



# 7 nudos críticos del borrador constitucional

José Manuel Astorga  
José Antonio Valenzuela

3 DE JUNIO 2022

**10** años  
HORIZONTAL

## Índice

Introducción.....	3
Estructura del documento.....	4
<b>1.</b> Sistema político y gobernabilidad.....	5
<b>2.</b> Sistema económico.....	11
<b>3.</b> Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y plurinacionalidad.....	19
<b>4.</b> Derechos sociales.....	24
<b>5.</b> Seguridad, orden público y defensa.....	31
<b>6.</b> Relaciones internacionales y política exterior.....	35
<b>7.</b> Reforma de la Constitución y nueva Constitución.....	39

## Introducción

A poco más de un mes del término del trabajo de la Convención Constitucional, este documento propone un primer análisis crítico a una selección de artículos aprobados por su pleno que fueron incorporados en la propuesta de Constitución despachada a la Comisión de Armonización.

Este trabajo agrupa temáticamente artículos analizados de manera sistémica en siete acápite que denominamos “nudos críticos”. Así, el documento analiza el tratamiento del (i) sistema político y gobernabilidad; (ii) sistema económico; (iii) reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y plurinacionalidad; (iv) derechos sociales; (v) seguridad, orden público y defensa; (vi) relaciones internacionales y política exterior; y (vii) reforma a la nueva Constitución. Este trabajo no pretende realizar un tratamiento exhaustivo de la propuesta constitucional, sino que es un primer análisis crítico a un grupo acotado de materias, quedando pendiente el análisis de otras igualmente complejas como el sistema de justicia, la prohibición del arbitraje interno e internacional con el Estado, mecanismos de democracia directa o normas transitorias.

Sin duda que el texto propuesto contiene normas que buscan impulsar cambios importantes y necesarios para el país. En el catálogo de derechos fundamentales se innova incorporando algunos largamente añorados y que son esenciales para una vida digna, como el derecho a la vivienda o los derechos de niñas, niños y adolescentes; se avanza en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos individuales y colectivos; se reemplaza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y se impone al Estado el deber de enfrentar la crisis climática y ecológica, entre otras normas valorables. Este análisis reconoce el aporte que varios de los artículos propuestos puedan implicar a futuro.

También fueron aprobadas una serie de normas defectuosas que generan un alto nivel de incertidumbre o que derechamente amenazan con producir graves retrocesos en el ejercicio de los derechos y libertades de las personas, deteriorando aún más la confianza en la institucionalidad política del país y la legitimidad de nuestra democracia representativa. Muchas de estas normas, especialmente en lo que se refiere a la nueva estructura orgánica que se consagra, pueden generar un retroceso institucional que dificulte la materialización de avances en materia de derechos sociales.

Concluimos a partir del borrador final que muchas materias fueron abordadas por la Convención no desde una lógica de arquitectura constitucional, sino que como un programa político. Lejos de delinear reglas, principios y directrices generales, compatibles con espacios amplios de deliberación política, se instalan soluciones a una serie de legítimos debates de política pública con la pretensión de resolverlos de forma permanente. Esto puede

impedir que en el futuro el sistema político logre dar respuesta a las demandas ciudadanas, arriesgando debilitar la democracia representativa al acotar y rigidizar el abanico de soluciones para los desafíos sociales que enfrenta el país.

Desde Horizontal llevamos años trabajando proactivamente en el proceso constitucional, convencidos de que el país necesita una nueva Constitución que refleje la realidad del Chile actual y deje atrás nuestras divisiones históricas<sup>1</sup>. Pero esta convicción que muchas y muchos comparten no puede implicar renunciar irreflexivamente a la idea de que esta debe ser una Carta Magna que nos una y no que nos siga dividiendo. Este documento es un primer intento de contribuir a dicha reflexión.

## *Estructura del documento*

En el documento se hace una breve introducción de cada capítulo con un diagnóstico de la situación previa al proceso constituyente. A continuación, se incorporan transcripciones de artículos relevantes asociados a determinadas materias, seguidos de un análisis respecto a su contenido y posibles efectos.

Algunas normas están transcritas únicamente en la parte relevante para el análisis que se busca hacer; en otros casos hay artículos citados, o a los que se hace referencia, que no están transcritos, por lo que puede resultar conveniente la revisión de este texto junto con el borrador aprobado por la Convención<sup>2</sup>. Finalmente, cada capítulo termina con una breve conclusión que resume la opinión de los autores respecto a la materia analizada.

---

1. Ver <https://horizontalchile.cl/constitucion/>

2. <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22-I-I.pdf>



## 1. Sistema político y gobernabilidad

Antes del inicio del trabajo de la Convención existía un cierto consenso en torno a aspectos problemáticos de nuestro sistema político, uno donde la excesiva fragmentación de las fuerzas políticas y los pocos incentivos a la cooperación entre poderes generaba una creciente ineficacia de las instituciones para dar respuestas a un conjunto de problemas acuciantes para la ciudadanía.

A esto se sumaba un inadecuado funcionamiento de los partidos políticos, que enfrentaban cada vez mayores dificultades para cumplir su rol de canalizar las demandas ciudadanas, además de la pérdida de cohesión y disciplina partidaria que difuminaba sus proyectos políticos. Finalmente, la transición a un sistema electoral proporcional permitió la representación de fuerzas que anteriormente se encontraban excluidas del espectro político, sin embargo, esto acentuó la fragmentación política en el Congreso Nacional y generó incentivos electorales que requerían corrección.

En materia de forma de Estado existía un acuerdo generalizado en torno a la necesidad de descentralizar la toma de decisiones y radicar en las regiones y comunas mayores atribuciones de diseño e implementación de políticas públicas.

Para facilitar la comprensión del análisis que se propone es importante informar las siguientes características de lo aprobado:

- a) El sistema político sigue siendo uno de carácter presidencial, donde la ciudadanía elige a través de votación directa a quien será jefe de gobierno y jefe de Estado.
- b) Se mantiene un sistema bicameral, pero de carácter asimétrico e incongruente. Esto quiere decir que los integrantes de ambas Cámaras no se eligen con el mismo sistema electoral, y por lo tanto no siguen la misma lógica de representación. Tampoco tienen las mismas atribuciones ni gravitación en la formación de la ley.
- c) La Cámara de Diputados y el Senado son reemplazados respectivamente por el “Congreso de Diputadas y Diputados” y por la “Cámara de las Regiones”.

## Efectos de las normas aprobadas

### 1. El Poder Legislativo que se consagra será más fuerte que el actual, asumiendo funciones que hoy recaen en el Presidente de la República

**“31.- Artículo 27.-** Las leyes de concurrencia presidencial necesaria pueden tener su origen en un mensaje presidencial o en una moción parlamentaria”.

El Presidente pierde la “iniciativa exclusiva presidencial” que consagra la actual Constitución, la que es reemplazada por “leyes de concurrencia presidencial necesaria” (Nº 31 y 32; Artículos 26 y 27).

Esto permite que parlamentarios puedan presentar propuestas de ley en materias como aquellas que impliquen gastos, que digan relación con tributación o que autoricen a contratar préstamos, entra otras.

Este tipo de iniciativas deben ser patrocinadas por el Presidente de la República durante su tramitación, en cualquier momento hasta quince días después de despachado el proyecto por su comisión en el Congreso de Diputadas y Diputados.

Esto arriesga debilitar la responsabilidad y sostenibilidad fiscal, sometiendo al Presidente a una permanente presión política por parte de parlamentarios que no tienen responsabilidad sobre la administración del presupuesto de la República.

**“39.- Artículo 32.- (incisos tercero y cuarto)** Las observaciones parciales podrán ser aprobadas por mayoría. Con el mismo quórum, el Congreso podrá insistir en el proyecto original.

Si el Presidente hubiere rechazado totalmente el proyecto, el Congreso deberá desecharlo, salvo que insista por tres quintos de sus integrantes”.

Se modifica el veto presidencial, que actualmente permite al Presidente de la República añadir elementos, eliminar o modificar los proyectos de ley aprobados por el Legislativo, y que exige un quórum de 2/3 para que este pueda insistir en la versión original. En su lugar **se consagra un “veto débil” para enmiendas**, donde el Congreso de Diputadas y Diputados podrá rechazar el veto e insistir en su propuesta por mayoría simple, y **un “veto fuerte” aplicable únicamente para el rechazo total del proyecto de ley.**

Con esto el Poder Legislativo, especialmente el Congreso de Diputadas y Diputados, podrá imponer sus términos respecto de proyectos relevantes sin que el Presidente de la República tenga la capacidad de frenarlos. Si bien se mantiene la posibilidad de rechazar totalmente un proyecto de ley, esta será una decisión costosa políticamente y por lo tanto se transformará en una herramienta difícil de utilizar, sobre todo en grandes políticas públicas en que el Presidente no puede permitirse echar abajo la ley en su totalidad y perder todo el avance en la materia.

Cuesta entender los motivos detrás de esta limitación tan grande a una herramienta propia de la gran mayoría de los sistemas presidenciales en el derecho constitucional comparado, especialmente en un contexto en que ya nos encontramos frente a un Presidente debilitado.

## **2. El Poder Legislativo que se presenta será uno donde la parte más importante de las atribuciones se concentrarán en el “Congreso de Diputadas y Diputados”, continuador de la actual Cámara de Diputados**

**“34.- Artículo 29.- (inciso tercero)** Todos los proyectos de ley, cualquiera sea la forma de su iniciativa, comenzarán su tramitación en el Congreso de Diputadas y Diputados”.

**“16.- Artículo 12 bis.-** El Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones se reunirán en sesión conjunta para decidir los nombramientos que conforme a esta Constitución corresponda, garantizando un estricto escrutinio de la idoneidad de las y los candidatos para el cargo correspondiente”.

**“37.- Artículo 31.- (inciso primero)** Recibido por la Cámara de las Regiones un proyecto de ley de acuerdo regional aprobado por el Congreso de Diputadas y Diputados, la Cámara de las Regiones se pronunciará, aprobándolo o rechazándolo (...)

**“41.- Artículo 34.- (inciso segundo)** La ley especificará los casos en que la urgencia será fijada por la Presidenta o Presidente de la República y por el Congreso. La ley especificará los casos y condiciones de la urgencia popular”.

El Congreso de Diputadas y Diputados será siempre Cámara de origen. Los representantes regionales tendrán que solicitar a diputados que pongan su proyecto en tabla y le den tramitación. Esto hace muy posible que sean las mociones de diputados las que avancen mientras que las de representantes regionales duerman en el Poder Legislativo.

Las designaciones de autoridades, hoy competencias del Senado, serán a futuro realizadas en sesiones conjuntas de ambas Cámaras. Sin embargo, mientras que el Congreso de Diputadas tendrá un mínimo de 155 integrantes (la propuesta no fija un número exacto), la Cámara de las Regiones tendrá un mínimo de 48 representantes regionales<sup>3</sup> (Artículo 11), por lo que el peso que tendrá el primero en las designaciones podría ser de más de tres veces el de los representantes regionales.

Solo las diputadas y los diputados conocerán de todos los proyectos de ley. Con esto se modifican sustancialmente las reglas de formación de la ley actuales, donde ambas Cámaras conocen y discuten los proyectos de ley de forma simétrica. En adelante los proyectos de ley deberán ser únicamente aprobados por el Congreso de Diputadas y Diputados, y excepcionalmente podrá intervenir la Cámara de las Regiones en la tramitación de leyes de acuerdo regional (Nº 32; Artículo 28) y en uso de su atribución de revisión general (Nº 38; Artículo 31 bis). En este último caso las diputadas y diputados siempre podrán insistir en su proyecto por mayoría de sus miembros presentes.

Una última atribución relevante que adquiere el Congreso de Diputadas y Diputados es la posibilidad de fijar urgencias, y por lo tanto compartir con el Presidente de la República la agenda política en el Poder Legislativo. Con esto se termina el monopolio de la agenda legislativa por parte del Presidente de la República. Sin embargo, el problema de la norma aprobada es que señala que la regulación de las urgencias se realizará a través de una ley, lo que genera incentivos importantes para que las diputadas y los diputados busquen reducir el poder de agenda del Presidente y ampliar las hipótesis en que ellos mismos pueden fijar urgencias. Existirá un conflicto de intereses en la regulación de este asunto que puede generar problemas sistémicos y debilitar en exceso al Presidente de la República.

Todas estas normas nos dejan con una Cámara que pasará a ser el gran actor en la tramitación de leyes, y una segunda Cámara con competencias limitadas a algunas áreas y con un rol significativamente menor que el de las diputadas y diputados. Esto, acompañado de una composición fragmentada y con partidos políticos débiles<sup>4</sup> puede derivar en un sistema político aún más ineficaz que el actual, y con ello un desprestigio de las instituciones y una mayor apatía de la ciudadanía hacia sus autoridades.

### **3. Se consagra un Estado Regional con fuertes niveles de autonomía para las entidades territoriales**

---

3. El inciso primero del Artículo 11 del Primer Bloque de normas de la Comisión de Sistema Político establece que “la ley determinará el número de representantes regionales”, el que “deberá ser el mismo para cada una (región) y en ningún caso inferior a tres”. Contemplando las actuales 16 regiones, el número no podría ser menor a 48 representantes en total.

4. La referencia a los partidos políticos fue excluida de la propuesta de texto constitucional, esta solo se refiere a las organizaciones políticas.



**“143.- Artículo 2.- (inciso segundo)** Las entidades territoriales autónomas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la República, de acuerdo a la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la Naturaleza”.

**“146.- Artículo 5.- (inciso primero)** De la Autonomía de las entidades territoriales. Las regiones autónomas, comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses en los términos establecidos por la presente Constitución y la ley”.

**“209.- Artículo 15.- Empréstito. (inciso primero)** Los gobiernos regionales y locales podrán emitir deuda en conformidad a lo que disponga la ley, general o especial, la que establecerá al menos las siguientes regulaciones (...)”.

**“170.- Artículo 30.-** De los Ministerios y Servicios Públicos con presencia en la Región. **(inciso tercero)** El ejercicio de estas facultades tiene por objeto garantizar el respeto, protección y realización progresiva de los derechos sociales y económicos en igualdad de condiciones en las distintas entidades territoriales. La ley regulará el ejercicio de estas facultades”.

Se consagran espacios amplios de autonomía, tanto política, administrativa como financiera. Respecto a esta última se les entrega a las entidades territoriales autonomía para generar sus propios ingresos (pueden fijar tasas y contribuciones y también pueden emitir deuda) y para decidir cómo gastar sus recursos. Se incorporan también principios que obligan al Estado a entregar nuevas competencias con preferencia en las comunas por sobre las regiones y en las regiones por sobre el Estado central.

Al principio de autonomía, que orienta parte importante del texto, se le agregan normas que garantizan que todas las personas gocen de derechos sociales y prestaciones del Estado en igualdad de condiciones, además de normas que buscan igualar las condiciones de financiamiento que tiene cada entidad territorial. El texto parece no querer aceptar que los principios de igualdad y autonomía no se pueden maximizar de forma simultánea. O bien se busca un balance entre ambos o se hace primar a uno por sobre otro. Sin embargo, **la búsqueda de ese adecuado balance entre autonomía e igualdad requería de normas menos taxativas que las que establece el borrador del texto constitucional y de un mayor espacio al legislador para la regulación de herramientas que tendrá cada entidad territorial y su convivencia con el Estado central.**

A la hora de buscar un principio que deberá ceder en favor del otro, el texto propuesto hace presagiar que será la igualdad la que lo hará en favor de la autonomía. Tampoco se establece un sistema de frenos y contrapesos que contribuya al equilibrio de poderes entre las entidades autónomas del Estado regional. Así, no sería de extrañar que las desigualdades entre entidades territoriales se profundicen y que se reduzca la capacidad del Estado central para dar respuestas a las grandes problemáticas nacionales, mientras que la ciudadanía seguirá demandando del Presidente de la República una mejora en su calidad de vida.

## *Conclusiones*

- La regulación propuesta no se hace cargo de los aspectos que se identificaban como problemáticos del actual sistema político, y por lo tanto comete el error de dejar intactas varias de las materias más complejas de la regulación actual y de corregir una serie de temas que no necesitaban corrección.
- Si bien se optó por mantener un sistema presidencial, se introdujeron una serie de modificaciones que únicamente debilitarán la capacidad que tiene esta autoridad para dar gobernabilidad al país y mayor eficacia a las instituciones.
- En un país que enfrenta año a año problemas cada vez más complejos, el sistema político que el borrador nos ofrece arriesga reducir la capacidad de las instituciones de dar respuestas eficaces a sus ciudadanos.



## 2. Sistema económico

Durante 30 años el sistema económico chileno fue efectivo en generar un marco macroeconómico de estabilidad, desarrollar un mercado de capitales profundo, atraer inversión extranjera, generar empleo y permitir la innovación y el emprendimiento.

Sin perjuicio de esto existieron en los últimos años legítimas críticas a un orden público económico que miraba con excesiva suspicacia el rol del Estado en la economía, y que esto podía ser visto como una imposición de una visión particular, cuando el rol de una Carta fundamental es habilitar y permitir que se expresen distintas visiones económicas en la medida que cuenten con el respaldo de la ciudadanía.

A partir de los efectos concretos y visibles que ha generado la crisis climática y el calentamiento global han surgido cuestionamientos al escaso valor que la actual Constitución le atribuye a la conservación y protección del medio ambiente, la sostenibilidad y el respeto de los ecosistemas. A fin de cuentas, el crecimiento es un bien deseable, pero que convive con otros igualmente importantes, por lo que el desarrollo sustentable o sostenible ha sido una demanda transversal que ha surgido con fuerza en los últimos años.

### *Efectos de las normas aprobadas*

#### 1. Relativo a la regulación ambiental y de derecho de pueblos o naciones indígenas

**“297.- Artículo 4.-** De los derechos de la Naturaleza. **(inciso primero)** La Naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad”.

**“307.- Artículo 26.-** Principios ambientales. Son principios para la protección de la naturaleza y el medio ambiente, a lo menos los principios de progresividad, **precautorio** (...)”.

En materia ambiental se genera una categoría nueva denominada “derechos de la Naturaleza”, cuyo alcance y contenido no se delimita con precisión en el texto constitucional y respecto a la cual existe escasa experiencia internacional que permita darle contornos

(principalmente Ecuador y Bolivia). Los derechos de la Naturaleza serán objeto de acciones de tutela de derechos, ya sea por la nueva Defensoría de la Naturaleza o por toda persona o grupo (Artículo 72; inciso octavo), lo que puede constituirse en el germen de una excesiva judicialización de la protección y conservación de la naturaleza y su biodiversidad.

Otro aspecto complejo de asignarle derechos a la Naturaleza radica en transformar las disputas ambientales en una lucha respecto a quién puede adjudicarse la verdadera representación de esta, o quién interpreta de mejor manera sus derechos. Las personas y en particular las comunidades locales deben ser las protagonistas de las acciones de protección y conservación. [La regulación propuesta arriesga que múltiples intereses participen de esta tarea, pudiendo impedir el logro de un adecuado balance entre cuidado del medio ambiente y el desarrollo sostenible en todo el territorio nacional.](#)

Finalmente, la constitucionalización del principio precautorio contribuye a la falta de certeza jurídica, por cuanto mandata a quien toma decisiones que “frente a la incertidumbre de la ocurrencia de daño ambiental derivado de una actividad, y debido a la irreversibilidad y efecto sinérgico que puede provocar el daño en un elemento del ecosistema en relación con otros elementos en principio no afectados, **el principio precautorio ordena adoptar medidas precautorias, que pueden ir desde prescindir de ejecutar la actividad o acción que podría provocar este potencial -pero incierto- daño ambiental, hasta desarrollar investigación**”. Así, tomadores de decisión y especialmente tribunales tendrán pocos incentivos para permitir actividades económicas, aun sin evidencia respecto a sus efectos ambientales adversos, pues bastará que no exista una certeza absoluta respecto a la neutralidad ambiental de dicho proyecto para evitar su autorización.

**“300.- Artículo 12 B.-** Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado deberá preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Deberá, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa.

Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el artículo primero”.

**“301.- Artículo 12 C.-** “Cualquier persona podrá exigir el cumplimiento de los deberes constitucionales de custodia de los bienes comunes naturales. La ley determinará el procedimiento y los requisitos de esta acción”.

**“302.- Artículo 12 D.-** “El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujeto a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. **Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad”.**

En materia de bienes naturales comunes y bienes comunes inapropiables, si bien se establece un catálogo a nivel constitucional de bienes incluidos en ambas categorías, este queda abierto a que la ley (por mayoría simple) incorpore otros bienes actualmente no incluidos. Así, no hay claridad respecto a los efectos que tendría el que la ley declare un bien como inapropiable para quien hoy es dueño de este. Existen dudas legítimas respecto a si aplica a este tipo de casos el estatuto de la expropiación, ya que el Estado no asumiría el dominio de dicho bien, sino solo su administración.

Adicionalmente, [los permisos de uso que entrega el Estado y que recaigan en bienes comunes inapropiables no generan derechos de propiedad. Esto abre un espacio muy grande de incertidumbre para los actuales propietarios de estos derechos, desincentivando el desarrollo de actividades productivas esenciales para la economía del país.](#)

Por otra parte, la exclusión de la propiedad respecto de las autorizaciones de uso de bienes comunes impide la realización de una serie de actos jurídicos que hoy se celebran sobre estas, como son las prendas, cesiones condicionales y otras que normalmente exigen los acreedores de quienes buscan invertir en Chile. Estas normas, junto con la judicialización de su interpretación, podrían afectar de manera irreversible el desarrollo de nuevos proyectos de inversión en Chile.

[En el caso particular de la actividad minera, se elimina el reconocimiento vigente del dominio sobre las concesiones de exploración y explotación.](#) Esta materia queda sujeta a una regulación posterior, lo que dificultará mantener las inversiones existentes y atraer nuevas, las que son intensivas en capital y extensas en el tiempo y que, por lo mismo, exigen altos niveles de certeza jurídica para desarrollarse.

La pérdida de la propiedad sobre estas concesiones impediría considerar el valor presente de los derechos a extraer mineral incluyendo una estimación razonable de los flujos futuros, entre los perjuicios derivados de actos expropiatorios, lo que podría afectar nuestra competitividad respecto a otros países de alto potencial minero.

**“148.- Artículo 7.-** De la Participación en las entidades territoriales en el Estado Regional. **(inciso primero)** Los pueblos y naciones preexistentes al Estado deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”.

En materia de derechos de los pueblos o naciones indígenas se destaca la consagración de un procedimiento de consulta excesivo, que la transforma en la práctica en un derecho a veto en materias que puedan afectarlos. [Esto excede lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas](#), ya que exige que se haya otorgado el “consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”, transformando una obligación que en el derecho internacional es de medios (pues se realiza “con la finalidad de obtener su consentimiento”) en una de resultados (pues hace obligatoria la obtención de dicho “consentimiento libre, previo e informado” para que la medida se lleve a cabo).

Esto, junto con la existencia de un sistema de justicia indígena paralelo y normas de restitución de tierras, generan mayores niveles de incertidumbre para la actividad económica en zonas con alta población indígena.

## 2. Relativo al marco regulatorio de la inversión en Chile

**“205.- Artículo 10.-** Distribución de las potestades tributarias. Las entidades territoriales solo podrán establecer tasas y contribuciones dentro de su territorio conforme a una ley marco que establecerá el hecho gravado.

**“443.- Artículo 72.-** Acción de tutela de derechos fundamentales. **(inciso primero)** Toda persona que por causa de un acto u omisión sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.

**(inciso octavo)** (...) Tratándose de los derechos de la Naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo”.

**“123.- Artículo 9.-** Iniciativa de derogación de ley. Un grupo de ciudadanos habilitados para sufragar, equivalente al cinco por ciento del último padrón electoral, podrá presentar una iniciativa de derogación total o parcial de una o más leyes promulgadas bajo la vigencia de esta Constitución para que sea votada mediante referéndum nacional.

No serán admisibles las propuestas sobre materias que digan relación con tributos y la administración presupuestaria del Estado.”

El marco normativo aplicable en Chile será notoriamente más incierto, en cuanto se consagra un extenso catálogo de derechos y se amplía largamente su titularidad (derechos de la naturaleza y de las personas, individual y colectivamente) que requerirán un gran desarrollo legislativo y tomará mucho tiempo. [Esto genera incentivos para que sean los tribunales de justicia, a través de la acción de tutela, quienes tomen decisiones de política pública, sustituyendo al legislador democrático, con la falta de certeza jurídica que esto genera.](#)

La incertidumbre respecto a las reglas del juego que debe enfrentar quien quiere invertir en Chile se agrava cuando se incorporan tasas y contribuciones establecidas por cada Región autónoma, junto con regulaciones regionales y comunales más intensas.

Finalmente, la posibilidad de que una norma sea derogada directamente a través de un plebiscito sin tramitación en el Poder Legislativo puede generar problemas sistémicos y de falta de regulación en un momento dado, lo que agrava lo descrito y amenaza con posicionar a los tribunales de justicia como la principal instancia de definición de reglas en el mediano plazo, lo que puede transformarse en otro disuasivo a la inversión.

### **3. Relativo a la competencia leal y justa**

**“167.- Artículo 27.-** De las competencias de la Región autónoma. Son competencias de la Región autónoma:

(...) 19. La creación de empresas públicas regionales por parte de los órganos de la Región autónoma competentes, en conformidad a los procedimientos regulados en la Constitución y la ley”.

**“188.- Artículo 17.-** De las Empresas Públicas Municipales. Las comunas autónomas, previa autorización por ley general o especial, podrán establecer empresas, o participar en ellas (...).”

**“331.- Artículo 32.- (inciso primero)** El Estado participa en la economía para cumplir con los objetivos establecidos en esta Constitución.

**(inciso tercero)** El Estado regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas, disponiendo de sus potestades públicas, en el marco de sus atribuciones y competencias, en conformidad a lo establecido en esta Constitución y la ley” (Artículo 32; incisos primero y tercero)“.

**“332.- Artículo 34.-** El Estado tendrá iniciativa pública en la actividad económica. Para ello, podrá desarrollar actividades empresariales, las que podrán adoptar diversas formas de propiedad, gestión y organización según determine la normativa respectiva“.

La propuesta de texto constitucional incorpora normas que habilitan al Estado empresario, tanto a nivel nacional, regional como comunal, en estos últimos dos casos, bajo la condición de que exista una ley nacional que lo autorice. Llama, sin embargo, la atención que no se haya incluido norma alguna que asegure que el Estado, las regiones y las comunas participarán en el mercado en igualdad de condiciones con el resto de los actores, debiendo competir de forma leal y sin beneficios legales o regulatorios que permitan que estas empresas excluyan a sus competidores únicamente por su carácter estatal y no por una mayor eficiencia. Esto preocupa especialmente en áreas estratégicas como son las comunicaciones.

Adicionalmente, se contemplan una serie de declaraciones constitucionales en favor de ciertos tipos de asociaciones como son las cooperativas (Nº 265; Artículo 46), los pirquineros (Nº 325; Artículo 23), las ferias libres (Nº 227; Artículo 37), agricultura campesina e indígena (Nº 229; Artículo 41) o cooperativas de energía (Nº 323; Artículo 21, inciso final), lo que levanta suspicacias respecto a un posible principio general de trato preferente a ciertas asociaciones por sobre otras, sin que ello responda necesariamente a razones justificables para restringir la igualdad ante la ley y la libertad de emprender.

#### **4. Relativo al trato por parte del Estado**

**“256.- Artículo 20.- (inciso segundo)** El propietario siempre tendrá derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.

**(inciso tercero)** El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley“.



**“272.- Artículo 7.-** Derecho a la ciudad y al territorio. **(inciso cuarto)** El Estado garantizará la protección y acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos; movilidad segura y sustentable; conectividad y seguridad vial. Asimismo, promoverá la integración socioespacial y participará en la plusvalía que genere su acción urbanística o regulatoria”.

**“323.- Artículo 21.- (inciso cuarto)** La infraestructura energética es de interés público”.

**“487.- Artículo 1.-** Infraestructura y gestión de redes y servicios de conectividad. La infraestructura de telecomunicaciones es de interés público, independientemente de su régimen patrimonial”.

La propuesta de texto constitucional mantiene una definición amplia de propiedad, que cumple con estándares internacionales, pero sin embargo modifica la regulación actual en materia de expropiación, **reemplazando la referencia a una indemnización por el “daño patrimonial efectivamente causado” por una al “justo precio”**. Si bien esta no es ajena a nuestra cultura jurídica, difícilmente puede interpretarse como un sinónimo de la regulación actual<sup>5</sup>. Asimismo, sus interpretaciones en sede civil u otras no son vinculantes para la nueva justicia constitucional ni mucho menos para el legislador. **Tampoco se establece el pago efectivo o al contado, como sí lo hace el actual texto constitucional, lo que arriesga modalidades de pago abusivas o pagos en cuotas o diferidos, como ha sucedido en otras ocasiones en la historia de Chile.**

La incertidumbre que genera esta regulación de la propiedad se agrava cuando **se observan bienes cuya utilidad pública o interés general (requisito para la expropiación) queda configurada en el texto constitucional**, como ocurre con los territorios susceptibles de restitución indígena (Nº 257; Artículo 21), la infraestructura energética (Nº 323; Artículo 21) o de telecomunicaciones (Nº 487; Artículo 1); o cuando se establece que el Estado se beneficiará de la plusvalía que su acción reguladora genera. ¿Podrá esa plusvalía reducir el “justo precio” al momento de expropiar?

Finalmente, se elimina el arbitraje con el Estado (Nº 367; Artículo 15, inciso segundo), lo que puede debilitar el sistema de concesiones de obras públicas donde la existencia de arbitrajes y paneles de expertos son elementos fundamentales para entregar certezas respecto a un trato justo y a que organismos imparciales, especializados y técnicos, estarán a cargo de impartir justicia.

5. Se sugiere revisar esta columna de opinión de Carlos Peña, “¿Cuál es el justo precio?” Disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/05/13/1060804/cronica-constitucional-columna-de-opinion.html>

## Conclusiones

- Chile y el mundo enfrentan un escenario complejo para generar recursos que permitan mejorar la calidad de vida de las personas y reducir las desigualdades en el goce de derechos sociales que promete toda Constitución. Así, uno de los principales desafíos que enfrentaba la Convención Constitucional era el de buscar un adecuado equilibrio en la protección del medio ambiente y su biodiversidad con la entrega de certezas e incentivos a la inversión, tanto de la gran empresa como de los pequeños emprendedores.
- El texto que se presenta aborda de manera inadecuada estos desafíos. Un número importante de las normas que ofrece el borrador en materia económica generan espacios muy amplios de incertidumbre y reglas imprecisas, con varias normas que constituyen un claro retroceso respecto de las garantías que el Estado de Chile les ofrece a las personas. En otras materias se incorporaron normas que abren la puerta para arbitrariedades por parte del Estado a inversionistas, o que favorecen una excesiva judicialización de buena parte de las decisiones relevantes para quienes busquen invertir en nuestro país.
- Tales niveles de incertidumbre difícilmente contribuirán a que el país pueda crecer y obtener los ingresos que se requerirán para cumplir adecuadamente con un catálogo tan ambicioso de derechos fundamentales como el que consagra el borrador.



### 3. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y plurinacionalidad

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, de su derecho a la libre determinación y como parte de él, a ciertas formas de autonomía<sup>6</sup>, ha sido una de las principales demandas del proceso que la Convención Constitucional ha tratado. Para materializar este reconocimiento, los dos modelos más recurrentes en la experiencia internacional han sido “el Estado plurinacional y el reconocimiento intercultural”<sup>7</sup>.

**El órgano constituyente siguió el primero de estos caminos que consiste en la superación del Estado entendido como una nación para avanzar hacia uno en que conviven distintas naciones.**

Se trata de un mandato al Estado de “encontrar, definir y entregar nuevos espacios para que todas estas naciones se sientan representadas y partícipes de la construcción de un proyecto social, político y cultural”<sup>8</sup>, a partir de la valoración de la diversidad existente en la sociedad y como garantía de un trato igualitario que favorezca la convivencia armónica, la democracia y la unidad política del Estado<sup>9</sup>.

Así comprendida, la plurinacionalidad debe constituir una búsqueda situada a la realidad de cada país y cada pueblo<sup>10</sup>, pudiendo traducirse en diversas expresiones normativas que la doten de contenido. Implica considerar, por ejemplo, la continuidad histórica y la conservación total o parcial de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas<sup>11</sup>, los errores, injusticias y abusos cometidos<sup>12</sup> y la existencia de una deuda histórica<sup>13</sup>, la sustentabilidad y

6. El artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El artículo 4 añade que “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

7. Andrés Antivil, Sebastián Donoso, Verónica Figueroa, Salvador Millaleo, Marjorie Murray, Manuel Núñez, José Antonio Viera-Gallo (moderador), “Contribuciones al debate constitucional: Reconocimiento de los pueblos indígenas”, Centro de Políticas Públicas UC, año 2021, coordinación y edición Elisa Piña e Ignacio Caselles.

8. Huencho, Verónica Figueroa. “Estado y pueblos indígenas en Chile: ¿Avanzando hacia una gobernanza plurinacional?”. *Anales de la Universidad de Chile*. No. 19. 2021. Pp 9.

9. La Declaración de las Naciones Unidas instituye la no afectación de la integridad territorial y de la unidad política de los Estados soberanos, como los límites que el intérprete deberá considerar cuando sus disposiciones sean invocadas por determinados pueblos, grupos o personas (Artículo 46).

10. Cabe precisar que el “enfoque de derechos indígenas” exige enfrentarse a la revisión de su estatuto de derechos considerando su pertinencia étnica a un colectivo “que tiene el estatus jurídico y político de pueblo, que comparte un sistema de vida y costumbres que ha desarrollado a lo largo de su historia y que tiene el propósito de transmitirlo a las futuras generaciones” (Yáñez, Nancy, “Encuesta los mapuches rurales y urbanos 2016: un análisis del Enfoque de Derechos Indígenas, en “El Pueblo Mapuche en el siglo XXI, Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas de Chile”, Centro de Estudios Públicos, año 2017, pp. 265 y 266). Este enfoque se contrapone a una aproximación en cuanto individuos, sin mediar su reconocimiento como pueblos.

11. Ver artículo 1º Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

12. Ver *Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas*, Horizontal, año 2021, p. 12.

13. Ver “Informe de la Comisión de verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas”, del año 2003 (Presidente Ricardo Lagos).

respeto de todos los derechos involucrados<sup>14</sup> y también la diversidad existente entre los diversos pueblos indígenas<sup>15</sup>. Es por todo lo anterior que las normas constitucionales, caracterizadas por su rigidez, debieran habilitar esta búsqueda y no cerrarla adoptando como propias fórmulas abstractas que se alejen de la realidad política, social y cultural existente.

## *Efectos de las normas aprobadas*

**“5.- Artículo 4.-** Chile es un Estado **Plurinacional** e Intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de la unidad del Estado.

Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan, Selknam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley”.

**“146.- Artículo 5.-** De la Autonomía de las entidades territoriales. Las regiones autónomas, comunas autónomas y **autonomías territoriales indígenas están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses** en los términos establecidos por la presente Constitución y la ley. En ningún caso el ejercicio de la autonomía podrá atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile, ni permitirá la secesión territorial”.

**“148.- Artículo 7.-** De la Participación en las entidades territoriales en el Estado Regional. **(inciso segundo)** Los pueblos y naciones preexistentes al Estado **deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”.**

**“257.- Artículo 21.-** Derecho a las tierras, territorios y recursos. El Estado reconoce y garantiza conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas **a sus tierras, territorios y recursos.**

**La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección (...).**

14. Ver Donoso, Sebastián, “Compra de predios en conflicto. Análisis crítico y una propuesta”, en *El Pueblo Mapuche en el siglo XXI, Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas de Chile*, Centro de Estudios Públicos, año 2017, p. 336.

15. Como bien explica la profesora Huencho V. F. “También es importante considerar que la diversidad de los pueblos indígenas podría sugerir que no existe un solo concepto de gobernanza que se adapte a todas las circunstancias o contextos, lo que requiere una apertura para identificar dimensiones que puedan ser estables así como otras que requieran una adecuación territorial, ancestral o de otro tipo”. Op. cit, p. 133.

**(inciso tercero)** La restitución constituye un **mecanismo preferente de reparación**, de utilidad pública e interés general.

**(inciso cuarto)** Conforme a la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los **recursos que tradicionalmente han usado u ocupado**, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva”.

**“312.- Artículo 4.-** La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en autonomías territoriales indígenas o territorios indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento, en conformidad a la Constitución y la ley”.

**“340.- Artículo 2.-** Pluralismo jurídico. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación **coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia (...)**”.

**“375.- Artículo 26.-** Impugnaciones contra las decisiones de la jurisdicción indígena. La Corte Suprema conocerá y resolverá de las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena, en sala especializada y asistida por una consejería técnica integrada por expertos en su cultura y derecho propio, en la forma que establezca la ley”.

Lejos del propósito descrito en la introducción, la propuesta de Constitución concibe la plurinacionalidad como un proyecto acabado. Una fórmula única, que no deja espacio para matices o perfeccionamientos posteriores.

Se trata de disposiciones homogeneizadoras, que no hacen ninguna distinción entre los diversos pueblos y naciones, sino que, por el contrario, parecieran generar una identidad absoluta entre los conceptos de “pueblo indígena” y “nación indígena”, sin reconocer que el ser o no una nación requiere identificar ciertas características propias, lo que por cierto permitiría justificar el surgimiento de otras naciones al interior del Estado chileno.

Por otra parte, la propuesta acompaña el reconocimiento político con una serie de derechos individuales y colectivos configurados, en su mayoría, como un “estatuto privilegiado” frente al resto de quienes conforman esta generación de chilenas y chilenos.

Por ejemplo, respecto de las tierras, gran parte de ellas pertenecen a propietarios no indígenas, lo que en la actualidad genera un conflicto de títulos de dominio<sup>16</sup>. Entre las normas transcritas más arriba, se establece, en lo pertinente, que la propiedad de las tierras indígenas “goza de especial protección” siendo legítimo preguntarse si esta “especial protección” implica que en estos casos el Estado siempre deberá privilegiar los intereses de los pueblos y naciones indígenas. Lo mismo ocurre con el derecho especial de uso de recursos que se encuentren en sus territorios (Nº 257; Artículo 21) o con el deber del Estado de garantizar la protección, integridad y abastecimiento de las aguas situadas en autonomías territoriales indígenas o territorios indígenas (Nº 312; Artículo 4).

Otro ejemplo es la creación de un sistema de justicia paralelo, que coexistirá en igualdad de condiciones con la justicia chilena, sin restricción de materias, personas a las que se puede aplicar y sin derecho a opción. Especialmente preocupante en este sentido fue el rechazo de indicaciones<sup>17</sup> que intentaban corregir estas deficiencias, porque dicha negativa del Pleno constituye un antecedente central a la hora de determinar los límites de las políticas que podrá impulsar el legislador en la materia. Además, se establecen escaños reservados cuyo número dependerá de la cantidad de personas que se reconozcan como indígena, sin considerar el porcentaje del padrón indígena que vota por sus representantes (Nº 68; Artículo 60).

Por último, el derecho de los pueblos y naciones a otorgar su consentimiento libre, previo e informado en todas aquellas materias o asuntos que les afecten<sup>18</sup>, implica un derecho a vetar cualquier política pública que el Estado promueva, cuando las soluciones no los satisfagan íntegramente. En este ámbito la norma constitucional va mucho más allá de lo que establecen los instrumentos internacionales en la materia, como se indicará más adelante.

---

16. Antivil, Donoso, Figueroa, Millaleo, Murray, Núñez y Viera-Gallo, op. cit., p. 12.

17. Artículos 24 bis y 24 ter propuestos por el convencional Mauricio Daza.

18. Se excede con esto el tenor literal del artículo 6, del Convenio 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo” ratificado y vigente en nuestro país que establece:

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

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

## Conclusiones

- En suma, el modelo propuesto por la Convención parece más una copia de aquel construido por Álvaro García Linera<sup>19</sup>, vicepresidente de Bolivia entre 2006 y 2019, que el resultado de un proceso de deliberación democrática capaz de sentar las bases de una evolución concreta, en el relacionamiento entre el Estado de Chile y los diversos pueblos indígenas. No considera de manera adecuada sus particularidades propias, y tampoco la necesidad de promover una convivencia armónica con las chilenas y chilenos no indígenas.
- Se configura así un modelo que incentiva la separación y amenaza con dividir a nuestra sociedad, en contra de los objetivos que los principios de plurinacionalidad e interculturalidad buscan impulsar.

---

19. Se trata de un concepto político que excede largamente el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, debiendo entenderse como una parte de lo que el propio García Linera ha definido como un “trípode societal”: i) Estado plurinacional, ii) Régimen autonómico y iii) Nacionalización e industrialización de los recursos naturales en el contexto de una economía plural. Modelo construido a partir de la idea que, a la vanguardia de la autoemancipación de las clases populares, se encuentran las clases indígena-campesina-obrera y vecinal, que sustentarían la solidez y estabilidad del Gobierno Revolucionario de Bolivia (García Linera, Álvaro, *Las tensiones creativas de la revolución, La quinta fase del Proceso de Cambio*). Aldo Mascareño intenta demostrar que proviene de las construcciones teóricas y políticas del pensamiento decolonial (Ver Mascareño, Aldo, “Abandonar la modernidad. Discurso y Praxis decolonial en la Convención Constitucional Chilena”, en Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos, marzo de 2022).



## 4. *Derechos sociales*

Una de las principales expectativas ciudadanas respecto de la propuesta de nueva Constitución es avanzar en el reconocimiento y/o fortalecimiento de los derechos sociales. Probablemente en este capítulo es donde se juega la posibilidad del proceso de restablecer la confianza de la ciudadanía en la capacidad de nuestra institucionalidad política de dar respuesta a las demandas colectivas que le dieron origen.

Lamentablemente, el debate sobre los derechos sociales estuvo centrado más en su fórmula concreta de materialización y exigibilidad que en promover acuerdos transversales y pragmáticos sobre aquellos bienes considerados como básicos para dar respuesta a una nueva noción más exigente de la igual dignidad, con la urgencia requerida.

### *Efectos de las normas aprobadas*

#### 1. Derecho a la salud

**“279.- Artículo 14.-** Derecho a la salud. **(inciso primero)** Toda persona tiene derecho a la salud y bienestar integral, incluyendo su dimensión física y mental.

**(inciso noveno)** Corresponderá exclusivamente al Estado la función de rectoría del sistema de salud, incluyendo la regulación, supervisión y fiscalización de las instituciones públicas y privadas.

**(inciso décimo)** El Sistema Nacional de Salud será financiado a través de las rentas generales de la nación. Adicionalmente, la ley podrá establecer el cobro obligatorio de cotizaciones a empleadoras, empleadores, trabajadoras y trabajadores con el solo objeto de aportar solidariamente al financiamiento de este sistema. **La ley determinará el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema”.**

En materia de salud, compartimos la idea de un plan universal de salud y un fondo único de salud solidario, lo que implicaría transitar desde un sistema dual con lógicas distintas, a uno nuevo de “seguridad social” con foco en mejorar el ejercicio efectivo de este derecho



por parte de todas las personas<sup>20</sup>. Sin embargo, no compartimos que este tránsito se deba implementar excluyendo totalmente el rol de los privados en la administración de fondos de salud, como ocurriría al establecer que **existirá un órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos de este sistema.**

Muy por el contrario, al no absorber las consecuencias de sus resultados, los órganos estatales suelen incurrir en falencias que afectan directamente a la comunidad. En el caso de Fonasa<sup>21</sup>, forma parte de un sistema que actualmente no logra cubrir la necesidad de atención, especialmente para diagnósticos y tratamiento que no cuentan con garantías explícitas de salud (GES), respecto de los cuales no existen plazos legales exigibles<sup>22</sup>.

No parece razonable entonces aumentar las responsabilidades de esta entidad estatal o de la que la reemplace, dejándola como única administradora de todos los fondos del sistema sin dejar alternativas para cuando el Estado no responda. Tampoco lo es que una decisión de esta magnitud se resuelva por la Constitución con la rigidez que ello implica<sup>23</sup>.

En cambio, dejar abierta la posibilidad de que exista un sistema de multi seguro, por cierto, bajo estándares y condiciones exigentes definidas por el legislador, habría implicado mantener un adecuado incentivo para mejorar el uso de los recursos de todo el sistema, conservar una alternativa frente a falencias del administrador público y, lo más importante, permitir que las personas sigan teniendo un derecho a elegir libremente entre aseguradoras estatales o privadas.

## 2. Derecho a la educación

**“282.- Artículo 17.-** La educación será de acceso universal en todos sus niveles y obligatoria desde el nivel básico hasta la educación media.

El Sistema Nacional de Educación estará integrado por los establecimientos e instituciones de educación parvularia, básica, media y superior, creadas o reconocidas por el Estado. Se articulará bajo el principio de colaboración y tendrá como centro la experiencia de aprendizaje de los estudiantes. El Estado ejercerá labores de coordinación, regulación, mejoramiento y supervigilancia del Sistema. La ley establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales.

20. Ver *Reconfiguración de los Derechos Sociales*, Horizontal, año 2021.

21. A mayor abundamiento ver Silva, Bernardita y Velasco, Carolina, “Radiografía a las necesidades de los grupos A y B de Fonasa”, *Debates de Política Pública CEP*, p. 36, año 2021.

22. Informe “Glosa 06. Lista de espera no ges y garantías de oportunidad GES retrasadas”, Ministerio de Salud, año 2020.

23. Sobre la importancia de que la Constitución no cierre alternativas de política pública que pueden resultar apropiadas en determinado momento y contexto, se sugiere revisar Velasco, Carolina, “¿Seguro único o multiseguros? Análisis del informe de la comisión presidencial de salud” (Centro de Estudios Públicos, 2014).

Las instituciones que lo conforman estarán sujetas al régimen común que fije la ley, serán de carácter democrático, **no podrán discriminar en su acceso**, se regirán por los fines y principios de este derecho, **y tendrán prohibida toda forma de lucro**.

**(inciso sexto)** El Estado deberá articular, gestionar y financiar un Sistema de Educación Pública, de carácter laico y gratuito, **compuesto por establecimientos e instituciones estatales de todos los niveles y modalidades educativas**. La educación pública constituye el eje estratégico del Sistema Nacional de Educación; su ampliación y fortalecimiento es un deber primordial del Estado.

**(inciso séptimo)** El Estado deberá financiar este Sistema de forma permanente, directa, pertinente y suficiente, a través de aportes basales, a fin de cumplir plena y equitativamente con los fines y principios de la educación (...).

En primer lugar, urge afirmar que esta Constitución omite el deber y derecho preferente de madres y padres de educar y cuidar a sus hijas e hijos. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes depende antes que nada de que los adultos en torno a ellos asuman un compromiso y un rol co-garante respecto a su ejercicio.

Sorprende así que se omita una disposición reconocida en la Convención de los Derechos del Niño, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, que apunta a involucrar a padres y madres (y a las personas encargadas legalmente del niño o la niña) en el cuidado, educación y entrega de guía apropiada para que ejerzan sus derechos y libertades conforme a su nivel de desarrollo. Se trata de que se sumen al logro de un objetivo social esencial y su exclusión constituye una manifestación muy concreta de la desconfianza que el texto constitucional propuesto exhibe respecto al rol de las personas en la vida social.

Por otra parte, el proyecto de Constitución crea dos sistemas, el Sistema Nacional de Educación integrado por los “establecimientos e instituciones de educación parvularia, básica, media y superior, creadas o reconocidas por el Estado” y el “Sistema de Educación Pública”, integrado únicamente por establecimientos e instituciones estatales.

El deber estatal de financiamiento se consagra solo respecto de este último sistema, **generando incertidumbre sobre la subsistencia del financiamiento del Estado para los establecimientos particulares subvencionados**.

Respecto a los establecimientos particulares pagados, en tanto pertenezcan al Sistema Nacional de Educación, deberán estar sujetos a un régimen común, no podrán discriminar en su acceso y tendrán prohibida toda forma de lucro.

Por otro lado, al establecer que el Sistema de Educación Pública que el Estado debe articular, gestionar y financiar será de carácter laico y gratuito, en la medida en que la ley habilite a los establecimientos privados para recibir financiamiento público, estos no podrían mantener proyectos educativos de carácter confesional.

**“284.- Artículo 19.-** La Constitución garantiza la libertad de enseñanza y es deber del Estado respetarla.

Ésta comprende la libertad de padres, madres, apoderados y apoderadas a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes (...).”

En este artículo, se excluye como parte de la libertad de enseñanza el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Se retrocede así en una garantía que daba cuenta de la importancia del desarrollo de los más diversos proyectos educativos, mostrando la riqueza del aporte de las personas y la sociedad civil a lo público y del valor del pluralismo en una sociedad democrática y diversa.

**“281.- Artículo 16.-** Todas las personas tienen derecho a la educación. La educación es un deber primordial e ineludible del Estado.

La educación es un proceso de formación y aprendizaje permanente a lo largo de la vida, indispensable para el ejercicio de los demás derechos y para la actividad científica, tecnológica, económica y cultural del país. **Sus fines son la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico y el desarrollo integral de las personas, considerando su dimensión cognitiva, física, social y emocional.**

**La educación se regirá por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tendrá un carácter no sexista y se desarrollará de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística (...).”**

Sin que sea posible manifestar abierta oposición a estos principios y fines ya que no se consagra su contenido, preocupa que la aplicación de los mismos conlleve la imposición de determinadas visiones por sobre otras, atentando contra la libertad y la diversidad de proyectos educativos que debiese promover el Estado. Aumenta la inquietud cuando advertimos que se incluyen entre los principios aplicables todos los establecidos en la Constitución.

Más preocupante aún resulta lo anterior, si consideramos que el borrador no incorporó una norma que está presente en la actual Constitución, y que prohíbe dirigir la enseñanza a propagar tendencias político-partidistas. Se trata de otro retroceso inexplicable, respecto de un estándar que es ampliamente reconocido como una garantía indispensable para la democracia.

### 3. Regulación laboral

**“274.- Artículo 9.-** Participación de los trabajadores y trabajadoras. Los trabajadores y trabajadoras, a través de sus organizaciones sindicales, tienen el derecho a participar en las decisiones de la empresa. La ley regulará los mecanismos por medio de los cuales se ejercerá este derecho”.

**277.- Artículo 12.-** Derecho a la libertad sindical. **(inciso segundo)** Las organizaciones sindicales son titulares exclusivas del derecho a la negociación colectiva, en tanto únicas representantes de trabajadores y trabajadoras ante el o los empleadores.

**(inciso quinto)** La Constitución asegura el derecho a la negociación colectiva. Corresponderá a los trabajadores y trabajadoras elegir el nivel en que se desarrollará dicha negociación, incluyendo la negociación ramal, sectorial y territorial. Las únicas limitaciones a las materias susceptibles de negociación serán aquellas concernientes a los mínimos irrenunciables fijados por la ley a favor de los trabajadores y trabajadoras.

**(inciso sexto)** La Constitución garantiza el derecho a huelga de trabajadores, trabajadoras y organizaciones sindicales. Las organizaciones sindicales decidirán el ámbito de intereses que se defenderán a través de ella, los que no podrán ser limitados por la ley.

**(inciso séptimo)** El legislador no podrá prohibir la huelga.

**(inciso octavo)** La ley sólo podrá establecer limitaciones excepcionales a la huelga para atender servicios esenciales que pudieren afectar la vida, salud o seguridad de la población”.

En materia laboral llama especialmente la atención el nivel de detalle con que se consagra, a nivel de derechos fundamentales, elementos importantes de la regulación laboral del país. **Varias de estas normas corresponden más a aspectos propios de un programa político en materia laboral que a principios del derecho al trabajo, a la seguridad social o a la libertad sindical.** Así, la consagración constitucional del derecho de los sindicatos a participar en las decisiones de la empresa, la negociación ramal, sectorial y territorial y la imposibilidad de prohibir la huelga en espacio alguno, son ejemplos de políticas públicas válidas, y en algunos casos incluso adecuadas, pero cuya inclusión a nivel constitucional podría generar efectos negativos de difícil corrección.

La consagración constitucional de la negociación ramal, sectorial y territorial (respecto de esta última hay poca claridad respecto a su definición y alcance) es especialmente compleja, pues será un derecho de los trabajadores elegir entre ellas. Así, posibles efectos negativos de la masificación de estas instancias no podrán ser corregidos por el legislador (implicaría una reforma constitucional sujeta a plebiscito o a un quórum de dos tercios en el Poder Legislativo). Esto implica que **un mismo instrumento se aplicará a grandes, medianas y pequeñas empresas, con escaso margen para distinguir las realidades disímiles de cada una, lo que pudiese transformarse en un incentivo al aumento del trabajo informal.**

Finalmente, se establece que los sindicatos tienen la libertad de decidir el ámbito de intereses que defenderán a través de la huelga, “los que no podrán ser limitados por la ley”. Dicha redacción genera importantes dudas respecto a cómo operará la huelga a futuro, pone en tela de juicio el efecto vinculante de los instrumentos colectivos y permite que las huelgas tengan motivaciones ajenas a la relación entre el trabajador y la empresa, y pueda vincularse a fines directamente políticos.

En síntesis, el texto incorpora cambios muy profundos en materia laboral, zanjando álgidos debates propios de la política, los que pasarían a ser de muy difícil adaptación. El rol de los trabajadores en la toma de decisión de las empresas, los alcances y ámbitos que se pueden defender con la huelga y la forma de realizar negociaciones colectivas se incorporan como parte del derecho de los trabajadores, y su reforma a futuro requerirá de dos tercios del Poder Legislativo o de un plebiscito ratificatorio, lo que podría bloquear cambios futuros si estas respuestas demostraran ser inconvenientes. **El conjunto de normas aprobadas en materia laboral podría convertirse en un obstáculo al esfuerzo de fomentar la creación de nuevos puestos de trabajo y de aumentar la proporción de trabajadores con empleos estables y formales.**

## Conclusiones

- Las normas analizadas en esta sección constituyen ejemplos de tres criterios que orientaron la configuración de gran parte de los derechos sociales que la Convención propone al país: a) reducir los espacios de colaboración del sector privado y la sociedad civil en la provisión de prestaciones sociales; b) limitar la libertad de las personas de elegir; y c) resolver contiendas técnico/políticas altamente controversiales de forma permanente.
- Sobre lo primero, entre los modelos posibles para la configuración de derechos sociales<sup>24</sup>, son muchos los casos en que la Convención optó por reglas cerradas respecto del financiamiento o de la provisión de los bienes públicos, privilegiando, por regla general, a las instituciones estatales, limitando así el espacio para que el legislador democrático pueda adoptar las decisiones tendientes a lograr la máxima satisfacción de estos derechos sociales considerando los costos asociados<sup>25</sup> y la contribución que los privados y la sociedad civil pueden realizar en este sentido (lo que incluye permitir que la libertad de elección no sea una prerrogativa exclusiva de quienes pueden pagar por ello).
- Nos parece que esta idea dificulta las posibilidades reales de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos sociales con la urgencia requerida y elimina un contrapeso democrático que es fundamental, al limitar -para la gran mayoría de las personas- la posibilidad de elegir una alternativa distinta a la estatal.
- Sobre lo segundo, se trata de un retroceso en estándares que son esenciales en una sociedad libre, en que conviven personas con diversas concepciones del mundo, en un sistema de justicia y también en paz.
- Finalmente, sobre lo tercero, la resolución de disputas tanto técnicas como políticas a nivel constitucional trae consigo dos graves riesgos: dificultar la capacidad de adaptación para tomar decisiones adecuadas de política pública en la eventualidad que aquellas por las que optó el constituyente no den resultados y generar la percepción de que el pacto de convivencia establece reglas del juego político que benefician de forma desmedida a algunos de sus partícipes, en desmedro de otros, tal y como se ha criticado de forma cada vez más frecuente a la actual Constitución.

---

24. Gómez y García señalan que: "Entre los modelos posibles se pueden encontrar: i) la configuración legal abierta, esto es, la ley definirá si el derecho social debe proveerse por una institución pública o privada; ii) reglas cerradas respecto de financiamiento y provisión de los bienes, garantizando modelo mixto o libertad de elección, lo que no obsta a ciertas calificaciones (por ejemplo, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias, las que podrán tener un componente solidario) o iii) reglas abiertas de financiamiento y provisión de los bienes, con directrices que no infrinjan los supuestos y no obstante poder consagrarse el deber preferente del Estado en el ámbito público respectivo. Asimismo, es todavía posible pensar iv) un estatuto especial, diferenciado respecto de cada uno de los derechos sociales, en que el constituyente podrá inclinarse por uno de estos modelos, en atención a sus particularidades". Gómez y García, op.cit., p. 254.

25. Ver Sunstein Cass y Holmes Stephen, *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, traducción de Stella Mastrangelo (Editorial Siglo XXI, Colección Derecho y Política dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo, 2015).



## 5. Seguridad, orden público y defensa

Junto con la garantía efectiva y oportuna de los derechos sociales la seguridad y el orden público han constituido por años una de las demandas más profundas de la ciudadanía. Existe un sentir generalizado de mayor inseguridad que se ha traducido en que esta ha sido identificada persistentemente como una de las principales prioridades ciudadanas en las encuestas<sup>26</sup>.

Parecía urgente revitalizar y relegitimar a las policías, instituciones que tienen a su cargo como principal responsabilidad la protección de las personas y mantención del orden público. Las Fuerzas Armadas también han sido relevantes en estas tareas en los últimos años. Tanto en la zona norte y sur del país, como en la Región Metropolitana, han colaborado en asuntos de seguridad interna y mantención del orden público.

Así, una adecuada regulación de estas instituciones parecía fundamental, junto con estándares exigentes en materia de probidad, control de la autoridad civil y respeto irrestricto a los derechos humanos que nos permitieran avanzar hacia una mayor percepción de seguridad y hacia instituciones validadas y apreciadas por las ciudadanas y ciudadanos.

### ¿Qué se aprobó?

#### 1. Rol de las Fuerzas Armadas

**“86.- Artículo 16.-** Fuerzas Armadas. Las Fuerzas Armadas están integradas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Dependen del ministerio a cargo de la defensa nacional y son instituciones destinadas para el resguardo de la soberanía, independencia e integridad territorial de la República, ante agresiones de carácter externo, según lo establecido en la Carta de Naciones Unidas. Colaboran con la paz y seguridad internacional, conforme a la Política de Defensa Nacional”.

Con esto, estas instituciones no podrán colaborar en la custodia de procesos electorarios como lo hacen hoy, podría significar el fin de instituciones como las Brigadas de Refuerzo de Incendios Forestales del Ejército (BRIFES) o las Brigadas Forestales de la Armada (BRIFAR) entre otras instancias de las Fuerzas Armadas que colaboran con el manejo de emergencias y desastres naturales. También podría poner fin a acciones que se realizan cotidianamente

26. Así dio cuenta la encuesta Pulso Ciudadano, publicada el día domingo 29 de mayo del presente año, que posicionaba a la delincuencia como el principal problema de Chile en este momento.

como son la colaboración en operativos de salud e investigación científica. Finalmente, esta norma cierra de forma definitiva la puerta a entregarle otras labores como son la custodia de infraestructura crítica o pasos fronterizos.

## 2. Rol de Policías

**“89.- Artículo 19.-** Policías. Las policías dependen del ministerio a cargo de la seguridad pública y son instituciones policiales, no militares, de carácter centralizado, con competencia en todo el territorio de Chile, y están destinadas para garantizar la seguridad pública, dar eficacia al derecho y resguardar los derechos fundamentales, en el marco de sus competencias”.

**“13.- Artículo 11 bis.-** Es atribución exclusiva del Congreso de las Diputadas y Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus integrantes formulen en contra de (...):

**d)** Las y los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas Armadas, del General Director de Carabineros de Chile y del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación”.

Se innova en materia de acusación constitucional, permitiendo que sean objeto de ellas tanto el General Director de Carabineros de Chile como el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile. **Esto podría derivar en una excesiva politización de las tareas de orden público y que se normalice el buscar la responsabilidad política de las autoridades policiales ante casos emblemáticos de seguridad y/u orden público.**

A diferencia de la actual Constitución, la propuesta no establece qué instituciones integran las policías. Esto se debe a que el inciso aprobado por la Comisión de Sistema Político que señalaba que estaban integradas por Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones no obtuvo los dos tercios del Pleno de la Convención. Así, una ley aprobada por mayoría simple podrá ponerle fin a cualquiera de esas instituciones. **Adicionalmente, la regulación abre la puerta para que el Congreso de Diputadas y Diputados cree nuevas policías nacionales, regionales, comunales o incluso para autonomías territoriales indígenas.**

La actual Constitución define a Carabineros como “cuerpos armados” y “esencialmente obedientes y no deliberantes”. La propuesta en cambio señala que “son instituciones policiales, no militares”, con lo que se abren espacios de duda respecto al carácter uniformado



y armado que tendrá la institución en el futuro y los espacios entregados al legislador para modificar la estructura y enfoque que tradicionalmente ha tenido Carabineros de Chile.

### 3. Regulación de los estados de excepción constitucional

**“92.- Artículo 22.-** Estados de excepción constitucional. **(inciso primero)** Sólo se podrá suspender o limitar el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas bajo las siguientes situaciones de excepción: conflicto armado internacional, conflicto armado interno según establece el derecho internacional o calamidad pública. No podrán restringirse o suspenderse sino los derechos y garantías expresamente señalados en esta Constitución”.

**“100.- Artículo 29.-** Control jurisdiccional. **(inciso primero)** Las medidas adoptadas en ejercicio de las facultades conferidas en los estados de excepción constitucional **podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia tanto en su mérito como en su forma”.**

Se limitan los estados de excepción constitucional a tres hipótesis: conflicto armado internacional, conflicto armado interno y calamidad pública. *Así, se elimina en la propuesta del texto constitucional el Estado de Emergencia para casos de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación que establece la actual Constitución. Con esto se despoja al Presidente de la República de una herramienta que ha sido utilizada por gobiernos de todos los colores políticos ante dificultades graves en la mantención del orden y seguridad pública.*

Para el Estado de Catástrofe se delega la dependencia de la zona sujeta a declaratoria en una autoridad civil, designada por el Presidente de la República. Será esta autoridad la que podrá dar instrucciones a las autoridades de las Fuerzas Armadas que colaboren en la restauración de la normalidad constitucional, con lo que el control político del Presidente de la República sobre los cuerpos armados se difumina y debilita.

Se permite a los tribunales de justicia revisar el mérito de las medidas que se adopten en el marco de un estado de excepción constitucional, con lo que se debilitan las atribuciones presidenciales y se agregan espacios importantes de incertidumbre respecto a la vigencia y validez de las medidas que se toman para restaurar la normalidad constitucional. Asimismo, la competencia se entrega de forma genérica a los “Tribunales de justicia”, con lo que se arriesga que esta competencia la asuman los tribunales ordinarios, generando una disparidad de criterios en la revisión de las medidas y que sea utilizada políticamente para mellar la autoridad presidencial en la gestión de una crisis interna o externa.

### 4. Protección de fronteras y pasos fronterizos

**“90.- Artículo 20.- (inciso segundo)** Chile declara a América Latina y el Caribe como zona prioritaria en sus relaciones internacionales. Se compromete con el mantenimiento de la región como una zona de paz y libre de violencia, impulsa la integración regional, política, social, cultural, económica y productiva entre los Estados, **y facilita el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas”.**

**“176.- Artículo 4.-** De la cooperación internacional de regiones y comunas autónomas. En los términos que establezca la ley, **las regiones y comunas autónomas ubicadas en zonas fronterizas podrán vincularse con las entidades territoriales limítrofes del país vecino**, de igual nivel, a través de sus respectivas autoridades, para establecer **programas de cooperación e integración**, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la conservación del medio ambiente”.

Se entrega a los pueblos y naciones indígenas y a las entidades territoriales ubicadas en zonas fronterizas competencias de “cooperación”, ya sea con otros pueblos indígenas como con entidades territoriales limítrofes extranjeras, lo que **debilita el rol del Presidente de la República como Jefe de Estado y puede afectar las competencias del Estado Central en la custodia de nuestras fronteras y en el control del acceso y salida del país.**

## Conclusiones

- Se incorporaron una serie de innovaciones que no apuntan a mejorar la forma en que las instituciones enfrentan asuntos de seguridad y orden público, sino que instala una visión muy acotada del rol que estas deben tener, en especial las Fuerzas Armadas.
- En materia de seguridad pública se incorporan cambios que parecieran justificarse en una cierta animadversión a la institución de Carabineros de Chile más que en un genuino interés por garantizar el derecho a la seguridad individual y el orden público, con pleno respeto a los derechos humanos.
- Con la regulación que propone el borrador del texto constitucional se avanza hacia un entorno en que el Presidente tendrá menos autoridad y un catálogo más débil de herramientas para hacer frente a un escenario de inseguridad cada vez mayor.
- Es preocupante ver cómo en una materia tan relevante para la ciudadanía podríamos estar frente a un retroceso en la capacidad del Estado de asegurar a las personas el derecho a vivir en un ambiente seguro.



## 6. Relaciones internacionales y política exterior

Las democracias modernas han combatido la tiranía y la opresión mediante la protección de los derechos humanos, instituyéndolos como un límite al poder de los Estados soberanos.

En ese orden de ideas el Derecho Internacional contemporáneo ya no solo constituye un ordenamiento regulador de las relaciones entre los Estados, sino también se erige como un sistema que impacta directamente en los ordenamientos nacionales<sup>27</sup>. Esto implica en concreto que ni las leyes, ni los actos administrativos, ni las sentencias de los tribunales de justicia pueden vulnerarlos.

### Efectos de las normas aprobadas

**“III.- Artículo 10 (G).** Recepción e integración del derecho internacional de los Derechos Humanos. Los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, **los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional”.**

En el contexto descrito y en tanto fuentes directas del derecho internacional<sup>28</sup>, es razonable que en este artículo la Convención haya planteado integrar los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia, como fuentes formales plenamente aplicables en nuestro ordenamiento.

Pese a lo anterior, la decisión de hacerlo dándoles rango constitucional lleva aparejado dos efectos complejos: a) La determinación de cuáles son estos principios generales y las

27. Como ha explicado entre nosotros la profesora Ximena Fuentes, “los tratados internacionales tienen doble vida”, una en el ámbito internacional, en que se regula la relación entre los Estados, y otra en el ámbito nacional, donde constituyen reglas que pueden establecer derechos para los individuos (en algunos casos autoejecutables y, en otros, previa incorporación en el derecho interno). Ver Fuentes Ximena y Pérez Diego, *El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno*, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2018, pp. 119-156.

28. Con fundamento en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;  
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;  
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;  
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere”.

disposiciones que integran el derecho internacional consuetudinario, **es un asunto ampliamente debatido en la jurisprudencia y doctrina internacional**<sup>29</sup>; b) Darles la misma jerarquía normativa que a los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuya ratificación y vigencia es resultado de la aprobación de los poderes ejecutivo y legislativo, **puede brindar a los jueces una posición preponderante en la definición del sistema de fuentes en nuestro país.**

**“369.- Artículo 17.-** Principios y deberes. El sistema de cumplimiento de las sanciones penales y de las medidas de seguridad se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos y tendrá como objetivos el cumplimiento de la pena y la integración e inserción social de la persona que cumpla una condena judicial.

Es deber del Estado, en su especial posición de garante frente a las personas privadas de libertad, velar por la protección y ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales consagrados en esta Constitución y en los tratados **e instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.**

**“370.- Artículo 18.-** Tribunales de ejecución de penas. Habrá tribunales de ejecución de penas que velarán por los derechos fundamentales de las personas condenadas o sujetas a medidas de seguridad, conforme a lo reconocido en esta Constitución y los tratados **e instrumentos internacionales de derechos humanos**, procurando su integración e inserción social.

Ejercerán funciones jurisdiccionales en materia de ejecución de penas y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, protección de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley”.

Al referirse a “instrumentos internacionales” ambas normas incorporan como fuentes vinculantes respecto de determinadas materias “estándares internacionales” que no forman parte del mentado sistema de fuentes formales del derecho internacional, otorgando a los jueces un amplio poder para determinar su aplicabilidad en los casos concretos, debilitando aún más las posibilidades del legislador de regularlas y cumplir su función democrática.

Otra regla similar se incorpora al reconocer los derechos culturales del Pueblo Tribal Afrodescendiente chileno.

---

29. Constituyen una excepción la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, ampliamente reconocidas como costumbre internacional, que bien pudieron haberse incorporado en forma expresa.

**“90.- Artículo 20.- (inciso primero).** Las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto al derecho internacional, los principios de autodeterminación de los pueblos, no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, multilateralismo, solidaridad, cooperación, autonomía política e igualdad jurídica entre los Estados. De igual forma, se compromete con la promoción y respeto de la democracia, el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, la inclusión e igualdad de género, la justicia social, el respeto a la naturaleza, la paz, convivencia y solución pacífica de los conflictos, y con el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al **derecho internacional de los Derechos Humanos**”.

En la misma línea, también es compleja la incorporación a lo largo del texto de otras proposiciones normativas como ocurre con la referencia “al derecho internacional de los derechos humanos”. Cabe preguntarse si esta referencia es al N° 111, Artículo 10 (G), transcrito más arriba, o al derecho internacional de los derechos humanos en términos generales, lo que también incluiría otras fuentes como los mencionados “instrumentos internacionales”.

**“90.- Artículo 20.- (inciso segundo) Chile declara a América Latina y el Caribe como zona prioritaria en sus relaciones internacionales.** Se compromete con el mantenimiento de la región como una zona de paz y libre de violencia, impulsa la integración regional, política, social, cultural, económica y productiva entre los Estados, **y facilita el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas.**

Esta norma es buen ejemplo de un grupo de disposiciones que debilitan el rol del Presidente de la República en la conducción de la política exterior del país, ya que **limita el ejercicio de la potestad de los gobiernos democráticamente electos de establecer las prioridades que estimen más convenientes para el país al conducir la política exterior.** También resultan preocupantes aquellas normas que entregan a autoridades de entidades territoriales la representación de estas ante autoridades internacionales (N° 163; Artículo 23); aquellas que permiten la vinculación entre entidades territoriales limítrofes con otras unidades de países vecinos (N° 176; Artículo 4); o las que reducen el margen de reserva en la negociación de tratados internacionales (N° 91; Artículo 21, incisos 5° y 11°).

Otro elemento complicado es la incorporación en este mismo artículo del deber del Estado de facilitar el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas. Esto puede interpretarse como una respuesta al anhelo de modificar la configuración territorial de los

Estados americanos, partiendo de la base que la delimitación de sus fronteras respondió a decisiones e intereses que no consideraron a los pueblos originarios<sup>30</sup>.

## Conclusión

- Estamos ante una regulación que debilita el rol del Presidente de la República en la conducción de las relaciones exteriores del país, el que se matiza y comparte con distintas autoridades, y la unidad y coordinación de la política exterior chilena.
- El texto es sumamente proclive a la injerencia del derecho internacional, pero únicamente en lo relativo a las normas de derechos humanos, mientras que muestra recelo en la apertura al mundo cuando se trata de otras materias, lo que puede constituir un límite a políticas públicas que busquen fomentar una mayor apertura.
- Adicionalmente, contar con diversas normas especiales que hacen aplicable de manera directa determinadas fuentes, constituye una clara amenaza para la seguridad jurídica y puede implicar un debilitamiento del rol del legislador democrático en la definición de las políticas aplicables.

---

30. A mayor abundamiento revisar, Álvarez, Gonzalo, *Las relaciones transfronterizas indígenas y la (in)utilidad de las fronteras*, tema central nuso nº 289 / septiembre - octubre 2020.



## 7. Reforma de la Constitución y nueva Constitución

Las normas sobre reforma constitucional deben buscar un adecuado balance entre dos objetivos: a) considerar la rigidez necesaria para evitar que sucesivas modificaciones a la Constitución terminen por desestabilizar todo el sistema de normas; b) reconocer una razonable flexibilidad para evitar que cuando exista un consenso amplio, la imposibilidad de ajustarla atente contra su legitimidad<sup>31</sup>.

En cuanto a la necesidad de contar con un procedimiento institucional para la revisión total de la Carta Fundamental este debe implicar mecanismos que lo hagan más gravoso que la reforma, lo cual se puede lograr mediante la incorporación de referéndums ratificatorios<sup>32</sup>.

### Efectos de las normas aprobadas

#### 1. Reforma constitucional

**“447.- Artículo 76.-** Los proyectos de reforma a la Constitución podrán ser iniciados por mensaje presidencial, moción de diputadas y diputados o representantes regionales, o por iniciativa popular.

Los proyectos de reforma constitucional iniciados por las y los ciudadanos deberán contar con el patrocinio en los términos señalados en esta Constitución.

Todo proyecto de reforma constitucional deberá señalar expresamente de qué forma se agrega, modifica, reemplaza o deroga una norma de la Constitución.

En lo no previsto en este título, **serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las disposiciones que regulan el procedimiento de formación de la ley**, debiendo respetarse siempre el quórum señalado en los incisos anteriores”.

31. A mayor abundamiento ver Böckenförde, Markus, *El Proceso de Reforma Constitucional*, Idea Internacional, año 2021.

32. Ver por ejemplo los artículos 168 de la Constitución española o 44 de la Constitución austriaca.

**“448.- Artículo 78.-** Convocatoria a referéndum. El Congreso de Diputadas y Diputados deberá convocar a **referéndum ratificatorio** tratándose de proyectos de reforma constitucional aprobados por este y la Cámara de las Regiones, que **alteren sustancialmente el régimen político y el periodo presidencial; el diseño del Congreso de Diputadas y Diputados o la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma de Estado Regional; los principios y los derechos fundamentales; y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución.** Si el proyecto de reforma constitucional es aprobado por dos tercios de las y los integrantes del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones, **no será sometido a referéndum ratificatorio (...).**

**(inciso tercero)** Aprobado que sea el proyecto de reforma constitucional por el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, el Congreso lo enviará a la o el Presidente de la República quien, **dentro del plazo de treinta días corridos, deberá someterlo a referéndum ratificatorio.**

**(inciso cuarto)** La reforma constitucional aprobada por el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones se entenderá ratificada si alcanza la mayoría de los votos válidamente emitidos en el referéndum (...).”.

**“449.- Artículo 79.- (Inciso primero)** Referéndum popular de reforma constitucional. Un mínimo equivalente al diez por ciento de la ciudadanía, correspondiente al último padrón electoral, podrá **presentar una propuesta de reforma constitucional para ser votada mediante referéndum nacional conjuntamente con la próxima elección parlamentaria (...).**

**(inciso cuarto)** La propuesta de reforma constitucional se entenderá aprobada si la alternativa de modificación ganadora alcanza la mayoría en la votación respectiva (...).”.

El Pleno de la Convención rechazó la norma que establecía el quórum de cuatro séptimos para reformas constitucionales, por lo que debe entenderse que, salvo en aquellos casos en que una norma especial establezca una regulación distinta, la reforma de la nueva Constitución requerirá del voto favorable de la mayoría de los miembros presentes en ambas Cámaras.

Esto quiere decir que normas constitucionales pueden ser directamente derogadas por una ley simple sujeta a tramitación unicameral o, dicho de otro modo, que **toda ley que contradiga estas normas constitucionales va a reformar la Constitución, pues esta se modifica con los mismos procedimientos y quórum que una ley simple.**



Una excepción a la regla anterior son aquellas reformas constitucionales que alteren sustancialmente el régimen político y el período presencial, el diseño del Congreso de Diputadas y Diputados o la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma de Estado Regional; los principios y los derechos fundamentales; y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución.

Estas reformas también serán aprobadas por mayoría simple, pero deberán ser sometidas a un referéndum ratificatorio, salvo que hubiere sido aprobado por los dos tercios de ambas cámaras. Así, un texto constitucional que posiblemente para su implementación requiera reformas sucesivas se verá expuesto a un trámite engorroso (referéndum) o a un quórum muy alto para su reforma directa en el Legislativo, lo que dificultará su puesta en marcha u obligará a la realización de constantes referéndums que permitan ratificar estos cambios constitucionales.

El Presidente deberá someter la reforma a referéndum ratificatorio treinta días corridos después de su aprobación en el Poder Legislativo. Esto permite un control por parte del legislativo del momento en que se ratificará una reforma, pudiendo beneficiarse de la popularidad o impopularidad del Presidente de turno para garantizar un resultado en el plebiscito. No resulta recomendable que quien convoca a un plebiscito tenga control respecto del momento en que este se llevará a cabo, y en este caso el Poder Legislativo lo tiene.

## 2. Procedimiento para elaborar una nueva Constitución

**“450.- Artículo 81.-** Procedimiento para el reemplazo de la Constitución. el reemplazo total de la Constitución sólo podrá realizarse a través de una Asamblea Constituyente convocada por medio de un referéndum.

La convocatoria a referéndum constituyente **podrá ser convocada por iniciativa popular.** Un grupo de ciudadanas y ciudadanos con derecho a sufragio deberá patrocinar la convocatoria con, a lo menos, **firmas correspondientes al veinticinco por ciento del padrón electoral** que hubiere sido establecido para la última elección parlamentaria.

**También corresponderá a la o el Presidente de la República,** por medio de un decreto, convocar al referéndum, el que deberá contar con la aprobación de los **tres quintos de las y los integrantes del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones,** que deberán sesionar de manera conjunta en pleno para estos efectos.

Asimismo, **la convocatoria corresponderá al Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones,** quienes deberán sesionar de manera conjunta en pleno para estos efectos, por medio de una ley aprobada por los dos tercios de sus integrantes.

La convocatoria para la instalación de la Asamblea Constituyente será aprobada si en el referendo es votada favorablemente por la mayoría de los votos válidamente emitidos. El sufragio en este referendo será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral en Chile”.

**“451.- Artículo 82.-** De la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente tendrá como única función la redacción de una propuesta de nueva Constitución. Estará integrada paritariamente y con equidad territorial, con participación en **igualdad de condiciones entre independientes e integrantes de partidos políticos, y con escaños reservados para pueblos originarios.**

Una ley regulará su integración, el sistema de elección, **su duración, que no será inferior a dieciocho meses**, su organización mínima, los mecanismos de participación popular y consulta indígena del proceso y demás aspectos generales que permitan su instalación y funcionamiento regular (...”).

**“452.- Artículo 83.-** Del plebiscito ratificador de una Nueva Constitución. Entregada la propuesta de nueva Constitución, deberá convocarse a un referéndum para su aprobación o rechazo. El sufragio será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral dentro de Chile y voluntario para los votantes radicados fuera del país.

Para que la propuesta sea aprobada deberá obtener el voto favorable de más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos.

Si la propuesta de nueva Constitución fuera aprobada en el plebiscito, se procederá a su promulgación y correspondiente publicación”.

Se establecen tres mecanismos para convocar a un nuevo proceso constituyente; por **iniciativa popular** del veinticinco por ciento del padrón electoral, por **iniciativa del Presidente de la República** ratificada por tres quintos cada Cámara del Poder Legislativo; o por **iniciativa del Poder Legislativo** aprobada por dos tercios de los integrantes de ambas Cámaras. En cualquier caso el inicio del proceso constituyente debe ser ratificado por medio de un referéndum. Esto quiere decir que **es más fácil para el Presidente de la República convocar a referéndum para iniciar un nuevo proceso constituyente que reformar alguna norma específica relativa al procedimiento legislativo o a la configuración de un derecho fundamental**, por nombrar dos ejemplos.

El Poder Legislativo tiene la misma dificultad en convocar a un nuevo proceso constituyente que reformar la Constitución en determinadas materias. Esto muestra que **se están incorporando** restricciones importantes al poder constituyente derivado de los legisladores, al mismo tiempo que se fijaron barreras de entrada relativamente bajas para el desahucio de un nuevo texto constitucional, con la incertidumbre y costos políticos que esto genera.

Respecto al procedimiento de creación de una nueva Constitución se establece que será a través de una Asamblea Constituyente paritaria, con participación en igualdad de condiciones de independientes y con escaños reservados para los pueblos originarios, repitiendo algunos de los principales componentes del actual proceso constitucional. No se consagra sin embargo el quórum por el que este órgano aprobará sus normas, por lo que debe entenderse que será dicho órgano el que fijará sus propias reglas de funcionamiento y de aprobación del futuro texto constitucional.

Así, se generan incentivos para que este nuevo órgano convocado apruebe un nuevo texto constitucional con una regla de mayoría. Repetir la misma experiencia actual, eliminando el quórum de dos tercios como garantía de transversalidad puede arriesgar de forma definitiva la estabilidad democrática y el pluralismo político propio de todo Estado de Derecho.

## Conclusiones

- El conjunto de normas aprobadas en materia de reforma constitucional resultó un conjunto incoherente e inédito en la experiencia comparada. Esta incoherencia y novedad viene dada por una regla general de mayoría en sus reformas, con lo que pierde el rol estabilizador y contramayoritario de toda Constitución, regla que sin embargo convive con una excepción de extensa aplicación que fija reglas de cambio muy rígidas, pues impiden cambios constitucionales por parte del Poder Legislativo en diversas materias, las que a futuro requerirán de dos tercios o de un plebiscito ratificatorio para ser modificadas.
- Estos mecanismos más rígidos podrían ser razonables en el contexto de una propuesta minimalista y que genere amplio consenso, lo que no parece ser el caso de este texto que, de aprobarse, requerirá posiblemente de diversas reformas que, en sus capítulos más relevantes, serán de difícil materialización.
- La regulación del proceso de reemplazo de la nueva Constitución genera una incertidumbre permanente, especialmente al no considerar un quórum alto de aprobación de normas, regla que en este procedimiento probó ser fundamental para evitar algunos abusos en la redacción del texto constitucional que se propone.

[www.horizontalchile.cl](http://www.horizontalchile.cl)  
[horizontal@horizontalchile.cl](mailto:horizontal@horizontalchile.cl)

 [horizontalchile](#)  [horizontalchile](#)  [horizontal\\_chile](#)  [Horizontal Chile](#)

---

**10** años **HORIZONTAL**