



## **INFORME SOBRE CONTENIDOS CRÍTICOS DEL BORRADOR DEL TEXTO CONSTITUCIONAL APROBADO POR EL PLENO DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL. (16-05-2022)**

**Informe preparado por un equipo de especialistas adherentes a Amarillos Por Chile para información de adherentes e interesados en conocer consecuencias del borrador. Este informe derivó en la Alerta Roja de Amarillos del 23 de mayo 2022.**

### **1. ESTADO PLURINACIONAL Y PUEBLOS INDÍGENAS**

El texto constitucional emanado del Pleno de la Convención Constituyente señala que Chile es un Estado Regional, plurinacional e intercultural conformado por entidades territoriales autónomas - entre ellas, y de manera muy especial, las Autonomías Territoriales Indígenas (ATI)- en un marco de equidad y solidaridad entre todas ellas, preservando la unidad e integridad del Estado.

Algunos de los cambios sustantivos son:

En primer lugar, la definición de Estado Plurinacional es la que genera mayores controversias, ya que, a pesar de que este se encuentra en algunos textos constitucionales, ello ocurre en países donde existe una presencia ostensiblemente mayoritaria de pueblos originarios. Así ocurre en Bolivia, que tiene un 62% de población indígena, con 36 pueblos reconocidos en la Constitución, y en Ecuador, que tiene un 46%. En Chile, en cambio, solo un 12% se declaran integrantes de un pueblo originario. Este porcentaje está muy debajo de países como Guatemala y Perú, que son Estados que no se definen como plurinacionales... Existen varios casos de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, o de Estado intercultural (como Canadá, tras la reforma de 1971), pero sólo las constituciones de Bolivia, bajo Evo Morales, y de Ecuador, bajo Rafael Correa, tienen la denominación de “Estado plurinacional”.

El reconocimiento de los pueblos indígenas es una demanda legítima que emana de las luchas y reivindicaciones de los propios pueblos, de instrumentos contenidos en el Derecho Internacional y de diversas iniciativas que han tenido lugar desde la recuperación de la

democracia, en 1990. Entre ellas, cabe destacar, el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003), producto del trabajo de una comisión presidida por el expresidente Patricio Aylwin, bajo el gobierno del presidente Ricardo Lagos. Hay que decir también que la derecha se ha negado sistemáticamente a ese reconocimiento constitucional, a pesar de diversas iniciativas de diputados y senadores de lo que fue la Concertación, entre 1990-2020.

La mayoría de los que en Chile declaran pertenecer a un pueblo originario viven en las grandes ciudades, la tercera parte lo hace en la región metropolitana. Sólo una porción de ellos forman parte del padrón electoral mapuche y una fracción aún menor eligió votar por candidatos de las listas de pueblos originarios. Si bien en Chile existe diversidad cultural y pueblos originarios, y compartiendo que deben estar reconocidos en el texto constitucional, todos nos identificamos en una nación y Estado único e indivisible.

La propuesta no está en sintonía con lo que indican convenios y tratados internacionales, (Convenio 169 y tratado internacional sobre pueblos indígenas de las naciones unidas), donde se reconoce la diversidad y pluralidad de pueblos originarios indígenas, pero no la pluralidad de naciones.

En segundo lugar, se propone la autonomía de los entes territoriales -regiones, comunas y territorios indígenas, con autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses. Sin embargo, a diferencia de las regiones y las comunas cuyos límites territoriales están definidos hace un buen tiempo, en el caso de los **territorios indígenas**, sus límites son discutidos y se dejan a que una ley los defina con un procedimiento confuso y abierto.

En tercer lugar, llama la atención que, en los casos de las **Autonomías Territoriales Indígenas**, estas gozarían de un status jurídico muy superior a las demás entidades territoriales, donde además de la autonomía, estos gozarían de la potestad de autodeterminación y autogobierno. Autonomía política, administrativa y financiera, autogobierno y libre determinación son las definiciones centrales, y las innovaciones más radicales que introduce el texto constitucional sobre las ATI.

Este privilegio también se observa en numerosas materias del texto, en donde claramente están en una posición superior en derechos respecto de lo demás habitantes de la nación chilena. Por vía ejemplar:

Se les da una suerte de poder de veto en todo tipo de decisiones que afecten sus derechos; el Estado Regional debe proteger y respetar la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas; gozan de una especial protección de la propiedad dentro de las autonomías indígenas, restringiendo el derecho de propiedad a los no indígenas; se les concede la posibilidad de tener tribunales propios al interior de un sistema de justicia donde, en virtud del principio de libre determinación, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, coexisten

coordinados en un pie de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia; podrán tener escaños reservados en todo nivel de representación (local, regional y nacional) y en distintas instancias del Estado; en materia ambiental y cuidado de la naturaleza, incluida el uso del agua, se le dan derechos que no tiene el resto de la ciudadanía y que no están sujetos a la fiscalización y rigurosidad que se le exigirá a la población no indígena; en materia de política exterior, se compromete el Estado chileno a facilitar el contacto y cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas (baste recordar el conflicto que se planteó con Argentina a propósito del Wallmapu); se les garantiza el derecho a tierras, territorios y recursos; en materia de educación tienen autonomía para desarrollar sus propios establecimientos; tienen el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen, sin importar si esta ocurre en territorio indígena o no; los pueblos indígenas y naciones preexistentes deben otorgar su "consentimiento" en cuestiones que les afecten en materia de derechos reconocidos por la Constitución; adicionalmente, las entidades territoriales (comunales, regionales o indígenas) deberán garantizar la participación "vinculante" -no incidente, ni la simple consulta en conformidad al Convenio 169- de sus habitantes.; en fin, se establece un plurilingüismo que reconoce como lenguas oficiales al castellano y los idiomas de los pueblos indígenas en sus territorios y en zonas de alta densidad poblacional de cada pueblo indígena (¿Región Metropolitana?), solo por citar algunos de los principales ejemplos.

Esta condición especialísima que se pretende para las naciones indígenas dentro de la plurinacionalidad y el privilegio del autogobierno y autodeterminación son un riesgo manifiesto de desintegración no sólo del concepto de nación, sino de Estado, o estado-nación, si se prefiere. No creemos exagerar al decir que lo que se propone como una definición central es una **Constitución indigenista**.

## 2. SISTEMA DE GOBIERNO

La Convención ha dado su aprobación a lo que ha denominado un presidencialismo atenuado y bicameralismo asimétrico.

Efectivamente, se trata de un presidencialismo atenuado, o debilitado, en relación con lo que existe hoy. Así, por ejemplo, el presidente de la República carece de iniciativa legislativa exclusiva en materia económica -la que deberá compartir con el órgano legislativo-, se debilita su poder de veto, y no participará en el proceso de nombramiento de jueces y juezas, entre otros aspectos.

La falta de iniciativa exclusiva, unida a la posibilidad de dictar leyes particulares, incentivará la presentación de proyectos de ley por parte de los diputados y diputadas para favorecer extraordinariamente a sus electores. El Presidente podrá oponerse a ellas, generando roces y conflictos que pondrán en riesgo la gobernabilidad o rendirse a esas iniciativas, generando privilegios e inflación.

La estructura del sistema de gobierno que se propone tiene una falencia fundamental: **el presidencialismo con bicameralismo asimétrico no existe en la experiencia comparada.** Lo de Chile es un experimento global. Existen bicameralismos asimétricos en sistemas parlamentarios, semi parlamentarios o semi-presidenciales, como en varios países europeos, pero no existen presidencialismos con bicameralismos asimétricos.

La razón es muy simple: un sistema presidencial se basa en la concentración de poder en el presidente de la República, el que reúne la doble calidad de jefe de Estado y jefe de Gobierno (a diferencia de los sistemas parlamentarios, semi-parlamentarios o semi presidenciales, que se caracterizan por la separación entre jefe de Estado y jefe de Gobierno). Frente a esa doble calidad de jefe de Estado y jefe de Gobierno, surge la necesidad de fijar contrapesos que velen por el equilibrio entre los poderes del Estado. De allí surge el bicameralismo efectivo, o simétrico, basado en el poder del Senado y la Cámara de Diputados. Eso es así desde la Constitución de Filadelfia, en los EE.UU. (1787) en que James Madison justificó la existencia del bicameralismo como un aspecto de los pesos y contrapesos (**checks and balances**), Senado y Cámara de Diputados, frente al poder del presidente de la República.

Así lo han entendido todos los presidencialismos en nuestra propia región: EE.UU., México, Colombia, Brasil, Uruguay, Argentina y Chile, durante 200 años hemos tenido presidencialismo con bicameralismo efectivo basado en un Senado y una Cámara de Diputados.

Desde el momento que la Convención optó por el sistema presidencial - desde el PC hasta la UDI-, lo lógico era fijar un sistema de pesos y contrapesos que velara por el equilibrio entre los poderes del Estado. Eso se llama bicameralismo efectivo, es decir, Senado y Cámara de Diputados. No lo hizo, optando por un experimento como el que se ha señalado<sup>1</sup>.

El verdadero poder está concentrado en el Congreso de Diputados y Diputadas (CDD). Ahí está radicado el poder real. La eliminación del Senado, y la eliminación del Poder Judicial como poder del Estado, entre otros aspectos institucionales, junto con un presidencialismo atenuado o debilitado, concentran el poder en el CDD y debilitan los equilibrios entre los poderes del Estado.

---

<sup>1</sup> La alternativa es un presidencialismo con unicameralismo, como lo habían postulado el PC y el Frente Amplio, pero esa alternativa no reunía el quorum de dos tercios. Esa combinación sí que existe en América Latina y los ejemplos son suficientemente conocidos: Alberto Fujimori, a comienzos de los 90, eliminó el Senado y creó un presidencialismo con unicameralismo, bajo una forma autoritaria de derecha. Hugo Chávez (1999) eliminó el Senado e instaló un presidencialismo con unicameralismo, bajo una forma autoritaria de izquierda. Najib Bukele se está dando un festín en El Salvador controlando y manipulando el unicameralismo (con presidencialismo). Ecuador ha tenido un serio y permanente problema de gobernabilidad. Sólo Costa Rica ha logrado una coexistencia más pacífica entre presidencialismo y unicameralismo.

Pero la Convención desechó la combinación entre presidencialismo y unicameralismo, por lo que los casos anteriores tampoco son pertinentes.

La Cámara de Regiones (CR) no es un sustituto del Senado, sino un órgano de una naturaleza distinta. La CR es un órgano de representación regional. La Cámara de Regiones no forma parte del Congreso, que es única y exclusivamente integrado por diputados y diputadas. Sus integrantes (representantes regionales) son elegidos junto con las autoridades comunales y regionales tres años después de la elección presidencial y del Congreso, deben rendir cuenta ante las Asambleas regionales, a las que representan. Todo ello, como para dejar constancia que no forman parte del Congreso, el que está integrado única y exclusivamente por diputados y diputadas.

Ahora bien, a esta Cámara de Regiones, por el tira y afloja de la Convención y la pugna entre PC y Frente Amplio, por un lado, y Colectivo Socialista, por otro, se le fueron dotando de atribuciones y competencias, pero sin que alcancen a constituir un bicameralismo efectivo o simétrico. No solo porque la Cámara de las Regiones carece de atribuciones para participar en legislaciones tan importantes como las referidas a materias laborales, de seguridad social, aguas, minería, y otras, sino porque la estructura del (real o supuesto) "bicameralismo asimétrico" es la que hemos señalado. Fue más fuerte el prejuicio contra el Senado. En el fondo, lo que se propone en materia de sistema de gobierno es un experimento inédito que rompe con los equilibrios entre los poderes del Estado, que es propio de la democracia constitucional, y contiene un diseño de poder como el que se ha señalado.

Agravando el riesgo de control del poder por parte de un presidente con mayoría en la CDD se establece la posibilidad de reelección inmediata del presidente. Para evitar el uso del aparato del Estado por parte del gobierno con el objeto de promover su reelección, ella se ha prohibido en nuestro país durante los últimos 150 años. El texto contempla la reelección inmediata con todos los riesgos que envuelve.

Finalmente, hay una omisión gravísima en lo que propone la Convención: queda sin resolver lo que tal vez sea el aspecto más grave de la actual situación política e institucional que vive el país, desde el punto de vista de la gobernabilidad democrática, como es la fragmentación política, partidaria y electoral que se ve reflejada en el actual parlamento. Nos referimos al sistema electoral. Baste con señalar que en las elecciones de noviembre fueron elegidos diputados y senadores que representan a 22 partidos políticos. Una realidad como esa hace ingobernable al país, cualquiera sea el signo político del gobierno. El sistema electoral ha sido dejado a la ley, con el peligro que cualquier gobierno, de distinto signo político, en la medida que cuenta con una mayoría legislativa, pueda ir modificando el sistema electoral a su antojo y según su propia conveniencia.

### **3. ESTADO REGIONAL**

La definición de Estado regional que contempla el texto propuesto de Carta Fundamental, además de ser inédita dentro de los textos constitucionales que se conocen, al definirse como tal, realza en demasía a las entidades regionales por sobre otras entidades territoriales, como sería el caso de las comunas, que tienen una larga tradición autonómica en nuestra República. Tampoco hay referencia a las provincias.

Pareciera ser que el modelo que se tuvo a la vista es el del estado cuasi federal o de regionalismos autonómicos de España e Italia, ignorando que se trata de una realidad bastante ajena a la nuestra. Ambos países tienen una historia de reinos, principados y repúblicas, junto con unas conformaciones político administrativas y regionalismos autonómicos que no corresponden a nuestra realidad. Es una paradoja que en momentos se están implementando las reformas constitucionales y legales de la última década, para fortalecer la descentralización (elección de gobernadores y traspaso de competencias a los gobiernos regionales) se propone un estado cuasi federal, al margen de nuestra propia realidad y de nuestras posibilidades. Si a lo anterior agregamos lo ya dicho sobre las autonomías territoriales indígenas, tendremos una fragmentación institucional que corre el riesgo de erosionar la unidad del Estado y la nación chilena, junto con producir serios problemas de gobernabilidad.

Son innumerables las instituciones que se crean en el nivel regional: además del Gobernador y las asambleas regionales, existirá un Consejo de alcaldes y alcaldesas que se organizan y actúan en la región; un Consejo Social Regional y el Consejo de Gobernaciones, trayendo consigo duplicidad de funciones y mayor burocracia. Habría bastado consagrar los órganos principales, Gobernador y asamblea regional.

Respecto de las asambleas, se les conceden poderosas atribuciones de carácter administrativo, ejecutivo y presupuestarios, creación de empresas, e incluso se permite que se le transfiera potestad legislativa a petición de la región autónoma.

La asamblea regional, con estas poderosas atribuciones, se convierte en un órgano de mayor peso que los gobernadores, más aún, si los integrantes de la región que componen la Cámara de las Regiones son representantes de las asambleas regionales. Este último tipo de representación, de acuerdo con el derecho comparado, es más propio de un modelo de estado federal o cuasi federal asociado a un sistema parlamentario, semipresidencial o semiparlamentario, pero no a un estado "regional" asociado a un presidencialismo como el que se pretende implantar.

#### **4. LOS SISTEMAS JUDICIALES**

Son numerosos los cambios que el Proyecto introduce al sistema judicial. Hay cuatro que nos parecen los más relevantes. El primero es el cambio de nombre. La Constitución deja de consagrar al "Poder Judicial", y lo sustituye por los "Sistemas de Justicia". El judicial ha sido, en nuestra tradición, más que bicentenaria, en los sistemas comparados y en la literatura, uno de los poderes del Estado. Las palabras con que nombramos a las instituciones importan. El término Poder del Estado connota independencia y poder, en este caso para defender la vida, la libertad, la honra y demás derechos de las personas. El judicial no merece el trato de un órgano o servicio más. Lamentamos este innecesario cambio de denominación, al que asignamos importancia cultural.

Un segundo cambio consiste en que el texto establece una serie de orientaciones obligatorias para los jueces que van más allá de su deber de resolver conforme a derecho. Así, se declara que la función jurisdiccional se ejerce en nombre de los pueblos (atribuyéndole una función de representación que no corresponde); se la obliga a regirse por los principios de paridad y perspectiva de género y a resolver con enfoque de género y se les somete al deber de garantizar la igualdad sustantiva. De igual forma, cuando deban juzgar a personas indígenas, los jueces quedan obligados a adoptar una perspectiva intercultural. Como todas estas orientaciones y perspectivas son vagas y pueden recibir muy distintos significados, no queda claro a qué obligan. Así, estos deberes traen consigo incerteza en la aplicación del derecho. La certeza o seguridad debiera ser un valor primario a realizar por el sistema jurídico y estas normas lo debilitan.

El tercer cambio importante es el de la justicia indígena. Establece el Proyecto Constitucional que la jurisdicción se ejerce no sólo por los tribunales, sino también por las autoridades de los pueblos indígenas. Agrega el Proyecto que “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.” La Constitución no establece quienes son ni quienes designan a las autoridades de los pueblos indígenas, con competencia para ejercer jurisdicción. Cabría suponer que, en virtud de su libre determinación, cada pueblo decidirá quienes son esas autoridades. No existen requisitos ni inhabilidades. Tampoco el Proyecto establece las áreas en las cuales puede regir el derecho indígena o ejercer jurisdicción. Tampoco limita esa competencia a determinados territorios o la de juzgar sólo a las personas que pertenezcan a la respectiva etnia. Estando en entredicho la igualdad ante la ley y la justicia, no es razonable dejar este tema tan abierto a la regulación legal.

Un cuarto cambio sustantivo del actual Proyecto consiste en haber privado a la Corte Suprema de la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales y haber creado, a cambio, un Consejo Nacional de la Justicia, encargado de hacer una revisión integral y periódica de todos los tribunales, con competencia para, entre otras cosas, nombrar a todos los jueces, adoptar medidas disciplinarias en su contra, incluida su remoción, evaluar y calificar periódicamente el desempeño de cada juez, promoverlos y trasladarlos; así como gestionar los recursos del sistema judicial. Ciertamente, este enorme poder gravitará en la independencia personal de cada juez. Hasta aquí, estas tareas han estado radicadas en el superior jerárquico de cada tribunal y, en definitiva, en la Corte Suprema. Estamos conscientes que esa concentración de tareas administrativas distraía a la Corte Suprema de sus tareas jurisdiccionales y mermaba la independencia personal de cada juez, que debía ejercer sus funciones atento al parecer de su superior jerárquico. Esa amenaza a la independencia judicial no desaparece y nos parece que se agrava, desde que un solo órgano concentra las facultades de nombrar, disciplinar, remover y ascender a cada juez, incluyendo a los de la Corte Suprema. El asunto es más grave, ya que no se tratará de un órgano judicial. De sus diecisiete integrantes, ocho serán jueces, elegidos por sus pares, dos funcionarios del sistema, también elegido por pares, dos integrantes de los pueblos indígenas y cinco elegidos por el Congreso. Tememos, fundadamente, que la elección de

pares puede prestarse a la formación de corrientes al interior de la judicatura, ya sean políticas, ya movidas por intereses corporativos o clientelares. Es lo que ha ocurrido en otras latitudes, con perniciosas consecuencias de politización y pérdida de independencia. Nos parece que la designación de cinco integrantes por el Congreso representa un grave riesgo de politización y pérdida de independencia judicial. Las fuerzas políticas al interior del Congreso típicamente tienen intereses en ciertas causas, de desafuero, corrupción y otras. Las personas elegidas por cada corriente política muy probablemente se preocuparán de que esos intereses sean atendidos por los jueces, en cuyas carreras pueden incidir tan decisivamente.

Sin una justicia imparcial e independiente, las libertades, los derechos civiles de la población quedan en riesgo. Es lo que tememos con este diseño, por las razones ya expuestas.

### **La acción de tutela de derechos fundamentales.**

El Proyecto pone término al recurso de protección y lo sustituye por una acción de tutela. Esta nueva figura, a diferencia de la que tenemos hoy, ampara todos los derechos fundamentales y ya no exige, para ser acogida, que la amenaza, perturbación o privación del derecho provenga de un acto ilegal o arbitrario. La exigencia de un acto ilegal o arbitrario para cautelar el derecho ha constituido un modo indirecto de control de legalidad de los actos de autoridades, empresas y personas, que ha contribuido muy significativamente a la efectiva vigencia del Estado de Derecho. A eso el Proyecto le pone término.

Al permitir una acción de tutela de todo derecho fundamental y no limitarla a los casos en que se le priva por un acto u omisión arbitrario o ilegal, la Constitución permite que las personas reclamen directamente sus derechos económicos en sede judicial. Esto puede ser muy inconveniente. Pensemos en el caso del derecho a una vivienda digna y adecuada, que la Constitución consagra. No son los jueces, sino las autoridades políticas las llamadas a distribuir los recursos públicos (siempre escasos) entre las múltiples necesidades sociales. Los jueces resuelven casos individuales. Si son llamados a conceder derechos sociales, se verificará una desigualdad ante la ley, en favor de los litigantes y se dañará el principio democrático, conforme al cual son las autoridades electas y con base en políticas públicas universales las llamadas a asignar los recursos públicos.

## **5. LA CORTE CONSTITUCIONAL**

El Proyecto sustituye al Tribunal Constitucional (TC) por una Corte Constitucional (CC). Concordamos en la necesidad de reformar significativamente al TC que tenemos, pues ha mostrado un funcionamiento muy deficiente, particularmente en cuanto ha interpretado extensivamente y no pocas veces con marcado sesgo político, el texto de la Constitución. El Proyecto no innova significativamente en la forma de designar a sus miembros. Cuatro de once serán nombrados por ambas Cámaras conjuntamente. Ello podría mantener la politización que se ha dado en el nombramiento de integrantes en el TC. Tres integrantes serán designados por el presidente de la República, al igual que lo que existe hoy. No se



ponen contrapesos a estos nombramientos para asegurar la idoneidad y capacidad de imparcialidad de estos nombramientos. Se mantiene lo que, hasta la fecha, se ha demostrado ruinoso. Los otros miembros, antes designados por la Corte Suprema (3), previo concurso, serán nombrados ahora por el Consejo Nacional de la Justicia (4), aumentando el riesgo de politización con respecto a lo que existía. Nada augura que tengamos una integración más calificada y menos politizada en la Corte Constitucional de la que hemos tenido en el TC.

El Proyecto suprime toda posibilidad de examen preventivo de constitucionalidad. Concordamos que se haya puesto fin a aquel que ejercía el Tribunal de oficio, pero no así que se suprimiera el que se ejercía a petición de parte por vicios de forma en la tramitación de la ley. Ello significa que ni la minoría, ni el presidente de la República podrán reclamar en contra de una mayoría parlamentaria si esta tramita una ley aprobándola por un quórum menor, saltándose la concurrencia del presidente de la República cuando ello está ordenado en la Constitución o vulnerando los derechos de la minoría en el proceso de formación de la ley.

Nos llama la atención que la Corte Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley declarada inaplicable por 3/5 de sus integrantes cuando lo pida cualquier persona y necesite, en cambio, hacerlo por un quórum más alto, de 4/5, cuando la misma petición es hecha por el presidente de la República o una minoría de las Cámaras. Una cosa es atenuar el presidencialismo chileno; otra, degradar al Jefe de Estado a una categoría inferior al del resto de los ciudadanos.

Nos resulta igualmente extraño que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de una ley, lo que equivale a declararla inválida para todos y que las personas que sean parte en un juicio no puedan pedir la inaplicabilidad de las leyes, que sólo tiene efectos para el sólo juicio en que se pide.

## **6. OTROS ÓRGANOS DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL**

El Proyecto de la Convención eleva a rango constitucional cerca de una docena de nuevos órganos, algunos que no existen y otros que ya tenían existencia legal. Así, por ejemplo, el proyecto trata a la Justicia Ambiental, al Servicio Integral de Acceso a la Justicia, a la Defensoría Penal Pública, al Órgano de Protección de Consumidores, a la Defensoría del Pueblo, a la Defensoría de la Niñez, a la Defensoría de la Naturaleza, a la Agencia Nacional de Aguas y al Servicio Civil.

Esto parece un exceso. En la Constitución debieran estar los órganos que ejercen poder político y a los que se da la capacidad de limitar derechos fundamentales. Muchos de estos no reúnen esas características. Elevarlos a rango constitucional implica rigidizar su reforma.

## **7. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. Una severa limitación para el control del orden público.**

El Proyecto de la Convención contempla tres estados de excepción: El estado de asamblea, en caso de conflicto armado internacional; el de sitio, en caso de conflicto armado interno, y el de catástrofe, en caso de calamidad pública. De esta manera, el Estado pierde la posibilidad de decretar estado de sitio en caso de conmoción interior y se suprime el estado de emergencia, que se decreta en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación (es una paradoja que al momento de escribir estas líneas el gobierno del presidente Boric haya decidido decretar Estado de Emergencia en el sur del país contraviniendo todas sus declaraciones previas, ante la constatación de que muchas veces no queda más que recurrir a estos instrumentos que provee el ordenamiento jurídico chileno). Tan sólo si los problemas de orden público escalan al grado de un conflicto armado interno, el Jefe de Estado podrá contar con atribuciones extraordinarias para enfrentarlo.

Estamos conscientes de los riesgos que representa decretar estado de sitio o de emergencia y de la prudencia con que ello debe hacerse. Todo ello pudo legítimamente llevar a regular con mayor detención este último estado de excepción. Otra cosa es suprimirlo y quedar desprovistos de esta atribución. Ello nos parece una torpeza. El país ha sido testigo de los debates que se han sucedido con las recientes decisiones de decretar y dejar sin efecto estados de excepción en la zona norte y en la macro zona sur, y los esfuerzos del Gobierno por crear un nuevo estado de excepción, llamado intermedio. Al margen de la opinión que tengamos acerca de la procedencia o improcedencia y de la oportunidad de intentar controlar los problemas de orden público que hoy nos aquejan decretando estado de emergencia, privar al jefe de Estado de este instrumento nos parece un error que puede traer graves consecuencias.

## **8. DERECHOS FUNDAMENTALES**

En general, nos parece adecuada la manera en que quedaron consagrados los derechos fundamentales en el borrador, especialmente en materia de libertades y derechos individuales. Salvo casos excepcionales y formas de redacción diversa, los derechos civiles siguen la tradición constitucional chilena y los tratados internacionales suscritos por Chile. Hacemos la salvedad que pensamos que el derecho al aborto debió consagrarse con límites y que, en materia de libertad de enseñanza, ella se ve debilitada.

En materia de derechos económico-sociales, se han detallado notoriamente más de lo que es nuestra tradición constitucional, los derechos al trabajo, a la sindicalización, a la negociación colectiva, a la seguridad social, a la salud y a la educación, aumentando los deberes del Estado y su participación como proveedor de esos bienes. Además, se ha agregado el derecho a la vivienda digna y adecuada, el derecho a la ciudad y al territorio, al cuidado, al agua y su saneamiento, el derecho a la alimentación, así como al deporte, a la actividad física, a la conexión digital y a la recreación. Nos parece bien terminar con las trabas del Estado para proveer estos bienes y servicios. Somos partidarios de un Estado social.

Con todo, el excesivo detalle de la regulación constitucional puede ser una traba para las cambiantes necesidades futuras y, en algunos casos, no compartimos, se haya instalado al Estado como proveedor único. El impedir una participación privada bien regulada y fiscalizada casi con seguridad llevaría a que haya menor provisión de estos vitales bienes. En algunos casos estos derechos quedaron ostensiblemente sobre regulados, como es el caso del derecho a la educación y del trabajo, con un claro sesgo estatista. Con esta sobre regulación se reducen las opciones de política pública, limitando el pluralismo político que es consustancial a la democracia. Una constitución no debiera impedir a futuras mayorías decidir el modo en que se proveen o regulan estos derechos. Las Constituciones no son un programa político. Por su naturaleza supra mayoritaria, no es legítimo que consagren un solo modelo económico, social o cultural.

Pero nuestros reparos fundamentales no están aquí. Para que el Estado pueda proveer estos bienes y así dar eficacia a estos derechos económico-sociales, se necesita que funcione bien. Como creemos haber demostrado, el régimen político de la Convención es muy deficiente. Ese sistema político difícilmente será capaz de progresar en la realización de estos derechos, generando frustración.

Al mismo tiempo, para que sean efectivos los derechos civiles y las libertades, resulta indispensable un Poder Judicial independiente, lo que también se ve seriamente amenazado con el diseño de la Convención, como también hemos argumentado. En suma, nuestra diferencia no está tanto en cómo se proclaman estos derechos, sino en cómo (no) se aseguran y, por el contrario, se ponen en riesgo.

## **9. TRABAS AL DESARROLLO ECONÓMICO Y SU IMPACTO SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICO SOCIALES.**

Uno de los criterios con los cuales evaluar la propuesta de Nueva Constitución es su impacto sobre el desarrollo. El progreso económico y social es la respuesta a la aspiración por mayor bienestar que manifiestan los diversos sectores sociales. Es, por tanto, un componente fundamental del interés general, al cual sirve el sistema democrático.

Además, quienes propiciamos que se garanticen derechos económicos y sociales, sabemos que dicho propósito tiene como requisito la disponibilidad de empleos a salarios aceptables, así como los recursos indispensables para financiar las necesidades de salud, educación, vivienda, seguridad social; y para enfrentar la delincuencia y el narcotráfico. No basta con expresar la voluntad de garantizar derechos, hay que contar con los recursos necesarios para hacerlos realidad.

En Chile, durante los últimos 30 años, más del 80% de los recursos del Estado para políticas sociales han venido del crecimiento y el desarrollo. Por lo tanto, sin inversión y desarrollo persistente no se puede garantizar los derechos sociales ni asegurar los empleos y salarios a los que aspiran los chilenos.

El proyecto de nueva Constitución, en vez de favorecer el desarrollo económico y social, lo inhibe. Carece de unas reglas y una estructura de incentivos en términos de ahorro, inversión y crecimiento que puedan conducir por un camino de bienestar, progreso y desarrollo.

El sistema que propone la Convención inhibe la inversión y el desarrollo al hacer más precario el derecho de propiedad. En caso de expropiación por parte del Estado, en vez de garantizar el pago del valor de la inversión, deroga la norma vigente -la Constitución actual habla del daño patrimonial efectivamente causado- y dispone que se deberá pagar el precio "justo", sin definir el alcance de este concepto. El que no se asegure el valor de la inversión es, ciertamente, un desincentivo para quienes están considerando invertir en Chile.

En segundo lugar, inhibe la inversión y el desarrollo, al hacer más precarios los equilibrios macroeconómicos y el equilibrio fiscal. Uno de los pilares de la política fiscal en Chile es la norma, vigente desde hace más de medio siglo, que asegura la iniciativa exclusiva del gobierno en materias de gasto, tributación y seguridad social; esta última desde 1970. En el caso del gasto, en el proyecto de nueva Constitución, se acepta que los parlamentarios tengan iniciativa, pero se exige la "conurrencia presidencial". Es decir, los diputados pueden tramitar por sí mismos proyectos que suponen nuevos gastos y antes de finalizar el proceso deben obtener el patrocinio del gobierno, lo que -como dijimos al tratar el régimen político- conducirá a una presión para que el gobierno concurra a su aprobación. Este sistema no favorecería el equilibrio fiscal.

En tercer lugar, inhibe la inversión y el desarrollo, al hacer más precarios los derechos de uso del agua y de explotación minera. Por de pronto, los derechos de agua serán otorgados por la Agencia del Agua (¿con qué criterios?) en la forma de una autorización administrativa (estas pueden revocarse sin expresión de causa) y no serán parte de la propiedad, el texto señala que no podrán comercializarse, de quienes los detentan (hoy hay 350.000 usuarios)-, no podrán ser usados como garantía en créditos bancarios. Adicionalmente, el agua cabe dentro de un concepto de "bienes comunes naturales" que no existe en nuestro ordenamiento jurídico. En fin, habría bastado con elevar la definición de agua en el Código Civil y Código de Aguas como "bien nacional de uso público" a nivel constitucional.

En cuarto lugar, inhibe la inversión y el desarrollo, al definir normas laborales que limitan la capacidad de gestión de las empresas, y no aseguran que sus condiciones laborales sean compatibles con la supervivencia de estas. Respecto de las primeras, se establece que los sindicatos participarán en las decisiones de gestión de las empresas. También dificulta el buen funcionamiento de las empresas, la implantación de un derecho a huelga que se puede ejercer en cualquier instante, al margen de la negociación colectiva. Respecto de las condiciones laborales, se define que las organizaciones sindicales determinarán, por sí mismas, el nivel al cual se dará la negociación colectiva. Si los sindicatos deciden negociar por área de actividad, para fijar condiciones comunes para las empresas más grandes y de mayor productividad y las Pymes de menor productividad, estas últimas tendrán grandes dificultades para sobrevivir bajo las nuevas condiciones.

Más importante que las normas mencionadas, el nuevo sistema político propuesto, dada su conformación y falta de contrapesos de poder, se constituiría en una fuente permanente de inseguridad respecto de las reglas del juego futuras, contribuyendo a inhibir la inversión y el desarrollo.

## **10. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN**

El texto establece que para reformas “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” se requiere, una vez aprobadas por la CDD y la CR, de un plebiscito o alternativamente de su aprobación por los 2/3 de la CDD y la CR. Vale decir, para todas estas materias se establece un requisito igual o más alto que el actualmente vigente. En las restantes materias, tienen igual trámite que una ley. En esas condiciones, el estatuto constitucional que garantiza independencia al Poder Judicial, a la Contraloría o al Banco Central podría ser suprimido por mayoría.

**amarillos**  
**XCHILE**

