Por ahora, reconocer que la acción de protección está reconocida con severas limitaciones en su aplicación a derechos sociales.

Otra dimensión de las garantías de derechos, son las **garantías jurisdiccionales internacionales**, particularmente, las del ámbito interamericano. Algunas enmiendas abordan críticamente este punto, pese a que se sostienen en el principio favor persona.

1.3.- Eficacia particular de derechos. Está reconocida implícitamente y las indicaciones la repiten sin duda. Sin embargo, en esta fórmula está en juego el reconocimiento de los derechos prestacionales, lo que puede traducirse en un esquema que merece un mayor análisis, particularmente, por el régimen constitucional de provisión mixta de los derechos.

1.4.- Interpretación de derechos. Las cláusulas interpretativas exigen que tengan algún nivel de definición. Primero, porque las Bases obligan a la introducción del criterio de progresividad lo que se hace parcialmente en las reglas de derechos sociales de educación superior (art. 17 inc. 17 f) y vivienda, (art. 17 inc. 21) así como en una cláusula más general del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 3). No obstante, en la cláusula interpretativa del principio favor persona (art. 6.2) puede desarmarse toda pretensión de limitar los desarrollos jurisprudenciales. Resulta bastante evidente que por ser un criterio matriz como principio puede hacer ceder las reglas de limitación a la jurisdicción con criterios más fuertes, bajo interpretaciones judiciales meridianamente articuladas.

1.5.- Derechos implícitos. La teoría jurídica de los derechos fundamentales tiene criterios dispares sobre el reconocimiento de derechos implícitos. No se trata de reproducir la dialéctica iusnaturalismo/positivismo detrás de esta cuestión, pero la ausencia de un catálogo abierto reduce el marco de opciones a los criterios evolutivos.

El punto de partida actual es que dichos derechos fueron creados en variados ámbitos (derecho a la identidad personal, derecho de acceso a la información pública, objeción de conciencia individual e institucional, etc.) o garantías antiformalistas (plazos del Recurso de Protección, procedimientos de conciliación en sede de protección, etc.).

Es plausible la adjudicación de derechos o la creación jurisprudencial de los mismos a partir del reconocimiento de derechos, por la sencilla razón que las normas deben permitir y admitir la evolución, pero a partir de las disposiciones que el constituyente preestableció. La textura abierta de los derechos contiene en su seno esa evolución. Por lo mismo, no sirve cualquier reconocimiento normativo, sino que aquél que era parte de su programa normativo no desarrollado. Como ya dijimos, esta dimensión está pendiente en la propuesta.

1.6.- Límites de derechos, contenido esencial y proporcionalidad. El cómo se reflejen en el texto los derechos y libertades depende de una tríada conceptual: contenido del derecho; límite y límite de los límites. Lo que de alguna forma encontramos en la Constitución vigente, resulta parcial en la propuesta: faltan las restricciones y el cómo poner límites a éstas.

1.7.- Reserva de ley. En general, la propuesta de indicaciones termina con el último reducto de derechos no sujetos a reserva legal (derecho de reunión, aunque debería incorporar norma transitoria mientras tanto). Pero es probable que requiera una norma general que establezca los principios globales sobre esta materia (límite desarrollado legalmente, justificación constitucional del límite, cláusula limitativa democrática y sometimiento a principios de equilibrio y ponderación).

2.- EL PROBLEMA DE LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Esta es una dimensión central en esta materia. No es posible estabilizar una propuesta de derechos fundamentales si desde la dimensión convencional se reformulan integralmente.

La propuesta de indicaciones no contiene una propuesta común y desde la lectura de enmiendas se advierte la lejanía del consenso.

Este es un asunto que va camino, en este proceso constitucional, contra las prácticas jurisprudenciales vigentes, a involucrar hacia una suerte de juego de suma cero.

Esto ofrece un riesgo mayor porque este tipo de tratados está en el modo en que se deben interpretar variadas bases constitucionales de obligatorio cumplimiento (derechos de los pueblos indígenas e interés superior de NNA, entre otros). Asimismo, por el modo en que está recogido en el artículo 5.2 de la Constitución, diversos órganos pueden entenderse mandatos a imponer su cumplimiento lo que ha dado origen a una reformulación competencial por la vía pretoriana. Finalmente, porque el recurso a su interpretación oficial en el ámbito interamericano es expansivo lo que amplifica el establecimiento de un derecho previsible.

En consecuencia, no queda más camino que recepcionarlo, porque no es parte de nuestro Derecho la otra opción, e incluirlo expresamente en el orden

constitucional reconociendo al órgano constitucional competente en la materia y todos los demás reordenándose con lealtad a esa interpretación.

3.- EXAMEN DE LOS DERECHOS VISTOS COMO PACTOS SUCESIVOS.

Cabe analizar el fondo de los derechos. Si partimos de la base que habrá una corrección de algunas normas desde la teoría general de los derechos fundamentales, examinaremos la dimensión específica de cada derecho en un análisis puramente global.

Utilizaremos la noción de “pactos por acumulación histórica”. Una de las fortalezas del derecho es su tendencia a dejar plasmadas soluciones en sus textos normativos y sus sucesivas interpretaciones. En un capítulo final examinaremos algunas indicaciones específicas de derechos.

Visto así cabe identificar los siguientes procesos a la luz de las indicaciones presentadas: pacto conservador; pacto liberal; pacto social; pacto económico; pacto ambiental y pacto latinoamericano.

3.1.- Pacto conservador.

En un análisis de todos los derechos y libertades que tienen este cuño (reconocimiento religioso, derecho-deber de educar de los padres, formación escolar, igualdad ante la ley, derecho a la vida, etc.), en general, la Comisión Experta propone una continuidad del pacto conservador compatible con el actual estadio democrático sin problemas. Podemos sostener que hacen su tarea en ofrecer un país al margen de una “guerra religiosa o cultural”.

No obstante, no hay que desdeñar el modo en que se cautela dicha problemática. De hecho, una de las cuestiones que no se ha desactivado es el modo en que nuestro ordenamiento constitucional trata por separado el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y que las indicaciones mantienen (art. 17 incisos 17 y 31, respectivamente). Sin embargo, la propuesta avanza más que la Constitución vigente en cerrar esa brecha con los estándares del sistema educativo y con la asignación de fondos bajo el respeto de la libertad de enseñanza, entre otros

criterios.³ Sin embargo, amenaza reabrir el dilema con garantías protegidas de manera asimétrica.⁴

Otro aspecto que parece amenazar esa tranquilidad (Enmienda 1)⁵, y cuya evolución no es completamente previsible es el debate sobre el estatuto constitucional del embrión. Esa enmienda tiene una redacción que se estima, por ahora, no parece modificar el actual escenario de un país respetuoso de las libertades religiosas y de los centros de enseñanza que tienen libertad de ideario.

3.2.- Pacto liberal.

Del mismo modo, en una de las tradiciones de más largo aliento del constitucionalismo es el ideario liberal. Las indicaciones recogen toda la tradición constitucional liberal chilena decimonónica que, en general, ha sido generosa en el reconocimiento de “las libertades” que se perfeccionan en el texto (derecho de reunión, libertad de expresión). No obstante, hay que indicar que esa tradición siempre ha sido cauta en el punto de partida. De tanto especificarse en espacios delimitados de libertades, han terminado por vaciar en plenitud el valor de fondo.

En materia de libertades personales, efectivamente hemos transitado bajo el valor de libertad a las especificaciones de algunas libertades (expresión, religión, conciencia, movimiento, etc.) y hemos vaciado la libertad personal, sin tener cláusula residual alguna que reivindique algo que hoy está meridianamente claro: la autonomía individual en términos de desarrollo de los propios planes de vida. El ejercicio de los derechos exige esta cláusula general.

Esta debilidad en torno a la libertad como valor matriz se manifiesta en todas las consecuencias globales de tres perspectivas del derecho. Tomemos como ejemplo, la vida privada. En este derecho (art. 17 inc. 8º) falta estructurar el núcleo del derecho en orden “tener derecho a una vida libre de injerencias arbitrarias, en el marco del desarrollo de la autodeterminación individual”. Otro ejemplo, es libertad personal (art. 17 inc. 4º). Sería bueno otorgarle la profundidad histórica a este

³ Es importante tener a la vista el clivaje educativo español en la Constitución de 1980 que sorteó con la integración en un solo artículo de todas las discusiones que podían tender a una guerra religiosa con el campo de batalla en estas normas. La derecha defendiendo la enseñanza privada religiosa vs el modelo de escuela pública única de la izquierda. Y la propiedad de los centros vs la libertad de cátedra, llevaban a defender el derecho a la educación a la izquierda y la libertad de enseñanza a la derecha. Ese esquema fue desarticulado mediante una combinación muy acumulativa de conceptos en un mismo precepto. Ver PECES BARBA, Gregorio (1988), La elaboración de la Constitución de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 57-59. Y COTINO HUESO, Lorenzo (2012), El derecho a la educación como derecho fundamental, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 6-11. Es central el reaseguro que tuvo para la posición de derecha el artículo 10.2 de la Constitución Española que desarrolla una norma de apertura al Derecho Internacional, porque dichas reglas reconocen ampliamente el derecho a crear centros privados de enseñanza.

⁴ La Enmienda 272 trata de la acción de protección solo para la libertad de enseñanza y para el derecho preferente de los padres de educar y de escoger la educación de sus hijos o pupilos, mas no para el derecho a la educación en sí mismo.

⁵ “La ley protege la vida del que está por nacer y la maternidad vulnerable.” Introduce una figura que está actualmente presente en la Constitución y que no impidió la aprobación de la Ley sobre aborto por tres causales. Asimismo, introduce una noción que apunta al sentido de la jurisprudencia del TC (STC 3729/2017) puesto que incorpora un nuevo bien jurídico: maternidad vulnerable.

derecho en el marco de la auténtica libertad personal y no como la manifestación negativa del derecho a la seguridad individual. La libertad personal es el máximo valor del constitucionalismo contemporáneo y aquí lo redujimos a una garantía contra las detenciones arbitrarias. La libertad personal reconocida aquí es el derecho a la libre circulación como proyección espacial de la persona física, pero falta la garantía madre: La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás, en el marco de restricciones, previstas por la ley, y que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

Y, finalmente, como manifestación del libre consentimiento en materia sexual, en plenitud, en todas las esferas. Todas son manifestaciones que confluyen en el más amplio reconocimiento de la autonomía individual.

En consecuencia, parece que el pacto liberal va bien encaminado, salvo por el reconocimiento del valor mismo. Este proceso constitucional haría bien en cerrar esta brecha.

3.3.- Pacto social.

En rigor no hay un solo pacto social. Esto no es una regulación por la vía de derechos generacionales⁶ (tesis cuestionable), pero en la trayectoria institucional del pacto social hubo unos que tuvieron el papel de pioneros en el ejercicio de estos derechos, me refiero a los laborales. En consecuencia, hay dos pactos: uno laboral y otro social.

En cuanto al **pacto laboral**, hay que sostener que resulta ser uno de los capítulos mejor logrados de las indicaciones consensuadas. Sin entrar en el análisis de las garantías que es un capítulo por sí mismo, la propuesta de indicaciones consensuadas (art. 17 inc. 19), basado en el esquema de la Constitución vigente amplifica un conjunto de objetivos que rodean las nociones que provienen desde el Derecho Internacional, especialmente, de los Convenios de la OIT. Nuevos ejes, pese al formato tradicional (derecho al trabajo decente e igualdad salarial entre hombres y mujeres). Articulación más sistemática en algunos derechos, a partir del reconocimiento de la tríada libertad sindical, negociación colectiva y derecho a huelga. Mayor claridad en las restricciones o prohibiciones (del trabajo infantil o del derecho de huelga de las FF.AA. y las policías).

Efectivamente aparecen cuestiones pendientes que las Enmiendas recogen pero que no tienen la aptitud para desestimar el acuerdo alcanzado. Así habrá espacio para resolver algunos problemas formales (Fuerzas de Orden y Seguridad, ¿Gendarmería?, en vez de “policías”). En otros, hay espacio para el desarrollo

⁶ Es muy habitual recurrir a la idea de “derechos generacionales”, pero esa es una tesis cuestionable porque no fue históricamente cierta; porque fue una descripción de dos modelos en juego en el marco de la Guerra Fría y porque suponía que las etapas debían cumplirse una vez que se consolidara cada una de ellas. Nada de ello se corresponde con los actuales desafíos que imbrican derechos de distinta generación. Por poner un ejemplo, la no discriminación, en los hechos, es una modalidad normativa reciente pero que, en la práctica, defiende derechos de primera y segunda generación.

jurisprudencial como el tema de la huelga reglada y su expresión pacífica. O el importante tema de reconocer de una vez por todas el derecho de asociación como derecho sindical de las Asociaciones de Funcionarios Públicos de todo organismo del Estado y con plena aptitud para reivindicar los derechos laborales reconocidos en la Constitución. Parte importante de esta propuesta tendrá pleno sentido, en cuanto abarque efectivamente a todo tipo de trabajador y no solo a aquellos cubiertos por el Código del Trabajo. La Constitución en esta materia es el instrumento para la formalización e inclusión en un paradigma de reconocimiento de lo laboral como la vertebración básica de inserción en una sociedad, como un deber social y un derecho esencial.

3.4.-Pacto social no laboral.

En este ámbito, ingresamos a la perspectiva de los grandes pendientes de nuestro constitucionalismo en donde la Comisión Experta es más una manifestación de la realidad que una responsable de esta.

Sin embargo, la propuesta tiene luces y sombras. En el ámbito de las luces no duda en especificar un conjunto acotado de nuevos derechos sociales (derecho a la vivienda adecuada y derecho al agua y su saneamiento). En disputa otro conjunto de derechos que por el nivel de las enmiendas pueden no convertirse en indicación (derecho de cuidados⁷, derecho al deporte o derecho a la alimentación), pero que con una declaración normativa apropiada que diferencie derechos subjetivos, de deberes estatales, de objetivos de política o los conceptualice dentro de otros derechos, es plausible su opción de que ingresen al Pacto Social.

Dentro de las luces, hay una que debe ser destacada sobre todas que es el impacto que tiene en nuestro sistema institucional el derecho a la seguridad social. Para quiénes desdeñan los derechos sociales o los minusvaloran, recordar el efecto que éste tuvo sobre las deliberaciones públicas los últimos años a partir del examen de los retiros de los fondos de las AFPs. Se trata de algo más que un derecho social, de un soporte central de nuestro mercado de capitales y, por lo mismo, ha de tener la aptitud de satisfacer su perspectiva social, única legitimación, para su proceso de inversión y rentabilidad.

En cuanto a seguridad social, creo que el sentido universalista de las prestaciones está garantizado por una ampliación de las contingencias clásicas más una apertura a todas las que el legislador establezca. Eso es universalismo de las prestaciones. Con ello, si bien es una materia que es resorte del legislador, se

⁷ Esta es una enmienda que exige distinguir los deberes de cuidado estatal de personas bajo de garante, respecto de la dimensión más subjetiva que es el reconocimiento de la posición de cuidar de otros bajo relación filial. En este último punto, el cuidado del hijo enfermo grave menor de dos años o la propia condición postnatal parental. Asimismo, el efecto del cuidado de padres postrados o en condición de requerir ayudas y soportes para la vida.

abandona la lógica de mínimos de subsistencia a una perspectiva un poco más amplia, aunque sostenible fiscalmente.

Esto se puede reforzar con normas inexistentes en las indicaciones sobre derechos prestacionales los que pueden ser la base de la discusión sobre las garantías de satisfacción de derechos. La apertura a la consagración de derechos prestacionales, conforme existan necesidades definidas por el legislador es un reforzamiento universalista, graduado por el principio de responsabilidad fiscal.

En materia de derecho a la salud, el pacto social se distancia al introducir mecanismos que no son parte del nivel constitucional: financiación del sistema. Esto no es habitual en el constitucionalismo o si se hace, su propósito es diferente.⁸ Excepcionalmente, se considera un criterio amplio de financiación.⁹

Pero junto con ello, la otra debilidad es que no es parte de la libertad el escoger un “régimen de salud”. Los regímenes son normativos y la legislación comprende por tales las modalidades globales de acceso a garantías universales o la Ley Ricarte Soto, bajo esas denominaciones. Las normas son un ejercicio de rectoría, superintendencia o fiscalización, pero no un marco optativo para las personas. Hay una mala idea que obliga a que exista una cláusula específica sobre el derecho a organización y procedimiento propio de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

Sin embargo, la gran deuda sigue siendo la construcción del mecanismo de garantías jurisdiccionales de derechos prestacionales. Ese puede ser el Talón de

⁸ Constitución de Turquía, artículo 56 inciso final: “Con el fin de establecer servicios sanitarios generalizados, se puede introducir por ley un seguro de salud general.”

Constitución de República Eslovaca: “Art. 40. “Todos tienen derecho a la protección de su salud. Los ciudadanos tendrán el derecho a cuidados médicos gratuitos y al equipo médico necesario en caso de enfermedad en base a un seguro médico en los términos establecidos legalmente.”

Constitución de República Checa: “Art. 31 Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. Los ciudadanos tienen derecho, sobre la base de un seguro público, a la asistencia médica gratuita y a la ayuda médica en las condiciones previstas por la ley.”

Constitución de Polonia: Artículo 68 (1) Todos tienen derecho a la protección de su salud. (2) La igualdad de acceso a los servicios sanitarios, financiados con fondos públicos, se asegurarán a los ciudadanos, independientemente de su situación económica. Las condiciones y el alcance de la provisión de servicios se determinarán por ley. (3) Los poderes públicos garantizarán un servicio médico especial a los niños, mujeres embarazadas, personas discapacitadas y personas de edad avanzada. (4) Los poderes públicos combatirán las enfermedades epidémicas y prevendrán las consecuencias de la degradación del medioambiente negativas para la salud. (5) Los poderes públicos apoyarán el desarrollo de la cultura física, particularmente entre los niños y jóvenes.

⁹ Constitución de Bulgaria: “Art. 52 1. Los ciudadanos tendrán derecho a un seguro médico que les garantice una asistencia médica asequible, así como a una asistencia médica gratuita de acuerdo con las condiciones y procedimientos establecidos por la ley. 2. La asistencia médica será financiada con cargo al presupuesto del Estado, por los empleadores, a través de regímenes de seguro de enfermedad privados y colectivos, y por otras fuentes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos establecidos por la ley. 3. El Estado protegerá la salud de todos los ciudadanos y promoverá el desarrollo del deporte y del turismo. 4. Nadie podrá ser sometido a tratamiento médico o a medidas sanitarias por la fuerza, salvo en las circunstancias establecidas por la ley. 5. El Estado controlará todas las instalaciones médicas y la producción y el comercio de productos farmacéuticos, sustancias biológicamente activas y equipos médicos.”

Aquiles de toda la propuesta del pacto social, lo que nos lleva al retorno sobre la vía de la judicialización plausible.

3.5.- Pacto económico.

La Comisión Experta ha tomado demasiado tiempo en debatir sobre un ejercicio de sincretismo principista en torno a una versión subsidiaria del Estado Social. En los hechos las indicaciones han derivado en una ratificación de las normas vigentes. Pocas veces se está de acuerdo por las razones equivocadas. La dimensión económica está ampliamente garantizada en este proceso constituyente, pero ha de hacerse en torno a la construcción de los requisitos del Estado Social y Democrático de Derecho que permite tanta libertad económica como finalidades sociales se definan en el pacto constituyente.

Por de pronto, hay algunas reglas que deberían desaparecer. El artículo 19 N° 22 sobre no discriminación arbitraria del Estado para lo único que sirve es para establecer esa discriminación mediante normas privilegios a determinados sectores, actividades o regiones. Esas políticas de fomento pueden hacerse en el marco del Estado Social de Derecho pero de una manera transparente y no como modalidad que termina encubriendo lo que es denominado como “Estado de Bienestar oculto” para identificar a todos aquellos que son beneficiados por exenciones y franquicias de toda naturaleza.¹⁰

3.6.- Pacto ambiental.

Es la dimensión menos desarrollada de la propuesta. Este derecho debe dialogar con el capítulo sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Toda referencia normativa impactará allá del mismo modo que al revés. Por un lado, esa distinción supondría, en caso de poder realizarse seriamente, que las dimensiones subjetivas del derecho al medio ambiente se articulen en sede de derechos y las dimensiones objetivas se expresen en el capítulo de Medio Ambiente.

Por otro lado, la regulación de la actividad económica tiene impacto ambiental y esas reglas dispersas sobre diversos componentes de nuestra economía (minería, agricultura, pesca, etc.) tiene un indudable impacto.

En cuanto al derecho mismo cabe asumir que se aproxime al modo en que Naciones Unidas trata la materia por dos tipos de consecuencias. Primero, porque no es desdeñable más de 40 años de transformación de esta disciplina ambiental. Y segundo, porque resulta más sencillo conectar con las obligaciones internacionales que se deducen de nuestros compromisos con las grandes tareas del tiempo presente en cambio climático, transición ecológica o energía verdes.

Por lo mismo, adscribir a un derecho “a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado” es una opción más acorde con esos nuevos propósitos.

¹⁰ MORENO, Luis (2012), La Europa asocial, Ediciones Península, Barcelona.

El eje del medio ambiente o la medida de todas las cosas no pueden ser la “vida de las personas” o el desarrollo de la “vida en todas sus manifestaciones”. El eje de asociar solamente a la vida tornaría en extremadamente limitado el ámbito de protección del medio ambiente, al que la Constitución en sus bases le agregó dos dimensiones nuevas: patrimonio ambiental y biodiversidad. Estos no son mandatos gratuitos o vaciados de contenido. Muchísimas dimensiones nada tienen que ver con la vida: protección de flora y fauna nativa; preservación de las fuentes de agua dulce; de la Antártida; de los flujos o reservas marinas, de los humedales, etc. tienen por parámetro algo habitualmente diferente o distinto que la vinculación directa e inmediata con la vida de las personas.

Por último, las restricciones que se le pueden imponer a este derecho no pueden ser solo en razón del derecho al medio ambiente puesto que las propias bases pueden imponerse desde la biodiversidad.

Algunas enmiendas de la centroizquierda pretenden resolver estas falencias, como incorporar el medio ambiente como condición de la salud,¹¹ como derecho a la información y participación ciudadana,¹² pero es previsible pensar

En síntesis, el pacto ambiental es precario e instrumental y disociarlo del Capítulo de Medio Ambiente es un error porque ésta es una oportunidad enorme para fortalecer también la institucionalidad económica.

3.7.- Pacto indígena.

Si hay una identidad transversal que existe en la región latinoamericana es la de los pueblos indígenas. Se trata de decenas de pueblos diferentes, con formas de vida y culturas diversas, pero unidos en las reglas de trato como minorías, aunque puedan representar proporciones más o menos significativas de nuestras sociedades. El Derecho Internacional respecto de los pueblos indígenas es bastante claro en su uniformidad: pocos instrumentos normativos, pero bajo un sentido de integrarlos a la sociedad que pertenecen mediante su visibilidad y su consulta.

Hasta ahora las normas vía indicaciones no manifiestan bajo ningún aspecto los grados de cumplimiento que se deducen de haberlos incorporados expresamente en la Constitución.¹³ Las reglas propuestas son genéricas e insuficientes.¹⁴

¹¹ Enmienda 107.

¹² Enmienda 100.

¹³ Art. 154.4 de la Constitución.

¹⁴ Artículo 8 1. “La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y su cultura. 2. El Estado reconoce y promueve el diálogo intercultural en condiciones de igualdad entre los distintos pueblos que conviven en el país, con dignidad y respeto recíprocos. En el ejercicio de las funciones públicas se debe garantizar el reconocimiento y la comprensión de la diversidad étnica y cultural.”

Art. 116.3. “La ley contemplará criterios objetivos para respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en esta Constitución, en aquellas regiones o comunas con presencia significativa de población perteneciente a ellos.”

El pacto con los pueblos indígenas supone nuevos mínimos: consulta previa¹⁵ y representación política. Hay diversas modalidades para organizar estos dos elementos. Pero parte del pacto es iniciar ese camino como algo más que un mero reconocimiento de derechos culturales e identidad genéricas que hasta ahora le reconocen los expertos. Pese a ello, es la única manifestación constitucional que lo ha hecho, empujado por la Ley 21.533 de reforma constitucional de este mismo proceso.

3.8.- Síntesis de los pactos.

No parece haber guerrilla religiosa. Las libertades deben dar paso a la libertad personal y la autonomía individual de verdad. El pacto laboral avanzó un paso. La seguridad social y, particularmente sus cotizaciones, no puede ser la vía para desandar el reconocimiento de todo el entramado de derechos. El Estado Social y Democrático de Derecho se asoma mínimamente con algunos derechos más, pero sin fórmula de garantía jurisdiccional de derechos ni reflexiones sobre otros mecanismos de orientación de políticas públicas garantizadas. Y, finalmente, los pactos ambiental e indígenas están prácticamente pendientes.

4.- LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS LEGALES.

Las Cortes, especialmente la Corte Suprema con su Tercera Sala, está jugando un papel central en la judicialización de políticas públicas. Parece haber una ecuación implícita: a mayor desacuerdo legal mayor tendencia al desbloqueo judicial. Los mismos actores que no logran la salida legal mantienen la iniciativa en tribunales y viceversa. Es un doble mecanismo para encontrar determinadas razones en sociedades pluralistas y complejas; pero a la vez, sirve para presionar la fórmula específica a la que se adhiere.

En la práctica, no es cualquier judicialización, es una de aquella que impone un régimen altamente desformalizado a partir de cláusulas generales de solución que se sostienen en la acción de protección o en una casación bajo figuras como la infracción de ley pero constitucional.

En los hechos, políticas como la cobertura de remedios para enfermedades catastróficas; el pago de los planes de salud; la devolución de los fondos de las Isapres¹⁶ o cuestiones más generales como la legislación ambiental o de libre competencia, pasan a ser desplazadas por esta deliberación jurisprudencial de políticas públicas.

De cara a la construcción de los derechos, ¿qué tipo de políticas públicas son esperables en este marco constitucional nuevo, particularmente, en uno que promueve el desarrollo progresivo de derechos social en un contexto de responsabilidad fiscal?

¹⁵ Enmienda 240 de la centroizquierda.

¹⁶ Donde la Corte Suprema vuelve a sorprender desandando su propia sentencia, derivándolo a las Cortes de Apelaciones.

4.1.- ¿Superación de la judicialización? En el diseño de algunas enmiendas de los expertos, especialmente de la derecha, hay una búsqueda por superar esta judicialización (que aparece como algo más que un implícito).

El diseño de algunas enmiendas pretende configurar un mecanismo de construcción aséptica, colegiada, institucional, fiscalmente responsable y progresiva de los derechos sociales prestacionales principales (educación, salud, vivienda y seguridad social) en la Enmienda 273. Se propone la creación de un Consejo Social Autónomo en lo que sería la respuesta de una nueva racionalidad a este tipo de políticas públicas. Junto a ello, estarían al margen de la judicialización, no reconociendo que sean derechos susceptibles de acción de protección (Enmienda 272). Finalmente, en la Enmienda 90 establece un conjunto de elementos que incorporan muy fuertes restricciones en contra de la judicialización de los derechos sociales bajo la noción global de derechos prestacionales.

Primero, una distinción entre derechos prestacionales respecto de los que no lo son. Esta dimensión puede ser tan acertada como compleja. Demasiadas libertades tienen un componente prestacional con lo que la exactitud del ámbito normativo de esta regla tiene elementos que reconfiguran la teoría de las garantías de derechos prestacionales. Bajo esta hipótesis, la pretensión es reducir dichas garantías a la ley, en el marco y alcance que ésta fije. Adicionalmente, imprime la noción de excluir de sus determinaciones todo mandato jurisdiccional. Dicho de otra manera, en las enmiendas propuestas hay una reserva de ley, una interpretación jurisdiccional conforme a esa ley y una prohibición de incremento de esos derechos o beneficios, sea bajo modalidades implícitas, indirectas o progresivas.

En un inciso adicional, vuelve a repasar los límites de la función jurisdiccional al someter a un régimen de prohibiciones todo lo que tenga que ver con el desarrollo de políticas públicas en sus fases de diseño e implementación y de incidencia en políticas fiscales.

Desde el otro sector, también se examina bajo otro prisma, en la Enmienda 262, una manera diferente de encarar el problema de los derechos prestacionales, sujetando al legislador a una serie de restricciones, sin embargo, en el ámbito jurisdiccional hace aplicable a todo tipo de derechos la acción de protección sin limitación alguna en la Enmienda 266.

4.2.- Un dilema de comprensión de los alcances de los DESCA en el Estado Social.

Las soluciones planteadas por las enmiendas nos generan un problema doble. Por una parte, hay una comprensión equivocada respecto del sentido de los derechos prestacionales. Muchos de ellos son transversales a la dimensión civil o social. Y, por otro lado, se especifican como derechos de organización y procedimiento, pero estructurados como tal respecto de cada uno de los derechos. Es regresiva la idea, por ejemplo, que el derecho a la educación elimine todos sus vínculos con un régimen de acreditaciones, de calidad, sometido a superintendencia, de subvenciones para ser sustituido por un solo Consejo Social. Piénsese el mismo ejemplo respecto de todas las contingencias de seguridad social. Eso es

normativamente regresivo en torno a cada derecho. Pero, por otro lado, otras enmiendas facilitan la judicialización de los derechos sociales. Mediante la búsqueda de una bala de plata (acción de protección con esteroides a todo evento) como solución a toda fórmula de derechos.

4.3.- No judicializar está difícil.

La oferta judicial no puede ser una continuidad extendida a todo derecho o su prohibición de establecimiento. Por de pronto, esta última opción viene negada desde dos principios ya aprobados. Por un lado, el principio interpretativo favor persona (art. 17 inc. 6° de las indicaciones), que por diversas vías jurisdiccionales (derechos individuales fuertes y estrategias indirectas abarcadoras de los derechos sociales o derechos convencionales de los tratados) terminan asumiendo competencias sobre estas políticas públicas. Si se hizo en una Constitución que no les otorgaba competencia, con mayor razón en una que amplía los derechos sociales. Pero, por otro lado, no será posible negarle el acceso a la justicia las decisiones de un hipotético Consejo Social si todos los órganos del Estado están sujetos al principio de impugnabilidad (art. 11 de las indicaciones).

4.4.- Reconfigurar el ámbito de la justicia en los DESCA. Regular las sentencias estructurales.

Descartar la función jurisdiccional de un modo directo es entrar en un callejón sin salida razonable. Un bono, subsidio o una modalidad de titulares con derecho a los mismos y que fueron excluidos arbitrariamente no podrían tener derecho al mismo, pese a ser considerados abstractamente en la ley, porque la decisión jurisdiccional tendrá incidencia fiscal. Esto es parte del corazón de la discusión sobre derechos y obliga a reexaminar cómo propiciar mecanismos que realicen una distinción.

Pero sí es plausible encontrar un método que impida que una política pública compleja dependa de una decisión jurisdiccional. Una ley financiada y difícilmente consensuada en materias DESCA no puede estar al amparo de una decisión de mérito jurisdiccional. Para ello, debe haber un procedimiento especial. Eso puede tener cualquier nombre, pero es preferible adoptar el de Colombia: sentencias estructurales. Dicho a nuestra manera, fármacos en enfermedades raras, Isapres en todas sus versiones o la contaminación de Puchuncaví-Quintero son sentencias estructurales. Los tribunales ejercen su función natural: desbloquear, salir de la no solución y propiciar un camino. Pero a partir de ahí, debe haber un mecanismo legal para producir la solución a este tipo de políticas complejas. Eso es judicializaciones dialógicas, con sentencias de seguimiento, formatos de negociación y fórmulas de financiamiento con intervención activa del Ejecutivo y del Congreso Nacional. Ese es un mecanismo que permite lo que hacen todas las regulaciones: institucionalizar y canalizar.

Y para los demás derechos no prestacionales, la acción de protección puede seguir prestando una función útil a partir de toda la experiencia acumulada. No obstante, tarde o temprano debe democratizarse su acceso en términos de la instancia o su virtualidad.

C.- ANÁLISIS DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES.

Esta parte es una revisión muy somera y pone el acento más bien en las insuficiencias que en un examen de las virtudes.

a.- **Derechos procesales.** Hay una herencia pesada aún en la distinción vigente entre el art. 19 N° 3 y N° 7, en relación con el artículo 83 de la Constitución. Es un avance el establecimiento de garantías penales mínimas. Para ello, habría bastado utilizar el excelente listado del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. En cualquier circunstancia, hay desarrollo de las reglas del debido proceso. La redacción, no obstante, no es del todo prolija o se abre a fórmulas complejas como la introducción del principio de retroactividad favorable en el ámbito de la ejecución de la pena, lo que tiene efectos simbólicos o reales centrales en materia de violaciones a los derechos humanos.

b. **Derechos, tecnología y ciencia.** Hay varias indicaciones o enmiendas que nos retrotraen a este central debate a raíz de neuroderechos¹⁷, límites de la investigación científica¹⁸, protección de datos o pura evolución técnica de las comunicaciones. Esta cuestión es capital en orden a consagrar derechos que no queden obsoletos en poco tiempo. Por eso, se habla de derechos digitales¹⁹ más que un ámbito específico sobre los datos. Hay una dimensión subjetiva detrás de las garantías que es central de examinar en el caso del consentimiento como “único” mecanismo de protección de datos en circunstancias que esa es simplemente la vía para estar en el mundo digital.

c. **En materia de igualdad.** O retomamos el control creciente sobre el proceso de no discriminación o volvemos atrás. Las indicaciones aprobadas son regresivas y no dan cuenta del actual estadio de desarrollo de la igualdad en Chile hoy por hoy. La reintroducción de la igualdad entre hombres y mujeres, la especificación de la paridad así como la cláusula de antidiscriminación son parte del camino lógico que ha tomado el constitucionalismo bajo una lenta progresión jurisprudencial.

d. **Honra familiar.** Los tratados de derechos humanos no reconocen lo que la Constitución y las indicaciones denominan por tal. Por lo mismo, la honra es individual (art. 17 PIDCyP) pero ésta no se vincula con un bien jurídico “honra familiar”. No existe esa consideración. PDCyP: art. 17 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. CADH Artículo 11 Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

¹⁷ Art. 19 N° 1 de la Constitución.

¹⁸ Ley 19.120.

¹⁹ BARRIO, Moisés (2021), “Génesis y desarrollo de los derechos digitales”, Revista de las Cortes Generales N° 110, España, Primer semestre (2021): pp. 197-233

e. Detención flagrante. Es una excepción esta detención en el marco legal por parte de un particular. Dentro de esas características debería ser reformulado de un modo tal que se adaptaran algunas normas, por ejemplo, eliminar el plazo de la detención dentro de 24 horas con el objeto de ser entregado inmediatamente a la autoridad policial y no al tribunal competente como dicen esas normas. ¿Cómo alguien puede saber cuál es el tribunal competente? ¿Para qué necesito 24 horas?

f. Ampliación de la libertad de expresión. En lo práctico introduce dos modificaciones que amplían la libertad de expresión. Especifica el estándar interamericano de derechos humanos respecto de un derecho que se ampara en el impedimento de censura pero que responde por su “responsabilidad ulterior”. Y, además, refuerza esa noción asociando los límites a delitos, eliminando la noción de “abusos”, con lo que fortalece las vías de protección frente a políticas que regulen abusos (cancelaciones, orientaciones oficiales, verdades reconocibles, etc.).

Se ratifica el derecho a rectificación sin mayor novedad.

En materia de televisión existe novedad porque no introduce el CNTV, lo que determina una doble desconstitucionalización del organismo, tanto porque se rebaja al nivel legal y porque se desfonda su finalidad.

En cuanto al impedimento de monopolio estatal, valdría constitucionalizar el principio de libre competencia tan consustancial al pluralismo.

Parece muy correcto eliminar la referencia a la regulación cinematográfica, la que a diferencia de CNTV no degrada en lo más mínimo sus contenidos normativos.

g. Completar las bases. Por ahora, hay dos enmiendas (82 y 83) que pretenden llenar la única omisión en materia de derechos en relación con las Bases. Sin embargo, solo una de las enmiendas (83) lo refiere con claridad: el interés superior de los niños. Todos los demás elementos de dicho derecho pueden reconducidos a la ley: el derecho a ser escuchados, la protección respecto de una vida libre de violencia y temor, etc.

h.- Derecho a la salud. Lo primero es recordar la buena síntesis laboral de las indicaciones expertas porque incorpora dentro del trabajo decente la salud de los trabajadores (art. 17 inc. 18) así como una manifestación de la salud mental mediante la desconexión digital de un mundo del trabajo totalizador por la vía de los mecanismos virtuales.

En todas las demás dimensiones el derecho a la salud está completamente interferido por el conflicto relativo a la percepción de las cotizaciones y al inadecuado entendimiento sobre la libertad de elección que es de prestadores y no de regímenes, asociados a las normas. Aceptar una regla de esa naturaleza es completamente contrario a los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

En cuanto al derecho mismo, me remito a las referencias sobre la insuficiencia de su estándar social.

Se pueden seguir examinando con mayor profundidad todos los demás derechos, pero este análisis de lo particular, en el contexto de los pactos enunciados da cuenta de una aproximación más sustantiva a nuestros problemas en materia de derechos.

