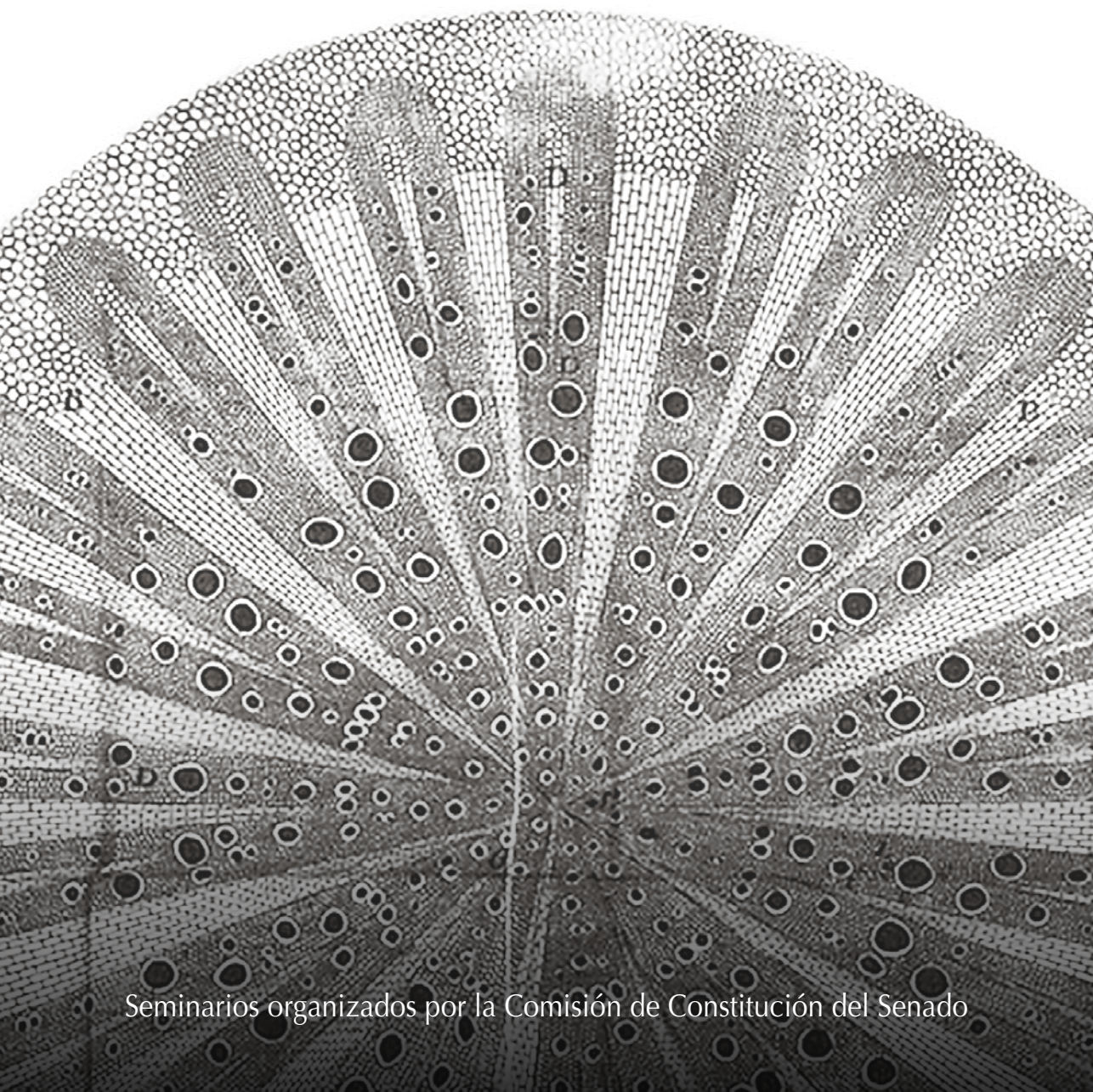


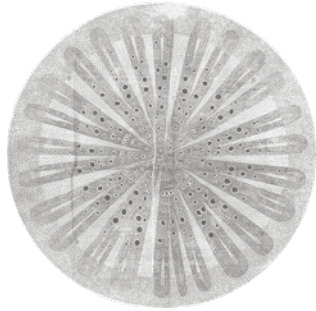
REFLEXIONES CONSTITUCIONALES

APORTES PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN



Seminarios organizados por la Comisión de Constitución del Senado





Ediciones

Senado de la República
Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)
Ediciones Centro de Extensión del Senado

Presidente Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado año 2020

Senador Alfonso de Urresti Longton

Director BCN

Manuel Alfonso Pérez Guíñez

Equipo editorial

Alejandra Fischer Telias
Melissa Mallega Acevedo
Javier Sánchez Reyes

Equipo colaboradores BCN

Rodrigo Obrador Castro, jefe Departamento de Servicios Legislativos y Documentales
Karem Orrego Olmedo, jefa Sección Historia Legislativa y Parlamentaria
José Luis Riffo Muñoz, jefe Área de Información Pública y Comunicaciones
Cecilia Cortínez Merino, diseñadora Área de Información Pública y Comunicaciones

Ilustración de portada

En las 82 láminas ilustradas incluidas en su libro de 1680 La anatomía de las plantas, el botánico inglés Nehemiah Grew reveló por primera vez la estructura interna y la función de las plantas en toda su esplendorosa complejidad. Brian Garret explora cómo la visión “mecanicista” pionera de Grew en relación con el mundo floral allanó el camino para la ciencia de la anatomía de las plantas.

Placa ilustrativa de La anatomía de las plantas de Nehemías Grew (1682)

Primera edición digital: junio 2021



FICHA CATALOGRÁFICA

Reflexiones constitucionales : Aportes para la nueva constitución / Presentación Senador de la República Alfonso de Urresti Longton ; Prólogo Director Biblioteca del Congreso Nacional de Chile Manuel Alfonso Pérez Guíñez ; Equipo editorial Alejandra Fischer Telias, Melissa Mallega Acevedo, Javier Sánchez Reyes ; Equipo colaboradores BCN Rodrigo Obrador Castro, Karem Orrego Olmedo, José Luis Riffo Muñoz, Cecilia Cortínez Merino.

Primera edición impresa / digital

Valparaíso : Ediciones Senado de la República : Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile : Ediciones Centro de Extensión del Senado, 2021.

246 páginas; 17 X 23 cm

ISBN: 978-956-8420-05-5

Constitución (Chile) / Proceso constituyente / Igualdad de género – Chile / Pueblos indígenas – Chile / Tribunal constitucional – Chile
Formas de gobierno – Chile / Descentralización administrativa – Chile / Agua – Chile / Medio ambiente – Chile
Cambios climáticos – Chile

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES

APORTES PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

INDICE

Prólogo

Alfonso Pérez Guíñez , Director de la Biblioteca del Congreso Nacional	09
---	----

Presentación

Alfonso De Urresti Longton , Senador de la República, Presidente de la Comisión de Constitución año 2020	13
---	----

Capítulo I: Género y nueva Constitución

Viviana Ponce de León Solís , Incorporando una perspectiva de género al Proceso Constituyente y a la Nueva Constitución: un análisis desde la participación política de las mujeres	19
--	----

Claudia Sarmiento Ramírez , Perspectiva de género en una nueva Constitución: su importancia y consecuencias	29
--	----

Verónica Undurraga Valdés , Constitución y género: Haciendo realidad la promesa de la ciudadanía universal	37
---	----

Yanira Zuñiga Añazco , Una Constitución desde la perspectiva de género: Problemas y desafíos	49
---	----

Capítulo II: Pueblos Originarios y nueva Constitución

Amaya Alvez Marín , Los Pueblos Originarios en el Derecho Nacional e Internacional: cambios en los paradigmas de cara al Proceso Constituyente	61
---	----

Salvador Millaleo Hernández : Perspectivas de la Plurinacionalidad para el proceso constituyente en el Chile actual	77
--	----

Nancy Yáñez Fuenzalida : Diálogos Constitucionales: Pueblos Originarios y Nueva Constitución	87
---	----

Capítulo III: Rol del Tribunal Constitucional y nueva Constitución

Fernando Atria Lemaitre , Sobre el Tribunal Constitucional y la Nueva Constitución	103
Ana María García Barzelatto , Rol del Tribunal Constitucional y nueva Constitución	125
Felipe Paredes Paredes , Preguntas fundamentales en torno al Tribunal Constitucional en la nueva Constitución.	139

Capítulo IV: Descentralización

Rodrigo Pica Flores , Nueva Constitución y desafíos regionales: hacia una descentralización efectiva	153
Miriam Henríquez Viñas , Descentralización, régimen de gobierno y nueva Constitución	169
Francisco Zúñiga Urbina , Acerca del Estado regional y la nueva Constitución. Presente y por-venir	177

Capítulo V: Agua, Medio Ambiente y nueva Constitución

Tatiana Celume Byrne , Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución Consideraciones Constitucionales del Agua	197
Alberto Coddou Mc Manus , El momento constitucional y el cambio climático	213
Verónica Delgado Schneider , Desafíos y propuestas para un nuevo estatuto constitucional del medio ambiente y las aguas en Chile en un contexto de cambio climático	225
Ana Lya Uriarte Rodríguez , Agua, medio ambiente y nueva Constitución	235



Alfonso Pérez Guíñez

PRÓLOGO

*Alfonso Pérez Guíñez, Director
de la Biblioteca del Congreso Nacional*

La Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), institución con más de 135 años de experiencia en el apoyo al proceso legislativo, está fuertemente comprometida con el éxito del Proceso Constituyente iniciado a partir del Plebiscito del 25 de octubre de 2020 y que determinó la elaboración de una nueva Constitución Política mediante una Convención Constitucional paritaria, elegida por votación popular y con escaños reservados para pueblos indígenas. A partir de su amplia variedad de servicios de información y capacidad profesional de alta calidad, la BCN busca contribuir a la discusión y redacción de la nueva Carta Magna, apoyando directamente el trabajo de los integrantes de la Convención, pero también fomentando la difusión del proceso y la participación de la ciudadanía en este hito histórico para nuestra democracia.

Las autoridades del Congreso Nacional han coincidido en valorar el prestigio y las garantías de neutralidad que ofrece su Biblioteca, para colaborar en el Proceso Constituyente que lleva adelante nuestro país y así lo ha reconocido la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, bajo la presidencia del senador Alfonso de Urresti, quien tomó la iniciativa de convocar a la BCN como entidad co-organizadora del ciclo “Diálogos constitucionales”, desarrollado durante 2020 en modalidad virtual, a causa de la pandemia COVID-19. Una iniciativa que se ve coronada con el lanzamiento de la presente publicación, en la que también pudimos colaborar con su edición y diseño.

El 25 de octubre de 2020, la ciudadanía en Chile fue convocada a decidir en un histórico plebiscito si quería una nueva Constitución y el órgano que la redactaría. A pesar de la funesta contingencia que se atraviesa por la crisis sanitaria del Coronavirus, la concurrencia a las urnas por parte de las y los chilenos, fue masiva y ejemplar, dando finalmente como resultado una amplia mayoría ganadora para la opción del Apruebo a una nueva Constitución

y a la conformación de una Convención Constituyente paritaria elegida íntegramente por elección popular, para redactar la nueva Carta Fundamental. Un hito que marcó el inicio de una nueva etapa dentro de un proceso constituyente histórico para Chile y que tendrá como protagonista fundamental a toda la ciudadanía.

Al respecto, cabe señalar que dentro de los objetivos estratégicos de la Biblioteca del Congreso Nacional se cuenta el fomentar la vinculación del Parlamento con la ciudadanía, contribuyendo al conocimiento de las leyes y de la función legislativa por parte de todos los chilenos y las chilenas. En ese entendido, nos sumamos con entusiasmo al desarrollo de las cinco jornadas del ciclo que reunió a parlamentarios, funcionarios del Congreso Nacional, miembros de la comunidad jurídica nacional, académicos e investigadores. Sin duda, este Proceso Constituyente histórico e inédito en varios aspectos, exige poner a su disposición lo mejor de nuestras capacidades como servidores públicos y ciudadanos con sentido republicano. Es deber de todos nosotros colaborar y ofrecer todas las herramientas posibles para garantizar un funcionamiento eficiente, transparente e inclusivo de la Convención Constitucional. Y al mismo tiempo, la presente publicación se constituye en un valioso instrumento de información y educación cívica para una ciudadanía que, seguramente, estará muy atenta y expectante a la discusión constitucional y exigirá espacios de participación efectiva e informada. Para la Biblioteca del Congreso Nacional es imprescindible fomentar el desarrollo de competencias ciudadanas para fortalecer la democracia como sistema de gobernabilidad y convivencia social. Con ese espíritu acogimos con gusto el llamado del senador De Urresti y de la Comisión de Constitución del Senado.

Por otra parte, tenemos la convicción de que la Convención Constitucional necesitará tener acceso a conocimiento oportuno, pertinente e imparcial sobre las temáticas que discutirá para elaborar una nueva Constitución Política. Desde esa perspectiva, esta publicación ofrece el conocimiento y experticia de académicos e investigadores del derecho constitucional como una herramienta de apoyo al trabajo de los convencionales constituyentes, quienes discutirán materias variadas y de alta resonancia para el futuro de nuestra convivencia como sociedad.

Cabe consignar también que, a poco tiempo de firmarse el Acuerdo por la Paz y una Nueva Constitución, la Biblioteca del Congreso Nacional presentó el sitio web “Proceso Constituyente” (www.bcn.cl/procesoconstituyente), una plataforma en línea desarrollada por profesionales de la BCN para la difusión de las distintas visiones en torno a la elaboración de una nueva Constitución. En dicho espacio nuestros usuarios y usuarias pueden encontrar cada una de las jornadas desarrolladas en el marco de los “Diálogos constitucionales”, en formato audiovisual, como parte de la amplia gama de documentos y contenidos relacionados a la elaboración de la nueva Carta Magna, que buscan nutrir el debate constitucional. Asimismo, incluiremos una versión digital de la presente publicación.

Agradezco muy especialmente al senador Alfonso de Urresti por haber confiado en la Biblioteca del Congreso Nacional para colaborar en la organización y desarrollo de esta iniciativa; a los señores senadores y senadoras integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado por sumarse entusiastamente en cada jornada, y a los profesionales de la BCN que colaboraron en el éxito del ciclo de diálogos y en la producción de esta valiosa publicación, que esperamos pueda convertirse en un insumo relevante para alimentar la discusión en el seno del órgano constituyente.



Alfonso De Urresti Longton

PRESENTACIÓN

Alfonso De Urresti Longton, Senador de la República

*Región de los Ríos
Presidente de la Comisión de Constitución del Senado, 2020.*

El 18 de octubre de 2019 las calles de Santiago evidenciaron un fenómeno inesperado. El alza unilateral del precio del Metro ocasionó una reacción social que generó un importante impacto en diversos aspectos de nuestra sociedad. Las múltiples expresiones de descontento generalizado se evidenciaron durante meses en las calles de la capital, de las principales ciudades regionales e incluso en las pequeñas comunas o localidades a lo largo del país. Este denominado “estallido social” no sólo se reflejó en las masivas marchas y concentraciones, sino que también en el desarrollo de un sinnúmero de cabildos ciudadanos interesados y dispuestos a pensar, criticar y ofrecer posibles vías de solución a esta contingencia; siendo una demanda colectiva la elaboración de una nueva Constitución nacida en democracia.

Ante este complejo escenario, el día 15 de noviembre de 2019, un transversal grupo de legisladores y dirigentes políticos acordaron un mecanismo por el cual se estableció un plebiscito nacional, para posibilitar el inicio de un proceso constituyente. A partir de éste, la institucionalidad chilena se involucró en el proceso ciudadano ofreciendo una vía de salida al conflicto social. Fue en el citado plebiscito, donde el día 25 de octubre de 2020 se consultó a la ciudadanía sobre la posibilidad de optar por una nueva Constitución, instancia que masivamente reafirmó la convicción de avanzar hacia un nuevo pacto social por medio de la creación de una convención constitucional.

Es en ese contexto, que como presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en conjunto con la Biblioteca del Congreso Nacional, organizamos un ciclo de diálogos constitucionales, los cuales buscaron generar espacios de discusión y reflexión en torno a diversos temas relevantes para la discusión de los contenidos de la nueva

Carta Fundamental. De dichos espacios, se recopilaron ensayos de los diferentes académicos y académicas, los cuales dan vida a esta publicación.

La primera instancia trató el tema de *“Género y Nueva Constitución”*. Para dicha oportunidad se contó con la participación de las académicas Yanira Zúñiga (Universidad Austral de Chile), Viviana Ponce de León (Universidad Austral de Chile), Claudia Sarmiento (Universidad Alberto Hurtado) y Verónica Undurraga (Universidad Adolfo Ibáñez). La elección de comenzar con esta materia no fue al azar, pues ciertamente se consideró la importancia y relevancia del tema. Así, se reflexionó en torno a la importancia y efectos de incluir la perspectiva de género en el proceso constituyente, se realizó una revisión de la vigencia del reconocimiento constitucional de los derechos humanos de las mujeres y cómo deberían ser incorporados en la redacción de la nueva Carta Fundamental, así como también se analizaron las actuales brechas en la participación de mujeres en puestos relevantes y de toma de decisión.

La segunda reflexión constitucional versó sobre el tema de los *“Pueblos Originarios y Nueva Constitución”*. Esta instancia buscó relevar la necesidad de reivindicar el rol histórico de los pueblos originarios y la forma de participación tanto en el proceso constituyente como en el texto final. En él participó el académico Salvador Millaleo (Universidad de Chile) y las profesoras Nancy Yáñez (Universidad de Chile) y Amaya Álvez (Universidad de Concepción). En esta instancia se discutió sobre racismo en Chile, inclusión de los pueblos originarios en la nueva Constitución y regulación internacional de los derechos humanos incorporados en la legislación nacional. Un debate muy importante considerando que el proceso constituyente que se iniciará el año 2021, tendrá por primera vez la participación de representantes de pueblos originarios a través de escaños reservados.

A continuación se llevó a cabo la reflexión denominada *“Rol del Tribunal Constitucional y Nueva Constitución”*. En esta oportunidad se conversó sobre la importancia y rol que tiene el actual Tribunal Constitucional y cuál es el impacto de éste en la vida cotidiana de la ciudadanía. A su vez, se argumentó en torno a la discusión sobre la necesidad de permanencia del Tribunal Constitucional en la nueva Constitución o no, y qué facultades podría tener o mantener. En esta discusión participaron los académicos Felipe Paredes (Universidad de Austral de Chile), Fernando Atria (Universidad de Chile) y la académica Ana María García (Universidad de Chile).

La cuarta fecha de este ciclo de reflexiones constitucionales se refirió a la temática de *“Régimen de Gobierno, Descentralización y Nueva Constitución”*. Creemos que una de las reflexiones primordiales a la hora de discutir las nuevas bases del pacto social tendrán relación con esta temática. Hiperpresidencialismo, semi parlamentarismo y el Estado unitario fueron algunos de los conceptos claves analizados. Para esta instancia se invitó al Ministro del Tribunal Constitucional, Rodrigo Pica, al académico Francisco Zúñiga (Universidad de Chile) y la profesora Miriam Henríquez (Universidad Alberto Hurtado). En tal oportunidad se reflexionó en torno a la forma en la cual el tipo de gobierno imperante en Chile afecta la vida de la ciudadanía y se discutió en sobre las posibles formas de gobierno que podrían aplicarse en nuestro país y su consagración constitucional.

Por último, la quinta instancia de conversación se refirió a los temas de *“Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución”*. En esta oportunidad se discutió en torno a la necesidad de incluir y resignificar los temas medioambientales en la nueva Constitución. Específicamente se debatió acerca de la gestión del agua, la función ecológica de la propiedad, el factor del cambio climático y cómo incluirlo en el texto constitucional, la situación del agua potable rural y cómo distintas variables afectan de manera significativa a las comunidades que se encuentran más propensas a sufrir los efectos adversos de los impactos negativos de la destrucción de la naturaleza y cuáles debieran ser los elementos a incluir en la Constitución para que ésta sea más ecológica que la actual. Se reflexionó también acerca de la forma de incorporar los tratados internacionales referidos al tema en la legislación nacional. En esta instancia participaron las académicas Tatiana Celume (USS), Ana Lya Uriarte (Universidad de Chile) y el profesor Alberto Coddou (Universidad Austral de Chile).

Cada una de estas instancias de reflexión y conversación fueron acompañadas por las palabras introductorias de senadoras y senadores, quienes comentaron las diversas temáticas desde sus respectivas visiones, otorgando riqueza y diversidad a los temas aquí tratados. Cada una de las sesiones se transmitió por el streaming de TV Senado, por lo que las intervenciones de las y los legisladores junto con la exposición de cada académico y académica, pueden ser revisados en la página de Youtube de dicha entidad.



foto: Rayén Rojas Avilés



Género y nueva Constitución

“Me pregunto ¿por qué persiste la condición de subordinación y discriminación de las mujeres? Uno se da cuenta a medida que avanza en el trabajo legislativo o en conocimiento del derecho, que esta subordinación está fuertemente anclada en la legislación. Uno de los ejes estructurantes de ésta es el patriarcado en la administración del poder.

El peso del patriarcado en su dimensión política y social se plasma en las normativas legales y constitucionales. En ese sentido, se le niega a las mujeres el goce de derechos fundamentales y la conquista de ellos ha sido un proceso para desestructurar esa dimensión tan gravitante que hay en nuestra legislación. Las feministas en el mundo han visto que los procesos constituyentes son una oportunidad para realizar modificaciones profundas y sobre todo para consagrar derechos humanos de las mujeres que por siglos nos han sido despojados.”

Adriana Muñoz D`Albora
Senadora



Viviana Ponce de León Solís

Incorporando una perspectiva de género al Proceso Constituyente y a la Nueva Constitución: un análisis desde la participación política de las mujeres

Viviana Ponce de León Solís¹

1. ¿Por qué es necesario adoptar una perspectiva de género?

Una multiplicidad de representaciones sociales fuertemente arraigadas en el imaginario colectivo y en nuestras instituciones condiciona las posibilidades efectivas de las mujeres de participar de la vida pública y política. En efecto, a partir de su capacidad para gestar, se suele asumir que las mujeres son –y, más aún, que deben ser– maternales, delicadas, sumisas, complacientes, etc. Los hombres, por contraste, tienden a ser asociados con rasgos como la osadía, la fuerza, la autoridad, el liderazgo, la independencia, etc. Esta clase de representaciones da lugar a un estereotipo en virtud del cual el espacio femenino por excelencia es el doméstico y familiar, mientras que el espacio masculino por excelencia es el público o del poder. De ello se sigue una sistemática exclusión de las mujeres de los ámbitos de toma de decisiones.

Para ilustrar el alcance de este problema basta con recordar las bajas tasas de participación femenina en la Cámara de Diputadas y Diputados (22,6%) y en el Senado (23,3%), aún tras la adopción de un sistema de cuotas de género. El fenómeno se replica en otros cargos de elección popular, como pudo observarse en las últimas elecciones locales, a nivel de Consejos Regionales (26,3%), Alcaldías (11,9%) y Concejos Municipales (11,9%). Asimismo, se extiende a cargos públicos de nombramiento en la Administración del Estado, como los de Ministra (29,2%), Subsecretaria (28,2%) o Intendenta

¹ Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Abogada por la Universidad Católica del Norte. Profesora Auxiliar de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

(22,7%). Incluso en el Poder Judicial se advierten todavía brechas, pese a que ha venido implementando una política de género en los últimos años², tanto en las Cortes de Apelaciones (41,4%) como en la Corte Suprema (36,8%).

Es importante precisar que este fenómeno no se limita exclusivamente al ejercicio de cargos públicos, sino que se presenta en la generalidad de las dimensiones del poder³. Así, por ejemplo, en la esfera del poder social, la presencia femenina es relativamente baja en organizaciones de trabajadores (20%), asociaciones profesionales (28%), ONGs y fundaciones (34%) y organizaciones estudiantiles (42%). Por lo que respecta al poder económico, se observan fuertes brechas de género en cuanto a la presencia de mujeres en directorios (8%) y gerencias de grandes empresas (10%). Finalmente, en cuanto al poder simbólico las mujeres tienden a tener menores de tasas de participación a nivel de las autoridades superiores de iglesias y confesiones religiosas (2%), instituciones educativas y de investigación (18%), medios de comunicación (19%), en el área de arte y cultura (34%) y en el ámbito de comunicación estratégica y publicidad (41%).

Las cifras son bastante desalentadoras y están lejos de reflejar la presencia demográfica de las mujeres en la sociedad. Ellas dan cuenta de un déficit de legitimidad representatividad y de pluralidad, en términos difícilmente conciliables con el deber estatal de promover el bien común. Esta clase de brechas de género en la participación son en particular críticas porque los sujetos que participan en los procesos de toma de decisiones condicionan, a su vez, qué se decide y quiénes se benefician de esas decisiones⁴. Así, mientras las mujeres estén sub-representadas políticamente, sus necesidades e intereses estarán también sub-representados y corren el riesgo de ser ignorados.

A la luz de estas reflexiones es posible comprender por qué subsisten en Chile considerables brechas de matrícula femenina en carreras del área de las ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas que, dicho sea de paso, son las

² Poder Judicial de Chile, Política de igualdad de género y no discriminación, Santiago, 2018.

³ PNUD, Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018), Santiago, 2020.

⁴ Rubio-Marín, Ruth e Irving, Helen, "Introduction. Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation", en Rubio-Marín, Ruth e Irving, Helen (eds.), Women as Constitution Makers: Case Studies from the New Democratic Era, Cambridge University Press, 2019, pp. 1-30.

mejor remuneradas⁵. Las mismas reflexiones permiten entender por qué las mujeres ganan significativamente menos que los hombres⁶, participan de menos de la fuerza de trabajo que ellos y destinan más de su tiempo a trabajos no remunerados⁷. No es de extrañar, en este contexto de desempoderamiento estructural de las mujeres, que ellas además experimenten barreras en el acceso a otros bienes básicos, como la salud, la previsión social y la justicia y que sean más susceptibles a la violencia sexual y física⁸.

Indudablemente esta es una cuestión que debe ser abordada en la Constitución, habida cuenta que involucra la vigencia y el ejercicio de los derechos humanos de poco más de la mitad de la población nacional. Fuera de eso, la Constitución es la norma jurídica que configura las bases relaciones de poder político y social, incluyendo entre ellas las relaciones de género.

2. ¿Cómo introducir una perspectiva de género?

Algunos pasos ya se han dado para introducir una perspectiva de género en el Proceso Constituyente, puntualmente mediante el establecimiento de un mandato de paridad en las candidaturas y en los resultados de la integración de la Convención Constitucional⁹. Pese a este avance, ha de enfatizarse que la representación cuantitativa de los intereses de las mujeres en el órgano constituyente no necesariamente asegura la representación sustantiva de los mismos. La medida en que ello pueda ocurrir o no dependerá, entre otros factores, de las convicciones políticas y religiosas de las convencionales que resulten electas, de su condición socioeconómica y de su origen étnico¹⁰. En este sentido, debe recordarse que lo que sea que cuente como “intereses de las mujeres” no es algo homogéneo ni uniforme¹¹.

⁵ CONICYT, Reporte de Participación Femenina 2018. Período 2009-2018, Santiago, 2109.

⁶ PNUD, Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018), Santiago, 2020.

⁷ INE, Encuesta Nacional del Uso del Tiempo, Santiago, 2015.

⁸ Sobre estas y otras barreras, véase PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2019: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI. Nota informativa para los países acerca del Informe sobre Desarrollo Humano 2019: Chile, 2019.

⁹ Ley N° 21.216, D.O. 24 de marzo de 2020.

¹⁰ Rubio-Marín, Ruth e Irving, Helen, ob. cit., p. 14.

¹¹ *Ibíd.*

En cuanto a las propuestas concretas para introducir una perspectiva de género en el contenido de la Nueva Constitución, hay al menos tres aspectos del texto constitucional que admitirían desarrollo. De ser posible introducirlos, es importante que estos aspectos se desarrollen conjuntamente, pues operan como complemento y refuerzo unos de los otros. Conviene advertir que las propuestas aquí contenidas no son exhaustivas y pueden ser suplementadas con otras adicionales.

El primer aspecto apunta al catálogo de derechos y deberes constitucionales, como vía para abordar las causas materiales que obstaculizan la participación política de las mujeres. Sin duda, ello implica incorporar derechos específicos relativos a la participación política de las mujeres e ir más allá del simple reconocimiento formal del derecho a la admisión a todas las funciones y empleos públicos. Una buena muestra puede hallarse en la Constitución Argentina¹², que establece la igualdad real de oportunidades para el acceso a cargos electivos y partidarios, mediante la adopción de medidas de acción afirmativa.

Sin embargo, también podrían contemplarse otros derechos y deberes que, sin tener relación directa con la participación política, pueden tener una incidencia determinante en ella. Por ejemplo, considerando la asunción preferentemente femenina de labores de cuidado y domésticas¹³, podría pensarse en la consagración de un deber de corresponsabilidad entre madres y padres en la asistencia, alimentación, educación y cuidado de hijas e hijos, como el que se prevé en la Constitución de Ecuador¹⁴. Del mismo modo, es importante avanzar en el reconocimiento y garantía del derecho a la maternidad segura y de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, tal como ocurre en la Constitución de Bolivia¹⁵.

¹² “Artículo 37. [...] La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

¹³ INE, Encuesta Nacional del Empleo, Santiago, Trimestre OND, 2019.

¹⁴ “Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: [...] 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

¹⁵ “Artículo 66. Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos”. Constitución Política del Estado del Estado plurinacional de Bolivia (2009).

Luego, el segundo aspecto se refiere al lenguaje de la Constitución. En principio, el lenguaje de la Constitución aspira a la neutralidad en algunos capítulos, especialmente el capítulo sobre Derechos y Deberes Constitucionales, en el cual se sustituye el término “hombre” que se empleaba en el texto original de la Constitución de 1980 por el de “*persona*”. Pero curiosamente, esa técnica de neutralización del lenguaje no aplica justamente a los capítulos que dicen relación con el ejercicio del poder político. Esto ocurre por ejemplo, cuando se describen los requisitos para adquirir a la nacionalidad chilena¹⁶, para adquirir la ciudadanía¹⁷ o para acceder a distintos cargos públicos, sean de elección popular¹⁸ o de nombramiento¹⁹. En todos estos casos, sistemáticamente se utiliza el masculino inclusivo. Esta primera cuestión puede parecer trivial a primera vista, pero las representaciones de género que subyacen al lenguaje constitucional pueden tener el efecto práctico de reforzar estereotipos o asociaciones sociales inconscientes que conducen a vincular el ejercicio del poder a rasgos típicamente masculinos, excluyendo o marginando de los mismos a las mujeres²⁰.

Por lo demás, ha de subrayarse que tampoco se trata de una cuestión que solo revista interés en el plano simbólico. Todo lo contrario, se trata de una cuestión jurídica, en la medida que distintos instrumentos internacionales relativos a los derechos de las mujeres imponen mandatos en orden a erradicar los estereotipos que les afectan, a los respectivos Estados parte. En esta línea de ideas, pueden mencionarse la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1995) y la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2006).

¹⁶ “Artículo 10. Son chilenos: [...]” Constitución Política de la República de Chile (2005). Énfasis añadido.

¹⁷ “Artículo 13. Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva [...]”. Constitución Política de la República de Chile (2005). Énfasis añadido.

¹⁸ Véanse, entre otros, los artículos 25, 48, 50 y 111 de la Constitución Política de la República de Chile (2005).

¹⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 34 de la Constitución Política de la República de Chile (2005), que dispone: “Para ser nombrado Ministro se requiere ser chileno, tener cumplidos veintitún años de edad y reunir los requisitos generales para el ingreso a la Administración Pública”. Énfasis añadido.

²⁰ Suteu, Silvia y Draji, Ibrahim, ABC for a Gender Sensitive Constitution. Handbook for Engendering Constitution Making, Euromed Feminist Initiative IFE-EFI, Paris, 2015, pp. 69-70.

El tercer y último aspecto tiene que ver con cuestiones de diseño institucional. Con esto me refiero a la manera en que se configuran o estructuran los órganos del Estado y sus relaciones. Este punto es importante porque en algunos de los países cuyas constituciones contemplan derechos fundamentales con perspectiva de género –muy especialmente en América Latina– no necesariamente se ha avanzado de forma significativa en la equidad de género²¹. Y la explicación para ello podría radicar precisamente en la omisión de aspectos de diseño institucional. Siendo así, cabe preguntarse ¿de qué manera podemos configurar nuestras instituciones para incorporar en ellas una perspectiva de género?

La solución, en parte, requiere aumentar la presencia numérica de mujeres en los órganos del Estado. Para ello, una de las técnicas más eficaces son los mandatos de paridad en la integración de dichos órganos, tal como se dispone en la Constitución de Ecuador²² o de México²³. Un ejemplo especialmente digno de mención es el de Francia, cuya Constitución establece un principio general de igual acceso no solo a los cargos públicos, sino también privados²⁴. Con todo, teniendo presente que el solo incremento de la participación numérica de mujeres no garantiza una representación sustantiva de sus intereses, es necesario adoptar medidas adicionales. De ahí que en algunos textos constitucionales se reconozca la equidad de género como principio rector de la actuación del Estado, como sucede en la Constitución de Bolivia²⁵, o de otros actores políticos relevantes, como se puede ver en la Constitución de Colombia²⁶.

²¹ Según puede observarse en World Economic Forum, Global Gender Gap Report 2020, Cologny/Geneva, 2019.

²² Véanse los artículos 116, 176, 183, 210, 217, 224 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

²³ Véanse, entre otros, los artículos 2, 3, 35, 41, 53, 56 y 94 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos (1917).

²⁴ “Artículo 1. [...] La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales”. Constitución francesa (1958).

²⁵ “Artículo 8. [...] II. El Estado se sustenta en los valores de [...] equidad social y de género en la participación”. Constitución Política del Estado del Estado plurinacional de Bolivia (2009).

²⁶ “Artículo 107. [...] Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos”. Constitución Política de Colombia (1991).

3. ¿Qué puede esperarse una vez concluido el Proceso Constituyente?

Si se toma en serio la idea de incorporar una perspectiva de género en la Constitución, eso significa incorporarla de manera transversal, teniendo en mente la forma en que las distintas partes del texto constitucional se articulan entre sí, y no solo considerando aquellas partes que más directa o evidentemente tienen relación con cuestiones que se piensan como tradicionalmente “femeninas”, como la familia o la maternidad. Por consiguiente, una Constitución con perspectiva de género no se agota en un artículo o en un capítulo específico de la Constitución. Más aún, tampoco se agota en el debate constituyente. Ello es así porque para que las normas constitucionales sean efectivas en los hechos, es necesario que sean desarrolladas o implementadas a través de otras normas (como leyes, reglamentos, programas, políticas, etc.) y que eso ocurra de manera estable en el tiempo.

Pese a todo, es importante preservar una cuota de realismo y de pragmatismo. Algunos de los aspectos mencionados en el apartado anterior probablemente serán controversiales y objeto de intenso debate y negociación en la Convención Constitucional. Bajo esa óptica, los esfuerzos y las prioridades deberían estar ante todo centradas en lograr que aquello que no sea incorporado en la Constitución, pueda quedar entregado al proceso político ordinario. Y, para ello, es absolutamente indispensable repensar el sistema de vetos al proceso político que contempla la Constitución de 1980. Particularmente relevante será la definición de si se cuenta o no con un órgano de control de constitucionalidad de las leyes y si, de haberlo, retendrá atribuciones similares a las que actualmente se asignan al Tribunal Constitucional²⁷. Igualmente sensible será la definición en torno a mantener o suprimir los quórum supramayoritarios de aprobación ciertas leyes y de los proyectos de reforma constitucional²⁸, solo por mencionar algunos nudos críticos.

Vistas así las cosas, resulta que el Proceso Constituyente y la Nueva Constitución no son la meta, sino el punto de partida para alcanzar la equidad de género. Efectivamente, el debate constituyente que se ha abierto en Chile ofrece una oportunidad histórica inédita para sentar las bases para erradicar

²⁷ Véase el artículo, 93 numerales 1° y 3°, de la Constitución Política de la República de Chile (2005).

²⁸ Véanse los artículos 66 y 127, respectivamente, de la Constitución Política de la República de Chile (2005).

estructuras opresivas y excluyentes, superar estereotipos de género y promover la efectiva vigencia de los derechos de las mujeres. Sin duda, representa también una ocasión para robustecer nuestra democracia, ya que “[n]o puede llamarse democrática una sociedad en la que la mujer esté excluida de la vida pública y del proceso de adopción de decisiones. El concepto de democracia tendrá significación real y dinámica, además de un efecto perdurable, sólo cuando hombres y mujeres compartan la adopción de decisiones políticas y cuando los intereses de ambos se tengan en cuenta por igual”²⁹.

Nada de esto significa importar a nuestro pensamiento constitucional una ideología extraña o radical. Significa simplemente materializar los ideales de libertad, igualdad y dignidad para todas las personas, que no son en absoluto ajenos a nuestra tradición jurídica.

Bibliografía

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General No. 23: Vida política y pública, A/52/38, 1997.

CONICYT, Reporte de Participación Femenina 2018. Período 2009-2018, Santiago, 2109.

INE, Encuesta Nacional del Empleo, Santiago, Trimestre OND, 2019.

INE, Encuesta Nacional del Uso del Tiempo, Santiago, 2015.

PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2019: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI. Nota informativa para los países acerca del Informe sobre Desarrollo Humano 2019: Chile, 2019.

PNUD, Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018), Santiago, 2020.

Poder Judicial de Chile, Política de igualdad de género y no discriminación, Santiago, 2018.

Rubio-Marín, Ruth e Irving, Helen, “Introduction. Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation”, en Rubio-Marín, Ruth e Irving, Helen (eds.), *Women as Constitution Makers: Case Studies from the New Democratic Era*, CUP, 2019, pp. 1-30.

Suteu, Silvia y Draji, Ibrahim, *ABC for a Gender Sensitive Constitution. Handbook for Engendering Constitution Making*, Euromed Feminist Initiative IFE-EFI, Paris, 2015.

WEF, *Global Gender Gap Report 2020*, Cologny/Geneva, 2019.

²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General No. 23: Vida política y pública, A/52/38, 1997.



Claudia Sarmiento Ramírez

Perspectiva de género en una nueva Constitución: su importancia y consecuencias

Claudia Sarmiento Ramírez¹

I. Introducción

Esta presentación aspira a responder ciertas preguntas entorno a la incorporación de la perspectiva de género en la nueva Constitución chilena. Para aquello me centraré en cuál es la pretensión de una Constitución y por qué se relaciona con el género; cuáles son las principales razones para incorporar la perspectiva de género en el proceso constituyente y sus consecuencias en caso de no ser incorporadas. Por último, me detendré en algunas materias que deben incorporarse en la Constitución en relación con los Derechos Humanos de las mujeres, y cómo aquello debe realizarse.

II. Constitución y su relación con el género

¿Cuál es la pretensión que tiene una Constitución y por qué se relaciona con el género? Para muchas personas esto puede ser una cuestión que no sea evidente o que a priori aparezcan relacionadas.

Si uno tiene una visión un poco ortodoxa de lo que debería ser la Constitución, aquella debería tener la pretensión de tratar de someter y ordenar el ordenamiento jurídico que se coloca por debajo de ella, en un sentido formal y en otro material.

En términos formales, esto significa que todas las normas se generen conforme lo prescribe la Constitución y, en términos materiales, que su contenido no sea divergente de la sustancia de la Constitución. Esto genera, por su-

¹ Abogada. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile. LL.M. en teoría legal por la New York University. Socia en Sarmiento y Walker Asociadas y profesora de derecho constitucional en la Universidad Alberto Hurtado.

puesto, límites a las políticas públicas y leyes que puedan emitirse, pues la Constitución lo que busca es hacer el ejercicio de someter y ordenar. Por ejemplo, si con ocasión de los problemas de incumplimiento de pagos de pensiones alimenticias se presenta un proyecto de ley que obligue a que las mujeres volvieran masivamente a sus hogares y dejaran de trabajar remuneradamente fuera de él, para que de esta forma se garantizara que los niños estuvieran bien protegidos y que no hubiera quiebres matrimoniales, podría decir que ese sería un proyecto contrario a la libertad del trabajo y a la igualdad ante la ley. Luego, al ser las mujeres sujetas y titulares de derechos fundamentales, tal legislación sería contrario al artículo 19 número 16 y número 2 de la Constitución Política de la República². Ergo, esta sería una solución frente a un determinado problema que no tendría cabida dentro del sistema normativo.

Si se complementa esta idea con la noción de Estado de Derecho, que es la idea aristotélica antigua de que el gobierno se hace a través de las leyes y no de los hombres, y que hay un proceso de depuración de la pasión propia del proceso político que decanta en la racionalidad de las normas³, la Constitución y su contenido no es baladí para nosotros porque, de alguna manera, le da ciertos márgenes a las respuestas posibles dentro del debate político.

Entonces la pregunta que surge es, ¿de qué forma la Constitución y el sistema normativo son o no parte de lo que distingo como un sistema opresivo para ciertos sectores de la población? Calificaré esa opresión desde la mirada del género.

En una primera definición, el género es el ejercicio cultural de adscribir ciertas características que no son neutrales, que están jerarquizadas a los cuerpos, de forma tal que existe una especie de gran “teatro de la vida”

² Artículo 19 n°16 de la Constitución Política de la República: “La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. (...)”.

Art. 19 N°2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

³ Aristóteles, Política 1287a.

donde cada uno de nosotros tiene un rol por haber nacido hombre o mujer en un esquema binario y dicotómico⁴.

No obstante, si buscamos una definición un poco más compleja, se podría sostener que aquello que se identifica como sustrato biológico también se encuentra cruzado por la cultura, entonces el ser hombre o mujer también son parte de una mirada hegemónica de cómo se tiene que construir su relato vital⁵.

Con estas definiciones en mente, ¿cuál es la particularidad que tiene el género y por qué constituye un mecanismo de opresión? Se relaciona con la construcción de la identidad, la estructura social y la posibilidad de vivir una vida donde se reconozca la agencia moral de cada sujeto, más allá de las imposiciones del sistema sexo género. Quiénes somos las mujeres y cómo vivimos es cualquier cosa menos natural, sino muy por el contrario, es el resultado de un sinfín de factores que nos invitan a experimentar un sistema donde el sexo y el género, a través de ciertas instituciones, van encapsulando cuáles son nuestras formas de vida, van jerarquizando las respuestas. Desde que nace una persona comienza el ejercicio de adscripción a un género: si usted nace mujer, recibirá de regalo una manta rosada y las personas comentarán que la niña es linda, suave y dulce. Al contrario, si usted nace hombre le regalarán una manta celeste y las personas mencionarán lo inquieto, despierto y vigoroso que es. Esto que parece ser inocuo, es parte de la trama que desde los albores de nuestra infancia va trazando nuestros relatos vitales; actos que determinarán qué es lo correcto e incorrecto en términos de cómo se es niña o señorita, y cómo no. Ser niña es equivalente a ser suave, amable, contenedora y maternal. Quienes escapan de este molde serán la disidencia, la alteridad. Niñas masculinas, niños femeninos, lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales, intersexuales, personas no binarias quedarán relegadas a una condición de paria pues escapan de la normatividad heterosexual binaria y dicotómica, lo cual tiene consecuencias en su acceso al poder económico y en su acceso al poder político, además de otras instituciones relevantes, como la familia matrimonial. Llamamos a este sistema donde el género y el sistema opresivo al que da lugar subordina a las mujeres y a quienes no se conforman con la heteronorma, patriarcado.

⁴ Scott, J. El género: una categoría útil para el análisis histórico. En: Lamas, M. Compiladora. El género: la construcción cultural de la diferencia sexual. PUEG, México.

⁵ Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity. Butler, J. Routledge, New York.

Ahora bien, el patriarcado no solo es nocivo para las mujeres y la comunidad LGTBI (lesbianas, gay, transexuales, bisexuales e intersexuales); también tiene el efecto de reproducir identidades masculinas ancladas a la subordinación de otros, en la castración de las emociones en los niños, en la justificación de la impulsividad y la violencia como una forma de resolver conflictos. Construye niños y hombres funcionales a un sistema que les exige ser fuertes, resueltos y proveedores de recursos.

¿De qué forma entonces la Constitución juega o no un rol en este complejo entramado? ¿Es la Constitución Política un mecanismo de reproducción de esta opresión? A veces, una imagen vale más que mil palabras. En este caso, la obra del colectivo “Las Tesis”: “El patriarcado es un juez, que nos juzga por nacer, y nuestro castigo es la violencia que no ves [...] y la culpa no era mía, ni como estaba, ni como vestía; El violador eres tú [...] Estado opresor es un macho violador”⁶.

En este punto es relevante analizar el modelo de sociedad que surge, entre otras instituciones, a partir de la Constitución Política. ¿Qué pasa en nuestro país, donde pareciera que la justicia no llegara para los casos de violencia contra las mujeres? ¿Qué pasa en nuestro país donde la violencia sexual está tan naturalizada que tenemos relatos judiciales se revictimiza a las mujeres y no se les cree? ¿Qué pasa con las cifras que tenemos de denuncias de violencia sexual, con la escasez de formalización y la escasez de condena de aquellos delitos? ¿Qué pasa con la economía de nuestro país si las mujeres que trabajan remuneradamente fuera de sus hogares ganan en promedio un 30% menos que los hombres por igual trabajo? ¿Por qué las mujeres no acceden en condiciones de igualdad a los cargos de poder? ¿Qué pasa en nuestro sistema normativo político y económico para que solo un 20% de los congresistas sean mujeres?

Entonces, ¿por qué es la perspectiva de género un tema relevante para la Constitución? Porque la perspectiva de género nos entrega la herramienta a

⁶ Una de las tantas performance del colectivo Las Tesis puede consultarse en: https://www.youtube.com/watch?v=aB7r6hdo3W4&ab_channel=ColectivoRegistroCallejero Una mirada de la viralización y apropiación de la performance en otros países puede revisarse en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50690475>

todos y a todas para cuestionar el orden vigente y de cumplir con la idea que somos todos iguales. Ergo, es urgente que nos sentemos a conversar sobre cuáles son las condiciones para garantizar la igualdad real en nuestro país. Y claro, la Constitución en esto se parece cada vez más a nuevo contrato social donde las y los excluidos del sistema quieren ser parte de la discusión y del resultado.

III. Las materias que debe tratar una Constitución y los Derechos Humanos de las mujeres

¿Qué materias específicamente debiera tratar la nueva Constitución y de qué manera se deberían incorporar nuevos mandatos, diseños institucionales, derechos u otros tópicos? Lo cierto es que buena parte de lo que se defina en una Constitución va a estar condicionado a quienes integren la Convención Constitucional. Los intereses, las voces, y las miradas que van a quedar, a la postre, serán las de aquellas personas que participen.

En la medida en que las personas que participen como convencionales constituyentes no sean las que representen la hegemonía, no sean las evidentes, las que no han redactado siempre estas constituciones, vamos a ser capaces de ver si llegan efectivamente otros intereses, otras voces y otras formas de representar los derechos humanos; el proceso mismo de redacción de una nueva Constitución puede ser virtuoso si las mujeres, el 50% de la población que ha sido excluido de la representación, es ahora el 50% del órgano de decisión. En un escenario así, ya no deberíamos ser consideradas “la excepción” o la alteridad.

Si bien las mujeres somos tan diversas como lo es la humanidad, nuestra sola presencia permitirá la existencia y representación en la Convención Constitucional de una visión de la vida que es distinta de la hegemónica masculina y heteronormada, la cual reivindica ser el barreno de la neutralidad y naturalidad. Este hecho, en sí mismo, es valioso y digno de ser alabado y estudiado. Un ejemplo ilustrará mi punto. Cuando se discutió la ley de aborto en tres causales⁷ en nuestro país, había una representación muy pequeña de mujeres

⁷ Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

en el Congreso. Una de las causales, la de violación, requirió abrir la discusión sobre violencia sexual, específicamente sobre qué le pasaba físicamente a una mujer y por qué los rasgos físicos de esta violencia podían no ser pesquisables en el momento en el que se develaba por la víctima el vejamen vivido; o el por qué era complejo para una niña que había sido víctima de violación por un familiar cercano el pedir ayuda o denunciar⁸. La violación, la violencia sexual y el temor a ella no era una vivencia evidente para los varones que estaban sentados en esa mesa, legislando, decidiendo si una mujer tenía o no derecho a decidir cómo vivir el dolor de un embarazo no deseado que era el resultado de una violación; desde la distancia que franquea el desconocimiento, a muchos les costaba ser empáticos con las mujeres, creo que no por mediar mala fe, sino porque esta es una experiencia que no es accesible para ellos. Similar situación sucedía en el caso de la segunda causal, esto es la de la inviabilidad fetal. El dolor que vive una mujer que quiere ser madre, pero que sabe que su hijo no sobrevivirá al parto no puede desligarse de la vivencia física de quien se irá de un hospital sin un lactante, pero con un cuerpo ávido de amamantarlo. Penalizar a quienes no querían prolongar esta experiencia ciertamente requería de una respuesta distinta y una mirada que pudiera entender el fenómeno.

El ejercicio de representarse, de estar, de marcar presencia en los órganos políticos, puede impactar en el tipo de derecho humano o fundamental y el tipo de Estado que se diseñe. Es plausible pensar que, si existen otras personas integrando el poder, el diseño del andamiaje institucional sea distinto al que hemos conocido hasta ahora.

Es de esperar que en una nueva Constitución podamos incluir los derechos sexuales y reproductivos, mecanismos paritarios de integración política y que se amplíe la participación en diferentes esferas, ya no sólo dentro de lo público considerado en término estatales, sino repensar, por ejemplo, las relaciones laborales. Igualmente, será relevante la representación del trabajo no remunerado, la respuesta del Estado frente a la violencia contra las mujeres y, en general, un fuerte compromiso con la igualdad y la prohibición de la discriminación.

⁸ Artículo 119 del Código Sanitario: “Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.”

Por supuesto, no podemos perder de vista un contexto más sistémico. Si tenemos un catálogo de derechos fantásticos, pero no tenemos un Estado que se haga cargo de respetarlos y garantizarlos, tendremos un triunfo pírrico. Necesitamos que los derechos humanos puedan ser verdaderamente universales, obligaciones de respeto y garantía, no regresividad y mecanismos de exigibilidad. Para que eso sea factible tienen que estar ligados a un Estado que pueda proveerlos. Si se mantiene la concepción del principio de subsidiariedad del Estado como ha sido interpretado por la doctrina más ortodoxa⁹, es difícil imaginarse una provisión de bienes públicos que nos permita subvertir la discriminación estructural, distribuir el poder o efectivamente acceder a ciertos derechos como los derechos sexuales y reproductivos con garantía de igualdad y salud en un escenario distinto al actual.

Si se mantiene la forma centralizada del poder político y este sistema híper presidencialista, difícilmente será posible redistribuir el poder. Si el Estado no puede reivindicar para sí una capacidad mínima de regular los mercados. ¿Cómo vamos a enfrentar desafíos más grandes que nos van a afectar a todos y todas, por ejemplo el cambio climático o los desafíos en temas alimentarios?

IV. Conclusión

Para que efectivamente podamos tener una Constitución con perspectiva de género, que tenga una vocación de implementar cambios y de movilizar, no sólo tenemos que tener el catálogo de derechos, sino también atender a la estructura que hará posible que esas promesas constitucionales sean el telón de fondo. Un andamiaje institucional justo¹⁰, a partir de un pacto social, de una nueva Constitución, que distribuya en condiciones de igualdad los beneficios de la cooperación social. Para alcanzar esta meta, no basta con tener un extenso catálogo de derechos fundamentales que sean una quimera, sino que debemos ampliar la caja de resonancia y revisar nuevamente, esta vez con perspectiva de género, las bases de este entramado estatal y social que llamamos Chile.

⁹ Véase Sentencia Tribunal Constitucional 226-95, considerandos 28° y 29°. Sentencia Tribunal Constitucional 363-02, considerandos 4° y 7°.

¹⁰ Teoría de la Justicia, John Rawls (1971).



Verónica Undurraga Valdés

Constitución y género: Haciendo realidad la promesa de la ciudadanía universal

Verónica Undurraga Valdés¹

Agradezco la invitación a compartir este espacio de diálogo constituyente y a hacerlo junto a académicas tan destacadas. También valoro la decisión de comenzar el ciclo de seminarios conversando sobre la perspectiva de género en el proceso constituyente. A diferencia de otros temas, este no se refiere a un ámbito específico de la regulación constitucional, sino que a una manera de pensar la Constitución y el proceso constituyente, por lo que la decisión de ponerlo al comienzo del ciclo es muy apropiada.

I. La primera pregunta que me hacen es sobre las razones por las cuales debiéramos incorporar la perspectiva de género en el proceso constituyente y en el texto constitucional y a las implicancias jurídicas y sociales de su incorporación.

Aunque las reglas que regulan directamente la conducta de los ciudadanos y ciudadanas como nosotras son normas de jerarquía legal y no directamente normas constitucionales, la Constitución sí influye en nuestras vidas en forma muy importante. Todas las leyes, decretos y las regulaciones de menor jerarquía deben respetar la Constitución tanto en sus reglas orgánicas (por ejemplo, las que señalan qué autoridad u órgano estatal tiene la competencia para ordenar ciertas cosas y qué procedimiento debe seguir para que su actuación sea válida), como en sus reglas sustantivas (las que declaran qué derechos tenemos las personas o por qué principios se debe regir el Estado,

¹ Doctora en Derecho, Universidad de Chile; Magíster en Derecho, Universidad de Columbia; Diplomada en Instituciones Modernas del Derecho de Familia, Universidad de Chile y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la misma universidad. Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez.

por ejemplo, respetando la igual dignidad de todas las personas). Las constituciones en general son más difíciles de reformar que las leyes u otras normas, porque al establecer los principios y reglas básicas sobre los que se funda el ordenamiento jurídico debe asegurar cierta estabilidad en esos principios y reglas. Por eso es especialmente importante que ellos expresen la voluntad de la ciudadanía. Además, una Constitución representa un pacto político que refleja los valores, principios y objetivos de nuestra comunidad. Es fundamental, entonces, preguntarse quiénes participan en la deliberación y en las decisiones constitucionales, quiénes tienen una voz en cómo se escribe la Constitución. Si quienes participan solo son hombres, y sólo personas que pertenecen a determinados segmentos más acomodados de la sociedad, evidentemente es probable que tengan una mirada parcial de la comunidad en que viven y no puedan representar bien la multiplicidad de intereses de sus integrantes. Esto, sin considerar que, aún cuando sí pudieran representar bien esos intereses, su representación solo sería legítima si las mujeres y personas que no pertenezcan a grupos hegemónicos tuvieran las mismas posibilidades reales de acceder a esos puestos de representación.

La presencia de mujeres, incluso en términos paritarios, no asegura que se aplique la perspectiva de género, aunque lo hace más probable. La perspectiva de género es importante porque asegura que las experiencias de vida y las necesidades de las mujeres y niñas sean consideradas durante el proceso constituyente. Los derechos a los que les damos rango constitucional son aquellos que consideramos que son fundamentales, prioritarios para asegurar una vida digna, pero que al mismo tiempo tememos que su respeto y protección pueden estar en peligro si no les damos rango constitucional que asegure que ninguno de los poderes del Estado, ni siquiera las mayorías democráticas representadas en el legislativo, puedan desconocerlos. Dependiendo de quién es uno, dónde vive, si es hombre o mujer, si pertenece o no a la diversidad sexual, si es o no una persona con discapacidad, si es o no migrante, o si pertenece o no a un pueblo originario, etc., vamos a tener distintas opiniones sobre cuáles derechos adquieren relevancia para tener una vida digna y cuál es el riesgo de que sean conculcados. Por supuesto que la mayoría de los derechos tradicionales de los catálogos de derechos son relevantes para todas las personas, cualquiera sean sus características. Pero incluso el contenido de esos derechos clásicos debe adquirir un significado especial, a la luz de las experiencias de vida de las personas y el texto de una constitución debe ser capaz de reflejar eso.

Por ejemplo, el derecho a la libertad personal y a la integridad personal, debe ser redactado y posteriormente interpretado como un derecho que proteja a las mujeres frente a su falta de autonomía física y frente a los riesgos de violencia de género. Las constituciones históricas sí se preocupan de la libertad personal y de la seguridad del cuerpo, pero el tipo de amenazas que se tomaron en consideración cuando se decidió proteger estos derechos fueron las amenazas del arresto ilegal, porque el sujeto imaginado era alguien protestando en la calle por temas políticos. No es un sujeto mujer, para empezar. No es la mujer que puede sufrir acoso sexual, acoso laboral, violencia por parte de su pareja, o violencia obstétrica. En este ejemplo, los derechos están en la Constitución, pero solo desde que se le da una interpretación con perspectiva de género pueden incluirse dentro del alcance del mandato de estas normas la prohibición de afectación y la protección frente a conductas que, por siglos, no fueron consideradas vulneraciones a derechos fundamentales

Los derechos sexuales y reproductivos proveen otro ejemplo. Son derechos que no aparecen explícitamente en las constituciones clásicas, y protegen intereses básicos para hombres y mujeres. Los derechos clásicos a la libertad individual, integridad personal, privacidad, derecho a la salud, derecho a la información y otros pueden interpretarse para que operen en el ámbito de la vida sexual y reproductiva, pero históricamente eso no se ha hecho salvo en los últimos años y por algunos tribunales. Para las mujeres el reconocimiento expreso de derechos sexuales y reproductivos es especialmente relevante porque a las mujeres se les reconoce social y jurídicamente menos autonomía sexual, son desproporcionadamente las víctimas de violencia sexual y porque la reproducción para las mujeres va unida a la experiencia del embarazo.

Incluso en ámbitos en que pareciera que las mujeres y los hombres tenemos iguales intereses como, por ejemplo, en el control de la gestión de las autoridades, en acceso a la información, a la justicia, a cargos públicos, a derechos económicos sociales y culturales, las mujeres por su propia experiencia de vida se relacionan con estos derechos de una manera distinta. Por ejemplo, tienen más problemas de acceso a la justicia, como lo demuestran los bajísimos números de condenas que se logran en los casos de delitos sexuales y el altísimo número de mujeres que están a cargo de niños y niñas y que no logran conseguir que los padres de sus hijos e hijas cumpla con su obligación

de alimentos. En materia derechos económicos, sociales y culturales, el impacto positivo que puede tener la protección de estos derechos en las mujeres es muy importante, porque la crianza y el cuidado a cargo de las mujeres limita sus posibilidades de acceder a trabajos remunerados de calidad, lo que la empobrece y deja en condiciones de mayor vulnerabilidad en la vejez. Son las mujeres quienes tienen contacto más estrecho con los servicios de seguridad social estatales.

Un sesgo importante tiene que ver con la imagen de la persona y de titular de derechos que se representa en la Constitución. Es una imagen mucho más independiente y más autosuficientes de lo que verdaderamente somos los seres humanos, porque asume que los temas de importancia constitucional son solo aquellos que tienen que ver con lo que se ha previamente considerado como “lo público”. Hablar de lo público adquiere sentido si existe a la vez “lo privado”. En derecho constitucional, lo que distingue lo público de lo privado es la competencia que se le atribuye al Estado para intervenir en determinadas áreas. La organización del poder político está en el extremo de lo público, mientras que la familia está en el extremo de lo privado, para hablar en términos muy generales. Se habla del mercado como el lugar de la iniciativa privada y los emprendimientos “privados”, si lo que se quiere es evitar la excesiva regulación del Estado sobre la economía. El mismo mercado, sin embargo, es un lugar público en oposición a la privacidad del hogar. En ese encuadre, en que el derecho constitucional es un área del derecho público, las mujeres, en una sociedad en que su rol en los últimos siglos estuvo confinado a lo doméstico, la reproducción y el trabajo de cuidado no remunerado, simbólicamente desaparecen como “ciudadanas” porque no participan en el espacio público. La privatización de la dependencia, de la crianza, de la enfermedad, de toda la experiencia humana de la fragilidad de la vida, ha estado a cargo de las mujeres en el espacio de la familia. En la arena pública quedan los hombres adultos, mientras están sanos. Esta es una descripción caricaturesca, por supuesto, porque la realidad es mucho más compleja, pero sigue siendo muy persistente en el imaginario colectivo, a tal punto que las mujeres siguen siendo socialmente castigadas si no cumplen sus roles domésticos, de crianza y cuidado de acuerdo a las expectativas sociales y todavía se considera normal que los espacios públicos estén ocupados mayoritariamente por hombres.

Si no participamos las mujeres en el proceso constituyente vamos a seguir funcionando simbólicamente con una idea de ser humano escindida, dicotómica y con una jerarquía implícita de género, asociando los temas de ciudadanía y bien común solo con aquellos que han sido definidos como políticos o de interés público. Quedan excluidos de la deliberación propia del pacto social temas como los criterios de justicia que deben guiar la distribución de las cargas de cuidado en la sociedad, las relaciones de género (con sus desigualdades y violencia), y la discusión sobre las consecuencias sociales que tiene esta distribución de roles de género, por ejemplo, sobre la organización del mercado laboral. Esas consecuencias van desde la feminización de la pobreza hasta la falta de autonomía física, económica y política de las mujeres, así como su marginación de formas de participación social y política.

II. La segunda pregunta se refiere a las materias que debiera tratar la Constitución si se incorpora la perspectiva de género.

La inclusión explícita de ciertas cláusulas puede ser necesaria y deseable. Por ejemplo, no es lo mismo que esté reconocido el derecho a una vida libre de violencia, a que tengamos que seguir haciendo el esfuerzo de interpretar el derecho a la seguridad personal en clave de género para reconocer que incluye el derecho a vivir libre de violencia. Esta interpretación se debe hacer, por supuesto, pero es más difícil la carga de argumentación que si el derecho específico está reconocido en el texto constitucional.

Sin embargo, creo que hay que ser realista respecto a la expectativa que podemos tener del proceso constituyente sabiendo que el quórum de aprobación de las normas de la nueva Constitución es de dos tercios. Ese es un quorum alto, que va a exigir ceder a todas las partes para poder acordar la inclusión y redacción de ciertas cláusulas, particularmente las referidas a derechos sexuales y reproductivos. Esto hace necesario pensar en formas inteligentes de negociación en estos temas que permitan dejar puertas abiertas a un desarrollo posterior por la vía legislativa o mediante interpretación judicial de cláusulas quizás más generales o menos explícitas, pero cuyos contenidos tengan el alcance de proteger derechos de las mujeres. La Constitución hay que verla como un comienzo, como un pacto en principios y reglas básicas que permitan el funcionamiento de una democracia vigorosa y sana. No es

una especie de batalla final, es la determinación de reglas del juego y acuerdos para posibilitar una buena convivencia futura en que los desacuerdos puedan canalizarse en forma institucional, inclusiva y democrática.

Sí creo que es un objetivo importante consolidar los avances en materia de paridad, ampliando la aplicación del principio a todos los órganos colegiados importantes del Estado. La inclusión social y política es una de las dimensiones fundamentales para asegurar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. La regla de la paridad es, precisamente, una puerta para avances futuros en materia de justicia de género.

También es importante lograr incorporar una buena cláusula de igualdad. Aunque hay mucho desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia a nivel mundial sobre igualdad, nuestra jurisprudencia es muy pobre aún en este tema y una cláusula que incorpore una concepción de igualdad sustantiva y no solo formal obligaría a estudiar y comprender mejor el fenómeno de la desigualdad estructural y las formas en que el derecho puede responder a ella. La garantía de igualdad formal sigue siendo muy importante porque asegura que formalmente habrá un trato igualitario a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, por lo tanto proscribire la arbitrariedad y la actuación hostil destinada a perjudicar a determinadas personas o grupos por motivaciones injustificadas. Sin embargo, esa garantía es insuficiente. En primer lugar, porque la determinación de cuándo dos personas o grupos se encuentran en circunstancias similares que justifiquen el tratamiento igualitario depende de un juicio externo a la propia regla. Y cuando existen grupos subordinados, la propia subordinación se construye como diferencia. Hay toda una historia jurisprudencial de negación de igualdad de derechos a las mujeres basada precisamente en el argumento de que las mujeres son diferentes a los hombres y que esa diferencia que justificaría ese trato diferenciado y sus menores derechos.

En segundo lugar, la garantía de igualdad formal tiende a aplicarse exigiendo la asimilación de quienes demandan igualdad a las características o formas de vida de quienes ya reciben el tratamiento que esas personas están demandando. La lógica de que hay que tratar igual a quienes son iguales transforma el argumento por la igualdad en un argumento de probar la similitud de los dos grupos que se comparan. Por ejemplo, las mujeres deben probar que

pueden hacer el mismo tipo de trabajo que los hombres para tener las mismas oportunidades y derechos laborales. De esta manera, el trato igualitario queda supeditado a que quien demande igualdad deba asimilarse (por ejemplo, a los modos en que funciona el mercado del trabajo masculino) y renunciar a aspirar un trato igualitario, preservando sus propias particularidades. En el ejemplo, la forma en que está organizado el mercado del trabajo -que responde a las necesidades y requerimientos de un empleador y un trabajador varones- no se ve en absoluto cuestionada por la inclusión de mujeres.

En tercer lugar, la igualdad formal es una buena garantía frente a discriminaciones específicas e intencionales por parte de alguien claramente identificable, pero no es una garantía suficiente frente a fenómenos de subordinación y discriminación estructural, donde no es posible identificar a una persona como autora de un acto de discriminación hostil hacia una mujer específica. La discriminación estructural es absolutamente real, pero se compone por la confluencia simultánea de muchos elementos que incluyen desde normas jurídicas, estereotipos, prácticas, estructuras físicas, diversas interacciones y lógicas de poder, entre muchos otros. Existiendo discriminación estructural, incluso una norma dictada sin ninguna intención hostil hacia las mujeres puede tener efectos discriminatorios o afectarlas desproporcionadamente. Por ejemplo, probablemente las personas que crearon el sistema de isapres o Administradoras de Fondos de Pensiones, ni siquiera pensaron en el impacto que la regulación de estos sistemas tendría en las mujeres. No los vieron porque las mujeres no estaban consideradas dentro del modelo (abstracto) de ser humano que estaban pensando que iba a necesitar una pensión. Sin embargo, la confluencia de esas normas con la existencia de lagunas previsionales de las mujeres como resultado de ser las que se encargan de la crianza de los hijos, más los bajos salarios y la precariedad del empleo femenino, hacen que sean normas que, aún sin haber sido dictadas con un propósito discriminatorio, tienen un efecto discriminatorio en las mujeres. Una cláusula de igualdad bien redactada, que incorpore una concepción de igualdad sustantiva o real y no solo de igualdad formal, permite identificar ese tipo de normas como discriminatorias. Permite además, justificar medidas de acción afirmativas a favor de grupos subordinados, como herramientas para superar la exclusión y permitir avanzar en términos de igualdad.

También es importante que en la nueva constitución se aclare el estatus del derecho internacional de los derechos humanos dentro del orden jurídico chileno, incorporando como obligaciones constitucionales el cumplimiento de los compromisos de derechos humanos adoptados por Chile. Esto asegura que Chile esté bajo el monitoreo de la comunidad internacional y deba adaptar su legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos, que normalmente son más altos en materia de igualdad de la mujer y de protección de derechos de grupos subordinados.

También considero importante reconocer un derecho a la autonomía personal en la Constitución, lo que puede hacerse bajo la fórmula de un derecho al libre desarrollo de la personalidad, que ya es utilizada en el derecho comparado y por algunos tribunales en Chile. Creo que es muy importante para personas que en los hechos no tienen autonomía, que son precisamente las personas que viven distintos tipos de opresión de género, por raza, por clase, y las personas que por su condición de pobreza dependen más de prestaciones estatales, contar con un derecho explícito a desarrollar sus propios planes de vida, de manera que las políticas públicas que impliquen prestaciones estatales deban respetar ciertos ámbitos de decisión de las personas beneficiarias en aspectos esenciales.

Respecto a derechos económicos, sociales y culturales, es importante tener presente que su reconocimiento tiene un impacto diferenciado también en las mujeres, ya que son más directamente beneficiadas si estos derechos están reconocidos. Si el Estado no garantiza prestaciones en materia de salud, educación, cuidado de adultos mayores, entre otros, se recarga a las mujeres que son las que toman estas responsabilidades. Además las mujeres llegan en mayor medida que los hombres empobrecidas a la vejez, por lo que también les impacta desproporcionadamente la regulación sobre pensiones. Por lo mismo, es muy importante tener mujeres en la Convención Constitucional donde se planteen y discutan estos temas.

Cuando tenemos una sociedad como la nuestra, que está quebrada por el eje de la desigualdad, tanto de clase como de género y en que no ha habido un reconocimiento a los pueblos originarios, la Constitución no puede ser neutra respecto de esas desigualdades, por el contrario, debe dirigir al Estado a transformar esas condiciones. Por último, es imposible pensar en una nueva Constitución sin pensar en la protección y la justicia ambiental.

III. Preguntas en el contexto del seminario

1.- El aborto es un tema altamente discutido a nivel nacional y planteado como urgente y necesario para evitar la muerte de mujeres que lo realizan en la clandestinidad y si bien hoy obtiene reconocimiento en 3 causales, las mujeres exigen aborto libre, el cual podría verse limitado por la establecido en el artículo 19 número 1 y su segundo de la Constitución ¿cuál creen que es la manera de abordar este asunto frente a una nueva Constitución?

El tema del aborto es un tema típicamente muy divisivo. Con un quórum de 2/3 es probable que no haya una norma explícita respecto del aborto en la Constitución. Creo que la Constitución debe asegurar la igualdad sustantiva, la autonomía personal, el derecho a la salud, el derecho a la información, el derecho a la integridad personal y todos los demás derechos de carácter general que la criminalización del aborto pone en riesgo de vulneración. Además debe contemplarse el principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales y el reconocimiento constitucional de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. El conjunto de esas normas permite dar un marco para que la legislación sobre aborto, sea esta penal o sanitaria respete los derechos de las mujeres. Me parece que esa es mejor solución que intentar incluir normas muy específicas llegando con poco poder de negociación a la Convención y que la mayoría de esas propuestas se rechacen y queden en la Constitución solo algunos derechos explícitos muy limitados y en las actas las constancia de que no hubo voluntad constituyente para reconocer derechos más amplios. Eso hace más difícil después lograr esos derechos en el proceso legislativo. Hay razones de peso por las cuales se puede argumentar que la criminalización del aborto es contraria a derechos fundamentales, por tanto yo no gastaría todas las energías en tratar de lograr una regulación del aborto a nivel constitucional.

2.- Al hablar de una Constitución del siglo 21 muchos señalan como objetivo del Estado el estado de bienestar europeo y el estado social de derecho. No obstante el estado de bienestar se construyó bajo la idea del hombre proveedor y la mujer encargada de la casa y del ámbito privado. En este contexto ¿cómo debe pensar dicho estado de bienestar desde un replanteamiento de las relaciones de género, en que se respeta la mujer como igual?

Efectivamente, hay ciertos aspectos de los estados de bienestar que los hacen más amables para las mujeres que los estados liberales, pero los estados de bienestar no se diseñaron precisamente con la idea de superar la distribución de los roles tradicionales de género. Mi respuesta muy preliminar sería que hay que partir pensando en las necesidades de las personas que se consideran que deben estar cubiertas para tener una vida digna (no solo necesidades materiales, sino también libertades, instancias de participación, reconocimiento, etc.) y después ver cómo en nuestra organización social actual estamos proveyéndonos de los medios para satisfacer esas necesidades: ¿a través del trabajo propio? ¿lo provee algún miembro de la familia? ¿quién dentro de la familia? ¿lo provee el Estado? ¿de qué forma?. Ese tipo de preguntas nos permite hacer visible en qué hombros cae la carga del bienestar y si esta se distribuye en forma justa entre los individuos, las familias, las comunidades más amplias y el Estado. Cuando nos preguntamos por la justicia de esas distribuciones es necesario hacerlo sin naturalizar los roles de género, sino que cuestionando precisamente si ese arreglo es uno que puede ser aceptado como justos por todos y todas.



Yanira Zúñiga Añazco

Una Constitución desde la perspectiva de género

Problemas y desafíos

Yanira Zúñiga Añazco¹

Introducción

¿Por qué pensar en redactar una constitución desde la perspectiva de género? ¿Qué implica lo anterior? En este ensayo quiero ofrecer algunas respuestas a dichas preguntas esbozando los problemas y desafíos que tal proyecto implica.

1. Razones para una constitución desde la perspectiva de género

Hay razones vinculadas a la legitimidad y a la justicia que justifican pensar y ejecutar una constitución desde la perspectiva de género. Es importante tener presente que, aunque esos dos órdenes de razones pueden distinguirse conceptualmente, en la práctica, se entremezclan en los procesos políticos, reenviando unas a las otras.

1.1 Género y legitimidad

Desde el punto de vista institucional, las constituciones son arreglos políticos, cristalizados en una norma jurídica superior, que estatuyen las bases fundamentales de la vida social y de la organización del poder en una determinada colectividad. Desde el punto de vista simbólico, las constituciones encarnan y realizan la metáfora del contrato social. Son portadoras de un relato colectivo y de un programa político-normativo en el que puede enraizarse y des-

¹ Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. España; Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Austral de Chile. Actualmente se desempeña como profesora asociada y prodecana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad Austral de Chile

plegarse la membresía política y la cohesión social; o, fraguarse, en cambio, la disociación entre lo social y lo político-institucional. En consecuencia, las constituciones son textos vivos, vertebradores de un sistema político, que encauzan y reflejan la vida en una sociedad determinada.

La legitimidad de una Constitución es una especie de resultado virtuoso en el que se ensamblan diferentes dimensiones (éticas, políticas, jurídicas y culturales) y diferentes momentos históricos. En términos concretos, para que una constitución sea legítima no solo importa qué dice su texto, sino, además, quién ha participado en su redacción, a quiénes benefician y perjudican sus normas, qué tanto estas vehiculan las comprensiones políticas y de justicia social imperantes en el momento de su otorgamiento y en el momento de su aplicación.

Como las constituciones son textos con vocación de permanencia y las relaciones político-sociales son, en cambio, dinámicas, la legitimidad de una constitución es algo que debe construir permanente, no es algo dado. Las normas constitucionales deben poder ser materializadas y actualizadas en el tiempo a través de la actividad política ordinaria, es decir, mediante la dictación de otras normas (habitualmente leyes) que puedan ir recogiendo las nuevas comprensiones sociales y desafíos políticos que emergen con el paso del tiempo. En términos técnicos, la legitimidad de una constitución comprende tanto las condiciones de otorgamiento (legitimidad de origen) como las condiciones de aplicación de esta (legitimidad de ejercicio). Por eso podemos decir que las constituciones son normas que buscan trascender tanto a ellas mismas, en tanto texto, como al proyecto político que les dio origen, al permitir su actualización secundaria por las discusiones futuras.

Como han observado teóricas feministas, la imagen del contrato sexual, en su forma abstracta² como en su dimensión concreta constitucional³ no ha incorporado a las mujeres. Si consideramos, como lo viene poniendo de relieve los movimientos por la paridad de género, que las mujeres somos la mitad del pueblo, podemos decir que todas las constituciones otorgadas hasta ahora en Chile y la gran mayoría de los textos constitucionales vigentes en el extranje-

² Pateman, Carole : El contrato sexual (Traducc. María Luis Femenías) Anthropos, Barcelona, 1995

³ Irving, Helen: Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design. Cambridge University Press, Cambridge, 2008

ro adolecen de un grave defecto de legitimidad. Basta mirar nuestra historia constitucional y la historia comparada para observar que las constituciones han estado habitualmente escritas por expertos varones y considerado solamente los intereses masculinos. Así, las constituciones no solo han pecado de elitismo sino también de un manifiesto déficit de representación femenino. Sin embargo, estas cuestiones no han sido consideradas problemáticas por mucho tiempo.

Todo ello ha cambiado notable y vertiginosamente. Las mujeres a lo largo del mundo demandan que las constituciones no solo reconozcan y aseguren el sufragio femenino, sino la posibilidad de participar efectivamente en los procesos políticos, el acceso igualitario a cargos y funciones, la distribución equitativa de responsabilidades sociales, protecciones generales ante la discriminación y la violencia, y derechos reproductivos. También demandan, como hemos visto recientemente en Chile, la participación efectiva, a la par con los hombres, en los procesos constituyentes.

La consigna “*no sin nosotras*” que hemos visto en las calles chilenas y luego en múltiples espacios virtuales— en particular durante la discusión de la reforma constitucional sobre paridad en la convención constitucional— es la expresión de un giro conceptual y político que viene fraguándose, con carácter transnacional, hace ya cuatro décadas. Aunque demográficamente nada ha cambiado, la noción de un pueblo sexuado, constituido a parte iguales por mujeres y hombres, ha sido elevada en la cultura política reciente a la categoría de un principio fundamental. Por tanto, no debiera sorprendernos que la norma que está llamada a orquestar los grandes arreglos institucionales empiece a ser juzgada, de ahora en adelante, a partir de su capacidad de reflejar esta concepción. Habrá que acostumbrarse, de más en más, a que la constitución sea vista y definida como la fuente y la voz de un poder generizado, tanto en términos constitutivos, autoritativos como de resultado.

1.2 Género y justicia

En su expresión formal (particularmente, en su lenguaje) y en su contenido, las constituciones históricamente han omitido considerar la desigualdad de género. Así, no solo no han contrarrestado debidamente esa desigualdad, sino que han servido muchas veces como vectores de ella. Esta constatación

pone de relieve que hay razones de justicia social para que la perspectiva de género sea un ingrediente *sine qua non* de toda Constitución.

Muchas de las constituciones que son consideradas modelos de universalidad e inclusión, en realidad, son constituciones sesgadas desde un punto de vista de género, porque implícita o explícitamente refrendan un modelo de superioridad de lo masculino (sexismo), o porque —lo que ha ocurrido con más frecuencia en los textos contemporáneos— asumen que la experiencia de los hombres constituye la experiencia humana por definición (androcentrismo).

La jurista estadounidense Catharine Mackinnon ha puesto de relieve que la proliferación de las cláusulas de igualdad en nuestros sistemas normativos (particularmente en las constituciones) ha tenido una eficacia muy limitada debido, básicamente, a que la manera estándar en que dichas cláusulas de igualdad son formuladas, concebidas y aplicadas (“debe tratarse igual a los iguales y de manera diferente a los diferentes”) tiene sesgo de género. En opinión de MacKinnon, las mujeres no podemos aspirar a una real igualdad bajo esas cláusulas porque somos concebidas socialmente como el paradigma de la diferencia⁴.

Por consiguiente, revisar la manera en la que nos acercamos a la construcción de un dispositivo de antidiscriminación de género en una nueva constitución puede ser considerado un desafío inevitable. Para hacer esto, es importante tener en vista, como insumo, la manera en la que la práctica chilena, bajo la Constitución actual, ha interpretado la cláusula de igualdad contenida en el art. 19 N° 2⁵. Y, especialmente, atender a la relación entre la norma jurídica y el fenómeno social, incorporando adecuadamente la experiencia femenina.

Las constituciones vienen produciendo un impacto diferenciado de género, (es decir, benefician mucho menos a las mujeres que a los hombres) porque omiten habitualmente considerar las necesidades e intereses de las mujeres para diseñar sus normas e instituciones. Esto vale incluso para las cláusulas de derechos humanos. Estas, que son habitualmente abiertas y vagas, termi-

⁴ MacKinnon, Catharine: *Feminismo inmodificado*. Discursos sobre la vida y el derecho. (Traducc. Teresa Beatriz Arijón), Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p.158.

⁵ Un estudio más detallado de esta cuestión puede encontrarse en Zúñiga, Yanira (2020) “Igualdad de género en la nueva Constitución”, en Muñoz. F. y Ponce de León, V (Eds.) *Conceptos para una Nueva Constitución*, DER, Santiago, pp. 233-254.

nan también por ser infiltradas y capturadas por las mismas estructuras de género que dichas cláusulas pretenden remover.

Todo lo anterior impone enormes desafíos para la redacción de los nuevos textos constitucionales, los que deben deslastrarse de su pasado de vectores de la desigualdad de género. En efecto, puede decirse que una constitución generizada es un animal raro en su especie. Por tanto, ejecutar un texto constitucional que mire, dignifique y empodere a las mujeres en circunstancias que toda la genealogía constitucional se ha construido de espaldas a lo femenino, implica, en la práctica, un gran ejercicio de imaginación e innovación.

Antes argumentaba que las palabras en los textos constitucionales han invisibilizado lo femenino y favorecido sesgos sexistas y/o androcéntricos en la interpretación y aplicación jurídica de las reglas contempladas en ellas. Este lenguaje eminentemente masculinizado ha atravesado la construcción del imaginario jurídico hasta ahora. Servirse de un lenguaje realmente inclusivo, en términos gramaticales y operativos, es, entonces, un desafío mayor que no debiera ser menospreciado ni eludido.

Una segunda cuestión que es igualmente estratégica se refiere a la deconstrucción y rearticulación de la relación normativa entre lo público y lo privado. Las constituciones no han tratado estos dos espacios de la vida social de una manera neutra, han identificado lo público con lo masculino y lo privado-familiar con lo femenino; y han configurado ambos espacios como esferas jerarquizadas, regidas por lógicas distintas. Esto ha tenido y sigue teniendo gran incidencia en la desigualdad social de género. Un ejemplo es la regulación constitucional de la familia. Al localizarla en lo privado, las relaciones que se dan al interior de esta institución jurídica han sido sometidas a lógicas ajenas a la justicia, la igualdad, la autonomía personal y los derechos que dominan el espacio de lo público. Sin embargo, toda la evidencia social disponible sugiere que fenómenos tan variopintos y resistentes como las brechas salariales, la baja participación de las mujeres en el mercado laboral, la feminización de la pobreza, el déficit de participación política, se relacionan, directa o indirectamente, con la desigualdad de cargas del espacio familiar.

Gran parte de la atención relativa al potencial transformador de una constitución desde el punto de vista de género se viene centrando en la regulación de los derechos constitucionales. Es importante advertir a este respecto que

no solo importa imaginar nuevos derechos, sino nuevas formas de concebir los derechos tradicionales y una terminología para hablar de unos y otros. Quiero aludir a un par de ejemplos para demostrar este punto.

Hablar de “*igualdad de género*” no es lo mismo que hablar de igualdad a secas. La primera etiqueta está mucho más asociada a una constelación de significados feministas que la segunda. De hecho, igualdad de género, puede expandirse también a la protección de los derechos de las disidencias sexuales. Segundo ejemplo: hablar de un derecho a una vida libre de violencia no es solo una manera más novedosa para referirse al derecho a la integridad personal física y psíquica, es una forma de visibilizar la vulnerabilidad femenina ante la violencia y la ubicuidad de la violencia de género. Ni una ni otra cuestión están recogidas en el espectro estándar de los derechos constitucionales.

Es razonable que un proyecto de constitución de género se preocupe de los derechos y también de los principios constitucionales. Después de todo, unos y otros son portadores de una dimensión de reconocimiento que ha sido escamoteada a las mujeres. Los derechos y los principios actúan como verdaderas retículas que permiten calificar ciertas situaciones sociales como valiosas o dañosas y adoptar medidas en consecuencia. Así, ¿cuáles son los intereses reconocidos como derechos? ¿con qué amplitud?, ¿qué valores o enfoques de la vida social (la protección o la competencia, la solidaridad o el egoísmo, el individualismo o el colectivismo, la homogeneidad o la diversidad cultural, etc.) son plasmados en una Constitución? están lejos de ser cuestiones irrelevantes o marginales, particularmente para los grupos en situación de desventaja.

Recordemos que las mujeres y otros grupos han sido tratados históricamente por las constituciones como no-sujetos o, en el mejor de los casos, como sujetos incompletos o espectrales. Nombrar sus intereses y sus problemas nos ayuda a recordar la necesidad de tomarlos en cuenta, de considerarlos integrantes a pleno derecho de la ciudadanía. También contribuye a responsabilizarnos comunitariamente por los riesgos y vulnerabilidades de la vida en comunidad. Al nombrar un grupo en una constitución podemos “*juridificar*” la empatía, es decir, obligarnos a familiarizarnos con la posición y experiencia de otros/as, ponernos en su lugar y comprometernos verdaderamente con

la alteridad. Esto es crucial para quienes se han ubicado históricamente en los márgenes de la vida social y en el centro de la precariedad.

Es importante advertir que las normas jurídico-constitucionales no son neutras, expresan comprensiones sobre la justicia social, sobre las interrelaciones entre los individuos, los grupos y el Estado, y sobre la manera en la que se deben distribuir los beneficios, cargas, riesgos y vulnerabilidades sociales. Así, desde una perspectiva feminista los derechos no cumplen una finalidad cualquiera, son concebidos básicamente como instrumentos de redistribución de poder social entre hombres. Dicha comprensión se traduce en ciertas exigencias de diseño. Como apuntan varias teóricas feministas⁶, la redistribución de poder social entre hombres y mujeres se juega tanto en el plano económico como el plano del estatus. Por tanto, para alcanzarla, se requiere combinar derechos sociales, con derechos de no interferencia y fórmulas de reconocimiento. Y darles a todos ellos contenidos específicos. Adicionalmente, no es posible redistribuir poder social y reconocer el valor de lo femenino sobre la base de una red de principios normativos basada en la autopreferencia y en la independencia entendida como prescindencia del otro (a). Antes bien, se requiere reconocer la vulnerabilidad, la interdependencia, la precariedad y las relaciones de cuidado como expresiones centrales de la experiencia humana. Una visión feminista de los derechos es más que una propuesta alternativa sobre estos, es un modelo de comprensión jurídico-constitucional contrahegemónico.

Para que los derechos y los principios constitucionales operen como vehículos para una efectiva membresía o ciudadanía femenina, se requiere que estos sean garantizados y potenciados por otras reglas. Por eso, una constitución de género no puede ser solamente una constitución con derechos y principios generizados, debe ser una Constitución en donde las estructuras, los poderes y los procesos dialoguen, refuercen e impulsen esos derechos y principios⁷.

⁶ Por todas, Fraser, Nancy: *Fortunas del Feminismo*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.

⁷ Irving, Helen: *Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 4.

2. Género y poder

Cuando nos planteamos preguntas sobre qué modelo de gobierno y Estado queremos, qué tipo de justicia, qué sistema electoral, etc.; suponemos, casi siempre, que los presupuestos y resultados de esas discusiones son neutros desde el punto de vista de género. Esa asunción es profundamente errónea. Las decisiones que tomamos sobre estas y otras tantas cuestiones relacionadas con la distribución de poder muchas veces perjudican a las mujeres.

Por ejemplo, hay evidencia acumulada que sugiere que los sistemas, los mayoritarios obstaculizan la presencia femenina, mientras que los sistemas proporcionales la favorecen. Se sabe también que los mecanismos de democracia participativa permiten recoger prácticas políticas habituales de la cultura política femenina; y que sin cuotas de género la presencia femenina tiende a ser muy escasa en los parlamentos y las dinámicas del poder permanecen masculinizadas⁸. Hay también elementos para suponer que los sistemas de nombramiento de tribunales superiores que incorporan fuertemente un factor de designación política tienden a obstruir la presencia de mujeres, quienes suelen tener menos redes políticas o mayor dificultad cultural para servirse de ellas⁹.

Una cuestión para reflexionar cuidadosamente en el caso chileno se vincula a las ventajas o desventajas del presidencialismo y de sus eventuales alternativas, desde una perspectiva de género. La evidencia sugiere que el presidencialismo enfatiza los atributos masculinos del poder haciendo más difícil que las mujeres sean vistas como presidenciables, mientras que ciertas formas de federalismo pueden favorecer que los temas considerados como femeninos —los que habitualmente son simbolizados como de segundo orden— sean inscritos en lo local y no en lo nacional. Así, puede dejarse a la regulación local aspectos tan sensibles para la vida de las mujeres como el tratamiento de los derechos reproductivos o el diseño de dispositivos contra la violencia, creando fragmentación regulativa y desigualdad¹⁰.

⁸ Ríos Tobar, Marcela (Ed.) *Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, FLACSO-IDEA- Ed. Catalonia, Santiago, 2008.

⁹ Bergallo, Paola: "Igualdad de oportunidades y representatividad democrática en el poder judicial", en Parcerio, J. Cruz, A y Vázquez, R.. (coords.) *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. Ed. Fontamara, Buenos Aires, 2010 pp. 201-231.

¹⁰ Irving, Helen: *Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp.65-89.

Sin importar cuál sea el diseño de distribución de las competencias territoriales, es importante tener presente que el contenido de la función gubernamental se ha expandido notablemente en el constitucionalismo contemporáneo y con este la importancia de las políticas públicas. Estas últimas, según su orientación, diseño y ejecución, pueden también mejorar la situación de las mujeres o empeorarla drásticamente.

3. A manera de conclusión

He querido poner de relieve que imaginar y redactar una constitución desde un punto de vista de género está lejos de ser una cuestión sencilla, pero es un desafío ineludible de legitimidad y de justicia social.

Qué principios, derechos y dispositivos de distribución de poder pueden ser incluidos en una nueva Constitución, es una cuestión que será respondida en el debate constituyente antes mencionado. De realizarse este en el marco de una Convención Constitucional, dada la existencia de regla de paridad para su configuración, se habrá dado un salto cualitativo respecto de la legitimidad de origen en las constituciones nacionales.

Pero una constitución de género requiere más que ser redactada por un órgano paritario. Para que su texto materialice un proyecto transformador, este debe ser pensado y ejecutado como un instrumento innovador y contrahegemónico, en el que se ensamblen sinérgicamente los principios, los derechos y las reglas del poder político, y sean puestos al servicio de la redistribución de poder social entre hombres y mujeres, del reconocimiento y valoración de lo femenino; y de la garantía de la autonomía de las mujeres para decidir sobre sus propias vidas.





Pueblos Originarios y nueva Constitución

“Por primera vez esperamos tener participación de los pueblos originarios a través de escaños reservados en la redacción del texto constitucional. Esto es un hecho histórico, puesto que en el siglo XX tuvimos dos grandes hitos legislativos. El primero fue la ley 17.729 que buscaba regular y restituir los derechos de los pueblos originarios, luego en el año 1993 con la aprobación de la ley indígena en la recuperación de la democracia.

Hoy el proceso constituyente tendrá la participación del pueblo mapuche y los pueblos originarios como sujetos colectivos de derecho. Algo inédito en Chile. Esto obedece a los nuevos lineamientos en materia internacional de pueblos indígenas. Esto es un gran avance político e histórico. Nos interesa que Chile sea plurinacional, con un amplio debate de ideas y que amplíemos la interculturalidad para tener un país más inclusivo.”

Francisco Huenchumilla Jaramillo

Senador



Amaya Álvarez Marín

Los Pueblos Originarios en el Derecho Nacional e Internacional: cambios en los paradigmas de cara al Proceso Constituyente

Amaya Álvez Marín¹

1. Introducción

A lo largo de la historia, los indígenas que habitaban el territorio que hoy llamamos Chile han sido excluidos de la titularidad de derechos fundamentales, incluida su calidad de sujetos políticos. Las razones de esta invisibilización se basan parcialmente en la experiencia colonial que los transformó en seres humanos a conquistar bajo un estándar de civilización que los consideraba seres bárbaros, legitimando para ello la violencia en su contra, y transmitiendo un sentimiento de superioridad. El ordenamiento jurídico de raigambre europea ha sido construido de espaldas a los pueblos indígenas, por ello las Constituciones Políticas de Chile no han considerado hasta ahora sus particularidades culturales, políticas, económicas y ambientales. Durante el siglo XX se produjo un cambio profundo en la consideración de los pueblos indígenas como sociedades permanentes en el Derecho Internacional, reconociendo el conocimiento ancestral para abrir espacios a epistemologías del Sur, revalorizando a su vez la relación entre los propios pueblos originarios y sus

¹ Abogada, Doctora en Derecho Universidad de York, Canadá. Profesora Asociada, Departamentos de Derecho Público y Departamento de Historia y Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Investigadora Asociada CRHIAM, Universidad de Concepción. Correo institucional aalvez@udec.cl

Colectiva - Justicia en Derechos Humanos Agradezco el trabajo de investigación efectuado por los abogados Rodrigo Castillo, Carla Cid, Florencia Alvez y el Licenciado en Cs. Jurídicas y Sociales, José Ramírez, todos integrantes de la Oficina Jurídica Colectiva - Justicia en Derechos Humanos (<https://www.colectivajusticiaddhh.cl>). Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondap/ANID/15130015. Todo error solamente es imputable a mi persona.

territorios². Este cambio de paradigma en el plano del Derecho Internacional requiere ser armonizado con el Derecho Nacional. El proceso constituyente actual abre una posibilidad única para esta armonización del derecho nacional con el internacional como parte de un cambio de paradigma en el ordenamiento constitucional chileno del siglo XXI. Ello permitirá comenzar una senda de reencuentro, revalorización y respeto largamente adeudada.

2.1 Derecho Nacional

2.1 La Independencia y la necesidad de control efectivo del territorio: el derecho nacional al servicio del despojo territorial indígena

La normativa nacional referente a pueblos indígenas durante el siglo XIX se refirió principalmente a materias relacionadas con la propiedad y tenencia de la tierra y otras, relacionadas con la expansión y consolidación territorial e ideológica del Estado chileno. Es así cómo se entrecruzan diversos procesos, con diferentes pueblos indígenas como protagonistas, cada uno de los cuales requiere un análisis particular, y a partir de ello se pueden extraer algunas notas comunes³. El caso Mapuche es quizás el más relevante en la materia, dada la situación de relativa autonomía que dicho pueblo logró gracias a su resistencia ante la invasión de la corona española, lo cual se consagró en diversos tratados, siendo los más relevantes los de Quilín, de 1641 y 1647, y el de Negrete, en 1726. Durante el siglo XIX y el XX se dictaron numerosos cuerpos legislativos, con diversas motivaciones, tales como la consolidación del territorio estatal, para lo cual se declaró a los territorios indígenas como terrenos baldíos⁴, siendo así propiedad del Estado en virtud del artículo 590 del Código Civil de 1855. Lo anterior da lugar al sistema de “reducción”, radicando forzosamente a los Mapuche de la Araucanía luego de la Guerra de Ocupación de 1881. Posteriormente, dichas reducciones o comunidades

² BAÑALES-SEGUEL, C.; RIQUELME, W.; ÁLVEZ, A.; & Habit, E., “Scientific Landscape Related to Mapuche Indigenous Peoples and Wallmapu Territory”, *Sustainability*, 12(19), 7895, 2020, <https://doi.org/10.3390/su12197895>, consultado con fecha 24 de noviembre de 2020.

³ Las siguientes líneas se basan en el trabajo de AYLWIN, José y YÁÑEZ, Nancy, “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, en: AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDÍA, M. y YÁÑEZ, N., *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM Ediciones, Santiago, 2013, pp. 83-157.

⁴ Ley del 4 de diciembre de 1866.

fueron paulatinamente divididas⁵, producto de la inspiración civilista tradicional, para la cual la comunidad no es un estado ideal ni permanente, sino que transitorio y fuente de discordias⁶. Estos procesos ocasionan empobrecimiento y migración hacia las ciudades lo que prueba la actual diáspora del Pueblo Mapuche hacia áreas urbanas de la capital. Si bien, durante el periodo de reforma agraria se hicieron esfuerzos para aplacar esta situación⁷, la instauración de la dictadura militar en 1973 provocó la reanudación de los esfuerzos de división y liquidación de la propiedad comunitaria Mapuche⁸.

El pueblo Aymara también sufrió la imposición por parte de los Estados en sus territorios. Primero, por parte del Estado peruano, y luego, bajo el yugo del Estado chileno. La división territorial ocasionada a raíz de la Guerra del Pacífico produjo la transformación de las fronteras del territorio que tradicionalmente ocuparon los Aymara. Lo anterior fue acompañado con fuertes procesos de desaymarización, mediante la creación de nuevas estructuras de poder institucional, y el rol de la escuela como factor de homogeneización cultural y lingüística, entre otros factores. En 1911 se declaran fiscales las tierras Aymaras, por la aplicación del artículo 590 del Código Civil. Un efecto adicional de despojo dice relación con la separación de las tierras y aguas y la creación de un mercado de aguas mediante la Constitución de 1980 y el Código de Aguas de 1981. Por último, es necesario consignar el nocivo efecto que ha tenido el Código de Aguas, de 1981, en los sistemas de vida y producción Aymara contraviniendo una cultura hídrica andina reconocida y respetada en el mundo entero⁹.

⁵ Diversos cuerpos legales se dictaron al respecto, tales como la Ley N° 4.169, del 29 de agosto de 1927; Decreto 1.851, del 4 de julio de 1928; Ley N° 4.802, del 24 de enero de 1930; Decreto con Fuerza de Ley N° 266, del 20 de mayo de 1931; Decreto Supremo N° 4.111, del 12 de junio de 1931; Ley N° 7.864, del 12 de junio de 1931. Asimismo, en este periodo se dictan las “Leyes de propiedad austral”, que afectan a la población Mapuche Williche.

⁶ ÁLVEZ, Amaya y RAMÍREZ, José, “Debates pendientes sobre la propiedad indígena en Chile: La necesaria armonización del derecho internacional, constitucional y civil”, en: BARRÍA, M.; DIEZ, J. L.; DE LA MAZA, I.; MOMBERG, R.; MONTORY, G.; VIDAL, A. (coords.), Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad de Concepción, Legal Publishing Chile, 2019, pp. 915-944.

⁷ Ley N° 17.729, la cual consagra por primera vez un concepto legal de persona indígena, desde una perspectiva antropológica; crea el Instituto de Desarrollo Indígena; promueve políticas de acceso a la educación formal y fortalece la propiedad comunitaria, entre otras materias.

⁸ Decretos Leyes N° 2.568, N° 2.570 y N° 2.695.

⁹ BOELEN, R.; David, G. y Guevara-Gil, A., eds., *Out of the Mainstream. Water Rights, Politics and Identity*, Oxon, Earthscan, 2010.

Para el pueblo Rapa Nui, por su parte, constituye un hito durante el siglo XIX la suscripción de un “acuerdo de voluntades” en 1888, mediante el cual el Estado chileno se hizo de la soberanía de la Isla de Pascua, la cual fuera posteriormente arrendada por el Estado a colonos europeos, hasta que en 1933 la Isla pasó a ser propiedad del Estado, en base a la norma del ya referido artículo 590 del Código Civil. Luego de numerosas rebeliones en la Isla, finalmente se dicta la ley 16.441, conocida como “Ley Pascua”, incorporando a la población Rapa Nui como ciudadanos del Estado tras siglos de invisibilización y abusos, junto a otros elementos que hasta el día de hoy originan discusión, como la estimación de elementos culturales consideradas circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal¹⁰.

En síntesis, la legislación referida a pueblos indígenas durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX tuvo por objeto la ampliación y consolidación del territorio estatal, la homologación e integración de los indígenas a los sistemas de vida propios del republicanismo liberal occidental y al despojo de sus territorios, con ciertas salvedades, como el caso del pueblo Rapa Nui.

2.2 El siglo XX y la necesidad de armonizar nuevos paradigmas respecto de los Pueblos Indígenas

Con el retorno a la democracia en 1990, la normativa nacional relativa a derechos de los pueblos originarios paulatinamente va a plasmar los adelantos del Derecho Internacional en la materia. De modo sucinto, se van a tomar en cuenta la “Declaración de Principios de Derechos Indígenas” de 1984, que avanzaba sobre las dos cuestiones fundamentales exigidas por los pueblos originarios¹¹. Los derechos territoriales y los derechos políticos. Un ejemplo claro del cambio de paradigma y de la construcción de normas y políticas públicas considerando a los pueblos originarios como actores políticos relevantes lo encontramos en la promulgación, en el año 2008, de la ley N°

¹⁰ Ver debate suscitado a propósito del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, en causa Rol 8792-20, Tribunal Constitucional de Chile. En esta causa, la Corporación Colectiva-Justicia en DDHH presentó un Amicus Curiae junto a la Organización Comunitaria Funcional Maroa.

¹¹ GONZÁLEZ, P., José Antonio, “Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos”, Estudios atacameños, (30), 2005, pp. 79-90.

20.249, denominada “Ley Lafkenche” que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). Esta norma corresponde a la respuesta a una serie de demandas que iniciaron movimientos sociales de organizaciones, principalmente Mapuche Lafkenche que, tras un proceso de más de una década de negociaciones con los distintos gobiernos (1995- 2008), lograron el reconocimiento a los pueblos indígenas, sin distinción, de su condición de habitantes del borde costero, y los usos consuetudinarios y ancestrales que en él realizan (pesquero, religioso, recreativo entre otros), entregando la administración de este espacio a las comunidades indígenas solicitantes, en pos de mantener las tradiciones y el uso de recursos naturales presentes en él. Reconocimiento que les había sido negado en el año 1991 con la dictación de la Ley General de Pesca y Acuicultura¹², que no reconocía la presencia de pueblos originarios en las costas chilenas. Esta norma, que fue aprobada antes de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, constituyó un hito en la adopción en Chile del paradigma del multiculturalismo liberal y el reconocimiento territorial, promovido desde el derecho internacional de los derechos humanos¹³. Pese a los avances en la materia, la legislación doméstica vigente tiene un rezago significativo en relación a los estándares del derecho internacional aplicable a estos pueblos. Así, la Ley N° 19.253 de 1993 sobre “Fomento, protección y desarrollo de los indígenas”, sigue vigente a pesar de no ser estar en armonía con el estándar del derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas a la tierra, el territorio y los recursos naturales –como el agua y los recursos del subsuelo–, y en materia de participación y autonomía política. En cuanto a los desafíos vigentes los pueblos indígenas no poseen reconocimiento Constitucional, asimismo, en materia política se encuentran severamente sub representados en las instancias de toma de decisiones en los asuntos que les conciernen, o bien dicha participación es sólo nominal sin poder influir en el contenido de las instancias. En materia cultural, sus lenguas no son reconocidas como oficiales, y su enseñanza en el país sigue siendo marginal¹⁴.

¹² Ley N° 18.892.

¹³ ZELADA, S. y PARK, J., “Análisis crítico de la ley Lafkenche (N° 20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación”, *Universum: revista de humanidades y ciencias sociales*, 28(1), 2013, pp. 47-72.

¹⁴ ÁLVEZ, Amaya (2020). *Derechos colectivos indígenas culturales y territoriales*. En CONTRERAS, P., SALGADO, C., *Curso Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 987-1020.

3. El tratamiento de los Pueblos Originarios en el Derecho Internacional

3.1 Siglo XIX y el control territorial mediante el *Uti Possidetis*

A comienzos del siglo XIX, a medida que las elites criollas se apropiaban de las doctrinas de derecho internacional para legitimar la soberanía territorial de las nuevas naciones latinoamericanas, los pueblos originarios quedaban con menos espacio para usar argumentos de derecho de gentes como herramienta de defensa de la autonomía relativa que habían gozado como sujetos de protección dentro de un derecho colonial inserto en un esquema de derecho natural. Es decir, con las independencias latinoamericanas, cuando los indígenas dejaron de ser súbditos de la Corona, sujetos de derechos y obligaciones bajo el derecho de gentes e indiano, éstos dejaron también de ser sujetos de derecho internacional y pasaron a ser, si no ciudadanos, sujetos a la potestad de los nuevos Estados nacionales. De acuerdo a la ficción legal del *uti possidetis* los nuevos Estados heredan los confines territoriales de las entidades coloniales respecto de las cuales se habían emancipado, independiente de la posesión efectiva de estos territorios. Así, territorios de grupos indígenas que no habían sido sometidos, o sometidos sólo parcialmente durante la colonia, quedaban de jure sujetos a la autoridad estatal, esperando a ser incorporados, o ‘pacificados’ de facto.

En Chile, por ejemplo, territorios hasta ese entonces ocupados por el pueblo Mapuche, fueron conquistados militarmente en la llamada “*pacificación de la Araucanía*”¹⁵. En este caso, como en Argentina, la conquista militar era necesaria para poner fin a la autonomía y levantamientos Mapuche que amenazaba la integridad territorial establecida por la ficción del *uti possidetis*. La justificación era no sólo concordante al paradigma racial y civilizatorio del derecho internacional, sino que además respondía a la presión que el derecho internacional imponía sobre los nuevos Estados, a fin que éstos ejercieran control efectivo sobre sus territorios. Así por ejemplo, la campaña militar contra los Mapuche era justificada ante el Congreso chileno como campaña para obtener la “*civilización de los indígenas*”¹⁶.

¹⁵ BENGÓA, José, Historia del pueblo mapuche:(siglo XIX y XX), LOM ediciones, 2000, capítulo 7.

¹⁶ SAAVEDRA, C., Documentos relativos a la ocupación de Arauco que contienen los trabajos practicados desde 1861 hasta la fecha, La Libertad, 2008 [1870], p. 12.

3.2. Siglo XX y el cambio de paradigmas en las organizaciones internacionales

La OIT, perseverando en su mandato, se interesó en las condiciones sociales de pueblos tribales e indígenas, como grupos rurales, que sujetos a condiciones de pobreza, había que proteger. En cambio, a los Estados dentro de cuya jurisdicción se encontraban indígenas, había que apoyarlos en el proceso de modernización. En este contexto, la OIT concluyó los primeros convenios destinados a la protección de los indígenas en los años treinta.¹⁷ El foco de estos convenios era regular los métodos abusivos de reclutamiento de trabajadores y las sanciones penales por incumplimiento de contrato, por ejemplo. De un interés en problemas particulares, la OIT transitó hacia una visión más global de la problemática indígena, una visión de la participación de indígenas en el proyecto de desarrollo nacional. El Convenio OIT 107, negociado y firmado en los años cincuenta, encarna un nuevo paradigma asimilacionista. Garantizar la participación en los frutos del desarrollo bajo igualdad de derechos y proteger a indígenas en el proceso de modernización, más que alcanzar la autonomía indígena, eran los objetivos de este Convenio. Parte de este tratamiento se contiene en Tratados Internacionales, jurídicamente vinculantes, lo cual es complementado y desarrollado en aspectos específicos por otros instrumentos internacionales que, sin ser vinculantes, otorgan ciertas pautas de orientación e interpretación respecto a las obligaciones asumidas por los Estados en materias de derechos de los Pueblos Originarios¹⁸.

Gran parte de la iniciativa en materia de Tratados Internacionales relativos a los Pueblos Originarios proviene de la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, del año 1957, y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989. Las diferencias de ambos tratados sintetizan en gran medida los cambios en el paradigma de la regulación inter-

¹⁷ Véase Convenios OIT 50, 64 y 65 que fueron derogados por medio del Informe VII (2) recientemente en la Conferencia Internacional del Trabajo en su 107ª reunión, 2018, ISBN: 978-92-2-331298-5 (web pdf).

¹⁸ Véase, por ejemplo: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016). Además, es relevante la labor interpretativa de los mecanismos de control de la OIT, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAN). Por último, es también relevante la labor de los órganos especializados de Naciones Unidas sobre DDHH, a saber: la Relatoría especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, perteneciente al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

nacional relativa a los Pueblos Originarios, producto de décadas de debates, y reivindicaciones frente a la comunidad internacional llevada a cabo por representantes de dichos pueblos.

Desde ya, el nombre de ambos instrumentos es sugerente del cambio de visión contenida en uno y otro. Desde el apelativo de “*poblaciones indígenas*”, referente a un conjunto de personas en términos genéricos, se pasa al de “*pueblos indígenas*”, lo cual da una connotación de reconocimiento a estos como entidades existentes, vivas y con un estatus político de pueblo reconocido a nivel internacional. Si bien, este término es matizado en el mismo Convenio 169¹⁹, es necesario tener presente que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del año 2007, avanza en la materia, reconociendo expresamente el derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas, tanto en su preámbulo como en sus artículos 2º, 3º y 4º.

El contenido de ambos tratados no hace más que profundizar esta impresión. El Convenio 107 se proponía expresamente la “*integración progresiva (de las poblaciones indígenas) en sus respectivas colectividades nacionales*”, situando al concepto de “*integración*” como una de las premisas sobre las cuales orientar la política de los Estados hacia los indígenas²⁰, incluso admitiendo la posibilidad del reemplazo de sus valores e instituciones “*adecuadamente*” y “*con el consentimiento de los grupos interesados*”²¹, estableciendo el derecho de los indígenas a mantener sus propias costumbres e instituciones solamente “*cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico internacional o los objetivos de los programas de integración*”²². Así, el Convenio 107 desarrolla su normativa bajo una perspectiva que trata a las “*poblaciones*” indígenas como grupos en vías de desaparición, que deben ser “*protegidos*” a efectos de que les garanticen los mismos derechos que al resto de los ciudadanos de esos países, con un claro propósito de asimilación e integración.

¹⁹ Artículo 1.3: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

²⁰ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, artículos 2.1; 2.2 c); 2.4; 4; 5; 17.3; 22.1.

²¹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, Artículo 4 letra b).

²² Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, Artículo 7.2.

Dicha visión paternalista contenida en el convenio, comenzó a ser objeto de críticas con el paso de las décadas, tanto por representantes de los Pueblos Originarios como estudiosos del área, por cuanto implicaba menospreciar el valor intrínseco de las culturas de dichos pueblos, y promover, a la larga, la afectación y desaparición de su modo de vida²³. La propia OIT recepcionó estas críticas, iniciando a mediados de los años 80 's un proceso de revisión que desembocó en la dictación de un nuevo Convenio, el 169 del año 1989.

Este Convenio adopta un nuevo enfoque, en el cual los Pueblos Originarios son considerados como entidades permanentes, proponiendo *“eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”* y reconociendo las *“aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”* Lo anterior se desarrolla con una nueva regulación, en la cual destaca el principio de integridad cultural²⁴, el acceso y gestión de sus recursos naturales, consagrando el deber de los Estados en torno a la protección del hábitat indígena²⁵, el reconocimiento de sus autoridades ancestrales e instituciones representativas, y un punto que aparece como especialmente relevante para el proceso constituyente actual, contempla también aspectos de participación política de los Pueblos Originarios²⁶.

Así, mientras el Convenio 107 se refería a la incorporación de los indígenas en las instituciones ya existentes de cada país, asegurando un reconocimiento igual al de cualquier otro ciudadano para el desarrollo de las *“libertades cívicas”*²⁷, el Convenio 169 plantea la necesidad y obligación de respetar las

²³ YUPSANIS, A., “ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview”, *Nordic Journal of International Law*, 79(3), 2010, pp. 433–456, doi:10.1163/157181010x512576.

²⁴ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre poblaciones indígenas y tribales. 1989, Artículo 2.1.

²⁵ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre poblaciones indígenas y tribales. 1989, Artículo 13.1.

²⁶ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre poblaciones indígenas y tribales. 1989, Arts. 2.1, 5 letra c), 6, 7, 15.2, 17.2, 28.1, 21.1, 22.2, 25.2, 27.1.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales. 1957. Art. 5 letra c).

prácticas, valores e instituciones propias de los Pueblos Originarios²⁸, reconociendo el derecho de estos a la consulta previa y a decidir sobre su propio desarrollo. Además se señala que la mantención de su derecho consuetudinario e instituciones propias debe asegurarse siempre en la medida que no sean contrarios a los derechos fundamentales reconocidos internamente o por el Derecho Internacional²⁹.

Las dos décadas del presente siglo han llevado consigo profundos avances en la materia, que si bien no se han expresado en Convenios internacionales, se han expresado en dos instrumentos blandos de derecho internacional, tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, del año 2007, y la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, del año 2016. Asimismo, la labor de los órganos de interpretación y aplicación del Convenio N° 169, así como la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han profundizado y precisado el contenido de dicho instrumento.

4. Conclusiones: Implicancias para Chile y el proceso constituyente en curso

Chile se encuentra hoy en un momento histórico en la relación con los Pueblos Indígenas, pues en el marco del proceso constituyente será necesario abordar la forma en que nos reconoceremos como país, y de qué modo se incorporarán los Pueblos Originarios como sujetos políticos y titulares de derechos fundamentales, tanto en la discusión del texto de la Nueva Constitución, como en los contenidos de la misma.

El tránsito del derecho internacional y la doctrina desde una concepción homogeneizante de la relación Estado – Pueblos Originarios, que buscaba asimilarlos a la sociedad civilizada, hasta su actual reconocimiento como sociedades permanentes, con derecho a desarrollar sus sistemas de vida y creencias en conformidad a sus particularidades, no ha logrado permear el orden institucional chileno. Si bien existen ciertos avances en leyes ordina-

²⁸ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. 1989, Art. 5 letra b).

²⁹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. 1989, Art. 8.2.

rias que reconocen y otorgan ciertos beneficios, o derechos, a personas de Pueblos Originarios, existe aún un abismo entre el Estado chileno y los Pueblos Indígenas que lo habitan. Evidencia clara de esto son los constantes conflictos entre los Pueblos Originarios que reivindican sus derechos ancestrales sobre los territorios que tradicionalmente han habitado, y la respuesta represiva del Estado de Chile, lo que ha provocado, y provoca, múltiples y reiteradas vulneraciones a sus derechos fundamentales. La falta de entendimiento es profunda y compleja, esto queda de manifiesto con los cada vez más habituales conflictos socioambientales en los que se ven afectadas comunidades indígenas. El desarrollo de proyectos de inversión en territorios ancestrales y lugares sagrados para los Pueblos Originarios ha puesto en evidencia la necesidad de implementar mecanismos culturalmente pertinentes, que den cabida a miradas no occidentales a la tramitación y otorgamiento de permisos administrativos. Urge implementar vías de diálogo y decisión respetuosas de las particularidades culturales de los Pueblos involucrados. En este sentido, la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente³⁰, luego de la modificación que le fuera introducida el año 2010, consagra el deber de los órganos del Estado de velar por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas³¹. A su vez, el Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2013, aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y establece reglas para la participación de los Pueblos Originarios susceptibles de ser afectados por proyectos sometidos a su evaluación³². Si bien estas normas constituyen un avance en la participación diferenciada de los Pueblos Indígenas en los procesos llevados a cabo por instituciones públicas, de ninguna manera podría afirmarse que ellas satisfacen el estándar internacional de reconocimiento y participación de los Pueblos Indígenas en los asuntos que les afecten, principalmente porque es el Estado el que define cuándo y qué organizaciones participan de los procesos de participación - a través de la Consulta Indígena-, y además porque el resultado de dichas Consultas Indígenas no es vinculante para el Estado, y

³⁰ Publicada en el Diario Oficial del 9 de marzo de 1994

³¹ Ley N° 19.300, Artículo 4 inciso 2°.

³² En materias distintas al sistema de evaluación de impacto ambiental, rige, como normativa general, el Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 04 de marzo de 2014.

las reales posibilidades de los Pueblos de incidir en los procesos son más bien inexistentes. La visión occidental sigue imponiéndose, pues es la que diseña y guía las relaciones, lo que dificulta el diálogo, y aún más los consensos, pues se dialoga desde lo occidental, sin considerar que las formas de aprehender el mundo desde una perspectiva y la otra no solo son diferentes, sino que en muchos casos, opuestas.

La realidad entonces es ineludible: coexisten en Chile diferentes Pueblos Originarios, los que a lo largo de la historia han intentado ser invisibilizados, homologados y asimilados a la cultura predominante. Esto ha tenido consecuencias nefastas para ellos, pues los han despojado de sus tierras, culturas, lenguas e instituciones. Hoy, el proceso constituyente presenta la oportunidad inédita de enfrentar esta realidad. El Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas entrega el marco dentro del cual debiese ser abordado este diálogo; los propios Pueblos Indígenas han impulsado el proceso a través de la organización y demandas que han levantado desde la década del '80. La ciudadanía apoya y reconoce la existencia de esta diversidad, y la necesidad de consagrar su existencia en la Norma Fundamental, no sólo de modo simbólico, sino que dotando dicho reconocimiento de contenido³³, abordando derechos fundamentales diferenciados como el derecho a las tierras y el territorio, el derecho al autogobierno, la forma de vincularse con el medioambiente, etc. Estamos, entonces, en un punto de la historia en que Chile deberá decidir cómo se reconoce: como un Estado-Nación, homogéneo y unitario imbuido por las ideas del siglo XIX, o bien como un Estado que se reconoce diverso e intercultural, construyendo una sociedad en la cual conviven el poder público, la comunidad dominante y la minoritaria como culturas sociales dinámicas y mutables, que se influyen recíprocamente, velando por sus miembros³⁴.

³³ Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, "Estudio de Opinión Pública: Pueblos Originarios y Nueva Constitución", 2020, http://www.ciiir.cl/ciiir.cl/wp-content/uploads/2020/05/Estudio-de-opinion-publica_Pueblos-originarios-y-nueva-constitucion_Librillo-Digital.pdf, consultado con fecha 16 de noviembre de 2020.

³⁴ SCHACHAR, A., "Multicultural jurisdictions: Cultural differences and women's rights", Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.118.

Bibliografía

ÁLVEZ, Amaya (2020). Derechos colectivos indígenas culturales y territoriales. En CONTRERAS, P., SALGADO, C., Curso Derechos Fundamentales, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 987-1020.

ÁLVEZ, A. y RAMÍREZ, J., “Debates pendientes sobre la propiedad indígena en Chile: La necesaria armonización del derecho internacional, constitucional y civil”, en: BARRÍA, M.; DIEZ, J. L.; DE LA MAZA, I.; MOMBERG, R.; MONTORY, G.; VIDAL, A. (coords.), Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad de Concepción, Legal Publishing Chile, 2019, pp. 915-944.

AYLWIN, J. y YÁÑEZ, N., “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, en: AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDÍA, M. y YÁÑEZ, N., Los pueblos indígenas y el derecho, LOM Ediciones, Santiago, 2013, pp. 83-157.

BAÑALES-SEGUEL, C.; RIQUELME, W.; ÁLVEZ, A.; & Habit, E., “Scientific Landscape Related to Mapuche Indigenous Peoples and Wallmapu Territory”, Sustainability, 12(19), 7895, 2020, <https://doi.org/10.3390/su12197895>, consultado con fecha 24 de noviembre de 2020.

BENGOA, José, Historia del pueblo mapuche:(siglo XIX y XX) LOM ediciones, 2000, capítulo 7.

BOELENS, R.; David, G. y Guevara-Gil, A., eds., Out of the Mainstream. Water Rights, Politics and Identity, Oxon, Earthscan, 2010.

Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, “Estudio de Opinión Pública: Pueblos Originarios y Nueva Constitución”, 2020, http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/05/Estudio-de-opinion-publica_Pueblos-origenarios-y-nueva-constitucion_Librillo-Digital.pdf, consultado con fecha 16 de noviembre de 2020.

GONZÁLEZ, P., José Antonio, “Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos”, Estudios atacameños, (30), 2005, pp. 79-90.

SAAVEDRA, C., Documentos relativos a la ocupación de Arauco que contienen los trabajos practicados desde 1861 hasta la fecha, La Libertad, 2008 [1870], p. 12.

SCHACHAR, A., “Multicultural jurisdictions: Cultural differences and women’s rights”, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.118.

YUPSANIS, A., “ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview”, Nordic Journal of International Law, 79(3), 2010, pp. 433–456.

ZELADA, S. y PARK, J., “Análisis crítico de la ley Lafkenche (N° 20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación”, Universum: revista de humanidades y ciencias sociales, 28(1), 2013, pp. 47-72.

Normativa Citada

Ley del 4 de diciembre de 1866, sobre “Fundación de poblaciones en el territorio de los indígenas”

Ley N° 4.169, del 29 de agosto de 1927

Decreto N° 1.851, del 4 de julio de 1928

Ley N° 4.802, del 24 de enero de 1930

Decreto con Fuerza de Ley N° 266, del 20 de mayo de 1931

Decreto Supremo N° 4.111, del 12 de junio de 1931

Ley N° 7.864, del 12 de junio de 1931

Ley N° 17.729, de 26 de septiembre de 1972

Decreto Ley N° 2.568, de 28 de marzo de 1979

Decreto Ley N° 2.570, de 10 de julio de 1979

Decreto Ley N° 2.695, de 21 de julio de 1979

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

Ley N° 18.892, de 23 de diciembre de 1989

Ley N° 19.300, de 09 de marzo de 1994

Ley N° 19.253, de 05 de octubre de 1993

Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución A/61/295, adoptada en la 107ª sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007 (aprobada en la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007)

Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 12 de agosto de 2013

Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 04 de marzo de 2014

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2006



Salvador Millaleo Hernández

Perspectivas de la Plurinacionalidad para el Proceso Constituyente en el Chile Actual

Salvador Millaleo Hernández¹

I. El imprescindible reconocimiento activo de la Plurinacionalidad en el Chile actual

En el constitucionalismo moderno, uno de los principios fundantes consiste en que no podemos pensar en un sistema político-constitucional donde un sujeto que puede estar legítimamente obligado, si él no ha consentido en esa obligación (Simmons, 2009).

La obligación política es la más elevada de las obligaciones porque tiene que ver con los deberes que tenemos con nuestra comunidad. Una comunidad sólo se puede construir de manera legítima -desde la perspectiva de la democracia- si es que los que están obligados políticamente son aquellos que consistieron en que se organizara de esa manera la comunidad política. El consentimiento de los gobernados consiste en uno de los pilares de la legitimidad de la autoridad política en el pensamiento moderno (Livingston & Thompson, 1966). Los pueblos indígenas no han sido convocados para consentir o elaborar ninguna de las constituciones históricas que ha tenido Chile. Nunca han consentido en la obligación política, más bien estas obligaciones se le han impuesto. De esta manera, el Estado de Derecho construido en Chile, se ha forjado con exclusión de los pueblos indígenas.

¹ Abogado Mapuche, Dr. Phil. (U. Bielefeld, Alemania), profesor de la Facultad de Derecho de la U. de Chile. Entre 2025-2017 fue miembro del Consejo Ciudadano de Observadores del Proceso Constituyente. En 2019 fue designado por el Senado como parte del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Investigador asociado del Instituto de Ecología y Biodiversidad y del Instituto Milenio de Violencia y Democracia (VioDemos).

En la última década, hemos presenciado muchos llamados al diálogo entre autoridades estatales y pueblos indígenas². Sin embargo, las convocatorias para el diálogo adolecen de ser incompletas en cuanto son articuladas desde el poder estatal, privilegiando la comunicación con los actores más dóciles a dicho poder, dejando afuera a los demás. Por otra parte, la disposición de las convocatorias están desprovistas de la intención de realizar cambios sustantivos al status quo del poder, y, por ello, son contemplados como decorativos o escenificaciones comunicacionales por los destinatarios. Muchas veces se trata de diálogos sobre elementos económicos, sociales, sobre programas, sobre políticas de fomento pero nunca se pone en el centro la cuestión básica que es lo que nos ha hecho llegar hasta acá: que es el problema del poder. Es el tema de la falta o la exclusión del poder lo que ha hecho que los pueblos indígenas hayan terminado en la situación en la que están. Es decir, a partir de la exclusión política, por la forma en que se construyó el Estado, por la mano invisible del Estado se genera un proceso de exclusión política que va a redundar en una marginación económica, social y una estigmatización cultural vivida por todos nosotros, los miembros de los pueblos indígenas, durante toda nuestra vida en las distintas formas de racismo.

Debido a lo anterior, es que planteamos un reconocimiento constitucional activo, esto es un reconocimiento protagonizado por los mismos pueblos indígenas, que ejerzan su autodeterminación dentro del proceso constituyente. La autodeterminación es un derecho de los pueblos indígenas que no implica la separación de la constitución de su comunidad política respecto de la constitución de la comunidad política estatal chilena, sino que determina una constitución que articule a los pueblos indígenas como naciones, junto a la nación mestiza chilena, dentro de un orden plural, no jerarquizado, que busque eliminar la opresión que han sufrido los pueblos indígenas en este país.

Para que ello resulte posible, y no una mera fantasía o simulación de pluralidad desde arriba, es preciso que los pueblos indígenas avancen en el proceso

² <https://www.diarioconcepcion.cl/editorial/2020/08/27/el-necesario-dialogo-entre-el-estado-y-el-pueblo-mapuche.html>; https://www.cnnchile.com/pais/onu-dialogo-conflicto-mapuche-investigar-racismo_20200805/; <http://www.laizquierdadiario.cl/La-hipocresia-de-dialogos-del-Estado-de-Chile-hacia-el-Pueblo-Mapuche>; <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/08/12/el-mito-del-eterno-retorno-del-dialogo-en-la-araucania/>; <https://noticias.uai.cl/la-araucania-un-dialogo-indispensable/>

de su restauración como sujetos políticos colectivos. No basta con que los pueblos indígenas sean incluidos en una nueva constitución, sino que deben ser protagonistas del proceso constituyente en curso, en el sentido de ser vectores de la renovación de la institucionalidad democrática, no solo para beneficio de sus demandas, sino como aporte para cambiar el significado de la democracia para todos.

II. Concepto y Posibilidades de la Plurinacionalidad en Chile

La plurinacionalidad no constituye una alegación de un nacionalismo étnico, divisivo, sino más bien un límite para este tipo de nacionalismo, tan característico de la construcción del Estado latinoamericano, donde el nacionalismo se presentó como una ideología integradora que ocultaba apenas o de manera muy poco exitosa, a las formidables exclusiones de la comunidad política.

La idea del nacionalismo cívico, de la nación única integradora es un trasplante de la historia política europea, que ha tenido un muy mal rendimiento en las Américas. La idea de Estado nacional, donde a un Estado le corresponde una nación y que esas naciones es el público leal del aparato estatal, es una idea acariciada por nuestras élites políticas de manera consistente y eso se ve transversalmente de derecha a izquierda. Es sorprendente esta visión que aún predomina en nuestras élites, la cual se instaló como un dogma de fe, que cada vez que uno lo desafía parece que estuviera insultando a Dios prácticamente.

Por cierto, esta visión originada en el siglo XIX, contrasta con la realidad del mundo, de su evolución, donde se ha ido desarrollando una pluralidad étnico-nacional en la organización y vida política de los estados (Loughlin, 2014): minorías nacionales, pueblos indígenas, grupo afro-descendientes, minorías religiosas, minorías lingüísticas van siendo incluidas y acomodadas dentro del Estado, con el propósito de reafirmar su ciudadanía y reparar su exclusión. En este proceso, cuando se incorpora en serio un principio de diversidad profunda, se reformula la exigencia de cohesión desde la simpleza a la idea de la cohesión de una sola nacionalidad – una cohesión asimiladora y, por ello, violenta en diversas dimensiones – hacia la cohesión compleja de sociedades con una pluralidad profunda y una rica vida intercultural.

La idea del Estado nacional es una idea excepcional, es una idea que ha tenido en realidad un corto vuelo, con tres siglos prácticamente de recorrido, pero que la hemos elevado al único estándar civilizatorio posible, cuando los estándares civilizatorios han mostrado – y ahora vuelven a hacerlo – otras formas de organización del Estado en sentido plural. En particular el concepto plurinacionalidad nace en el debate europeo cuando se confronta la idea de un Estado de una nación con la idea de un Estado de múltiples nacionales; que algo que se plantea por ejemplo en el ámbito centroeuropeo cuando existían países como Austria-Hungría, el cual era un Estado con múltiples naciones y que tenía problemas para establecer sus relaciones y que en definitiva eso fue lo que lo hundió y determinó la Primera Guerra Mundial.

Desde allí, la plurinacionalidad va a ser un concepto que va a tener un viaje bastante largo. Por ejemplo en España, frente a la crisis de 1898, Azorin va a hablar de la España de las diversas nacionalidades. Eso se va a ir desarrollando con el tiempo hasta que lleguen al concepto de España como “nación de naciones” que va a reflejarse en la Constitución de 1978 (Domínguez García, 2006).

Por su parte, Canadá tuvo su propio desarrollo a partir del concepto del “mosaico” y hacia la construcción de un Estado que pudiera concebirse como un Estado con varias naciones (Schneider, 2013). En Estados Unidos, se planteó la soberanía interna desde la doctrina Worcester de 1830, la cual va a ser retomado después con la reconstrucción y la recuperación de la autodeterminación a partir de las políticas de Roosevelt con el “Red New Deal” (Kelly, 1983).

Todos los Estados, incluyendo los latinoamericanos, han hecho un proceso que se ha llamado de “constitucionalismo plural”, en donde las Constituciones han abierto espacios para los pueblos indígenas. Esto no es solo un problema de los pueblos indígenas del Estado, sino que de todos los grupos que no están dentro del público oficial del Estado, grupos que fueron dominados e integrados involuntariamente y que son oprimidos por el Estado. Todos estos grupos en el mundo han evolucionado, de alguna manera, hacia la forma de incorporación que sea más respetuosa a su diversidad.

La plurinacionalidad no sólo se refiere a la experiencia donde explícitamente se ha usado el concepto como es el caso de Bolivia y Ecuador, las cuales son

experiencias muy interesantes pero no son la única experiencia. Hay múltiples formas de pluralidad constitucional respecto a diversas naciones dentro de un Estado, ya sea que se trate de pueblos indígenas u otro tipo de colectivo. Todas ellas han dejado lecciones de las cuales nosotros podemos aprender. Para ello, tenemos que quitarnos esta coraza mental que tenemos donde parece que la única forma civilizada de organizarse es el Estado-nación.

La conflictividad que estamos viendo en la Araucanía y que refleja cómo el Estado se ha relacionado con los pueblos indígenas, muestra claramente que no es un estándar de civilización. Todo lo contrario es un estándar de opresión, de limitación. En cambio la experiencia de la plurinacionalidad en este sentido amplio - de pluralidad de formas de organización del Estado- nos deja lecciones muy claras de que la gran forma de terminar conflictos dentro de un Estado se puede hacer cuando hay tres elementos - que son comunes a esta experiencias internacionales: cuando hay derecho de representación especial para diversos grupos que no ha sido incluidos políticamente con anterioridad; cuando hay regímenes autonómicos, es decir cuando pueden decidir y se reconoce su autodeterminación interna - En éste se establecen espacios territoriales en donde pueden tomar decisiones respecto de sí mismos definiendo su estatus y respecto a los elementos que son relevantes para la supervivencia; y, en tercer lugar, cuando se realizan derechos colectivos para permitir efectivamente una nueva regulación de las relaciones entre el Estado, la sociedad mayor y, en este caso, los pueblos indígenas.

Estos son los tres elementos clave de todas las experiencias de plurinacionalidad del mundo y respecto de ellos nosotros podemos incorporarlas perfectamente dentro nuestra nueva Constitución, no necesariamente la misma manera que Bolivia y Ecuador pero sí a nuestra manera de acuerdo a nuestras necesidad de acuerdos, a nuestras propias negociaciones como Estado con los pueblos indígenas.

III. El Racismo en Chile

Nuestra sociedad está plagada de imágenes racistas, de estereotipos racistas que circulan con impunidad. La idea de que los mapuches son flojos, que son violentos, que son anárquicos, son ideas que nos han acostumbrado a pensar

y que también han sido reflejados en textos de historia de diversa forma y, por cierto, las imagen que transmiten los grandes medios de comunicación.

Esta cultura racista es una cultura que persiste hasta el día de hoy. Pensamos que a lo mejor podría haber remitido con el estallido social, donde el pueblo de Chile enarbolaba los emblemas Mapuche, por ejemplo, la bandera mapuche como un símbolo de su propia precariedad, de su sufrimiento. Parecía que esto había remitido pero persiste, básicamente porque el racismo no es otra cosa que una forma de legitimar una distribución desigual del poder. Frantz Fanon (1952) dice que el racismo es mucho más radical que cualquier otra discriminación porque procura trazar una línea que separa a lo que es humano de aquello que parece humano pero que no lo sería para quien traza esa línea. El racismo sirve precisamente para justificar las formas de solución de poder desigual para preservar esas formas, para que no sean cambiadas o no sean desafiadas por aquellos que se han visto privados de él. El racismo es una forma de legitimar algún tipo específico de desigualdad, como existen tantas otras formas de desigualdad.

El racismo debe responderse de manera contundente y no basta el “buenismo”: La idea de que ahora todos conversemos o dialoguemos porque lo que nos separa ha sido simplemente que no nos conocemos realmente los unos a los otros, pero cuando nos conozcamos entonces vamos actuar con justicia. Eso es radicalmente falso, porque no apunta a la realidad de cómo funciona esto. El racismo es una forma de legitimar la forma desigual del poder y por lo tanto, se combate con un contrapoder. Esto quiere decir, que se debe empoderar a aquellos que no están empoderados, a los que estaban subordinados. Cambiando las relaciones de poder, transformando la sociedad desde un plano estructural para que luego se transforme en su imaginario, en las concepciones y en el respeto cotidiano.

El racismo no se termina, no mengua cuando los buenos ciudadanos empezamos a dialogar sino sólo cuando el poder que se redistribuye, y para eso tiene que existir poder indígena en todos los niveles: poder económico, poder cultural y político indígenas. Asistimos en 2020, por ejemplo, a la primera premiación a un poeta mapuche como Premio Nacional de Literatura, cuando hace mucho tiempo sabemos que la poesía mapuche es muy superior a la chilena.

IV. Las brechas entre el derecho internacional y el reconocimiento interno de los derechos humanos indígenas en Chile

Los derechos políticos como los derechos territoriales que se reconocen a los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos tienen elementos que no son fáciles de procesar dentro del Estado, sobre todo en un Estado tan discriminador como Chile. Existe una brecha, una resistencia a aplicar el derecho internacional en este desarrollo que ha tenido este sistema especial de derechos humanos de los pueblos indígenas. En cambio, en los derechos culturales, esto debería ser más sencillo, debería tener menos resistencia. De hecho, muchos países han empezado a desarrollar estos derechos antes que los otros, precisamente por esas menores resistencias. Pero no es el caso de Chile, ya que Chile también le ha dado sistemáticamente la espalda a los derechos humanos culturales de los pueblos indígenas.

Los derechos culturales colectivos que están en el Convenio N° 169 que establece el derecho a la integridad cultural y en un conjunto de otros instrumentos internacionales. Existe una pluralidad de instrumentos, tanto tratados como declaraciones. No sólo las declaraciones de derechos de los pueblos indígenas de la ONU y la OEA, sino también está todo lo que ha desarrollado la UNESCO respecto a la salvaguarda del patrimonio material e inmaterial y todo lo que se refiere, por ejemplo, a la protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígena y la protección de los conocimientos ecológicos tradicionales en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Nagoya. El acuerdo del Convenio del Cambio Climático, el Acuerdo de París de 2015, también tiene disposiciones para proteger este tipo de conocimientos (Millaleo, 2020).

Respecto de todos estos tipos de desarrollos hay desconocimiento completo de lo que ha sucedido en Chile. Nosotros no tenemos en la Ley indígena disposiciones fuertes que regulen la cultura y el patrimonio. Los nombres indígenas, los símbolos indígenas, las plantas medicinales Indígenas, las danzas y diseños indígenas, todas las expresiones tradicionales culturales de los pueblos indígenas, ahora pueden en Chile ser libremente apropiadas, sin consentimiento y sin repartición de beneficios por parte de terceros, normalmente empresas.

En Chile no se toma en serio el patrimonio de los pueblos indígenas, sino que se lo considera un botín de libre apropiación. Tal como ocurre con el despojo que han sucedido respecto de las tierras indígenas y respecto de la soberanía de estos, ahora se les está despojando masivamente de su cultura, de conocimientos tradicionales y el Estado no hace absolutamente nada contra eso. Por ejemplo el Instituto Nacional de Propiedad Industrial permite que se inscriban marcas usando conceptos indígenas sin limitaciones prácticamente. En otros países, por ejemplo en Perú, cuando se inscribe una patente respecto a la planta medicinal, se sale a litigar al extranjero para defender el patrimonio del pueblo indígena. Nuestro país no hace nada y permite pasivamente que se estén tomando patentes sobre plantas medicinales Mapuche como la murta. Mientras esto sucede, se nos predica que arribemos a acuerdos diciendo que quieren que participemos en el mercado, cuando el mercado se comporta más bien como un mar de piratas depredadores respecto lo que les es propio de los pueblos indígenas, y los partidarios del libre mercado no hacen absolutamente nada para proteger su patrimonio cultural.

Esta es una cuestión transversal a todos los derechos. Hay un desconocimiento, una denegación y, por lo tanto, una brecha tremenda entre el derecho interno y el derecho internacional. A la hora de proteger los derechos de los pueblos indígenas va a ser fundamental que nosotros actualicemos nuestra legislación en todos estos elementos.

V. Conclusión

Estamos en un punto de inflexión en las relaciones entre pueblos indígenas y el Estado, en un proceso constituyente que podría permitirnos enfrentar los oscuros legados del racismo y su influencia en la construcción estatal en Chile. De las capacidades de los pueblos indígenas para convertirse en protagonistas del proceso constitucional depende, en primer lugar, la posibilidad de transformar el país, incluyendo las posibilidades de cruzar las brechas entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

Domínguez García, Fernando, *Más allá de la Nación: la Idea de España como "nación de naciones"*. Barcelona, Fundació Rafael Campalans, 2006.

Fanon, Frantz, *Peau noire, masques blancs*. París, Éditions du seuil, París, 1952.

Kelly, Lawrence C., *The Assault on Assimilation: John Collier and the Origins of Indian Policy Reform*. Albuquerque, University of New Mexico Press, 1983.

Livingston, John; Thompson, Robert, *The consent of the governed*. Macmillan, New York, 1966.

Loughlin, Martin, "Constitutional pluralism: An oxymoron?". *Global Constitutionalism*, Vol. 3, Nº 1, 2014, 9 – 30.

Millaleo, Salvador, "El Acuerdo de París sobre cambio climático y el proyecto de la ley marco en Chile: Entre el protagonismo y la denegación de los pueblos indígenas". *Anuario de Derechos Humanos, Número Especial*, 2020, 141-153.

Schneider, Anne, "The Canadian Mosaic vs. The American Melting Pot. Two different concepts dealing with the phenomenon how to integrate new immigrants". Munich, GRIN Verlag, 2013. Disponible on line in <https://www.grin.com/document/293299>

Simmons, A. John, "Political Obligation and Consent". In: Miller, Franklin G. & Wertheimer, Alan (eds.), *The Ethics of Consent*. Oxford University Press, New York, 2009, 305-328.



Nancy Yáñez Fuenzalida

Diálogos Constitucionales: Pueblos Originarios y Nueva Constitución

Nancy Yáñez Fuenzalida¹

1. ¿Por qué es importante que los Pueblos Originarios tengan un rol en la nueva Constitución?

Es importante que los Pueblos Indígenas tengan un rol en la nueva Constitución porque es la única forma en que se consideren parte de la comunidad política que conforma el Estado de Chile, del cual han sido históricamente excluidos. Advertimos que hay una oportunidad, en particular hoy día en que es más evidente que la comunidad política está fragmentada, y que ello es resultado de procesos históricos y sistemáticos de exclusión no sólo de los Pueblos Indígenas, sino que de amplios sectores de la sociedad chilena que se han sumado a la lucha de éstos enarbolando sus banderas. De cara a un proceso constituyente resulta indispensable incorporar a todos los actores sociales a la construcción del pacto constitucional, especialmente a los pueblos indígenas. De lo contrario, se genera una crisis de legitimidad y no es posible exigirles – a los excluidos/los otros – lealtad con el proyecto político que sustenta el Estado, menos aún cuando éste perpetúa la hegemonía de grupos de poder, cuya preeminencia política se debe a su poderío económico, político o a su estatus social y les excluye sistemáticamente.

El Estado de Chile ha sido responsable en tiempos de República de la ocupación militar de los territorios indígenas, su segregación social y el despojo de sus rasgos culturales, lo que se expresa en grosso modo en los siguientes hitos: la ocupación militar del territorio mapuche; la reducción y su confinamiento al minifundio, que modificaron sustancialmente las formas de vida autónoma de este pueblo; la chilenización de los pueblos andinos en el norte

¹ Doctora en Derecho. Universidad de Chile; Master en Derechos Internacional mención Derechos de los Pueblos Indígenas. Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídica y Sociales. Universidad de Chile. Académica de la Universidad de Chile .

del país, tras la Guerra de Pacífico, implicó la pérdida de la lengua y de sus expresiones culturales más significativas; la colonización del pueblo Rapa Nui, el despojo de sus tierras y su sometimiento a formas de trabajo esclavista; la concesión de los territorios de los pueblos australes que implicaron su exterminio, produciéndose un genocidio en la primera mitad del siglo XX.

Aquí hay una cuestión que es importante señalar: el proceso de exclusión de los Pueblos Indígenas en el ideario republicano es posterior al período colonial, guarda relación con las normativas republicanas y tiene que ver con las acciones promovidas por el Estado chileno para ocupar los territorios indígenas y extender su soberanía sobre la base del sometimiento de las civilizaciones indígenas. Esta realidad histórica es la que vincula a los Pueblos Indígenas con el Estado y con la sociedad chilena, un evento fundacional cómo sería esta Constitución implica aceptar esta realidad histórica, establecer la verdad sobre los tristes sucesos que han confrontado a los Pueblos Indígenas con el Estado y la sociedad y convenir en un nuevo trato que se funda en un pacto constitucional respetuoso de la diversidad.

Es clave considerar el informe y recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, que en el año 2003 se pronunció sobre la verdad histórica en lo que refiere a la relación entre el Estado, los Pueblos Indígenas y la sociedad chilena. Este documento hace patente la necesidad de establecer un pacto constitucional que refleje un acuerdo político democrático y respetuoso de la diversidad de pueblos que habitan el territorio chileno, quienes son preexistentes a la conformación de la República de Chile. En este marco, el proceso constituyente en curso representa una oportunidad de nuevo trato.

La legitimidad del proyecto republicano chileno, depende del respeto a la diversidad de pueblos y realidades territoriales que configuran la sociedad chilena a lo largo de su territorio. Las sociedades regionales también enarbolan demandas constitucionales por el reconocimiento de sus propias especificidades, y algunas de ellas están en clara relación con las demandas de los Pueblos Indígenas y Tribales (pueblo afro chileno) que desde tiempos inmemoriales han habitado estos territorios.

2. ¿Qué es la plurinacionalidad? ¿Cómo se puede incluir en la creación de la Nueva Constitución?

Creo que es una obligación debatir sobre la plurinacionalidad e incorporar este debate en la discusión constitucional sobre el modelo de Estado y el decálogo de derechos fundamentales. El debate sobre la plurinacionalidad responde a un imperativo democrático que Chile no puede soslayar.

La opción por un modelo de Estado respetuoso de la diversidad en el derecho interno, ha sido recogida en las reformas constitucionales adoptadas en los años noventa en América Latina. Una vez concluidos los regímenes dictatoriales y de un modo más robusto en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), se han configurado Estados plurinacionales. Este proceso de constitucionalización ha ido derribando las concepciones del Estado mononacional y del monismo jurídico que han imperado en la historia republicana del continente.

Cabe tener presente que los pueblos indígenas, en razón de su condición de pueblos, ejercen potestades como sujeto colectivo que -antes de la implementación constitucional de los derechos indígenas en la región- estaban reservadas exclusivamente para el Estado nacional. En este nuevo contexto, donde se reconfiguran los Estados dando cabida a la plurinacionalidad, los pueblos indígenas ejercen válidamente potestades y competencias en sus territorios que habían sido usurpadas por el Estado, y cuya consagración genera, como resultado, que los pueblos indígenas formen parte efectivamente del pacto constitucional.

El reconocimiento de una ciudadanía diferenciada que provea de derechos constitucionales a los pueblos indígenas se ha expresado con diferencias en los distintos países de América. Sin embargo, con la sola excepción de Chile, todos han sido permeados por el multiculturalismo o la plurinacionalidad reconociendo potestades autonómicas a los pueblos indígenas para el ejercicio de su autonomía política, jurídica, territorial y cultural.

No obstante, en Chile se ha abierto un canal institucional para el reconocimiento de espacios de autonomía y derecho colectivos específicos a los pueblos indígenas, por medio de la incorporación al bloque de constitucionalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pero según

veremos, ello es insuficiente y debe ser robustecido/corregido en el proceso constituyente. Los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado de Chile en los cuales han sido reconocidos estos derechos son: los Pactos de Derechos Humanos² (Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PDCP y PDESC, respectivamente), la Convención Americana de Derechos Humanos³, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁴ y el Convenio 169⁵. También ha suscrito la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas⁶.

La integración del Convenio 169 al ordenamiento jurídico interno se produce por medio del mecanismo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República de 1980, esto implica incorporar los derechos de los Pueblos Indígenas consignados en dicho instrumento al catálogo de derechos fundamentales. Esta misma normativa permite la inclusión material a la Constitución de los otros tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, antes citados.

El artículo 5, inciso segundo de la Constitución vigente dispone que el derecho convencional internacional de derechos humanos, válidamente incorporado al derecho doméstico por medio de su ratificación, constituye un cuerpo normativo vinculante y de aplicación preferente en el derecho interno que se erige como un límite material que irradia a todo el ordenamiento jurídico. En efecto, este artículo reconoce como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana⁷, consagrados en

² Chile ratificó el PDCP por Decreto 778 de 1976, el que fue publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, fecha en la que entró en vigencia en nuestro país. El PDESC fue promulgado y publicado el 28 de abril de 1989, fecha que entró en vigencia.

³ Decreto Promulgatorio 873 de RR.EE. de 23 de agosto de 1990. Publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991, entró en vigor en esa misma fecha. El Estado de Chile en este acto reconoció la competencia de los órganos encargados de la aplicación de la Convención, esto es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

⁴ Decreto Promulgatorio 747 de RR.EE. de 26 de octubre de 1971. Publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971. Entró en vigor el 19 de noviembre de 1971.

⁵ Decreto Promulgatorio 236 de RR.EE. de 02 de octubre de 2008. Publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971. Entró en vigor el 15 de septiembre de 2009.

⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 107a Sesión Plenaria, el 13 de septiembre de 2007.

⁷ Artículo 5, inciso 1º, Constitución Política de la República de Chile, Reforma 1989.

los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, ratificación que está regulada en el artículo 54 de la Constitución⁸.

El precepto en análisis provee un estatuto jurídico diferenciado para las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, cualquiera sea la naturaleza de éstos. Conforme a ello, se concluye que la jerarquía de tales normas de derechos humanos es de carácter constitucional⁹.

De acuerdo a esta normativa, no cabe sino concluir que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico interno, complementan¹⁰ el catálogo de derechos fundamentales en la Constitución chilena¹¹. Se conforma de este modo un “*Bloque de Constitucionalidad*”, cuyas bases normativas están establecidas precisamente en el citado artículo 5 de la Constitución¹².

El análisis jurisprudencial si bien evidencia una clara tendencia a favor de la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos al texto constitucional¹³ y su uso como elemento hermenéutico para la interpretación

⁸ Artículo 5, inciso 2º, Constitución Política de la República de Chile, Reforma 1989.

⁹ Nash, C. (2012), pp. 20-23. V. t. Bertelsen, R. (Mayo-agosto 1996), pp. 211-222. Pefeffer, E. (2003), p. 471. Gaete, E. (1996), p. 266. Ribera, T. (2007), pp. 89-118.

¹⁰ Sobre la relación de complementariedad entre el Derecho Internacional y Nacional, véase Cancado Tricade, A. (2001), p. 273.

¹¹ NOGUEIRA H., Nogueira, H. (2012), p. 223.

¹² Esta concepción es seguida en la doctrina nacional por diversos autores: Nogueira, H. (2004 y 2012). Ruiz Tagle, P. (2006). Nash, C. (2008).

¹³ Corte Suprema, Causa rol N° 3125 – 2004, Sentencia de 13-03-2007 establece: “*En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan a ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado Artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del Artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario*”. En la misma línea se pronuncia la Corte Suprema, Causa Rol N° 4183 – 2006, Sentencia de 18 abril de 2007, considerando 10º: “*Que, a lo anterior y conforme a la norma de reenvío contenida en el Artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes como son los Artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...]; el Artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]; el Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]*”. Corte Suprema, Causa Rol N° 6053 – 2007, Sentencia de 29 abril de 2008, considerando 11º.

del catálogo constitucional de derechos fundamentales¹⁴, lo cierto es que hay contradicciones que debilitan los derechos humanos y, en particular, los derechos indígenas. El Tribunal Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia heterogénea sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵, y en relación a derechos indígenas ha omitido su aplicación. En efecto cuando ha sido invocado el Convenio 169 para revisar la constitucionalidad de otros cuerpos legales, tales como el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)¹⁶, la Ley General de Pesca y Acuicultura¹⁷ y el D.S. 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Tribunal Constitucional rechazó la pretensión de que el Convenio 169 pueda ser utilizado como baremo de constitucionalidad.

En este marco de lagunas constitucionales y legales e incertidumbre jurisprudencial, la nueva Constitución debe necesariamente recoger la demanda de los pueblos indígenas por la constitucionalización de sus derechos y el establecimiento de mecanismos más eficaces para su justiciabilidad, de modo de superar las ambigüedades generadas por la falta de reconocimiento constitucional y los vacíos constitucionales en la materia.

El rezago que se observa en Chile en lo que se refiere al reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas es una muestra clara de las brechas de democracia y que son visibles en materia de derechos humanos. La forma de avanzar en una mayor democratización especialmente en lo que refiere a la relación con los pueblos indígenas y tribales del país es precisamente respetando los derechos humanos que les han sido reconocidos internacio-

¹⁴ Corte Suprema, Causa rol N° 876 – 2008, Sentencia de 4 de mayo de 2008, considerando 2°; Corte Suprema Causa Rol N° 9758 – 2009, Sentencia de 13 de abril de 2008, considerando 18; Corte Suprema, Causa rol N° 6811 – 2008, Sentencia de 11 de noviembre de 2008, considerando 3°; Corte Suprema, Causa rol N° 696 – 2008, Sentencia de 25 de mayo de 2009, considerando 11°.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 226, Sentencia de 30 de octubre de 1995, considerando 25°: “[...] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de protección constitucional.”; Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 815, Sentencia de 14 de agosto de 2008, considerandos 9° a 11°; Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 1340, Sentencia de 29 de noviembre de 2009.

¹⁶ Tribunal Constitucional, Causa Rol 1988.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Causa Rol 2387 y 2388 acumulados.

nalmente. Supone, además, ajustar las instituciones estatales a este estatuto de derechos fundamentales y ello se expresa en la plurinacionalidad del Estado y el pluralismo jurídico como regla de reconocimiento de los derechos específicos de Pueblos Indígenas.

3. ¿Cómo se manifiesta el racismo en Chile y qué vías de acción se pueden tomar para poder superarlo?

Lo primero que me parece relevante señalar, es que un pacto constitucional constituye un nuevo contrato político y un nuevo acuerdo cultural. En ese marco, tenemos una oportunidad única de establecer las bases fundamentales de nuestra convivencia democrática abdicando del racismo como práctica cultural. Ello significa que la sociedad chilena, sus ciudadanos y pueblos, se comprometen con una política proactiva contra el racismo y la discriminación, destinada a desarraigar prácticas que no son tolerables en una sociedad democrática porque socavan las bases fundamentales de la igualdad y la dignidad humana que le sirve de fundamento.

Nuestra sociedad tiene claros rasgos de racismo. Si analizamos la Encuesta Casen, nos encontramos con que una persona, en igualdad de condiciones de calificación y responsabilidades laborales, por el solo hecho de tener un apellido indígena recibe un 40% menos de remuneración. La sociedad chilena tolera y naturaliza esa situación.

Evidentemente una práctica de esa característica no solo tiene que estar absolutamente proscrita, sino que además tenemos que buscar mecanismos eficaces destinados a eliminarlas. Ello evidentemente no se va a generar solamente por la adopción de una norma constitucional, pero puede coadyuvar a un cambio cultural. Este cambio debe significar que la práctica del racismo sin lugar a dudas sea aberrante y, por tanto, severamente sancionado en nuestro sistema jurídico constitucional.

Es responsabilidad del Estado, erradicar esa práctica haciendo uso de todas sus herramientas, tales como: la educación, la legislación, el derecho penal y el derecho constitucional. Esta situación constituye un flagelo en nuestra sociedad, la cual lamentablemente tienen como principales víctimas a los pueblos indígenas. Esto a su vez, son reproducidos por los medios de prensa, autoridades y grupos de opinión.

4. ¿Cuál es la regulación internacional en esta materia? ¿Qué tratamiento internacional regula los derechos de los pueblos originarios? ¿Cómo calificaría su aplicación respecto al contexto nacional y cómo esperaría que sean incorporadas en esta nueva Constitución?

Hemos avanzado bastante en el debate respecto a la importancia que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el reconocimiento de derechos específicos a los Pueblos Indígenas. Estos derechos se estructuran en el derecho a la libre determinación/autodeterminación, reconocido en los principales instrumentos de Derechos Humanos, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Para efectos de determinar el contenido del derecho a la autodeterminación, utilizaremos el criterio desarrollado por James Anaya (2005), ex Relator de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, en su tratado sobre *“Los Pueblos Indígenas y el Derecho Internacional”*, quien sostiene que *“[...] la autodeterminación se refiere a un conjunto de normas de derechos humanos que se predicen genéricamente de los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, y que se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo derecho a controlar su propio destino”* (Anaya, 2005: 137).

La autodeterminación en la concepción de Anaya está determinada por contenidos sustantivos que aluden a todos los sectores de la sociedad, y contenidos reparatorios que remiten más restrictivamente a los aspectos reparatorios del derecho y que tienen una aplicación específica a la particular situación de los Pueblos Indígenas (Anaya, 2005: 151).

En lo relación a los aspectos sustantivos, la autodeterminación está asociada a los derechos humanos derivados de los principios fundamentales de libertad e igualdad y se refiere al derecho de todos los seres humanos garantizados por las instituciones políticas bajo las que viven (Anaya, 2005: 151).

La libre determinación desde sus aspectos sustantivos, se compone de dos elementos normativos¹⁸:

Aspecto constitutivo: conforme al cual se requiere que *“[...] el diseño insti-*

¹⁸ Anaya, 2005: 151.

tucional de las instituciones de gobierno refleje sustancialmente el resultado de procesos guiados por la voluntad del pueblo o los pueblos gobernados” (Anaya, 2005: 151).

Aspecto continuado: conforme al cual la autodeterminación exige que “[... el diseño de las instituciones políticas, independientemente de los procesos que lleven a su creación o transformación permita a la gente vivir y desarrollarse libremente en forma permanente” (Anaya, 2005: 152).

Bajo este aspecto la autodeterminación remite a los procedimientos de creación o reforma a las instituciones políticas (Anaya, 2005: 152). Lo que ocurre, por ejemplo, cuando se ejerce el poder constituyente ya sea originario o derivado en el seno de una determinada comunidad política.

Aspectos reparativos. Los aspectos reparativos del principio de libre determinación corresponden a aquellos que permiten reparar y revertir las consecuencias perniciosas que han derivado de la supresión del derecho a la libre determinación. Ejemplos de esta dimensión del derecho de libre determinación es la descolonización y/o la invalidación de la teoría de *terra nullius*, por medio del que se reconocía el derecho preferente de los Estados occidentales respecto de los ocupantes originarios¹⁹.

Remarcando los aspectos constitutivos y reparativos de la libre determinación, Boaventura de Sousa señala que en la actual coyuntura histórica, la plurinacionalidad surge como un requisito clave en la construcción de la nueva democracia. *“El momento en que pueblos, culturas, nacionalidades se visibilizan en el escenario nacional luego de siglos de oprobio y exclusionismo en su contra”. Surgen, señala “[...] como actores explícitamente diferenciados por su pasado originario y reclaman especificidad en la sociedad nacional, pero no dentro de un estatuto que les conceda atención privilegiada en calidad de sub sociedades, por el contrario en la progresividad de sus luchas y derechos plantean igualdad de condiciones dentro del estado como nacionalidades, esto es derechos a gobierno propio, territorio, lengua, cultura, justicia, control de los recursos naturales, bajo consentimiento previo e informado”*. La democracia intercultural, en un contexto de respeto al derecho de libre determinación, *“[...] debe tener una nueva generación de derechos colectivos que*

¹⁹ Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12., párrafo 68. La Corte negó valor a la teoría de la *terra nullius*, que había predominado en el Derecho Internacional, previo al proceso de descolonización.

son los nuevos derechos fundamentales como es derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales. Estos son los marcos en los cuales debe plantearse una democracia del nuevo siglo”, concluye el autor. (Boaventura de Sousa, 2007)

En síntesis en lo que refiere a los Pueblos Indígenas, y siguiendo los lineamientos de Anaya, el derecho a la libre determinación incluye como elementos centrales, la no discriminación, la integridad cultural, tierras y recursos naturales, el desarrollo y bienestar social. De un modo especial el autogobierno. A su vez el autogobierno, de acuerdo al mismo Anaya, se compone de dos derechos fundamentales; la autonomía y la participación/ consulta²⁰.

5. Preguntas del público en el marco del seminario

5.1 Sobre el caso Rapa Nui, referido a la aplicación de los artículos 13 y 14 de la denominada Ley Pascua N° 16.441 que permite rebajar la penalidad de los delitos contra la indemnidad sexual.

La Constitución ecuatoriana ha priorizado la situación de las mujeres para evitar la discriminación y salvaguarda sus derechos frente al Sistema de Administración de Justicia Indígena. En efecto, el artículo 171 de la Constitución de Ecuador se refiere precisamente al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de parte de las autoridades, pueblos y nacionalidades indígenas en donde reconoce las atribuciones que tienen las autoridades ancestrales para administrar justicia y ejercer la autonomía con base a su propio sistema de costumbre y al derecho propio. La Constitución, a fin de evitar la afectación de los derechos de las mujeres indígenas, dota de poder a las mujeres en la toma de decisión. Por lo tanto establece que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales debe hacerse con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Esa solución me parece interesante porque cumple un fin de protección por medio del empoderamiento de las sujetas titulares de los derechos.

²⁰ A este último derecho, consulta, agregamos hoy el derecho al consentimiento libre, previo e informado, reconocido por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007.

En el caso Rapa Nui, referido a la aplicación de los artículos 13 y 14 de la denominada Ley Pascua N° 16.441 que permite rebajar la penalidad de los delitos contra la indemnidad sexual en Rapa Nui, debemos hacer algunas precisiones:

Cabe precisar que la normativa fue impuesta por el Estado de Chile sin participación del Pueblo Rapa Nui, basado en una concepción estereotipada que visualiza a dicho pueblo como uno más liberal en sus costumbres sexuales. Hoy día se da la paradoja que es el Estado el que argumenta su inconstitucionalidad;

Las mujeres Rapa Nui han sido categóricas en señalar que la cultural polinésica no tolera la violencia sexual contra las mujeres, que esta normativa no está basada en el derecho consuetudinario y que su aplicación se ha traducido en la impunidad de actos gravísimos de violencia contra la mujer y la revictimización.

La discusión entonces no es si la costumbre justifica la normativa, sino que debe centrarse en la eficacia de la sanción para sancionar y prevenir conductas de este tipo, restablecer la dignidad de la víctima y resocializar al perpetrador para reintegrarlo a la sociedad una vez cumplida su condena, incluso si esta corresponde a una alta penalidad.

La propuesta que hace la Constitución ecuatoriana es interesante. Permite avanzar en la validación de los sistemas de justicia propios y favorecer la emergencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que abren el espectro sancionatorio más allá del derecho penal. En este contexto, las prácticas culturales indígenas de gobierno propio podrían dar mejores soluciones a un problema grave, y a la cuestión de la reinserción social que es también una de las funciones que debiera cumplir el derecho penal. A veces tengo temor cuando la solución que se da es la exacerbación del derecho penal y eso no nos lleva a considerar que en el espacio de autonomía de los Pueblos Indígenas pueden haber incluso mejores soluciones; siempre con el pleno respeto a los derechos humanos de todos sus miembros particularmente las mujeres.

Me parece que las mujeres indígenas están caminando en esa senda, así lo recoge la Constitución ecuatoriana y podría ser interesante que nosotros lo consideremos de igual forma en el texto constitucional.

5.2 Respecto a la pregunta sobre de qué manera garantizamos la participación territorial

Yo creo que efectivamente es un tremendo dilema en el contexto del proceso constituyente. El debate sobre la representación diferenciada de Pueblos Indígenas garantiza la representación por pueblo pero no necesariamente la distribución territorial de los respectivos pueblos, sobre todo de aquellos que tienen una más amplia distribución territorial como es el caso del pueblo Mapuche.

Evidentemente se podría pensar que es una cuestión que quede entregada a la autodeterminación de los pueblos, de un modo que garantice la distribución territorial y la equidad de género. El debate es por cómo vamos a distribuir el poder político y cómo esta Constitución debiera democratizar la distribución de ese poder y garantizar que los pueblos puedan ejercer su derecho a la autodeterminación y puedan garantizar el control político sobre los territorios y sobre la diversidad de territorios. Modelos de gobierno que democratizen el poder local, regional o provincial a efectos de que los Pueblos Indígenas puedan ejercer su autonomía e incidir eficazmente en el gobierno para la promoción de sus intereses y derechos. Ello implica reformular la división política administrativa del país y considerar la variable étnica dentro de esa división política administrativa. Será necesario pensar en cómo se limita el presidencialismo centralista a efectos de que estas nuevas unidades territoriales puedan asignar poder político real a los pueblos indígenas para el ejercicio de su derecho a la libre determinación.





Rol del Tribunal Constitucional y Nueva Constitución

“Hay consenso en que las normas legales y las actuaciones de la Administración deben estar sujetas al imperio de la Constitución y, por lo tanto, deben estar sometidas a un control. Otra cosa es que debatamos cuál es el órgano en que debe quedar radicado este control constitucional. Creo que debería mantenerse una judicatura especializada.”

Los desafíos del futuro en el corto y mediano plazo del TC dice relación con ahondar en las sentencias de aplicación y criterios de interpretación de los tratados internacionales. En segundo lugar, es importante seguir profundizando en la participación de la academia y de la sociedad civil en las causas que generan interés social. Eso se logra favoreciendo la realización de audiencias públicas y aumentando la publicidad de ésta por medio de difusión del trabajo del TC, el cual ha ido teniendo mayor injerencia pública en el último tiempo..”

Luz Ebensperger Orrego

Senadora



Fernando Atria Lemaitre

Sobre el Tribunal Constitucional y la Nueva Constitución

Fernando Atria Lemaitre^{1,2}

I. Introducción

Este artículo discute el problema del Tribunal Constitucional desde la óptica de la nueva Constitución. Para eso, intenta en la primera sección mostrar cómo la configuración actual del Tribunal Constitucional es parte de los dispositivos creados por la Constitución tramposa para vaciar de contenido la política democrática. Esto ha sido cuestionado por quienes afirman que el origen de ese órgano no es la Constitución tramposa, sino el órgano del mismo nombre creado en 1970. La finalidad de la primera sección es mostrar que esto es incorrecto, y que es una afirmación absurdamente formalista conforme a la cual el hecho de que ambos órganos (el creado en 1970 y el creado en 1980) se llamen igual implica que son lo mismo. Al contrario, al mirar con detalle su configuración puede observarse que donde el Tribunal de 1970 existía para facilitar la política democrática, el de 1980 existe para impedirla.

Luego, en la segunda y tercera secciones, quiero mostrar que parte de las

¹ Doctor en derecho de la Universidad de Edimburgo, licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, actualmente es académico de la Universidad de Chile y Presidente del partido político en formación Fuerza Común y de la fundación “La Casa Común”. Sus principales áreas de interés dicen relación con la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional.

² Este artículo resume un argumento más largo contenido en Atria, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional” y en Atria, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales”. Esa versión más extensa cuenta con el aparato bibliográfico requerido, del que aquí aparece solo lo mínimo. Agradezco la colaboración de Rocío Lorca.

Atria, F.: “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional”, en 6 *Derecho y Crítica Social* (2020), pp. 114-160.

———: “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales”, en 6 *Derecho y Crítica Social* (2020), pp. 161-215

patologías de un tribunal que ha resultado ser tóxico para el principio democrático se explican por una doctrina constitucional que ha aceptado enteramente los términos de la Constitución tramposa, en particular su desconfianza de la democracia y su intento por neutralizarla. Esto no se observa en las declaraciones, por cierto, en las que todo constitucionalista que se precie afirma su incondicional compromiso democrático. Pero que no se aprecie en las declaraciones no implica que no sea realidad: la doctrina constitucional no ha sido capaz de identificar los problemas en el Tribunal Constitucional y sugerir soluciones que tiendan a reforzar el principio democrático, sino al contrario: o es indiferente a lo que arriesga el principio democrático, o busca reformas que agudizarían aún más el problema.

En estas condiciones, hay que pensar seriamente en la posibilidad de abolir el Tribunal Constitucional. Esto no solo por las razones que observamos en su operación en Chile cada día (al escribir estas líneas se acaba de anunciar que el tribunal ha acogido, por empate de votos y voto dirimente de su Presidenta, el requerimiento en contra de la reforma constitucional que autoriza el retiro de los fondos previsionales, rol 9797), sino también por lo que muestra la experiencia de otros países. Es que, contra su intención original, el control del órgano con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decisiones de otros órganos ha mostrado ser el camino actual hacia el poder total. Este es el tema de la cuarta sección.

Pero aunque a mi juicio un órgano como el Tribunal Constitucional debe ser abolido, es importante no olvidar lo ya afirmado en la primera sección. La cuestión no es de nombres, no se trata de abolir cualquier cosa llamada "Tribunal Constitucional". Por consiguiente, incluso si esa opinión no fuera aceptada y la nueva Constitución creara un nuevo Tribunal Constitucional, hay espacio para discutir sobre cómo configurarlo de modo de evitar que se transforme en una Tercera Cámara de modo que su control sea el camino hacia el poder total. Eso es discutido en la quinta sección.

En la sección final, vuelvo sobre el tema de la doctrina constitucional y explico el sentido en el que, a mi juicio, lo que ahí se denomina un "*paradigma constitucional*" es el complemento necesario de un texto constitucional. Ese paradigma es un conjunto de ideas que sirve de trasfondo a toda la discusión constitucional. En el caso de la Constitución tramposa, ese paradigma, de-

fendido tanto por la doctrina conservadora como por la “*progresista*”, asume la neutralización de la democracia y buscar realizarla; la nueva Constitución necesita acabar no solo con la Constitución tramposa, sino también con su paradigma, y reemplazar al segundo por uno con compromiso democrático.

II. El Tribunal Constitucional de la Constitución tramposa y el de 1970

Para discutir con provecho sobre el Tribunal Constitucional, debemos evitar el formalismo de creer que todo lo que se llama igual es lo mismo. Esta es la idea detrás de la tesis de que el Tribunal Constitucional chileno no fue creado en 1980, sino en 1970: ambos se llaman igual, por lo que han de ser lo mismo.

La realidad es bien diversa: no cualquier cosa llamada “*Tribunal Constitucional*” es lo mismo y se relaciona con la política y la Constitución del mismo modo. Esto no es una cuestión puramente académica, y puede mostrarse atendiendo a la configuración y facultades de lo que hoy existe y lo que fue creado en 1970. El Tribunal Constitucional de 1970 se creó con la finalidad de crear un árbitro que pudiera solucionar un problema que se había sentido ya por algunas décadas en el régimen presidencial chileno: cuando el Presidente y el Congreso interpretaban de modo diverso sus potestades y competencias (en cuestiones como la extensión de la iniciativa exclusiva, la calificación de un veto presidencial como sustitutivo o aditivo, etc.), no había modo de solución y el proceso político quedaba en una impasse. Fue para crear un modo institucional de destrabar este impasse y permitir la continuación del proceso político por lo que se creó lo que entonces se denominó “*Tribunal Constitucional*”.

Esta no es una mera afirmación académica, es algo que tiene consecuencias respecto del modo en que el Tribunal estaba configurado. Como se trataba de destrabar un *impasse*, la condición necesaria para la intervención del Tribunal era que existiera un conflicto de esos que podrían generar tal *impasse*. Por eso el Tribunal solo adquiriría competencia para pronunciarse sobre un asunto si era para ello requerido por alguno de los órganos en cuestión, el Congreso o el Presidente de la República; que ninguno de esos órganos requiriera, eso mostraba que no había conflicto que arbitrar, y no habiendo conflicto que

arbitrar no había razón para que el Tribunal Interviniera; por consiguiente sin requerimiento el Tribunal no tenía competencia.

Esto quiere decir que la existencia del Tribunal no implicaba siquiera en principio que el Tribunal era el “*intérprete supremo*” de la Constitución: quienes tenían la facultad de interpretar y desarrollar la Constitución en un sentido u otro eran el Presidente y el Congreso, es decir, los órganos con legitimación democrática directa. En la medida en que esa evolución no suscitara un conflicto que llegara por decisión de alguno de estos órganos al Tribunal, el significado de la Constitución quedaba entregado a la política democrática y no a la decisión unilateral del Tribunal Constitucional. Como puede verse, el sentido del Tribunal Constitucional no era fijar límites a la política democrática, sino permitir que la política democrática continuara y se fuera fijando ella mismas sus límites.

El Tribunal Constitucional de 1980 responde a una lógica fundamentalmente distinta. Él existe no para arbitrar conflictos entre poderes, sino para proteger la Constitución incluso sin conflicto. La Constitución de 1980 sospecha de la democracia, como no lo hacía la de 1925. Y eso se manifiesta claramente en la configuración institucional del Tribunal Constitucional. De nuevo, no estamos hablando de puras cuestiones teóricas o conceptuales, sino de algo que puede observarse a partir de la regulación del Tribunal Constitucional. Es a mi juicio extraordinario que la reflexión constitucional bajo la Constitución tramposa no haya hecho de esta diferencia una cuestión central, y afirme sin más la continuidad entre los órganos creados en 1970 y en 1980 con el mismo nombre.

Desde 1980, lo que se llama “*Tribunal Constitucional*” tiene una competencia que es prácticamente única en el contexto comparado y que ciertamente se distingue de la competencia del Tribunal de 1970: puede (debe, en realidad) pronunciarse sobre proyectos de ley sin que se haya suscitado conflicto alguno entre las cámaras y el Presidente de la República. Esto es lo que se llama el control preventivo obligatorio. Esta competencia está en el N°1 del artículo 93 del texto constitucional, conforme al cual una de las atribuciones del Tribunal Constitucional es ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias

propias de estas últimas, antes de su promulgación. Para ejercer esta competencia, el texto constitucional impone al Congreso la obligación de remitir el proyecto al Tribunal una vez que haya sido aprobado: la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso (art. 93 inc. 2º).

Este es un control que no supone requerimiento, una competencia que se refiere a cierto tipo de leyes, a las que la Constitución llama "*leyes orgánicas constitucionales*".

Es evidente que lo que justificaba la existencia del Tribunal de 1970 no sirve para explicar la del Tribunal de 1980. Aquí no ha habido un conflicto entre poderes, tampoco entre la mayoría y la minoría de alguna de las cámaras. Se trata de un proyecto de ley que ha sido aprobado sin suscitar objeciones de constitucionalidad por ambas cámaras, y a pesar de eso debe ser revisado por el Tribunal Constitucional. Es claro, entonces, que el sentido de la intervención del Tribunal no es destrabar un impasse, sino tiene que ser algo distinto. Esto llama a la pregunta: cuando el Tribunal interfiere sin ser requerido, ¿Qué es lo que se está protegiendo? y ¿De quién?

La respuesta no es misteriosa: está protegiendo la Constitución, y la protege de la política democrática. Esta respuesta lo cambia todo: la relación entre el Tribunal Constitucional, la Constitución y la política; el tipo de órgano del que estamos hablando, y la naturaleza de la Constitución.

Esta es una manifestación del problema fundamental de la Constitución de 1980: es una Constitución diseñada no para realizar sino para neutralizar la política democrática. Y como es una Constitución que es en este sentido contraria al principio democrático, ella requiere una vinculación entre la Constitución y la política como la que hemos identificado en la diferencia entre el Tribunal Constitucional de 1970 y el de 1980. Es decir, una Constitución que pretende neutralizar el poder de la política democrática no puede quedar entregada al modo en que esa misma política la entiende, y necesita de un guardián que vele por esa neutralización cada vez que la política pretenda impugnarla.

En la discusión constituyente suele indicarse que el problema fundamental

de la Constitución de 1980 es su origen: como fue dada por una dictadura en un plebiscito fraudulento, el fraude inicial vicia todo lo que viene después. A mi juicio esta explicación del problema de la Constitución de 1980 es errada; después de todo, muchas constituciones en Chile y en el mundo tuvieron un origen objetable pero con el tiempo fueron aceptadas. La pregunta interesante de la Constitución de 1980 es por qué 30 años de práctica política democrática no fueron capaces de solucionar el problema de origen, cómo es que fue imposible para el pueblo apropiársela progresivamente a través de la política democrática.

A esta pregunta, mi respuesta es precisamente la manera en que la Constitución se enfrenta a la política democrática, uno de cuyos momentos más transparentes es la competencia del Tribunal Constitucional como ya hemos visto. En la medida en que una Constitución se entiende como una decisión que configura una política democrática, de modo que su contenido es desarrollada por esa política, es a través de ella que el pueblo se la va apropiando. Así, por ejemplo, la práctica democrática en principio podría haber ido reduciendo la significación de las leyes orgánicas constitucionales y la violación del principio democrático que ellas significan, por la vía de interpretar de modo cada vez más restrictivo su ámbito competencial. Esto es lo que el Tribunal Constitucional actual hace imposible, precisamente porque dada su configuración ya explicada es difícil que no se entienda como el defensor de la Constitución frente a la política. Cualquier intento de la política de desarrollar el contenido de la Constitución en un sentido en vez de otro será visto, desde el Tribunal Constitucional, como un intento de “burlar” la Constitución, y será declarada ilícita. De este modo el Tribunal Constitucional aseguró que la heteronomía de la imposición original haya sido perenne, imposible de solucionar a través de la política, de modo que para superarla fue necesario esperar hasta que la Constitución produjo una deslegitimación de la política tan aguda que estalló.

III. Una doctrina constitucional ciega y carente de compromiso democrático

En general, una discusión habitual en los países en los que hay jurisdicción constitucional se refiere a lo que suele llamarse la objeción contra mayori-

taria (esta no es la mejor manera de describirla, pero no haremos tema de eso aquí³). Con esto no estoy diciendo que en esos países hay un consenso contra la jurisdicción constitucional (no es el caso, aunque mi impresión es que eso está empezando a cambiar, aunque también dejaremos eso de lado ahora). Pero la jurisdicción constitucional en esos países se sabe en discusión, se sabe cuestionada. Eso no vale para Chile: hasta hace un par de años esa discusión era prácticamente inexistente. La academia constitucional no se tomaba en serio el problema de la jurisdicción constitucional, y celebraba la existencia del Tribunal de modo totalmente irreflexivo.

Ese país en el cual la academia nunca se tomó en serio el problema de la compatibilidad entre control constitucional y democracia es el mismo que tenía la dudosa distinción de que la transición a la democracia se dio en los términos y con la supervivencia de la Constitución dada en dictadura; adicionalmente, dos de los siete miembros del Tribunal Constitucional eran designados por un “*Consejo de Seguridad Nacional*” de ocho miembros que incluía a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y el director general de carabineros. Fue con esa Constitución y con ese Tribunal Constitucional (cuya composición cambió en 2005) que la academia constitucional no consideró digno de su atención la “*objeción democrática*”.

Esta disposición celebratoria del Tribunal Constitucional, que caracterizó tanto a la doctrina constitucional de derecha como a la más “*progresista*”, no dejó de tener consecuencias. Como no había discusión al respecto, cuando llegó el momento de reformar el Tribunal Constitucional en 2005 sus competencias se ampliaron de modo tan extraordinario que el profesor José Luis Cea pudo decir, después de la reforma de ese año, que “no conozco en realidad una magistratura de esta especie dotada de mayores atribuciones”. Y pocos meses antes de la revuelta de octubre de 2019, un grupo transversal de juristas convocados por el Centro de Estudios Públicos sugería aumentar el poder del Tribunal (dándole efectos generales a sus sentencias y creando un recurso especial para los casos en que los tribunales ordinarios no obedecieran del modo en que al Tribunal le parecía conveniente sus sentencias de inaplicabilidad)⁴.

³ Véase Atria, *La Forma del Derecho*, pp. 251-254.

⁴ Sobre ese informe, véase supra, n. 1. La afirmación de José Luis Cea en Cea, “*¡Finalmente, la Constitución fue reformada!*”, p. 50.

Cuando en el proceso constituyente se discuta sobre el Tribunal Constitucional, será útil tener presente que los comentaristas más reconocidos del ámbito constitucional han mostrado esta total indiferencia hacia los problemas generados por la existencia y amplitud de las competencias del Tribunal.

Esto puede observarse en algunos casos recientes que han suscitado críticas especialmente intensas, pero que dan cuenta de una evolución que la reflexión constitucional anterior no advirtió.

IV. Dos ejemplos que muestran las consecuencias de la actitud acrítica de la reflexión constitucional

El caso del aborto en tres causales, ilustra un problema bien profundo. De hecho yo esperarí­a que una de las innovaciones más importantes de una nueva Constitución se refiera a esto. En ese caso el Tribunal, al cual la Constitución le entrega la facultad de declarar inconstitucional “preceptos” o “disposiciones” contenidas en proyectos de ley, entendió que *puede declarar* inconstitucionales palabras. En el proyecto de ley de aborto en tres causales, se trataba de una regla que disponía que la objeción de conciencia es individual y en ningún caso podrá ser alegada por una institución.

El Tribunal Constitucional declaró que lo que él llamó la frase impeditiva “*en ningún caso*” era inconstitucional. Pareciera, entonces, que en Chile es contra la Constitución decir “*en ningún caso*” (!). Habiendo declarado esa frase inconstitucional, el Tribunal la removió del proyecto y de ese modo transformó una regla que excluía la objeción de conciencia institucional en una regla que la autorizaba generalmente, sin limitación o condición alguna. Y eso a pesar de que la Constitución dispone (art. 94) que las disposiciones que sean declaradas inconstitucionales serán removidas del proyecto de ley respectivo y que la ley se refiere a que lo que puede ser declarado inconstitucional son preceptos (art. 50 L 17997).

Lo que hizo el Tribunal Constitucional no era novedoso. Lo que permitió al Tribunal emitir una decisión manifiestamente impropia, fue el hecho de que se había asentado la práctica de que el Tribunal podía declarar palabras inconstitucionales. Y esta práctica se había asentado porque la reflexión constitucional nunca notó el problema que eso podía significar. Para una doctrina que está

consciente de los problemas (no para la chilena tradicional), la posibilidad de remover palabras de los proyectos de ley y así, manipulando las restantes, lograr armar la regla que el Tribunal prefiere, es una manera de burlar el límite más claro que sujeta a un órgano de ese tipo: la idea de que solo es un *“legislador negativo”*. Eso quiere decir: es un órgano que puede decidir que *ciertas normas no se pueden dictar, pero no puede decir qué normas serán dictadas*. La reflexión constitucional no llamó la atención sobre esto. No observó aquí un problema, y por eso cuando llegó el caso del aborto el Tribunal estaba en perfecta libertad para regular la objeción de conciencia del modo que quisiera, con la limitación de que solo podía hacerlo manipulando las palabras, eligiendo qué palabras borrar para inventar la legislación que deseaba. El paso siguiente, supongo, es que va a declarar inconstitucionales letras (!).

Otro caso en que se hizo manifiesto esta displicencia con la que la doctrina constitucional había tratado el tema del Tribunal Constitucional es el de la calificación de las leyes orgánicas constitucionales. Primero, el Tribunal ha extendido de modo extraordinariamente amplio las definiciones de las leyes orgánicas constitucionales. Así por ejemplo, conforme al artículo 77 del texto constitucional, *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales”*. El Tribunal ha decidido que cualquier norma legal que de un modo u otro afecta la estructura o atribuciones de los tribunales, incluso una que modifica, por ejemplo, la competencia de los juzgados de policía local, es una ley orgánica constitucional. Una reflexión constitucional comprometida con el principio democrático habría rápida y fácilmente llegado a la conclusión de que la ley orgánica constitucional relativa a los tribunales es solo la que fija sus características fundamentales. Pero la nuestra estaba demasiado ocupada en celebrar acríticamente.

Adicionalmente el Tribunal había decidido desde hace ya un tiempo, sin mayores objeciones doctrinales, que él tenía competencia para recalificar como orgánico constitucional un proyecto de ley que había sido tramitado como ley ordinaria y arrogarse competencia para conocerlo de oficio. De nuevo, una doctrina atenta a lo que efectivamente ocurría habría observado el potencial para extralimitación que esto implicaba, porque permitía al Tribunal decidir sobre su propia competencia de oficio. Pero nada de esto fue seriamente observado en su momento, y entonces en el caso del proyecto de ley del SER-NAC esta competencia arrogada por el Tribunal fue llevada al extremo: el

Tribunal se auto atribuyó competencia para conocer, sin requerimientos, toda la parte en que la ley configuraba la potestad sancionatoria del SERNAC, pese a que nadie había objetado la inconstitucionalidad de esas reglas.

V. El Tribunal Constitucional como el camino hacia el poder total

No cabe duda de que en las recientes décadas ha habido una creciente celebración de la existencia de órganos con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, llámense “*tribunal constitucional*” o no. Para eso ha contribuido el hecho de que en los lugares centrales de la cultura jurídica, como Alemania y Estados Unidos, y para nosotros España, había tribunales constitucionales ampliamente legitimados y que fueron vistos como en la primera línea del progreso en sus respectivos sistemas jurídicos.

Mi impresión es que todo eso ha quedado atrás, y que actualmente el mundo viene de vuelta. En España, el Tribunal Constitucional no goza del prestigio del que gozaba en la década de los 80; en Estados Unidos, todavía debemos esperar ver el efecto que una supermayoría de ultra derecha tendrá en lo que viene. La existencia de tribunales constitucionales ha contribuido a erosionar la frontera que separa al razonamiento jurídico del juicio político. Esto implica que la acción de los órganos con jurisdicción constitucional es vista como cada vez más política y menos jurídica (es decir, esos órganos cada vez más como terceras cámaras). La consecuencia de esto es irónica: pese a que el surgimiento de estos órganos fue un intento de limitar el poder para proteger derechos, en los hechos el control de la tercera cámara es el camino más transitable hacia el poder total, hacia la posibilidad de ignorar la Constitución cuando ello resulta políticamente conveniente.

Para mostrar lo primero puede ser útil escuchar a quien fuera el más elocuente y convincente defensor de la jurisdicción constitucional, Ronald Dworkin, referirse a la Corte Suprema norteamericana. Escribiendo en 2008, antes de que se consolidara la actual mayoría republicana en la Corte Suprema norteamericana, Dworkin decía:

Alito, Roberts, Scalia y Thomas son jueces que han asumido una misión: destruir las impresionantes estructuras constitucionales que una larga sucesión de jueces anteriores habían formado y construido en las décadas que siguieron

a la segunda guerra mundial, y reemplazarlas por principios mucho más crudos...Estamos en esta deprimente posición porque los movimientos políticos de derecha tuvieron éxito en hacer de los nombramientos en la Corte Suprema un asunto de importancia crucial para sus votantes mientras la mayoría de los demás votantes permanecía en general indiferentes a esos nombramientos...

La revolución que muchos comentaristas predijeron cuando el Presidente Bush nombró dos jueces de ultra-derecha a la Corte Suprema está progresando con extrema impaciencia, y es una revolución jacobina en su desprecio por la tradición y el precedente⁵.

El argumento de Dworkin es: una vez que la derecha adquirió una bancada suficientemente significativa en la Corte Suprema, la tradición y el precedente fueron ignorados para realizar la agenda política de esos jueces de ultra-derecha (sus palabras, no mías). Es que en las condiciones políticas de nuestro tiempo la tradición y el precedente no son suficientes para abrir espacios de razonamiento jurídico. Y esto ocurre, según uno de los principales defensores de la idea de la jurisdicción constitucional, no en una tradición marginal, sino en el centro del constitucionalismo contemporáneo.

Los otros casos que quiero mencionar son más cercanos a nosotros y muestran que la cuestión no afecta solo a los jueces de “ultra-derecha”. En Venezuela el Tribunal Supremo, en el que el gobierno tenía mayoría, suspendió a la Asamblea Nacional, para solucionar el problema con el que se encontró el gobierno en 2015 después de que había perdido su mayoría en la Asamblea⁶; en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional, con una correlación de fuerzas favorable al gobierno del presidente Evo Morales, autorizó su candidatura a la reelección a pesar de que ésta estaba explícitamente prohibida por la constitución, con el argumento de que dicha cláusula violaba sus derechos políticos⁷; y en Brasil, por cierto, después de la destitución de la presidenta Dilma Rousseff en 2016, en 2018 el Tribunal Supremo dejó fuera de competencia, por decisión de quien fue luego Ministro de justicia de Jair Bolsonaro, a Lula da Silva, y de ese modo en los hechos decidió la elección.

⁵ Dworkin, *The Supreme Court Phallanx. The Court's new right-wing block*, pp. xii, 47. Al respecto, véase Atria, *La Forma del Derecho*, pp. 337-341.

⁶ Exp. 16-0449, de 20 de agosto de 2016 (sala constitucional), disponible en <http://www.tsj.gob.ve/>.

⁷ Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, disponible en buscador.tcpbolivia.bo.

Por supuesto, dadas las circunstancias no es posible más que dar plausibilidad inicial de modo impresionista a la idea que estoy comentando. Pero es importante notar cuál es esa idea: para un gobierno que controla la bancada mayoritaria de una tercera cámara, la Constitución significa límite alguno. Esa es la manera en que en nuestras condiciones se puede acceder al poder total. Y este riesgo es invisible. En efecto, nada nos deja en peor condición para advertir ese riesgo que una discusión constitucional, como la que ha habido en Chile durante los últimos 30 años, que celebra incondicionalmente la existencia del Tribunal Constitucional, y que dirá que *“cumple su función”* con independencia de lo que en los hechos haga. No importa que el Tribunal se burle de la limitación de ser un *“legislador negativo”*, quienes están en contra del aborto celebrarán la decisión⁸; no importa que el Tribunal se arrogue exageradamente competencia para conocer de oficio de reglas que no han sido sometidas a su conocimiento, su intervención será aplaudida por quienes políticamente se benefician del fallo⁹; no importa que el Tribunal declare contra la constitución un proyecto de reforma constitucional, la reacción de los que se oponían a la reforma será que el tribunal esta *“cumpliendo su rol”* y cualquier decisión que tome es descrita como un *“triumfo de la democracia”*¹⁰.

VI. El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución

Las consideraciones anteriores justifican pensar seriamente en una nueva Constitución en la que no existe un órgano de control de constitucionalidad de las leyes. La erosión de la diferencia entre lo político y lo jurídico que un órgano como ese ha causado, y el consiguiente riesgo de que quien controla la bancada mayoritaria dentro del Tribunal Constitucional pueda dar a la Constitución el significado que desee, han de hacernos más realistas respecto de las posibilidades reales de un Tribunal Constitucional en nuestras condiciones. Como ya he explicado, yo creo, por lo demás, que después de algunas décadas de celebración ingenua del potencial racionalizador de la jurisdicción constitucional, estamos ahora en un período de más escepticismo al respecto.

⁸ Véase El Mostrador, 2 de febrero de 2018; celebratoriamente Zapata, *“Sobre el fallo del TC”*.

⁹ Véase El Mostrador, 23 de enero de 2018.

¹⁰ *“Cumpliendo su rol”*, el ministro Ignacio Briones, en <https://www.24horas.cl/politica/briones-pide-desdramatizar-fallo-del-tc-por-10-el-tribunal-cumple-su-deber-4579768>; *“un triunfo de la democracia”*, el ministro Jaime Belloio, en La Tercera, 21 de diciembre de 2020.

Sin embargo, hay mucho espacio para que, incluso si la Convención Constitucional no se atreve a hacer de Chile el país que inicie el camino de vuelta desde esa celebración ingenua, sea posible configurar un órgano con jurisdicción constitucional de modo de minimizar el riesgo de que pueda volver a transformarse en una tercera cámara. Eso supone, claro, mirarlo con realismo, y evitar la idea de que solo porque se llama “tribunal” desempeñará una función de tal. Es al contrario importante identificar claramente lo que es patológico en el “tribunal” que tenemos.

Una dimensión del problema es suficientemente conocida y ha sido profusamente discutida, por lo que no es necesario detenerse mucho más en ella: es que el Tribunal Constitucional tiende a transformarse en una tercera cámara, es decir, en un órgano que decide conforme al alineamiento político de sus miembros. Claro, no todos sus miembros, no en todos los casos. De hecho, incluso en las cámaras políticas hay parlamentarios que no siguen la disciplina de partido¹¹.

Una manera de defender al Tribunal Constitucional de esta crítica es apuntar al hecho de que, después de que en 2005 se le entregó al Tribunal la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la mayoría de sus sentencias (el 97%) son de inaplicabilidad. Pero esto en realidad agudiza el problema, porque muestra la segunda disfuncionalidad grave de lo que actualmente tenemos, una disfuncionalidad que no es habitualmente notada. Las decisiones que toman los órganos políticos cuando se trata de decidir sobre la integración de los miembros del Tribunal Constitucional miran fundamentalmente a los casos estadísticamente escasos en los que el Tribunal interfiere con el proceso legislativo, cuando su naturaleza de tercera cámara se hace decisiva. Y es ese mismo órgano, integrado con criterios de tercera cámara, el que tiene competencia para pronunciarse respecto de cualquier litigio que se lleve ante un tribunal de la república. Esto atenta contra el principio básico del Estado de derecho, la idea de que los litigios individuales han de decidirse por tribunales independientes y no por cámaras políticas.

¹¹ La situación es tan extraordinaria, que la propia presidenta del Tribunal Constitucional consideró que no había problema en reconocer que el Tribunal constitucional efectivamente es una tercera cámara: “La descripción de que somos una tercera cámara si bien aparece como peyorativo, corresponde realmente a lo que sucede” (en La Tercera, 18 de abril de 2020).

Me permito insistir sobre este punto: la crítica al Tribunal Constitucional (esa crítica que la doctrina constitucional ignoró prácticamente por 30 años, en las condiciones ya indicadas) suele mirar la disfuncionalidad del Tribunal hacia el sistema político, respecto del cual el Tribunal opera como tercera cámara legislativa. Pero hay otra disfuncionalidad, que mira hacia el sistema judicial, y que ha sido más ignorada, si cabe, que la anterior: implica que una tercera cámara puede en los hechos decidir cualquier litigio, y así afecta gravemente la idea de independencia judicial.

Es claro, entonces, que la discusión sobre el Tribunal Constitucional en la nueva Constitución, si ha de haber uno, debe concentrarse en cómo evitar que devenga nuevamente una tercera cámara. Para esta discusión estamos mal preparados, porque la doctrina constitucional no ha hecho su trabajo y se ha dedicado a celebrar acríticamente al Tribunal mientras todas las patologías que hoy observábamos se desarrollaban bajo sus narices.

Me gustaría mencionar el tipo de cuestiones de configuración institucional que yo esperarí que se discutieran con miras a evitar la transformación de un nuevo Tribunal constitucional en una tercera cámara. No se trata de propuestas precisas y detalladas, sino de ideas para ilustrar lo que estoy diciendo.

1. La integración del Tribunal. La integración actual no da cuenta de ninguna lógica de principios. Tres miembros son designados por la Corte Suprema, tres por el Presidente de la República y cuatro a propuesta del Presidente ratificados por el Congreso con el voto conforme de 2/3 de sus miembros en ejercicio. La razón que justifica esta integración es extraordinariamente superficial: son tres los poderes del Estado, por lo que los tres poderes deben tener incidencia en la integración. No hubo, en la discusión de la reforma constitucional de 2005, que fijó esta designación, mayor reflexión sobre que significaba esta integración y por qué precisamente debía ser así. Al menos no quedó registro¹².

Hagamos entonces nosotros el esfuerzo de descifrar qué significa esta integración. La idea de que haya miembros nombrados por el Presidente es que éste tenga impacto en la composición del Tribunal, pero como los ministros duran 10 años y los presidentes cuatro no hay garantía alguna de que un

¹² Véase el segundo artículo citado en la nota *, §20.

Presidente podrá nombrar ministros; la designación de la Corte Suprema pretende reflejar el hecho de que se trata de un tribunal de derecho, pero son solo tres de diez, tres que pueden (como ha ocurrido en el pasado) cambiar la correlación de fuerzas en el Tribunal de modo que la Corte Suprema puede decidir qué bancada es dominante en el Tribunal, lo que tiende a politizar a la propia Corte Suprema. Las designaciones parlamentarias, por último, pretenden reflejar una determinada correlación de fuerzas, pero no reflejan correlación alguna porque son solo cuatro de diez. Además, como exigen ratificación por 2/3, sus designaciones dan cuenta de un acuerdo de distribución de cupos de modo que hoy los cupos tienen “dueño”. Todo esto es manifiestamente disfuncional.

Adicionalmente, la pertenencia de los ministros a distintas bancadas es conocida de antemano, por lo que los demás actores del sistema político saben cuál es la bancada dominante. Esto fomenta presentaciones ante el Tribunal que descansan no en el argumento jurídico, sino en la expectativa de que el Tribunal adoptará una posición de izquierda o derecha según la bancada que sea mayor.

Todo esto debe ser discutido. Primero, habría que buscar una integración que responda a una lógica de principios. No tiene sentido tener una composición que parcialmente refleje una correlación política de fuerzas y que parcialmente refleje la idoneidad técnica. A mi juicio, la solución es que todos los miembros sean nombrados por el Congreso por mayoría simple, quizás a propuesta del Presidente. Contra esto, la lógica de la Constitución tramposa sugiere quórum exagerados para forzar “acuerdos políticos” que lleven a que todos los sectores tengan representación en el Tribunal. Conforme a la lógica binominal, sin embargo, “todos los sectores” no son todos los sectores: son la Concertación y la derecha. Esto debe por cierto ser superado en una constitución no tramposa. Es verdad que tiene sentido que la correlación de fuerzas en el Congreso, que refleja una correlación de fuerzas existente en el país, debe manifestarse en el tribunal, pero no tiene sentido forzarlo mediante los quórum exagerados comunes en la Constitución tramposa. Los “sectores” que deben ser tomados en cuenta no son los que se reparten el poder gracias a las trampas constitucionales, como ocurre en la lógica binominal, sino los que efectivamente tengan presencia en el país. Si el período de los miembros del Tribunal es mayor que el del Congreso, entonces será la evolución elec-

toral la que llevará en el tiempo a una integración diversa. Además, en el caso de nombramientos múltiples no es necesario un quórum calificado para lograr diversidad política. Basta que los miembros a ser designados se elijan en una sola votación (si se eligen por ejemplo, dos miembros en una sola votación, típicamente la primera mayoría podrá designar el primero, la segunda mayoría podrá designar al segundo, etc.). El hecho de que sea por mayoría simple dificulta los acuerdos de distribución de cupos, y hace más probable que la discusión suscitada por una propuesta de nombre en particular tenga efectos en la designación.

Más innovadoramente, debería considerarse la posibilidad de que los actores políticos no estuvieran en condiciones de conocer anticipadamente la composición del Tribunal que ha de conocer de su decisión, de modo que no puedan hacer cálculos estratégicos tomando al Tribunal como una cámara con bancadas. Así podría pensarse en un tribunal que en vez de tener 10 miembros tenga 100, de los cuales se sortee el número adecuado (por ejemplo, nueve) una vez que un requerimiento ya se ha presentado. La composición de la sala que decidiría el caso no sería conocida al momento de hacer la presentación respectiva, lo que evitaría cálculos de correlaciones políticas. El riesgo de esto es una jurisprudencia inconstante, pero respecto de eso dos cosas: primero, que eso también ocurre ahora, en la medida en que esa jurisprudencia refleja alineamientos políticos que pueden cambiar; y segundo, corresponderá al Tribunal buscar desarrollar, basado en el argumento y no la mantención de las mismas personas, una jurisprudencia constante, porque en caso contrario sus decisiones van a ser vistas como arbitrarias, dependiendo del sorteo de la sala respectiva. Si las decisiones del Tribunal son vistas como caprichosas, dependientes de un sorteo, para el resto del sistema político será más fácil ignorarlas. Por eso un sistema de este tipo pone del lado del Tribunal la carga de actuar de modo de evitar esta consecuencia.

2. La regla de decisión. Hoy día el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional un proyecto de ley sin mayoría, con solo un empate si para la inconstitucionalidad vota el presidente o presidenta del Tribunal. Para declarar inaplicable una ley, requiere la mayoría de sus miembros. Para declarar inconstitucional una ley ya dictada requiere 4/5 de sus miembros. Este conjunto de reglas de decisión es incoherente y refleja el momento en que cada una de ellas se introdujo.

Efectivamente, la primera es la original, y da cuenta del desprecio por el princi-

pio democrático que caracterizaba a la Constitución tramposa en su origen. La competencia de inaplicabilidad y la de declarar la inconstitucionalidad de una ley ya dictada fueron introducidas en la reforma de 2005, y muestran algo más de respeto por la ley y el principio democrático en el que ella descansa. La situación es incoherente e irracional, y esto deberá ser revisado si a nueva Constitución ha de crear un Tribunal Constitucional.

¿Cuál de estas tres reglas es adecuada? Ciertamente no la primera, que desprecia el principio democrático. Solo la segunda y la tercera son en principio aceptables. Y a mi juicio la correcta es la tercera (un quórum calificado, quizás no tan exigente como 4/5, pero calificado. ¿2/3 por ejemplo?). La razón de esto está en vincular el discurso justificatorio del Tribunal Constitucional con su configuración institucional. Si el Tribunal se justifica porque las cuestiones constitucionales deben ser decididas jurídicamente, y el Tribunal está compuesto de expertos en derecho, entonces uno esperaría que el argumento técnico jurídico fuera capaz de convencer a más que la mínima mayoría de sus miembros. De hecho, uno podría decir algo más: si el argumento jurídico solo logra convencer a una mínima mayoría, es probable que lo que está haciendo el trabajo de convencer no sea el argumento jurídico sino la convicción política de sus miembros. La marca de un argumento jurídico no es que logre generar unanimidad, pero sí que resulte convincente para una mayoría mayor que la mínima de un grupo de expertos. Esto sugiere que el Tribunal decida sujeto a una regla de mayoría calificada.

3. La competencia preventiva y la de inaplicabilidad. Por último, debería eliminarse la competencia preventiva del Tribunal Constitucional. El momento legislativo es usualmente el momento en que la controversia política es más aguda. Si el Tribunal constitucional es llamado a pronunciarse en ese momento más álgido de la discusión política, es a mi juicio ingenuo esperar que el Tribunal no va a tender a actuar como una tercera cámara, entre otras cosas porque los grupos parlamentarios, sabiendo que el Tribunal puede frustrar sus intentos, buscarán tener un Tribunal compuesto de miembros que les permitan legislar.

Por otro lado, convendría separar la competencia de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad (es decir, volver a la situación anterior a 2005). Esto porque los casos judiciales deben ser decididos por órganos judiciales, y para eso la Corte Suprema es suficiente.

VII. La necesidad de un nuevo paradigma constitucional

El problema del Tribunal Constitucional, que ha terminado siendo un órgano tóxico para la democracia, tiene entonces dos causas: por un lado, una configuración institucional indiferente al principio democrático, que puede actuar de oficio contra la voluntad conjunta y concurrente de todos los órganos con legitimación democrática directa, y por otro una doctrina constitucional que ha sido el reflejo de la Constitución tramposa, que no ha tenido mayor preocupación por el modo en que el Tribunal Constitucional, en su operación, ampliaba sus competencias y atribuciones en desmedro del principio democrático. El primer problema se soluciona mediante reformas institucionales, algunas de las cuales ya he sugerido sin perjuicio de que otras puedan en su momento ser pensadas y discutidas. El segundo, sin embargo, no se cambia con reformas institucionales. Se trata de que una Constitución implica no solo un texto y no solo una cultura política, sino también un paradigma constitucional. Esto es un conjunto de ideas interpretativas que definen lo que es aceptable o no como interpretación, qué tipo de cuestiones son relevantes para la interpretación, etc. Un paradigma constitucional fija la manera en que el texto es comprendido, y constituye una suerte de trasfondo a cada interpretación constitucional, por lo que media entre el texto y toda decisión constitucional. En este sentido cumple una función que podríamos llamar integradora: suple y completa el texto mismo, incluso en contra de él. Y se trata de un trasfondo, lo que quiere decir que es un conjunto de proposiciones tan obvias que usualmente no se discuten ni tematizan.

Conforme al paradigma constitucional vigente, la constitución es una norma cuya función es imponer deberes para neutralizar la agencia política del pueblo. En eso consiste la Constitución tramposa¹³, una idea que la reflexión constitucional, progresista o no, aceptó de modo más bien acrítico. Por eso la reflexión académica constitucional no se entiende interpelada por el principio democrático, no cree que lo que ha de orientarla sea la realización del principio democrático. Por eso para ella nunca ha sido un problema significativo la interpretación amplísima que se ha hecho del ámbito de las leyes orgánicas constitucionales, o de las competencias del Tribunal Constitucional: esas amplísimas interpretaciones erosionan el principio democrático, pero

¹³ Véase Atria, *La Constitución Tramposa*.

aseguran la neutralización de la política; y el paradigma constitucional dominante es indiferente al primero y sensible a la segunda. Por la misma razón es tan fácil para la reflexión constitucional dominante inventar inconstitucionalidades de diverso tipo: la de un plebiscito convocado de común acuerdo por todos los órganos con legitimación democrática directa¹⁴, la de una reforma constitucional que autorizaba el retiro del 10% de los ahorros previsionales¹⁵, la del fondo solidario del AUGE¹⁶, la de una regla que reconoce la objeción de conciencia individual pero niega la institucional en el caso de aborto en tres causales (en la sentencia rol 3729 del Tribunal Constitucional), la de un proyecto que crea un Servicio del Consumidor que puede fiscalizar y sancionar empresas infractoras (sentencia rol 4012), la de la titularidad sindical (sentencia roles acumulados 3016 y 3026), etc.

Este paradigma constitucional, que no tiene compromiso con el principio democrático, es el complemento de la Constitución tramposa. La nueva Constitución necesita romper con este paradigma, para lo cual las condiciones están dadas: la Constitución vigente esta desacreditada, lo que implicará el

¹⁴ Ibid, pp. 103-163.

¹⁵ Véase Pardo, «Retiro del 10%: Un enigmático alegato de inconstitucionalidad». Pardo busca argumentos para justificar la inconstitucionalidad de esta reforma constitucional, y concluye, correctamente, que ellos en realidad están en “la confusa situación espiritual en la que se encuentran los abogados de la inconstitucionalidad: el retiro del 10% sería inconstitucional porque no estuvo sometida al veto del 1/3 más 1 de los senadores o diputados en ejercicio. La reforma sería inconstitucional, entonces, porque su procedimiento fue en exceso democrático”.

¹⁶ Véase el ininteligible argumento defendido por el profesor José Luis Cea, a propósito de la idea de crear un fondo solidario del AUGE, que se financiaría con una parte de las cotizaciones de salud de todos los cotizantes, tanto del sistema público como del sistema privado: “Procede precisar que las cotizaciones son, más que ahorros forzosos de quien las hace, verdaderos tributos o cargas públicas reales en su sentido amplio. Además, debe tenerse presente que ellas ceden a favor exclusivo del beneficiario y de sus familiares legalmente reconocidos. Consecuentemente afirmamos que el 7% de cotización obligatoria impuesta por la ley es patrimonio del cotizante respectivo, estando destinada a contribuir al financiamiento de las acciones de salud para él y sus familiares. Se trata, por consiguiente y sin duda, de un bien cuyo dominio o propiedad pertenece al cotizante. Por tal razón consideramos discutible el mérito constitucional de la idea, hasta hoy sólo tal y no articulada en un proyecto de ley, que destina 3% de ese guarismo [sic] a un fondo común y solidario para el propósito referido. El titular de esa cotización tiene, insistimos, dominio pleno sobre la integridad de ella, siendo suyo también el derecho a destinarla al sistema de salud que elija, con entera libertad” (Cea, Derecho Constitucional Chileno, p. 212. El argumento es ininteligible porque si las cotizaciones son “verdaderos tributos o cargas públicas reales” no tiene sentido decir que una vez pagadas siguen siendo de propiedad del cotizante, y no habría razón para que la ley no pudiera disponer su destino. Para objetar la constitucionalidad del fondo solidario del AUGE era necesario decir que los cotizantes mantenían la propiedad sobre sus cotizaciones una vez pagadas, lo que es por cierto incompatible con decir que son verdaderos tributos.

descrédito de la doctrina más identificada con ella; y a diferencia de los '90, hoy hay una generación de constitucionalistas que se ha desarrollado criticando ese paradigma, y que por eso hasta ahora ha pagado el precio de la marginalidad forense y política, pero que por lo mismo no es alcanzada por el descrédito de la Constitución tramposa. Esa es la generación que, en condiciones de normalidad democrática y sin las universidades intervenidas, como en los años 80, deberá articular el paradigma constitucional que reemplazará al de la Constitución que fenece.

Referencias

Atria, F.: *La Constitución Tramposa* (Santiago: Lom, 2013).

———: *La Forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

Atria, F. y C. Salgado: “El tribunal Constitucional desatado (1): Un poder insoportable”, en *El Mostrador*, 23 de enero de 2018.

———: “El tribunal desatado (5): La burla”, en *El Mostrador*, 2 de febrero de 2018.

Cea, J. L.: *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías*, vol. 2 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004).

———: “¡Finalmente, la Constitución fue reformada!”, en *14 Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (2005), pp. 43-56.

Dworkin, R. M.: *The Supreme Court Phallanx. The Court's new right-wing block* (New York, NY: New Yor Review Books, 2008).

Pardo, D.: “Retiro del 10%: Un enigmático alegato de inconstitucionalidad” (2020), disponible en <https://diario.uach.cl/retiro-del-10-un-enigmatico-alegato-de-inconstitucionalidad/>.

Zapata, P.: “Sobre el fallo del TC”, en *La Tercera*, 14 de septiembre de 2017.



Ana María García Barzelatto

Rol del Tribunal Constitucional y Nueva Constitución

Ana María García Barzelatto¹

Este trabajo tiene su origen en el interesante ciclo de Diálogos Constitucionales organizado por la Comisión de Constitución del Senado, que tuvo lugar el 1° de octubre de 2020, sobre un tema que será de especial preocupación en el proceso constituyente actual, como es el rol que corresponde al Tribunal Constitucional en la nueva Constitución. A continuación, se reflexiona en torno a cinco puntos que son de especial relevancia en el actual proceso.

I. Importancia de la existencia del control de constitucionalidad de las leyes

Las Constituciones Políticas, como las conocemos hoy, son el resultado del movimiento constitucionalista que se desencadenó a finales del siglo XVIII.

La primera Constitución francesa de 1791, junto con la “*Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*” de 1789, establecieron como elemento de la esencia de una Constitución el reconocimiento de los derechos fundamentales y la separación de poderes, como reacción al absolutismo monárquico².

Pocos años después, en 1803, se hace evidente la necesidad de lo que hoy

¹ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Chile, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Directora de la Revista de Derecho Público, autora de libros, artículos y numerosas publicaciones de la especialidad. Agradezco de manera especial la colaboración en la búsqueda de antecedentes de los Ayudantes Tomás Cortés Aracena y Josefina Meszaros Elgueta, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

² El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano señala: “*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, carece de Constitución*”.

se denomina “*justicia constitucional*”, es decir, la importancia de que exista un órgano que vele por el cumplimiento de la supremacía constitucional, de modo de asegurar que las normas dictadas por los diferentes órganos del Estado se sometan al orden constitucional legítimamente establecido y no lo vulneren. Ese año se dicta por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, presidida por el juez John Marshall, el conocido fallo recaído en el caso “*Marbury versus Madison*”, que declaró que “*una ley contraria a la Constitución es nula*”.

Desde muy temprano, entonces, se observa la necesidad de establecer un órgano que controle la supremacía de la Constitución. En Chile, durante la vigencia de la Carta de 1833, hubo acuerdo en que sólo correspondía al Congreso Nacional interpretar y resolver las dudas que presentaren las disposiciones constitucionales, prevaleciendo lo que en doctrina se denomina el “*control político*” de constitucionalidad, el que paulatinamente se fue abandonando por estimarse que un autocontrol realizado por las mismas cámaras legislativas que dictan las leyes es inconveniente. No obstante ello, el control político todavía se aplica en algunos países del norte de Europa.

Más adelante, el constituyente de 1925 adoptó el modelo norteamericano, otorgando a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución, con efectos particulares entre las partes, tal es el denominado “*control jurisdiccional*” de constitucionalidad³. Posteriormente, la reforma constitucional de 1970, siguiendo el modelo europeo, dio creación en Chile al Tribunal Constitucional, órgano creado por Hans Kelsen en la Constitución austríaca de 1920. Asimismo, proposiciones doctrinarias desde 1960 se hacían sentir de profesores de la Universidad de Chile y de la

³ El artículo 86 de la Constitución Política de 1925 dispuso: “*La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones. La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación. / Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no corresponda al Senado*”.

Universidad Católica de Chile⁴.

En un comienzo el Tribunal Constitucional fue creado para ejercer el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley; para resolver cuestiones de constitucionalidad sobre decretos con fuerza de ley y, además, respecto las convocatorias a plebiscito; para controlar inhabilidades de los Ministros de Estado; para resolver reclamos en caso el Presidente de la República no promulgare una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto distinto al que corresponde constitucionalmente; y para resolver las contiendas de competencia⁵. Disuelto en 1973, alcanzó a dictar diecisiete sentencias durante sus casi treinta meses de existencia.

Finalmente, la Constitución Política de 1980 repuso el Tribunal Constitucional, manteniéndose hasta el año 2005 un doble control concentrado de constitucionalidad: preventivo a cargo del Tribunal Constitucional y represivo o “*a posteriori*” en la Corte Suprema.

Veinticinco años después, la Reforma Constitucional de 2005 radicó ambas atribuciones en el Tribunal Constitucional (TC) De modo tal, que desde entonces el TC puede revisar la constitucionalidad de un proyecto legal durante su tramitación y, además, conocer de la acción de inaplicabilidad de un precepto legal vigente⁶. Hoy se ejerce un control concreto con efectos particula-

⁴ Al respecto, cabe destacar, por un lado, el seminario realizado en el año 1963 en la Biblioteca Nacional, el cual se encontraba bajo la dirección del profesor Jorge Guzmán Dinator, donde el profesor Alejandro Silva Bascuñán propone la creación de una Corte Constitucional en nuestro país (NAVARRO, Enrique [2016]. 45 años del Tribunal Constitucional de Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XII, Bogotá, p. 626); y, por otro, la ponencia del profesor Francisco Cumplido, a propósito de las Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Público, donde plantea la creación del referido Tribunal de la siguiente manera: “A.- Es indispensable que se establezca un sistema que permita el control de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de formación de la ley (inconstitucionalidad de forma). / B.- Es necesario consagrar el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras. / C.- Puede mantenerse la facultad de control en la Corte Suprema, pero modificando las normas de generación de este Tribunal y dándole una verdadera independencia. / D.- Por economía procesal es conveniente sustituir el recurso de inaplicabilidad por el de inconstitucionalidad de la ley, pero debe concederse sólo a petición de parte interesada. / E.- Es necesario extender el recurso de inconstitucionalidad a las leyes electorales, (contienda de competencia negativa entre la Corte Suprema y el Tribunal Calificador de Elecciones”. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXIII, abril-junio de 1964, N° 128, pág. 71.

⁵ Artículo 78 de la Constitución Política de 1925.

⁶ La Ley de Reforma N° 20.050, del año 2005, además aumentó el número de miembros a 10 Ministros y agregó nuevas atribuciones contenidas en los dieciséis numerales del artículo 93 de la Carta Fundamental.

res entre las partes, pudiendo ser requerido por ellas y también por el propio juez de la causa, siguiendo el modelo alemán y español.

Además, se facultó al TC para declarar la inconstitucionalidad de una ley—previamente declarada inaplicable— con efectos generales y derogatorios. Es una atribución muy excepcional que requiere de un quórum de 4/5 de los miembros en ejercicio para ser adoptada⁷.

II. Efectos del control de constitucionalidad en la vida cotidiana

Por lo general, las vulneraciones a la Constitución producen como consecuencia la afectación de derechos fundamentales de las personas, y lo que hace el control de constitucionalidad es dar protección efectiva a los derechos eventualmente atropellados.

Esta importante función, evidentemente, tiene incidencia en la vida cotidiana, lo que puede verse con algunos ejemplos, entre las miles de sentencias, que afectan la vida de las personas en materia de salud, de libertad de expresión, de reunión, etc. Veamos algunos ejemplos en lo que respecta al derecho de igualdad ante la ley, y a la libertad personal.

En 2016 la Corte Suprema dictó un Auto Acordado declarando como edad de retiro de los Jueces de Policía Local los 75 años, haciendo extensivo a ellos el límite etario que dispone la Constitución para los jueces dependientes del Poder Judicial⁸. El TC acogió la acción de inaplicabilidad interpuesta por los jueces de policía local y declaró inconstitucional íntegramente el Auto Acordado por haber realizado un ejercicio interpretativo inconstitucional, incurriendo en materias legales y afectado el derecho de igualdad ante la ley, por lo que el límite de edad ya no les resulta aplicable y, en todo caso, si se quisiera hacerlo efectivo debería ser por ley y no por auto acordado.

⁷ Sólo cinco casos de inconstitucionalidad se han pronunciado a esta fecha: El artículo 116 del Código Tributario (Ro N° 681/06); el artículo 171 inciso primero del Código Sanitario (Rol N° 1773/08); el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales (Rol N° 1254/08); el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (Rol N° 1710/10); y el artículo 126, inciso segundo, parte final, del Código Sanitario (Rol N°6597/19).

⁸ Auto Acordado Sobre la Permanencia de los Jueces de Policía Local, de la Corte Suprema, de fecha 18 de diciembre de 2015.

En materia de libertad personal, existen numerosos casos de inaplicabilidad de normas penales relacionadas con penas sustitutivas a las penas privativas de libertad, (reclusión parcial, libertad vigilada, prestación de servicios a la comunidad) han sido objeto de control de constitucionalidad. Así, la Ley N°20.770, relativa a accidentes provocados por conductores en estado de ebriedad, dispone “(...) la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privada”⁹. Formulado el requerimiento de inconstitucionalidad, el TC lo acogió declarando que la disposición era contraria al principio de proporcionalidad “pues es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y de protección de la víctima que tiene la pena, en cuanto para esta última finalidad bastan las restricciones a la licencia de conducir”¹⁰.

Son incontables los casos en que el TC ha declarado inaplicables disposiciones legales que vulneran el derecho de las personas en materias de debido proceso, laborales, tributarias, administrativas, etc., resoluciones que, naturalmente, afectan la vida cotidiana de las personas.

III. Tribunal Constitucional y posibles modificaciones en una Nueva Constitución

Vivimos insertos en un conjunto de normas y disposiciones de mayor o menor jerarquía que deben ser respetadas. La vida en comunidad así lo exige.

Hoy en todos los países del mundo la norma de mayor jerarquía es la Constitución Política, es la Ley Fundamental, la que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico y a las que quedan subordinadas las restantes normas de rango infra constitucional, leyes, reglamentos, decretos, sentencias, auto acordados, instrucciones y demás resoluciones administrativas.

En consecuencia, es indispensable que exista un órgano que controle la supremacía constitucional. Actualmente en más de cien países el órgano que ejerce este control es el Tribunal Constitucional.

⁹ Ley 20.770, de fecha 16 de septiembre de 2014, que modifica la Ley del Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte.

¹⁰ STC Rol N°2983-16, considerando vigésimosexto.

Con diferentes características, formas de integración, organización y atribuciones, los tribunales constitucionales cumplen funciones inherentes a todo Estado Democrático de Derecho.

En primer lugar, vela porque los proyectos de ley en tramitación se ajusten a las disposiciones constitucionales y que, en caso de duda, un sector parlamentario pueda requerir el pronunciamiento del TC. El control preventivo data en Chile de 1970, y este órgano en ningún caso actúa de oficio, sino por requerimiento de alguna de las cámaras o del Presidente de la República.

En materia de control preventivo, lo que sería necesario revisar en un nuevo texto constitucional es el control obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales, el que en efecto, por su carácter de obligatoriedad, constituye una limitación al órgano legislativo.

En cambio, el control represivo o “a posteriori” que el TC ejerce mediante la acción de inaplicabilidad, a partir de la reforma de 2005, ha funcionado razonablemente dando protección efectiva a diversos derechos de las personas, a través de las más de 1.700 causas que ingresan anualmente al TC, ocupando su actividad en más de un 98%. Este control es una forma efectiva de dar aplicación directa a la Constitución a casos concretos en que hay derechos involucrados.

Además, el TC controla que cada órgano actúe dentro de su competencia, corrigiendo extralimitaciones. Así: a) que el legislador no exceda el marco constitucional; b) que el Presidente de la República, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, no invada la reserva legal; c) que los auto acordados de la Corte Suprema se mantengan dentro de su esfera de competencia.

Finalmente, entre otras materias, el TC resuelve controversias entre órganos, contiendas de competencias entre órganos políticos y administrativos y los tribunales inferiores de justicia, y es el fiel intérprete de la Constitución.

Sin embargo, un aspecto que debe mejorarse es su forma de integración. Actualmente, tres ministros son de libre designación por el Presidente de la República, dos son nombrados directamente por el Senado, dos por el Senado a proposición de la Cámara de Diputados, y tres elegidos por la Corte Suprema en votación secreta, especialmente convocada para tal efecto.

La integración debería ser concordada por los tres órganos del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial – en todos los casos, y con intervención de los tres poderes conjuntamente. Un buen ejemplo de designación, desde el punto de vista de la imparcialidad y objetividad requerida, es el sistema constitucional que actualmente procede para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema. En ella, los ministros son nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas propuesta por la misma Corte, y con posterior acuerdo del Senado con un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada para tales efectos. Ello, acompañado de transparencia, del conocimiento ciudadano y, sin perjuicio de convocar a concurso público para preparar la quina que debe hacer la Corte Suprema, cumpliría los estándares requeridos para ejercer tan relevante función.

Además, sería conveniente establecer un número impar de miembros del TC, en vez de los diez miembros actuales, a fin de evitar el voto dirimente del Presidente en casos de empate.

IV. Tribunal Constitucional y Democracia

La palabra “democracia” a lo largo de la historia ha dado lugar a un verdadero caos semántico, siendo usada y maltratada en muchos sentidos.

Sin embargo, ateniéndonos a su verdadero origen en la antigua Atenas, “la pregunta por la esencia de la democracia tiene una respuesta ampliamente extendida: en esencia la democracia significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos”¹¹.

Los valores intrínsecos de libertad, igualdad y dignidad significan que todas las personas, sin distinción, actúan para darse mayoritariamente las normas que rigen la actividad del Estado.

Sin embargo, tras el principio de mayoría hay presupuestos éticos que se traducen en el “ethos democrático” compuesto, en primer lugar, por el abandono de la violencia y por llegar a través del diálogo a acuerdos fundamentales

¹¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000). Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, p. 133.

sobre la forma de convivencia. La democracia se caracteriza por la tolerancia o respeto a las convicciones políticas de otros, por la igualdad de oportunidades para alcanzar el poder político, por el acuerdo en convicciones fundamentales, por la lealtad a las decisiones mayoritarias y la importancia del diálogo y el compromiso¹².

La democracia como forma de gobierno caracterizada por la participación de todos en lo que interesa a todos, es decir, por el autogobierno o, por lo que se denomina soberanía popular, entraría, a juicio de algunos, en conflicto con la existencia de tribunales constitucionales.

Esto, porque las declaraciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de disposiciones legales por el Tribunal Constitucional estarían violentando la voluntad popular representada por los parlamentarios en el Congreso Nacional. En consecuencia, su existencia significa un costo importante para el principio democrático.

Pensamos lo contrario y para explicitarlo seguimos al jurista Karl Lowenstein, para quien el régimen democrático se caracteriza por la distribución del poder en varios órganos, y por la existencia de controles del ejercicio del poder. Poderes distribuidos y controlados¹³.

Los tribunales constitucionales, precisamente, son órganos de control que, como se ha señalado precedentemente, corrigen las extralimitaciones, dejando sin aplicación actos legislativos u otro tipo de normas que contravienen el orden constitucional. En consecuencia, en vez de significar un costo para la democracia, su quehacer refuerza y protege el régimen democrático constitucionalmente establecido.

No en vano los tribunales constitucionales se han expandido por Europa, (Ita-

¹² VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana María (2019). "Manual de Derecho Político. Las fuerzas políticas y los regímenes políticos" Tomo II. Valencia: Editorial Tirant-lo Blanch, pp. 157-163.

¹³ Como señala Lowenstein, a propósito de la democracia constitucional, "(...) La infraestructura ideológica común a todos los tipos de gobierno que habrá que traer aquí a colación consiste en el convencimiento de que todo poder emana del pueblo, de que tanto el gobierno como el parlamento deben estar de acuerdo con la voluntad del pueblo y de que elecciones libres y honestas forman un circuito abierto dentro del cual competirán las ideologías y las fuerzas sociales que las promueven. La conformación del poder es triangular: parlamento, gobierno y pueblo. El poder político está distribuido entre varios detentadores del poder que, por lo tanto, están sometidos a un control mutuo". LOWENSTEIN, Karl (1983). Teoría de la Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, p. 91.

lia 1947, Alemania 1949, Francia 1958, y España 1978, entre otros), Hispanoamérica (Bolivia 2009, Perú 1993, Colombia 1991, Ecuador 2008) y, más recientemente, Asia y África, como órganos encargados de resolver conflictos de constitucionalidad y ser verdaderos guardianes de la Constitución¹⁴.

Coincido con quienes estiman que la “(...) justicia constitucional, pese a acarrear ciertos costos en términos de la extensión del autogobierno, es defendible en sí misma, sin embargo, porque ella sirve fines valiosos, asociados fundamentalmente, a la seguridad jurídica, la libertad y la igual consideración (...)”¹⁵. Su funcionamiento puede complementarse con prácticas de participación ciudadana como son las audiencias públicas y formas de integración de sus miembros con participación de órganos de representación popular¹⁶.

V. Otros medios de control de constitucionalidad de las leyes

En el derecho comparado existen dos grandes modelos de control constitucional.

Uno es el sistema “difuso” o modelo americano, que surgió en los Estados Unidos de América, a propósito del fallo dictado por el juez J. Marshall, también conocido como “sistema de revisión judicial” o judicial review, en el cual el control de la Constitución es ejercido por todos los jueces y tribunales judiciales del país¹⁷.

Tiene como fundamento la supremacía de la Constitución, cuya vigencia efectiva impone a todo juez, en cualquier tipo de proceso judicial, el deber de preferir la norma constitucional y dejar de aplicar, para el caso específi-

¹⁴ NAVARRO, Enrique (2011). El control de constitucionalidad de las leyes en Chile. Cuadernos de Tribunal constitucional N° 43, p. 31.

¹⁵ ZAPATA, Patricio (2008). Justicia Constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 38.

¹⁶ Cabe destacar que los tribunales constitucionales, como nos señala Pérez Royo, “*[s]on una institución vigorosa, que no sólo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez más importante en el Estado Constitucional democrático. En los países europeos que tienen Tribunal Constitucional la historia de la democracia y la de la justicia constitucional han ido juntas, alimentándose la una de la otra (...)*”. PÉREZ, Javier (2000). Curso de derecho constitucional. 7° Edición. Madrid: Marcial Pons, p. 922.

¹⁷ SCARCIGLIA, Roberto (2013). La justicia constitucional además de los modelos históricos: Metodología comparada y perspectiva de análisis. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid. pp. 325-337.

co, cualquier ley o disposición que la vulnere o contradiga, sin perjuicio de continuar la ley formalmente vigente, pues la decisión judicial se restringe a un caso preciso y a las partes involucradas en él, sin tener alcance general o efecto erga omnes¹⁸.

Por otra parte, existe el sistema concentrado o “*européo*” inspirado en la creación del jurista austríaco Hans Kelsen, que hace residir el control de la constitucionalidad de las leyes y actos gubernamentales en un órgano ad-hoc y autónomo, el Tribunal (o Corte) Constitucional, especialmente creado para estos efectos¹⁹.

No obstante la rápida expansión de los tribunales constitucionales, existen países que han preferido seguir el modelo de control difuso de constitucionalidad.

En Latinoamérica tenemos los casos de México, Argentina y Brasil, todos ellos estados federales, que han prescindido de la figura del TC. y han adoptado el control jurisdiccional de constitucionalidad radicado en los tribunales de justicia.

En México, las acciones más relevantes de control de constitucionalidad de orden jurisdiccional son el Juicio de Amparo que es una acción análoga a la acción de protección en Chile; las Acciones de Inconstitucionalidad; las Controversias Constitucionales, que tienen por objeto resolver los conflictos competenciales que surjan entre poderes y órganos federales o estatales; el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales; y el Juicio de Revisión constitucional²⁰. Todos ellos se tramitan por la vía jurisdiccional Federal.

En Argentina, la Constitución Nacional no regula el control de constitucionalidad, sino que de forma similar al modelo originario de EE. UU ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha ido estableciendo la forma de dicho control, sin perjuicio de la regulación legislativa que se ha desarrollado con posterioridad²¹.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ COSSIO, José (1997). La justicia Constitucional en México. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid. pp. 221-253.

²¹ DALLA, Alberto (1997). La justicia Constitucional en Argentina. Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, Madrid. pp. 35-48.

En cuanto a su forma, el control de constitucionalidad es difuso, de forma tal que todo juez, ya sea federal o provincial, puede declarar inconstitucional una norma, siempre que esto haya sido solicitado por la parte y que la materia forme parte del litigio.

En cuanto a las normas sobre las cuales el control recae, en el sistema constitucional argentino, el principio es que todos los actos emanados de los poderes públicos están sujetos a control de constitucionalidad, a fin de dar cumplimiento al principio de supremacía constitucional expresamente establecido en la Carta Fundamental (artículo 31). De ese modo, el control se extiende, tanto a las leyes, como a los decretos del órgano Ejecutivo, como también, a las sentencias judiciales en orden al supuesto de “arbitrariedad”²². No existe en el sistema jurídico argentino la posibilidad de ejercer el control “previo” de constitucionalidad, ni tampoco procede de oficio, ejerciendo su jurisdicción solamente en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, la decisión sólo tiene efectos respecto de las partes involucradas en el proceso judicial, continuando vigente la ley.

Finalmente, en Brasil el caso de justicia constitucional es bastante peculiar y diferente de los demás países iberoamericanos, por cuanto adoptó un sistema mixto de control de constitucionalidad. Es un sistema que conjuga los modelos concentrado y difuso. Así, el Supremo Tribunal Federal reúne las competencias de una Corte Constitucional, encargándose por lo tanto del control abstracto de constitucionalidad y, al mismo tiempo, asume el papel de órgano superior del Poder Judicial mediante la revisión de las decisiones tomadas por los demás jueces y tribunales en materia constitucional²³.

Por ser un control difuso, todos los jueces o tribunales pueden ejercerlo, correspondiendo la decisión final al Tribunal Supremo Federal²⁴.

²² Ibid.

²³ FERREIRA, Manoel (1997). La justicia constitucional en Brasil. Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, Madrid. 57-66.

²⁴ Ibid.

Bibliografía

- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000). Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta.
- COSSIO, José (1997). La justicia Constitucional en México. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid.
- DALLA VIA, Alberto (1997). La justicia Constitucional en Argentina. Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, Madrid.
- FERREIRA, Manoel (1997). La justicia constitucional en Brasil. Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, Madrid.
- LOWENSTEIN, Karl (1983). Teoría de la Constitución. Barcelona: Editorial Ariel.
- NAVARRO, Enrique (2011). El control de constitucionalidad de las leyes en Chile. Cuadernos de Tribunal constitucional N° 43.
- NAVARRO, Enrique (2016). 45 años del Tribunal Constitucional de Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XII, Bogotá.
- PÉREZ, Javier (2000). Curso de derecho constitucional. 7° Edición. Madrid: Marcial Pons.
- SCARCIGLIA, Roberto (2013). La justicia constitucional además de los modelos históricos: Metodología comparada y perspectiva de análisis. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid.
- VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana María (2019). Manual de Derecho Político. Las fuerzas políticas y los regímenes políticos. Tomo II. Valencia: Editorial Tirant-lo Blanch.
- ZAPATA, Patricio (2008). Justicia Constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 681-2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1773-2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1254-2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2983-2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 6597-2019.



Felipe Paredes Paredes

Preguntas Fundamentales en Torno al Tribunal Constitucional en la Nueva Constitución

Felipe Paredes Paredes¹

Introducción

La jurisdicción constitucional es una institución que ha estado recientemente en el centro del debate público. Pero la verdad es que esta discusión no es nueva. Por el contrario, esta se ha producido desde la creación de tribunales con competencias para cumplir con esta función. En esta presentación, se examinarán algunas de las aristas de esta cuestión, a partir de cuatro preguntas fundamentales y del debate surgido en el diálogo con la profesora Ana María García, el profesor Fernando Atria y el público asistente.

I. ¿Cuál es la relación entre el tribunal constitucional, la Constitución y la vida cotidiana de las personas?

La primera parte de la pregunta aborda la relación existente entre la Constitución y el Tribunal Constitucional. Una respuesta breve, debe necesariamente señalar que, sin un tribunal que controle la vigencia del principio de supremacía constitucional, las Constituciones carecería de existencia en tanto normas jurídicas. Esa es justamente la función natural de un tribunal constitucional: asegurar el principio de supremacía de la Constitución, de modo que todos los órganos del Estado, así como también los particulares, se sometan a sus disposiciones (Limbach, 2001).

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile. Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas Universitat Pompeu Fabra. Doctor en Derecho Universitat Pompeu Fabra. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Austral de Chile. Director de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile.

Aquí es necesario hacer una importante aclaración: en esta explicación se está tomando la expresión “*tribunal constitucional*” en un sentido amplio, es decir, no solamente para designar al órgano que existe bajo la vigencia de la Constitución de 1980 o que ha existido con anterioridad en nuestra historia. En este sentido, la expresión incluye cualquier otro órgano que cumpla una función similar, llámese Consejo Constitucional, Sala Constitucional de la Corte Suprema, Corte Suprema, Corte Constitucional, o cualquier otro que realice la función de velar por la supremacía de la Constitución.

La historia nos ha enseñado que, ante la inexistencia de un mecanismo que controle la constitucionalidad del Derecho, la Constitución deja de ser una norma jurídica y se convierte en un documento político o una mera declaración de buenas intenciones. Este nexo puede ser observado también a la luz de la historia constitucional chilena. Por ejemplo, en nuestro país durante la vigencia de la Constitución de 1833, se transitó de un régimen de gobierno presidencialista vigorizado, a un modelo denominado Parlamentarismo a la Chilena, sin cambiar formalmente la Constitución (Ruiz-Tagle 2016). En síntesis, el sentido que tiene la existencia de un órgano que realice la función de control de constitucionalidad, es evitar que la Constitución sea vulnerada por otras normas jurídicas, anulando todas aquellas disposiciones que entren en contradicción con lo dispuesto por esta.

Ahora bien, pasando a la segunda parte de la pregunta, es necesario dejar en claro que, contrariamente a lo que se ha pensado por largo tiempo entre nosotros, la garantía jurisdiccional de la Constitución impacta la vida cotidiana de los ciudadanos de forma muy importante. Al respecto, se puede señalar que la actividad de cualquier tribunal que controle la constitucionalidad de las normas afecta la vida de las personas de dos maneras diferentes; una indirecta y otra más directa. Desde un punto de vista indirecto, un tribunal constitucional determina los límites y el contenido de las atribuciones de los órganos del Estado (Tushnet 2012). Ello es así porque los derechos de las personas siempre pasan por el filtro de las instituciones del Estado, siendo estas las que en último término determinan su contenido y condiciones de ejercicio. Por cierto, no es trivial señalar que, en Chile, la ciudadanía ha comprendido perfectamente desde el denominado Estallido Social, pero con mayor intensidad luego del advenimiento de la pandemia mundial causada por el virus SARS Covid-19, cuán relevante es que los órganos del Estado reflejen en su composición el principio democrático y el respeto por el Estado de Derecho.

Pero existe también una segunda manera, mucho más directa, en la que la justicia constitucional incide en la vida de las personas. Resulta que la Constitución posee otro gran capítulo que se refiere a los derechos fundamentales. En ese sentido, un tribunal constitucional es el principal intérprete de esos derechos. A través de su jurisprudencia se va dotando de contenido a esas disposiciones, pero en esta materia el tribunal constitucional no es un intérprete cualquiera. Todo aquel que tenga la oportunidad de revisar cualquier declaración que consagre derechos fundamentales, en cualquier Constitución del mundo, advertirá que esos derechos están escritos con enunciados lingüísticos que se caracterizan por un elevado nivel de abstracción y generalidad, lo que hace muy difícil que estos sean interpretados unívocamente (Ferrerres, 2007; Gozzi, 1999; Moreso, 2005).

Lo usual será que en torno a dichos conceptos se produzca un profundo debate a la hora de dotarlos de contenido, determinar sus límites o resolver conflictos entre estos. Algunos autores dirán que se trata de conceptos esencialmente controvertidos (Gallie, 1955). Piénsese, por ejemplo, en el concepto de igualdad: hay una versión liberal de la igualdad, hay una versión socialista de la igualdad, una versión marxista, entre otras. Desde esta perspectiva, las Constituciones pueden ser imaginadas como una especie de obra gruesa, como si se tratara de la estructura de un edificio, sobre la que constantemente se siguen construyendo los tabiques o los detalles (Balkin, 2009). En dicho proceso de interpretación-construcción de los derechos el tribunal constitucional tiene una posición privilegiada, en la medida que es dicho órgano quien debe resolver cómo debe ser interpretada la Constitución. En Chile, esta situación quedó reflejada en la sentencia sobre la ley que despenalizó la interrupción del embarazo en 3 causales. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional (TC) falló que las personas jurídicas son titulares del derecho a la objeción de conciencia, lo que no estaba para nada claro en el texto del respectivo proyecto de ley, y a pesar de que ello contradecía la jurisprudencia previa del propio TC. En efecto, en la sentencia sobre la reforma laboral de 2017, a propósito del derecho a la titularidad sindical, el TC había fallado que los derechos fundamentales eran derechos que se adscribían preferentemente a las personas naturales, frente a intereses similares que pudiesen tener los sindicatos.

II. ¿Cuáles son los principales argumentos para abogar por la eliminación o mantención de un TC en la nueva Constitución?

La crítica en comento tiene indudablemente dos niveles de respuesta: uno abstracto y otro concreto. En abstracto, la jurisdicción constitucional presenta un problema que es congénito a su creación y que se ha planteado en todos los países donde existen tribunales que controlan la constitucionalidad de la ley. Desde este punto de vista, existe una tensión entre el control de constitucionalidad y los principios de la democracia. Este problema fue denominado por Alexander Bickel (1986) la objeción contramayoritaria a la revisión judicial de la ley, manifestándose en estos mismos términos en todos los países donde existen tribunales que cumplen dicha función. En síntesis, este se refiere a la dificultad para justificar que un órgano no legitimado democráticamente, posea la atribución de vetar las decisiones de otro órgano que sí goza de dicha legitimidad, como es el congreso. En los EE. UU. esta disyuntiva se ha presentado desde la famosa sentencia de la Corte Suprema *Marbury v. Madison* de 1803, mientras que en Europa fue una de las razones que determinó el diseño de Kelsen para el tribunal constitucional en la Constitución austriaca de 1920.

Desde luego, en los términos que ha sido presentada la cuestión, se trata de un debate casi bizantino, que no tiene fácil solución. Probablemente, lo más razonable sería asumir que, a pesar de que los tribunales constitucionales cumplen una importante función -la garantía de la Constitución-, esta no es fácil de compatibilizar y reconciliar con la regla de la mayoría. En suma, la existencia de tribunales constitucionales, per se produce algún grado de afectación del principio democrático. No obstante, no se debe soslayar que el diseño institucional sí posee una enorme importancia para aminorar esta dificultad. Esto permite entroncar con la dimensión nacional de este asunto.

En términos más concretos, es decir en el caso chileno, el diseño institucional en vigor deriva de la reforma constitucional de 2005. Como característica general, se puede señalar que se trata de un modelo concentrado reforzado, que permite que el TC intervenga intensamente el texto de la ley, tanto antes de su entrada en vigencia, como también con posterioridad a ésta. Considerando un análisis únicamente desde la óptica de las atribuciones de control normativo, el TC es un tribunal extremadamente poderoso, lo que por cierto conlleva un innegable riesgo. Esto porque la literatura muestra que, en la medida que un tribunal constitucional tenga mayores atribuciones para anular la ley, en la

práctica terminará utilizando ese poder (Stone, 2002). En este sentido, el diseño de la jurisdicción constitucional en Chile -ya desde la redacción original de la Constitución de 1980, pero aún de forma más acentuada por la reforma del año 2005, ha ido acumulando una dosis considerable de poder en el TC, otorgándole la posibilidad de intervenir la ley en sus distintas etapas; ya sea en su formación, como también una vez que esta se encuentra produciendo sus efectos.

En este sentido, la pregunta verdaderamente relevante no debería ser si tener o no un tribunal constitucional, sino que más bien qué tipo de tribunal constitucional queremos tener. La respuesta a esta pregunta debería ser unánime: es necesario pensar en un tribunal constitucional con un diseño institucional que fomente un mayor respeto al principio democrático y a la función legislativa. Con este objeto existen varias propuestas que conviene tener presente en la discusión constituyente, por ejemplo: mayores controles democráticos sobre los nombramientos de los jueces, reducción y racionalización de las atribuciones del TC, así como también, determinadas estrategias de razonamiento jurídico que respeten la dignidad democrática de la ley. Se volverá sobre esto las próximas secciones de esta intervención.

III. Tomando como antecedente el fallo referido al aborto en tres causales en donde el Tribunal Constitucional, a propósito de la objeción de conciencia institucional, utilizó su facultad de abrogación para eliminar disposiciones provenientes del Congreso: ¿cuál es el rol que debiese tener la justicia constitucional en la nueva Carta Fundamental? ¿Cómo dialoga esto con el concepto de democracia?

La pregunta es tremendamente pertinente, pero quizá el ejemplo es poco representativo de la genuina función que debe cumplir un tribunal constitucional en un Estado democrático. Para entender esta reflexión es necesario recordar que los tribunales constitucionales fueron diseñados originalmente como legisladores negativos (Kelsen, 1942). Esto significa que, a pesar de que existe el debate ya examinado, se acepta que el tribunal constitucional elimine disposiciones legales de un texto legislativo, pero existe un fuerte rechazo a que dichos órganos operen como legisladores positivos, o sea, que añadan disposiciones que no se encontraban presentes en el texto original aprobado por el Congreso, ya sea directa o indirectamente.

Precisamente, el fallo sobre la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales representa un ejemplo de una situación anómala dentro de un Estado democrático, porque en dicha oportunidad el TC actuó en la práctica como un legislador positivo (Paredes, 2018). Ello ocurrió porque se declaró inconstitucional una frase, cuya supresión del texto de la ley, cambió completamente el sentido de la disposición, y terminó creando una forma de objeción de conciencia -objeción de conciencia corporativa de los centros de salud- que no estaba contemplada originalmente en el proyecto, el que únicamente se refería a la objeción de conciencia de los profesionales de salud que intervienen en el procedimiento de interrupción del embarazo.

Por supuesto, no se pretende negar que el concepto de democracia es una idea tremendamente compleja de asir. En efecto, si ello fuera sencillo, esta pugna se resolvería fácilmente en favor del legislador. Pero por la misma razón, tampoco se puede resolver en favor de un Tribunal Constitucional que subroque en su función natural al Congreso Nacional. Si nos interesa la democracia, esta reflexión lleva necesariamente a la conclusión que el TC debería mostrar respeto y deferencia por las decisiones del legislador, lo que, desde luego, no significa ausencia de control. En términos más específicos la deferencia supone dos exigencias.

La primera, es que un tribunal constitucional que sea deferente con el legislador debería asumir que la Constitución no proporciona siempre una única respuesta correcta a los problemas jurídicos. No hay una única manera de leer la Constitución, sino más bien, la Constitución constantemente está señalando varios caminos plausibles para cumplir con sus exigencias. Ante la existencia de varias opciones compatibles con la Constitución, es completamente legítimo que el legislador pueda tomar uno de esos caminos y que, si ese camino no necesariamente es el mismo que el tribunal constitucional ha elegido, este último órgano debe respetar el juicio de motivación que ya efectuó el legislador y conservar su decisión.

La segunda asunción tiene que ver con la evidencia necesaria para concluir, en cada caso, que una ley vulnera la Constitución. Como se trata de una cuestión en la que es perfectamente plausible que existan dudas o desacuerdos, la pregunta fundamental es quién debe soportar esa falta de certeza: o el legislador o quien alega la inconstitucionalidad de la ley. En palabras sencillas, la pregunta es: o castigamos al legislador -con el alto costo que ello conlleva

para el principio democrático- frente a cualquier sospecha, o más bien reservamos la gravosa consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, únicamente a los casos en los que quede claro que la norma ha vulnerado la Carta Fundamental. En definitiva, la segunda asunción implica reconocer la presunción de constitucionalidad de la ley, como una regla de juicio similar a la que opera en materia penal. En dicho ámbito, cuando no hay certeza de si el imputado es culpable o no, la sentencia debe absolverlo (se aplica el principio *“in dubio pro reo”*). La deferencia al legislador supone introducir una regla de juicio similar, que sería en este caso *“in dubio pro legislator”*. Si el TC no tiene la certeza absoluta de que la interpretación que está asumiendo el Congreso es incorrecta, entonces debe declarar la ley constitucional, sin vetar o interpretar artificialmente ninguna de sus disposiciones.

IV. Si se opta por no incluir la figura del Tribunal Constitucional en la nueva Carta Fundamental ¿qué organismo realizaría los controles preventivos y represivos de constitucionalidad? ¿Qué nos dice la experiencia comparada?

Con independencia de que esta pregunta pueda ser materia de debate en términos teóricos, en la práctica es poco probable que una nueva Constitución carezca de un órgano que controle la constitucionalidad de las normas. Una respuesta de este tipo contravendría, incluso, el sentido de llevar a cabo un proceso constituyente como el que se ha iniciado en Chile luego del Estallido Social. Al respecto, se pueden plantear cuatro ideas que sistematizan cómo podríamos imaginarnos un tribunal constitucional que, al mismo tiempo que asegure la supremacía de la Constitución, resulte también respetuoso del principio democrático. Estas ideas fuerza son las siguientes: un TC menos vigoroso, un TC menos del caso concreto, un TC menos partisano y en cuarto lugar un TC más deferente con el legislador.

En primer lugar, hay varias atribuciones que en el estado actual de desarrollo de nuestro Estado de Derecho no se justifican. La primera es el control obligatorio. Esta es una atribución muy difícil de explicar desde el punto de vista del respeto al principio democrático, por lo que debería ser suprimida. Consecuentemente con lo anterior, el control preventivo a instancia de órgano legitimado también debería ser reducido, de modo de que el TC desem-

peñe únicamente un papel de árbitro del proceso político, evitando que las fuerzas políticas saquen alguna ventaja ilegítima del mal uso de las reglas que regulan el proceso legislativo. Por otro lado, existe otro cúmulo de atribuciones que no están relacionadas con el control de constitucionalidad de normas jurídicas, que deberían corresponder a los tribunales de justicia, por ejemplo: la ilegalización de partidos políticos, o la resolución de conflictos de competencia.

En segundo lugar, es necesario un tribunal que se incline más a una jurisprudencia de principios, que a una jurisprudencia del caso concreto como sucede en la actualidad. Desde este punto de vista, la acción de inaplicabilidad, tal cual está diseñada, no es idónea para cumplir este rol, por lo que debería ser derechamente eliminada. Por el contrario, el grueso de la actividad del TC debería estar centrada en una modalidad de control correctivo de preceptos, que produzca efectos generales, con base en un quórum alto de miembros del tribunal.

En tercer lugar, es necesario un TC menos partisano. Aquí entran varias de las propuestas que sugieren hacer obligatorio el concurso público para el nombramiento y establecer un régimen más exigente de inhabilidades. Es lógico que, como sucede por lo demás en todos los cargos de esta índole, deberían eliminarse los nombramientos directos y todos los jueces deberían nombrarse con base en un concurso de méritos, como por lo demás sucede en la actualidad respecto de los jueces nombrados por la Corte Suprema. También, en aras de asegurar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones del TC, sería conveniente establecer un régimen fuerte de inhabilidades que excluya las situaciones de conflictos de intereses que permite la legislación actualmente vigente.

En cuarto lugar, se requiere de un TC más democrático. Democracia significa el último término diálogo, y ese diálogo, se debe producir tanto con el legislador como con la ciudadanía. Sobre lo primero, algo ya se ha dicho al hablar del principio de deferencia al legislador, lo que se puede conseguir introduciendo una regla en la ley orgánica o en la misma Constitución, pero el diálogo con el legislador no se agota en la idea de deferencia. En Derecho Comparado existen interesantes ejemplos de cómo fomentar esta comprensión de la justicia constitucional. Por ejemplo, en la Constitución canadiense

en el artículo 33 de la Carta de Derechos, se establece un mecanismo para que la Corte Suprema, quien tiene la atribución de declarar inconstitucional una norma legal, la devuelva al Parlamento para que este pueda modificar la norma dentro de los márgenes de la Constitución.

Pero ese diálogo también se debe producir con la ciudadanía. Aquí es donde adquiere importancia la motivación de las sentencias constitucionales. Actualmente, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional remite la exigencia de motivación del tribunal a los requisitos de motivación que existen en el proceso civil, lo que resulta insuficiente como criterios de justificación, pues la jurisdicción civil posee una finalidad distinta y unas especificidades que restan sentido a la señalada remisión. En la actualidad, es cierto que el TC está haciendo un esfuerzo por ser mejor comprendido por la ciudadanía, pues últimamente las sentencias son más fáciles de leer y están mejor estructuradas. Sin embargo, este aspecto del diálogo con la ciudadanía también puede ser incrementado a través de la consagración de reglas que establezcan determinadas exigencias de motivación, inspiradas en la lógica del principio democrático.

Bibliografía

Balkin, Jack, "Framework Originalism and the Living Constitution", *Northwestern University Law Review*, 103, 2009, 549-614.

Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.

Gallie, Walter, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, Aristotelian Society, Wiley, 1955, 167-198

Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 2ª ed., 2012.

Gozzi, Gustavo, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Editori Laterza, Bari, 1999, pp. 270 – 272.

Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, 4 (2), 1942, 183-200.

Limbach, Jutta, "The Concept of the Supremacy of the Constitution", *The Modern Law Review*, 64 (1), 2001, 1-10.

Moreso, José Juan, "Sobre los conflictos entre derechos", en Carbonell, Miguel (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

Paredes, Felipe, "Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017", *Ius et Praxis*, 24 (3), 2018, 803-816.

Ruiz-Tagle, Pablo, *Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo chileno comparado*. LOM Ediciones, 2016.

Stone, Alec, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics*, 25 (1), 2002, 77-100.

Tushnet, Mark, *¿Por qué la Constitución importa?* (Alberto Supelano trad.), Universidad Externado Colombia, Bogotá, 2012.



Descentralización, Régimen de Gobierno y Nueva Constitución

“A la descentralización le ha llegado su hora de la verdad. El debate constitucional en curso deberá ser la oportunidad para abordar nuestros asuntos de Estado pendientes, incluido el proceso de descentralización. Los últimos pasos en la materia, incluyendo la elección de gobernadores regionales, han sido importantes; pero queda mucho por hacer. Un país que aspira al desarrollo no puede tener concentrada en una sola ciudad gran parte de su población ni de sus recursos. Una correcta descentralización debe ir de la mano de una racionalización del aparato del Estado. Hay que reorganizar muchos servicios, entre ellos los ministerios, que tendrán que delegar funciones. También hay que cuidar que las eventuales diferencias políticas entre los gobernadores regionales, el Presidente de la República y los ministros no conspiren contra el progreso de cada región.”

La Convención Constitucional, en definitiva, debiera conducir todos estos debates hacia una política de Estado consistente y duradera en materia de descentralización.”

Rodrigo Galilea Vial, Senador

“A partir de las distintas experiencias que tenemos, de los distintos modelos políticos que se han implementando a lo largo de nuestra historia y mirando especialmente el modelo que se introdujo en la Constitución de 1980 y que nos ha gobernado por los últimos 40 años, deberíamos preguntarnos ¿debiera Chile ser un estado federal? ¿debemos seguir con un sistema hiper presidencial o migrar hacia un sistema semiparlamentario o derechamente hacia uno parlamentario? Muchos pensamos que el modelo que estableció la Constitución del 80 truncó el desarrollo de los territorios y concentró el poder. El desafío del proceso constituyente tiene que entregar las soluciones armónicas a estas problemáticas, generando una estructura política administrativa que asegure una distribución del poder que permita el desarrollo integral de nuestro país, con un régimen que se haga cargo de representar la diversidad chilena.”

Pedro Araya Guerrero, Senador



Rodrigo Pica Flores

Nueva Constitución y Desafíos Regionales: Hacia una Descentralización Efectiva

Rodrigo Pica Flores¹

El presente trabajo busca abordar las perspectivas de la real descentralización regional a nivel político y no meramente administrativo, apelando a deconstruir los mitos que encadenan el centralismo en el constitucionalismo chileno, para lograr espacios de participación ciudadana y autogestión regional en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

I. Rendición de cuentas y participación ciudadana en Chile

a. Descentralización administrativa y descentralización de la potestad de gobierno

La Constitución Política de Chile en su artículo 3º, inciso primero, establece que “Chile es un Estado Unitario” y, a reglón seguido, precisa en su segundo inciso que “la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”. De este modo, en un contexto en el cual existe un *Presidencialismo reforzado*², donde las decisiones, por regla general, se toman en el poder central, con un criterio orientado en las necesidades de la capital, es natural precisar que en Chile la facultad de gobernar sólo puede desconcentrarse y únicamente la fa-

¹ Magister en Derecho Constitucional, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Correo electrónico: rodrigopica@hotmail.com. El presente artículo ha sido redactado en conjunto con Matías Vargas B., Magister en Derecho Constitucional y mi abogado asistente en el Tribunal, sin su valioso aporte hubiese sido imposible dar forma y entregar en plazo este trabajo.

² Huneus, M., Carlos., ¿Cuán fuerte es el presidente en Chile? *Revista de Derecho Público* (2018), pp. 353-372.

cultad de administrar puede descentralizarse, por cuanto será lógico indicar que en Chile se admite que la potestad de gobierno se encuentre centralizada³, así existirán aspectos presupuestarios, normativos y otros propios de la decisión territorial, que serán resueltos por la autoridad central, lo cual sin dudas generará dificultades que repercutirán en el desarrollo equitativo de las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

En dicho orden, es necesario destacar que el inciso tercero del artículo 3° de la Constitución, establece un parámetro ineludible, pero que en la configuración del poder difícilmente podrá ser satisfecho *“Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”*. De este modo, se reconoce el principio de unidad del Estado⁴, que servirá como eje del poder político y, por otra parte, la descentralización⁵ o desconcentración⁶ como herramienta de gestión administrativa. Sin embargo, la técnica elegida pareciera obviar que la forma de gobierno implica que aún cuando exista una descentralización o desconcentración administrativa, en tanto se encuentre inmersa en un sistema de gobierno presidencialista reforzado como el chileno, la descentralización será incompleta. Así, desde ya es posible identificar factores externos -dispersión del poder político, estructura centralizada de los partidos políticos- e internos -políticos y culturales- que

³ Molina Guaita, Hernán. Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Concepción, Universidad de Concepción, 1998, p. 55.

⁴ Marshall, B., Pablo., Notas sobre la Unidad del Estado como Principio Constitucional. Revista Actualidad Jurídica N° 21 – Enero 2010., p. 442.

⁵ *“(…) Como instrumento de política, la descentralización es un vehículo para alcanzar objetivos económicos y políticos donde la característica principal es la complejidad de su proceso, puesto que involucra transformaciones profundas en los ámbitos institucional, financiero y de gestión microeconómica”*. Jaramillo Cardona, Martha Cecilia. (2010). La descentralización: una mirada desde las políticas públicas y las relaciones intergubernamentales en Baja California. *Región y sociedad*, 22(49), 177-200. Recuperado en 21 de enero de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252010000300007&lng=es&tlng=es.

⁶ *“(…) el principio de desconcentración administrativa se encuentra contemplado en el artículo 3° inciso 2° de la Constitución, y se traduce en el deber que tiene el legislador de establecer los medios necesarios para desconcentrar la administración del Estado, desconcentración que consiste en la delegación de funciones hecha por ley generalmente del órgano que se encuentra en la cúspide de la administración hacia órganos inferiores, los cuales actúan con la personalidad jurídica del Estado, con sus competencias y su patrimonio”*. Zúñiga Urbina, Francisco. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Bases Constitucionales de la Administración del Estado. Tomo I. Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2013, p. 11.

perfilan, en particular, el proceso de descentralización, que será caracterizado por la escasa participación ciudadana y, en consecuencia, la problemática validación del sistema democrático.

1. Rendición de cuentas

En nuestro presidencialismo reforzado con descentralización exclusivamente administrativa y sin revocación del mandato -ni siquiera al más elemental nivel local- el acceso a información y transparencia significarán quizás la única garantía de escrutinio activo e inmediato por el ciudadano, cuestión que no es exclusivamente nuestra, sino quizás del inconsciente colectivo latinoamericano⁷. Así, sin mayor descentralización ni aumento de los espacios de deliberación ciudadana hemos entendido que a mayor transparencia, mayor garantía de probidad y menos corrupción, y, a contrario sensu, la existencia de espacios de reserva o secreto es vista como mayor posibilidad de corrupción o improbidad.

Así, además del reconocimiento constitucional de los principios de transparencia y probidad, se recogerán principios como el de “*máxima divulgación*” (art. 11 letra d), de la Ley N°20.285 en Chile) o proclamas legislativas tales como que toda información en poder de órganos del Estado es pública, cualquiera sea su fuente (art. 11 letra a)), estableciendo como una excepción la afectación de derechos de terceros, hecho que traerá como consecuencia que la publicidad de todo lo que esté en poder del Estado sea público en una regla generalísima y vestida de ropajes de probidad y, por otro lado, la reserva de información sea vista con un hálito sospechoso de oscurantismo corruptivo.

En este sentido, las prácticas de transparencia y rendición de cuentas en la Administración debieran significar que los agentes del poder público tengan un mayor grado de responsabilidad ante la ciudadanía, generando entonces una demanda mayor de participación y escrutinio en el sistema político, lo cual debiese acarrear además un mayor ejercicio de hacer efectivas responsabilidades.

⁷ Reyes H, Federico. Corrupción: de los ángeles a los índices, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), 2004, p. 21.

Ahora bien, la paradoja de todo esto es que en Chile no se ha traducido en la creación de espacios deliberativos de democracia semidirecta para la toma de decisiones ni tampoco para la revocación del mandato, que sería la primaria forma de hacer efectivas responsabilidades por el ciudadano que, en un sistema exclusivamente representativo y centralista, no tiene cómo exigir rendición de cuentas respecto de sus gobernantes sino hasta la próxima elección. Además, sin reelección, al Poder Ejecutivo no hay cómo exigirle cuentas en términos de responsabilidad política – *responsabilidad vertical*⁸, sino a través de sí mismo cuando el presidente destituye ministros o simplemente pasarle las cuentas en términos de exigir responsabilidades al candidato de la misma coalición. Lo anterior es particularmente preocupante en un país que tiene una gran masa de ciudadanos que dicen ser “apolíticos” o dicen no creer en los partidos, todo lo cual diluye aún más la posibilidad de pedir cuenta. En ese sentido existe un gran problema, ya que el ciudadano termina teniendo una gran distancia con su sistema político porque más allá de concurrir el día de la elección, una vez realizado el escrutinio no tiene un mecanismo de *participación directa*⁹, no tiene mecanismos de exigibilidad de cuentas directa.

Por otro lado, en ese sentido, todo lo que se predique de descentralización queda conceptualmente limitado al no poder descentralizarse las funciones político-gubernativas y, por otro lado, por más que empoderemos a las autoridades locales, después de la elección los ciudadanos tampoco tienen grandes mecanismos de conexión y escrutinio a su respecto.

Por tanto, no puede preterirse que la concreción del buen gobierno “(...) requiere una participación activa de la ciudadanía y la vigilancia de la sociedad civil organizada y de los medios de comunicación. Requiere, también, la creación de mecanismos institucionales de responsabilidad y control que fortalezcan tanto la participación ciudadana como el gobierno responsable,

⁸ Sánchez Vásquez, Miguel Ángel (2013). Aproximación teórica a la responsabilidad política: Una revisión desde el necesario control horizontal entre Ejecutivo y Legislativo. *Reflexión Política*, 15(29),62-72. [fecha de Consulta 21 de Enero de 2021]. ISSN: 0124-0781. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=110/11028415006>

⁹ Novak, Fabián. Mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa. *Agenda Internacional*, Año XVIII, N° 29, 2011, pp. 67-90.

junto con la transparencia y la oportuna rendición de cuentas”¹⁰, lo cual pasa necesariamente por comunidades locales dotadas de capacidad de decisión y gestión y por la existencia de mecanismos de participación y escrutinio, lo cual no ocurrirá de mantenerse el polinomio presidencialismo reforzado - Estado unitario - descentralización meramente administrativa - democracia exclusivamente representativa.

2. Participación ciudadana

Como se ha desarrollado, resulta ineludible para fortalecer la transparencia, rendición de cuentas y, en consecuencia, obtener que los gobiernos sean responsables, profundizar la participación efectiva, es decir que los ciudadanos tengan la capacidad real de decidir, con el objeto de asegurar un control vertical permanente, que sea desarrollado paralelamente a los mecanismos institucionales de responsabilidad respecto a la gestión pública. Así, la progresión de nuestro sistema democrático deberá orientarse hacia una faz participativa de la democracia, pues no debe olvidarse que *“(...) en una democracia representativa, los titulares del poder público son legítimos en cuanto que representantes de la nación. Por consiguiente, y en principio, todos los que poseen poder público son representantes de la nación o del pueblo, y su poder es legítimo en tanto se mantenga y actúe con arreglo y dentro de los límites de tal representación”¹¹*. Es hora ya de que la institucionalidad en nuestro país no solo norme la legitimidad del acto de origen de la representación, sino que también de la mantención de la misma a lo largo del período, en la superación del paradigma elitario-representativo, de forma tal que el escrutinio permanente bajo el fantasma de hacer efectivas responsabilidades termine acercando el ejercicio de la polis y la función pública al soberano, entendido como el conjunto de ciudadanos.

¹⁰ Emmerich, Gustavo Ernesto (2004). Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana. Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial, 2(4),67-90. [fecha de Consulta 21 de Enero de 2021]. ISSN: 1870-2333. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=726/72620404>

¹¹ García – Pelayo, Manuel. Obras completas. Tomo I, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 374.

La historia de la institucionalidad chilena da cuenta que la actividad de los partidos políticos ha sido trascendente y predominante en la construcción y fortalecimiento de nuestro sistema democrático, teniendo sólo dos interrupciones – el año 1924 y 1973-. Es retomada su participación en la actividad pública hacia fines de los años 80 y tras el retorno a la democracia se profundiza el sistema de democracia representativa previo al golpe de Estado, mediante el sistema de elección de los Senadores, Diputados y el Presidente de la República, a pesar de la sui generis y cuasi corporativa composición del Senado hasta 2005, mostrándose una tendencia a la concentración de la actividad política en el núcleo gobernante en el marco del sistema binominal, que se romperá tras su abolición. Ahora bien, se observa que el emerger de la sociedad civil y los movimientos sociales de los últimos 15 años han generado discusiones y reformas, germinando cambios debido a la “(...) aparición de nuevos actores políticos, modificaciones a la estructura de la representación política y en los sistemas de alianzas”¹², lo cual muestra que más allá de los prejuicios, el sistema político chileno se revitaliza desde la ciudadanía.

A ello se debe agregar que las exigencias de mayor representación son cada vez más comunes, pues los mecanismos políticos e institucionales no son suficientes para atender sus demandas, para lo cual la ciudadanía requiere procesos de participación directa¹³, los que comienzan a ser incorporado tardía e incipientemente a nivel municipal, pero que son usados solamente para decidir temas secundarios de nivel local y no para exigir responsabilidades.

Por otro lado, se sostiene por algunos que “Con la promulgación de la “Ley sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública N°20.500” en 2011 se produce un punto de inflexión en la política de participación ciudadana para los municipios (...)”¹⁴, pero es necesario matizar, pues la misma es facultativa y por esa vía son los propios municipios quienes finalmente terminan decidiendo si la convocan o no y más aún, a quienes oirán, lo cual

¹² Martí Puig, Salvador (2004): Los movimientos sociales en un mundo globalizado: ¿alguna novedad?, en revista América Latina hoy (N° 36), pp. 79-100.

¹³ Bronfman Vargas, Alan (2007). Mecanismos de democracia directa en Chile: los plebiscitos y consultas comunales. Revista de Derecho (Valparaíso), (XXVIII). P. 245. [fecha de Consulta 21 de Enero de 2021]. ISSN: 0716-1883. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1736/173620169008>

¹⁴ Carrasco Soto, Sebastián. (2019). Implementación de mecanismos de participación ciudadana en los gobiernos locales en Chile: el caso del municipio de Santiago. Revista iberoamericana de estudios municipales, (19), 59-88. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-17902019000100059>

además parte de un paradigma cuasi corporativista: prescindir de la urna y de las fuerzas políticas, para creer en la toma de decisiones con actores “*gremiales*” u “*orgánicos*”, cuestión que recuerda esquemas y épocas de raigambre corporativista que felizmente la historia democrática ha dejado atrás y que en Chile recuerda a los CODECOS y COREDES de la época dictatorial en municipios e Intendencias

II. La descentralización política. Desafíos del nuevo constituyente

El proceso constituyente chileno enfrenta un momento único en nuestra historia: nueva constitución en paz, en un proceso democrático y participativo, partiendo desde lo que se ha denominado como una “*hoja en blanco*”, lo cual abre una tremenda oportunidad de deconstruir paradigmas anquilosados.

1. La deconstrucción de los mitos portalianos

Sin deconstruir los mitos centralizantes de la llamada “*tradición constitucional chilena*” jamás se logrará romper el centralismo. Ya es posible observar por ejemplo, que en los cursos escolares de historia, nuestros profesores sepultan la posibilidad de federalismo bajo el miedo del fracaso y el caos lo que erradamente llaman “*ensayo*” o intento de la Constitución Federal de 1820¹⁵. Desde ahí en adelante, guerra civil, Portales y sangre mediante, llegamos a lo que algunos generosamente llaman “*la tradición constitucional chilena*” que entre sus mitos y miedos reconoce el terror a un supuesto caos del federalismo.

Tal caos es un mito porque nunca alcanzamos a tener Constitución federal y porque torpedearon el ensayo en su inicio con la intención de que fracasara. Después, se nos obligará a leer y repetir el mito del orden, y las loas a Portales, que no son más que otro relato post bellum, construido manu militari por los vencedores sobre la base del miedo a lo distinto, en el cual se viene a construir un mito apologético del presidencialismo reforzado con Estado unitario, para dar lugar a un régimen protomonárquico¹⁶ de republicana apariencia.

¹⁵ Delgado, Hernán. ¿Federalismo en Chile? Algunos esbozos acerca de su debate legislativo y su promotor en el siglo XIX. Revista Austral de Ciencias Sociales. N° 27-05. 2014., p.p 103-135.

¹⁶ Cfr. Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo, La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano, Santiago, LOM, 2006.

Es del caso señalar que Chile se encuentra ante una oportunidad histórica de deconstruir toda esta configuración y de poder avanzar en la descentralización del nivel político, modificando las reglas del presidencialismo cuasi monárquico imperante en Chile. La hoja en blanco también podría permitir “resetear” las construcciones conceptuales del Estado unitario y “resetear” estos mitos y los relatos del miedo de nuestra tradición constitucional, con la finalidad de empoderar en dos niveles:

En un primer nivel, empoderar al ciudadano a nivel de participación local y en un segundo nivel, empoderar a las regiones como sujetos de decisiones políticas y de gestión.

Las cuestiones que surgen en estos órdenes hay que abordarlas en esos dos frentes: a nivel municipal y a nivel regional, ya que son dos propuestas y dos realidades totalmente distintas, y el constituyente tendrá que abordarlas al discutir el reparto territorial del poder.

2. Necesidad de equidad y estabilidad financiera en un régimen descentralizado.

Lo primero que debe señalarse es que nuestro Estado unitario¹⁷ le ha fallado a las regiones a lo largo de toda la historia de Chile, y que ello sin duda es parte del peso de la noche.

Chile fue la frontera militar del imperio español; el Flandes indiano, una analogía que recuerda que Flandes, Filipinas y Chile fueron la sangría financiera y militar del imperio, a lo que se agrega que nuestro territorio no era particularmente rentable para la corona hispana y que tener colonias deficitarias es algo que ningún imperialista quiere.

En ese sentido, el gobernador de Chile era un militar, un capital general de amplios poderes civiles y militares y por ello ese será un título codiciado en adelante con todas las connotaciones históricas que eso tiene. La frontera será tratada como un lugar de ocupación, la Araucanía será tratada como un botín y la vida en Chile será jerarquizada y militarizada, paradigma que tras la batalla de Lircay pasará al paradigma político de nuestro autoritario

¹⁷ Cfr. Nuñez Poblete, Manuel A. Estado Unitario: Unidad del Estado y Unidad de Constitución. La forma de Estado Chileno bajo la Constitución de 1980, En Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.): Reforma Constitucional, Chile, Lexis Nexis, 2005, p. 150.

siglo XIX, tan militarizado que, por ejemplo, a los soldados del ejército de Cornelio Saavedra, tras el incumplimiento del pago en dinero, se les compensó en tierras conquistadas, con el único detalle que estaba legítimamente ocupadas y que a los propietarios reconocidos desde la era colonial los expulsaron a la fuerza.

El paradigma autoritario recuerda también que después de la Guerra del Pacífico la vida en la oficina salitrera para quienes vivían en las regiones de lo que hoy es el norte grande va a ser bastante dura, el trato en ellas no será el de ciudadanos. El Estado va a mirar al techo en ello, dejando de lado los derechos más básicos de toda persona y sus poderes no van a hacer ingreso en la oficina salitrera hasta que aparece el Código del Trabajo bien entrado en siglo XX, regulando el pago en habitación, obligando al pago en moneda de curso legal forzoso y estableciendo libertad de comercio en establecimientos mineros.

Por otra parte, este Estado unitario criollo además va a tener un gran poder fuera de lo puramente político, que va a someter a las regiones sin contrapeso alguno por vía financiera, nos referimos a la centralización de la Hacienda Pública.

En momentos claves de la historia de Chile aparecerá el ministro de hacienda como una suerte de mesías del sistema político chileno, como Manuel Rengifo en la época de Portales y otros como Gustavo Ross Santa María en la época de Alessandri, y de ahí en adelante, los ojos están puestos en el manejo de la Hacienda Pública, y el sistema político asumirá que nada se puede hacer en ningún rincón de la República sin el visto bueno de "*Teatinos 120*", blindado por el bunker del excesivamente presidencial estatuto constitucional del gasto público, que es parte de la columna vertebral del presidencialismo reforzado.

La centralización de la Hacienda Pública mostrará que la descentralización de potestades y funciones administrativas no es suficiente —e incluso es aparente o meramente formal— cuando en realidad nos vamos a encontrar con que el presupuesto de los órganos descentralizados, más allá de tener personalidad jurídica y patrimonio propio, va a depender siempre de la partida de la ley de presupuesto o de las transferencias en los decretos de traspaso y reasignación que es otra práctica sempiterna, que vista en una clave de filosofía posmoderna son verdaderos mecanismos de control disciplinario, a lo cual

se agrega que se ejercen por analogía potestades de reducción presupuestaria derivadas del decreto ley 1263, una norma de la era dictatorial, formulada para un Estado militarizado y disciplinado, todo lo cual es administrado hoy en democracia con una lógica de premios y castigos.

Desde esa perspectiva, el Estado unitario es una pirámide, la cual está culturalmente militarizada por excelencia, más allá de que el mando sea civil. Es el peso de la noche de la era borbónica porque claro, se cambió al Capital General nombrado por el virrey del Perú, que era el emisario del Rey de Borbón en la frontera militar del imperio, por un Presidente que también en una primera etapa tenía uniforme y que viene recargado con el relato del orden portaliano para justificar la concentración de poder. No es casual que los dos primeros gobernantes de decenios sean generales, y no es casual que tuvieran poder virtualmente omnímodo, más allá de lo que la Constitución de 1833 dijera o mejor dicho, más allá de lo que dicha constitución validara.

De ahí en adelante, en la actualidad, algunos incluso elevan el presidencialismo a la calidad de principio. Esa comprensión del presidencialismo no funciona sin una centralización política piramidal. Desde esa perspectiva y si se examina la desigualdad estructural del Chile actual, no es casualidad la molestia que, en ocasiones, significa para los habitantes de regiones y provincias la distribución presupuestaria, toda vez que una gran parte de la riqueza pública se produce en las regiones, pero su administración y lo que quedará se determinan en el poder central y se gastará mayormente en la metrópoli y regiones centrales. En ese sentido, el área presupuestaria y el área financiera del gasto público en regiones pueden ser aquellas en las que, de manera más permanente e históricamente consolidada, el Estado unitario le ha fallado al ciudadano, sin perjuicio del déficit de participación en toma de decisiones relevantes.

Nuestro país, más allá del mito del Estado y la chilenidad unitarias, tiene identidades regionales que son muy características y marcadas. En ese sentido, surge la necesidad de tener un Ejecutivo, que aunque sea fuerte, tenga las potestades administrativas relevantes, y también una buena cuota de poderes gubernativos, descentralizadas en las regiones y que todo lo que sea gestión local y administración de recursos y satisfacción de necesidades básicas se

verifique por gobiernos locales¹⁸, los cuales por medio de una tributación regional serán una alternativa que debe ser estudiada por el nuevo constituyente, sobre la base de principios mínimos y reglas operativas claras.

Es del caso señalar que en el artículo 3 de la Constitución vigente se reconocen los principios de equidad en la distribución de los recursos y solidaridad entre las regiones, los cuales no son meras declaraciones vacuas. De este modo, la regla de solidaridad se debe equilibrar con la regla de autodeterminación en la inversión de los recursos propios de cada región. Así, el constituyente tendrá que evaluar a propósito en la legalidad presupuestaria la determinación de un porcentaje del presupuesto a ser asignado directamente a las regiones y establecer una regla de piso de porcentaje del gasto público en y por las regiones, que tendrá que ser decidido por los propios entes regionales. A reglón seguido, bajo esta lógica, se deberá determinar un porcentaje mínimo para aportar al fondo común a efectos de la solidaridad. Igualmente, se deberá analizar la mantención o modificación de la regla relativa a que los tributos ingresan a las arcas generales de la nación, que es uno de los primeros cerrojos del centralismo presidencialista.

3. Estado social y democrático de derecho para la descentralización

El proceso de descentralización debe ir acompañado con un tercer eslabón de la cadena que es la cláusula del Estado social y democrático de derecho en función de enfrentar la desigualdad estructural de la sociedad chilena y la demanda ciudadana potentísima que ha marcado los últimos 15 años del movimiento social en Chile, en orden a una garantía efectiva de los derechos sociales, con autogestión de los mismos a nivel regional, en función de las necesidades locales. Eso es lo primero que se logra vislumbrar del Estado social y democrático de derecho, pero no es lo único.

Cuando se habla de Estado democrático se refiere a aquel en el cual prima la participación, donde se promueve la deliberación y, por otro lado, a nivel regional se fortalecen los mecanismos horizontales y verticales de rendición de cuentas. En ese sentido, acompañar todo esto con una revocación del mandato para forzar un referéndum de permanencia a nivel de autoridades

¹⁸ Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser. Revista de Derecho Público. Volumen 63. (II): 223-248, 2002. Pág. 224.

locales –pensando en el gobernador electo y en los alcaldes– podría ser muy útil. Si esto lo acompañamos con iniciativa popular de ley tanto en el nivel del poder central como en el nivel de lo que algunos sostenemos podrían ser los parlamentos de las macros zonas o macro regiones con potestades legislativas limitadas que puedan tener a partir de Estatutos de autonomía.

Una ciudadanía empoderada en ese sentido puede generar una democracia muy vigorosa en la cual, el interés del ciudadano con la polis y la conexión entre los partidos y la ciudadanía, puede salir absolutamente fortalecida. Lo que puede dar aire nuevo al sistema democrático.

III. Conclusiones

El ciudadano hoy demanda escrutinio, en lo cual se ha avanzado a partir del estatuto constitucional y legal de transparencia, sin perjuicio de lo cual los mecanismos de responsabilidad política consecuencial no se han modernizado.

Por otro lado, la participación ciudadana a nivel local no puede ser efectiva si no se concibe como un ejercicio de polis democrática. Se debe tener presente dos cosas, no hay democracia sin partidos, y no hay democracia sin deliberación democrática en el Parlamento. Este es el eje de ambos sistemas políticos –parlamentario o semi presidencial–. La deliberación en el Parlamento y el mandato imperativo.

Por otro lado, a nivel local, el empoderamiento de la ciudadanía es otra clave necesaria para que el círculo pueda cerrar bien y ello se hace con deliberación democrática en el marco de espacios de toma de decisión por órganos locales, deconstruyendo el mito portaliano y autoritario que justifica el centralismo dominante, llevando la descentralización más allá de lo meramente administrativo, incluyendo lo político, fortaleciendo la deliberación a nivel local.

En ese sentido a la hora de pensar la parte orgánica de la Constitución, el constituyente deberá ir más allá de la discusión de la configuración jurídica formal descentralizadora. Se deben abordar en la nueva constitución las reglas de financiación, en las cuales habrá que recoger la experiencia comparada.

Con todo, sin caer en la tentación del maximalismo constitucional, estas

son cuestiones que se pueden dejar debidamente configurada en la Constitución con normas de principio y con reglas a partir del estatuto de la legalidad del presupuesto.

Lo anterior reconoce como corolario el reconocimiento del Estado social y democrático de Derecho, que fortalecerá la toma de decisiones a nivel local con un régimen descentralizado.

Bibliografía

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser. *Revista de Derecho Público*. Volumen 63. (II), 2002.

BRONFMAN VARGAS, Alan (2007). Mecanismos de democracia directa en Chile: los plebiscitos y consultas comunales. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (XXVIII). P. 245. [fecha de Consulta 21 de Enero de 2021]. ISSN: 0716-1883. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1736/173620169008>

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006), *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, Santiago, LOM.

CARRASCO SOTO, Sebastián (2019). Implementación de mecanismos de participación ciudadana en los gobiernos locales en Chile: el caso del municipio de Santiago. *Revista iberoamericana de estudios municipales*, (19), 59-88. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-17902019000100059>

DELGADO, Hernán. ¿Federalismo en Chile? Algunos esbozos acerca de su debate legislativo y su promotor en el siglo XIX. *Revista Austral de Ciencias Sociales*. N° 27-05. 2014.

EMMERICH, Gustavo Ernesto (2004). Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana. *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicossocial*, 2(4),67-90. [fecha de Consulta 21 de Enero de 2021]. ISSN: 1870-2333. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=726/72620404>

GARCÍA – PELAYO, Manuel. *Obras completas*. Tomo I, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

HUNEEUS, M., Carlos., ¿Cuán fuerte es el presidente en Chile? *Revista de Derecho Público* (2018).

JARAMILLO C., Martha. (2010). La descentralización: una mirada desde las políticas públicas y las relaciones intergubernamentales en Baja California. *Región y sociedad*, 22(49), 177-200. Recuperado en 21 de enero de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252010000300007&lng=es&tlng=es.

MARSHALL, B., Pablo., Notas sobre la Unidad del Estado como Principio Constitucional. *Revista Actualidad Jurídica* N° 21 – Enero 2010.

MARTÍ P., Salvador (2004): Los movimientos sociales en un mundo globalizado: ¿alguna novedad?, en revista América Latina hoy (Nº 36).

MOLINA GUAITA, HERNÁN. Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Concepción, Universidad de Concepción, 1998, p. 55.

NOVAK, Fabián. Mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa. Agenda Internacional, Año XVIII, Nº 29, 2011, pp. 67-90.

NUÑEZ P., Manuel A. Estado Unitario: Unidad del Estado y Unidad de Constitución. La forma de Estado Chileno bajo la Constitución de 1980, EN Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.): Reforma Constitucional, Chile, Lexis Nexis, 2005.

REYES H, Federico. Corrupción: De los ángeles a los índices, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), México 2004.

SÁNCHEZ V., Miguel Ángel (2013). Aproximación teórica a la responsabilidad política: Una revisión desde el necesario control horizontal entre Ejecutivo y Legislativo. Reflexión Política, 15(29),62-72. [fecha de Consulta 21 de Enero de 2021]. ISSN: 0124-0781. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=110/11028415006>

ZÚÑIGA U., Francisco. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Bases Constitucionales de la Administración del Estado. Tomo I. Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2013.



Miriam Henríquez Viñas

Descentralización, Régimen de Gobierno y nueva Constitución

Miriam Henríquez Viñas¹

I. ¿Cómo afecta el tipo de gobierno la vida cotidiana de la ciudadanía ¿Cómo se refleja en el caso de nuestro país?

Me referiré al régimen político y como tal entiendo la especial relación entre el Gobierno y el Congreso Nacional. En mi opinión, desde el estallido social, el debate sobre el proceso constituyente ha girado principalmente en torno a los derechos de las personas. Y no sobre todos los derechos, sino que los derechos sociales, como por ejemplo el derecho a la educación, a la salud, la seguridad social, a la vivienda, al trabajo, entre otros.

Esto da cuenta de que el estallido social fue, fundamentalmente, una crisis social y las demandas tuvieron que ver, muy particularmente, con necesidades insatisfechas o satisfechas de manera inequitativa, que dificultan las condiciones de vida digna para muchos de los chilenos. En ese contexto celebro que este seminario, tal cual lo señalaba el senador Araya, no se enfoque solo a pensar en los derechos de las personas, que me parece que es un aspecto principalísimo, sino que también atienda a cómo se organiza el poder.

Creo que hay que considerar, en todo debate constitucional, dos preguntas que caminan en carriles que son paralelos ¿Cómo se acogen las demandas respecto al fortalecimiento de los derechos en general, de los derechos sociales en particular, y cómo eso impacta la organización del poder? Por otro lado ¿Cómo la organización del poder impacta en la manera en que satisfacen los derechos de las personas?

¹ Abogada de la Universidad Nacional del Comahue, República Argentina. Doctora (Magna Cum Laude) en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Santiago de Compostela, España, con estudios Post Doctorales en la misma Universidad. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente Decana Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado.

No es suficiente reflexionar el proceso constituyente solo y desde la perspectiva de los derechos, sino que si realmente nos interesa la satisfacción de los derechos de las personas y su protección, además, tomar en consideración la forma en que se organiza el poder. Este es un tema que en sí mismo tiene muchísima relevancia y valor.

El presidencialismo reforzado, hiperpresidencialismo, neo presidencialismo o neo hiperpresidencialismo son términos que aluden al régimen político en la actual Carta, un presidencialismo que supone funciones y atribuciones exacerbadas para el Presidente de la República, que según su diseño y su funcionamiento merece una serie de observaciones, de críticas, que nos invitan a identificar posibles soluciones.

Como sabemos, en Chile el Presidente de la República concentra gran parte del poder del Estado. En contraste con el Congreso Nacional que fundamentalmente tiene la función de legislar y fiscalizar, pero no tiene la responsabilidad institucional de participar en el Gobierno.

El Congreso Nacional entonces aparece debilitado frente al Gobierno. Sabemos que si el Presidente de la República, conforme a este diseño y funcionamiento, no tiene una mayoría parlamentaria –tal como ocurre actualmente – o el Congreso Nacional se encuentra fraccionado en distintos partidos, se producen bloqueos institucionales que, en situaciones de crisis como las que hemos transitado y estamos transitando, dificulta la gobernabilidad si es que no sencillamente la impide. El régimen tal como está diseñado entonces no permite salida a estas situaciones y genera este tipo de trabas.

Nosotros podríamos pensar que solo el cambio en materia de derechos fundamentales mejoraría la vida de las personas, pero también y definitivamente el otro régimen político produciría esos cambios en la vida de las personas. Hoy las personas valoran el régimen político como un régimen insatisfactorio que no permite resolver los problemas y esto no se le atribuye solamente el Gobierno, sino que se le atribuye al Estado.

Se estima por parte de la ciudadanía que no hay capacidad para protegerlos, que no hay capacidad para resolver los problemas, lo que redundaría en falta de confianza en las instituciones del Gobierno.

II. ¿En qué momento histórico el Estado unitario ha presentado fallos? ¿qué efectos ha generado?

Uno podría remontarse a la historia para dar cuenta a esta pregunta, pero también es posible responderla desde el presente. Desde el presente más reciente, porque de hecho si uno identifica el alcance del estallido social, no fue un alcance solamente circunscrito a la Región Metropolitana, sino que su extensión, las demandas sociales a la que hemos asistido este último tiempo, son demandas que cruzan todo el territorio de la nación.

La descentralización que ha asumido el Estado chileno es una descentralización insuficiente. La descentralización que se ha pretendido y que se ha llevado adelante corresponde fundamentalmente al ámbito de la función administrativa. Los cambios constitucionales han tenido en cuenta la perspectiva orgánica de la Constitución, es decir ha habido cambios que introdujeron nuevos órganos de los distintos entes territoriales y muy tímidamente una transferencia de las atribuciones que podrían desarrollar esos órganos transformándolo prácticamente en meros ejecutores. Creo que el Estado chileno sigue siendo fuertemente centralizado.

El estallido social, para hacer una referencia mucho más concreta y más cercana en el tiempo, dio cuenta de que la centralización actual es excesiva; y, en segundo término, que es ineficiente, que es más grave y que dificulta satisfacer las necesidades de desarrollo económico, de desarrollo social, de desarrollo cultural, de cada una de las comunidades locales y sus territorios.

El Estado, tal cual está configurado actualmente, garantiza la satisfacción de los bienes públicos y de los servicios, pero lo hace con distinta calidad según el territorio. Esta es la principal falla de nuestro Estado unitario, fuertemente centralizado. Esto ha planteado demandas por una mayor descentralización ya no solo administrativa, sino, una descentralización que requiere ser una descentralización política que vaya acompañada de autonomía política, administrativa y financiera. Esa es la combinación que sería necesaria para dar cuenta de un Estado social y democrático de Derecho, pero que tenga un desarrollo equitativo a lo largo de todas las regiones y comunas.

De alguna manera las demandas planteadas se relacionan con una distinta salud, una distinta educación, seguridad, vivienda, transporte, conectividad,

incluso recreación según sea el lugar donde uno vive. Las demandas están orientadas justamente a revertir esa situación y como todos han dicho esta es una oportunidad única para transformar un Estado en uno mucho más justo, desde la perspectiva también territorial

La crisis y los desastres naturales que nos acompañan tan a menudo exponen que la forma en que se organiza el Estado no es suficiente para poder abordarlas y creo que el desafío del proceso constituyente, que ya se inició el 25 de octubre, es que la convención constitucional funcione con una lógica de participación, de amplia participación y apertura a la ciudadanía, pero que también tenga una perspectiva territorial y descentralizada. Ese es un desafío que tenemos que tener a la vista, porque se habla mucho de donde será la sede de la convención constitucional, pero también tenemos que plantearnos el desafío, si queremos recoger las demandas locales y los problemas territoriales, que, por ejemplo, haya sesiones territoriales, audiencias territoriales y también el trabajo de las comisiones.

Perfectamente las comisiones podrían trabajar en paralelo lo relativo a los derechos y lo vinculado con la organización del poder. Cómo se organiza el poder desde la perspectiva del régimen político y cómo se organiza el poder desde la perspectiva territorial va a incidir de manera directa en el entramado de todo el resto de la organización del Estado y también la forma en que se asumen y se realizan los derechos.

El Estado tal como está estructurado ha fracasado. Hay que repararlo y de cara a la convención constitucional no podemos incurrir en los mismos errores de pensar una nueva Constitución solo nacional, sin atender a las particularidades locales.

III. ¿Qué propondría usted en materia de forma de Estado y régimen de gobierno para el futuro de nuestro país?

Sin duda nuestro régimen político es un régimen que exagera las atribuciones del Presidente de la República en todos los ámbitos y las alternativas en discusión son al menos: 1) mantener el actual régimen presidencialista, pero limitando las atribuciones del Presidente de la República, fortaleciendo las

atribuciones del Congreso Nacional; 2) mantener la institución del régimen presidencial, incorporando instituciones propias del régimen parlamentario y eso podría dar como resultado un régimen presidencial parlamentarizado; o eventualmente caminar hacia un régimen semi presidencial y 3) la más minoritaria, pero nada obsta que en el contexto de una discusión desde hoja en blanco pudiera acordarse, incorporar el régimen parlamentario.

De las tres alternativas, me inclino por aquella que propone un régimen presidencial con instituciones propias del régimen parlamentario, combinándolas. Esta propuesta busca resolver los problemas que diagnosticamos en la primera parte.

En el ámbito de las potestades normativas, es necesario mirar cómo las atribuciones del Presidente de la República debieran limitarse para generar una mayor incidencia del Congreso Nacional en la tarea de generar normativa a nivel nacional y eventualmente regional.

El Presidente de la República concentra gran parte de las potestades normativas del Estado, porque tiene un rol de colegislador muy intenso, por ejemplo, con la iniciativa exclusiva, con todo tipo de vetos, con las urgencias y un sin fin de otros mecanismos que permiten establecer cómo se legisla. Quizá algunas limitaciones a esas atribuciones podrían compensar y reequilibrar las atribuciones del Congreso Nacional.

El Presidente de la República tiene importantísimas atribuciones en materia de celebración de tratados internacionales y el Congreso Nacional sola participa en la etapa de la aprobación de los tratados internacionales y parece que, en ello, la incidencia del Congreso debiera ser mucho mayor.

El Presidente de la República tiene atribuciones de la potestad reglamentaria autónoma y de ejecución. Bien vale la pena discutir la necesidad de mantener la potestad reglamentaria autónoma en la nueva Constitución, sí es una potestad que está presente, pero de alguna manera prácticamente no se utiliza. Cuestionarse el ámbito de los decretos con fuerza de ley, porque ya que el Presidente tiene estas potestades que son exacerbadas.

Se suele mirar el régimen político, centrandó toda la atención entre el Gobierno y el Congreso Nacional, pero falta el otro eslabón qué hace esta triada: aquella que se vincula con la ciudadanía y, en esa perspectiva dotar de mayores meca-

nismos de democracia directa en una nueva Constitución seguramente contribuirá a reforzar la democracia representativa. Asistimos a una desafección de la ciudadanía de la política que se manifiesta, por ejemplo, en una baja participación electoral y en una falta de legitimidad de las instituciones actuales.

Creo que mecanismos de participación directa como, por ejemplo la iniciativa popular de ley y la revocatoria de ley y las consultas populares, más casos de plebiscitos podrían mejorar justamente nuestra democracia, por varias razones, porque permitiría a la ciudadanía ser parte de los procesos de las tomas de decisiones, por otro lado legitimarían esas decisiones con su participación, supondría un mayor involucramiento de la ciudadanía en esas definiciones, recuperando en cierta medida y de cierta manera la confianza en las instituciones y creo que también le daría un cauce formal y una organización a la ciudadanía a través de estos mecanismos a sus manifestaciones sociales.

Bibliografía

Henríquez, Miriam, Forma de Estado, en Propuestas Constitucionales, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2016, pp. 115 – 118.

Henríquez, Miriam, Otras propuestas sobre régimen político, en Propuestas Constitucionales, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2016, pp. 161 -168.

Henríquez Miriam, Las fuentes del orden constitucional chileno, Thomson Reuters, Santiago, 2016.



Francisco Zúñiga Urbina

Acerca del Estado Regional y la Nueva Constitución.

Presente y por-venir

Francisco Zúñiga Urbina¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la reforma constitucional impulsada por el segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018) sobre Estado regional y los nuevos órganos: gobernador regional, delegación presidencial regional, materializada en la Ley de reforma constitucional N°20.990, que busca obtener un país más descentralizado y desconcentrado institucionalmente, trasladando las funciones propias del intendente regional a estas nuevas figuras, y además, se aborda como se proyectaría la distribución territorial del poder en el debate de contenidos de la nueva Constitución, en la Convención Constitucional elegida el 11 de abril de 2021.

Conceptos clave: Estado regional, gobierno regional, descentralización y desconcentración institucional.

I. Presentación

Antes de comenzar quisiera agradecer al H. Senado y a los organizadores de esta jornada por la invitación.

En los últimos años se ha incrementado el debate acerca de la necesidad de un Estado regional y de una desconcentración-descentralización efectiva en nuestro país, en particular con el programa del segundo gobierno de Bachelet que ha impulsado diversas iniciativas que van orientadas a distribuir el poder político-estatal en el territorio; de la mano de una fuerte impronta republicano-democrática.

¹ Profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile.

No es la primera vez que nos terciamos frente al modelo de Estado heredado de la consolidación del Estado nacional: el Estado unitario, firmemente anclado en un modelo de Estado propio de la revolución político-burguesa: el Estado jacobino- napoleónico; que retoma la centralización de los borbones en Francia y España y que se proyecta en el derecho público indiano en América Latina como bien destaca Véliz².

El Estado unitario y la centralización político-administrativa cuenta a su haber con el peso del pasado. El peso del pasado se proyecta en la teoría constitucional en la *"Constitución histórica"*, como advertía Marx en sus escritos juveniles para bendecir o santificar el látigo, en la dialéctica amo-siervo criticando a Hugo y a Savigny³; y también se proyecta en la exquisitez dogmática de la *"Constitución material"* de Mortati que justifica el *status quo*⁴. La premisa básica del *"historicismo"* es *negarse al cambio o condenarlo de antemano como un cambio gatopardiano a lo Lampedusa*: "Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie". El que la regionalización como proceso hubiere comenzado bajo el régimen autoritario (1975) no es contradictorio si se define correctamente su horizonte geopolítico, económico e institucional centrado en la desconcentración de la Administración con resabios funcionalistas de representación corporativista en comunas y regiones (CODECOS y COREDES).

Luego, un nuevo reparto territorial del poder político estatal (Administración y Gobierno) desafía al pasado. En efecto, con la intención de traspasar el poder desde el Estado central (Administración) a las regiones, el programa gubernamental señaló que la nueva Constitución *"romperá con el centralismo del Estado chileno. Se establecerán gobiernos regionales que, liderados por jefes ejecutivos elegidos por votación directa, dispondrán de autonomía, facultades y recursos suficientes para constituirse en verdaderos ejes del desarrollo territorial"*⁵.

² Veliz, C. *"La tradición centralista en América Latina"*, Edit. Ariel, Barcelona, 1984, p.p. 348.

³ Marx, K. *"En Defensa de la Libertad. Los artículos de la Gaceta Renana 1842-1843"*. Edic. de J. L. Verma, Fernando Torres Editor, Valencia 1983.

⁴ Mortati, C. *"La Constitución en sentido material"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

⁵ Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, pág. 34

Es conocido por este selecto público aquí presente que nuestro país enfrenta graves desigualdades-asimetrías como país y en el ámbito territorial, que trae como consecuencias, entre otros, problemas de acceso a una mayor igualdad, un desarrollo económico, social y cultural inarmónico y falta de democratización de las decisiones que son determinantes para la población de cada región.

En este sentido, el programa del pasado gobierno de Bachelet plantea que con el fin de promover el fortalecimiento de la regionalización del país, del desarrollo equitativo entre las regiones y democratizar las instituciones, era necesario extender la elección directa que ya existe en el caso de alcaldes, concejales, y consejeros regionales a la máxima autoridad regional⁶, lo que deberá considerarse en la nueva Constitución, junto con la necesaria autonomía administrativa del gobierno regional, especialmente en las materias relacionadas con el desarrollo y planificación del territorio. Luego la reforma constitucional promulgada mediante la Ley N°20.990 de 2017, es un adelantamiento parcial de contenidos de una nueva Constitución y que es fruto del trabajo de la Comisión de Descentralización creada para proponer mecanismos e instituciones para avanzar cualitativamente en descentralización y más democracia; Comisión que concluyó exitosamente su tarea y materializó sus acuerdos en un macizo informe⁷.

II. Camino al Estado regional

Los avances en el campo de la desconcentración-descentralización institucional y del desarrollo regional han sido graduales y tímidos. Es así que en el año 2009 se dio un paso significativo en el fortalecimiento de las regiones con la reforma constitucional que permitió disponer de la elección de consejeros regionales por votación directa del cuerpo electoral regional. Al mismo tiempo se avanzó tímidamente en el traspaso de algunas de las funciones propias de los ministerios a gobiernos regionales. Además, entre otros proyectos legislativos de interés fue promulgada este año la Ley N°20.757, que regula el estatuto aplicable a los presidentes de consejos regionales y fue incorporado el “Fondo de Convergencia”, en la Ley de Presupuestos del Sector Público, desde el año 2015.

⁶ Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, pág. 114

⁷ Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional. “Propuesta de política de Estado y Agenda para la descentralización y desarrollo territorial de Chile”, Valparaíso, 2014.

La reforma constitucional de 2017 sobre elección de gobernadores regionales entronca con la efímera experiencia federal en los albores del Estado nacional, en que la ley de 12 de octubre de 1826 estableció la elección directa mediante sufragio ampliado de intendentes por provincia; idea central del proyecto de Constitución federal y del ideario defendido por Infante desde *“El Valdiviano Federal”* y complementario de la ley que estableció *“Asambleas Provinciales”* con diputados elegidos popularmente en razón de uno por cada curato, órganos revestidos de potestad legislativa⁸.

Sin embargo, el modelo de Estado unitario centralista comienza a implantarse con la Constitución liberal de 1828, la que hace un modesto reconocimiento a los sectores federalistas al conservar las *“Asambleas Provinciales”* y las provincias históricas (Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé)⁹.

Asimismo, re entroncado con el pasado y en el marco del fortalecimiento de la regionalización del país, a principios de este 2017 se publicó el texto definitivo de la Ley N°20.990 de reforma constitucional, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional, el cual se esperaba que tuviera efectos para la elección directa de gobernadores regionales, conjuntamente con las elecciones políticas generales del año 2017, para así asumir junto con el nuevo mandato presidencial en marzo del 2018; siempre que fuera promulgada la ley orgánica constitucional que determine la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más de sus competencias. Ello no ocurrió y recién ahora el Congreso Nacional ha despachado los proyectos de ley y de reforma constitucional que permitirían la elección general administrativa simultánea el 11 de abril de 2021¹⁰.

La Ley N°20.990 de reforma constitucional que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional fue iniciada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet y está basado en la configuración del Esta-

⁸ Heise González, Julio: *“Historia Constitucional de Chile”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954, pp. 46-48.

⁹ Heise González, Julio: *“150 años de evolución institucional”*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1960.

¹⁰ Boletín N°11200-06, que Regula la elección de gobernadores regionales y realiza adecuaciones a diversos cuerpos legales, proyecto que se encuentra actualmente en el TC para control obligatorio y preventivo de constitucionalidad, Rol N° 4214-17

do como una república democrática, la cual, según el mensaje, requiere de una mayor descentralización, siendo necesaria “una política consistente y multisectorial en materia de desarrollo de las regiones, que considere la especificidad de cada una, siendo necesario que las soluciones a los diversos problemas que existen en las quince regiones del país sean definidas con creciente participación de los niveles sub nacionales”¹¹.

Por su parte, la cuestión de la función ejecutiva regional no se limita a la aspiración histórica de la elección popular de la máxima autoridad en el territorio, sino que es un poco más compleja. No se pone en duda que los intendentes (futuros gobernadores regionales) deban ser elegidos por el pueblo o cuerpo electoral de la región en forma directa mediante sufragio universal; pero resulta también esencial separar las funciones que actualmente ejercen.

Esto, porque la utilización que la Constitución vigente hace del concepto de “gobierno regional” resulta contradictoria o, al menos, carente de contenido específico, pues actualmente los gobiernos regionales tienen por función casi principal administrar políticas sectoriales definidas por la Administración central. Es un término que se remonta a la reforma constitucional de 1991; que instituye “gobiernos regionales” que no gobiernan, sino que tienen a su cargo la administración superior de la región. De esta forma, actualmente no existe una distinción adecuada entre las funciones de gobierno y administración, por cuanto se asigna a la misma autoridad (el Intendente) tanto la representación en la región del Presidente de la República como la titularidad del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, pese a la relativamente reciente aparición del Presidente del Consejo Regional. El intendente hoy es todavía un “órgano bifronte”¹², titular de potestades diferenciadas y con una relación dual, un personaje propio de R. L. Stevenson (Jekyll y Hyde).

Así, actualmente es la figura del Intendente Regional quien ejerce las tareas como poder ejecutivo de gobierno en la región respecto de la administración y como representante del Presidente de la República. Al respecto, el mensaje

¹¹ Mensaje de S.E. Presidenta de la República con el que inicia proyecto de reforma constitucional, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional, pág. 3

¹² Luksic, Z. “*Algunos contenidos fundamentales de la descentralización regional y municipal: el concepto de autonomía, el orden económico de la descentralización y una visión gradual del proceso*”. Cuadernos de análisis jurídico / Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. (Santiago, Chile). No. 20 (ene. 1992), p. 35-48.

señala que *“en cuanto representante del Presidente, resulta lógico que sea nombrado por él. Sin embargo, hoy en día, cuando los ciudadanos eligen alcaldes, concejales, parlamentarios y consejeros regionales, y en circunstancias que el Intendente dirige un cuerpo constituido por autoridades electas democráticamente, su carácter designado resulta anómalo”*¹³, es así que se considera imprescindible que la máxima autoridad ejecutiva en la región sea elegida por la ciudadanía mediante votación directa.

A través de la Ley N°20.990 se modifica el artículo 111 de la Constitución y se dispone la creación de la autoridad de *“gobernador regional”* que sustituye al Intendente y que será elegido por sufragio universal, en votación directa, por simple mayoría de los votos válidamente emitidos (equivalente al menos al 40% de los votos válidamente emitidos), durando cuatro años en su cargo, siendo posible la reelección por una sola vez.

*“Artículo 125 bis. Para determinar el límite a la reelección que se aplica a los gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y concejales, se considerará que han ejercido su cargo durante un período cuando hayan cumplido más de la mitad de su mandato”*¹⁴.

Dentro de sus funciones se contempla aquellas que se relacionen con la representación del Poder Ejecutivo en la región respectiva, presidiendo el Consejo Regional y otras tareas que se le asignen en coordinación con los servicios públicos que operen en la región y que dependan o se relacionen con el Gobierno Regional.

El texto de reforma que fue aprobado en un principio por la Cámara de Diputados, el 8 de noviembre de 2016, contenía que la elección del gobernador regional sería en conjunto con las de consejeros regionales, así como también el procedimiento en caso de que exista empate entre candidatos, contemplando además elecciones en caso de vacancia cuando faltare un año o más para la próxima elección. El texto aprobado definitivamente se hizo cargo de esta particularidad. El nuevo texto incluye además la facultad del Consejo Regional de fiscalizar los actos del gobierno regional, pudiendo entregar observaciones que se transmitirán por escrito al gobernador regional, con el acuerdo de un

¹³ Ídem.

¹⁴ Artículo incorporado mediante la ley de reforma constitucional N°21.238, de 2020.

tercio de los consejeros, o de requerir individualmente al gobernador regional la información necesaria, reforzando así la correspondiente función de fiscalización del consejo regional del artículo 36 letra g) de la Ley N°19.175.

El texto que fue aprobado y promulgado por la Ley N°20.990 establece la modificación del artículo 111 de la Constitución Política de la República, quedando el definitivo como sigue:

“Artículo 111.- La administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”.

El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

El gobernador regional será el órgano ejecutivo del gobierno regional, correspondiéndole presidir el consejo y ejercer las funciones y atribuciones que la ley orgánica constitucional determine, en coordinación con los demás órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Asimismo, le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional.

El gobernador regional será elegido por sufragio universal en votación directa. Será electo el candidato a gobernador regional que obtuviere la mayoría de los sufragios válidamente emitidos y siempre que dicha mayoría sea equivalente, al menos, al cuarenta por ciento de los votos válidamente emitidos, en conformidad a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva. Durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años, pudiendo ser reelegido consecutivamente sólo para el período siguiente.

Si a la elección del gobernador regional se presentaren más de dos candidatos y ninguno de ellos obtuviere al menos cuarenta por ciento de los sufragios válidamente emitidos, se procederá a una segunda votación que se circunscribirá a los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas y en ella resultará electo aquel de los candidatos que obtenga el mayor número de sufragios. Esta nueva votación se verificará en la forma que determine la ley.

Para los efectos de lo dispuesto en los dos incisos precedentes, los votos en blanco y los nulos se considerarán como no emitidos.

La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las causales de inhabilidad, incompatibilidad, subrogación, cesación y vacancia del cargo de gobernador regional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 124 y 125.”

Con todo el pasado es el pasado, y se hace sentir (preservando la unidad política o gubernativa del Estado); previéndose en la reforma constitucional una suerte de “prefecto” del modelo francés (delegado presidencial regional)¹⁵. En efecto, la nueva norma contempla la existencia de una delegación presidencial regional, a cargo de un delegado, que es nombrado directamente por el Presidente de la República, conservando la representación natural e inmediata que tiene hoy el Intendente Regional en el territorio y sus funciones, entre otras, la función de gobierno interior y la coordinación, supervigilancia y fiscalización de los servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa en la región o que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un ministerio.

Si bien en un principio el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el año 2016 contemplaba dicha autoridad como “*secretario presidencial regional*”, el texto definitivo que fue promulgado como ley de la República se indica como la figura de “*delegado presidencial regional*”.

La reforma constitucional contempla así un nuevo artículo 115 bis:

“Artículo 115 bis.- En cada región existirá una delegación presidencial regional, a cargo de un delegado presidencial regional, el que ejercerá las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región, en conformidad a la ley. El delegado presidencial regional será el representante natural e inmediato, en el territorio de su jurisdicción, del Presidente de la República y será nombrado y removido libremente por él. El delegado presidencial regional ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República.

Al delegado presidencial regional le corresponderá la coordinación, supervigi-

¹⁵ Véase Chapman, Brian: “*Los prefectos y la Francia provincial*”, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

lancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio.”.

Además del delegado regional presidencial, se contempla la autoridad del delegado provincial presidencial, nombrado por el Presidente de la República, para cada provincia, modificándose el inciso primero del artículo 116 en los siguientes términos:

“Artículo 116.- En cada provincia existirá una delegación presidencial provincial, que será un órgano territorialmente desconcentrado del delegado presidencial regional, y estará a cargo de un delegado presidencial provincial, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. En la provincia asiento de la capital regional, el delegado presidencial regional ejercerá las funciones y atribuciones del delegado presidencial provincial.”.

Las enmiendas introducidas y con las cuales fue aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados corrigieron algunas falencias del texto original como la previsión de casos de empate y vacancia, así como también refuerza la función fiscalizadora del Consejo Regional respecto de los gobernadores y su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. A pesar de ello, el nuevo texto del artículo 113 aparece algo confuso, siendo recomendable que se dividan aquellas cuestiones relativas a la organización del Consejo de las relacionadas con sus funciones.

De esta forma, podemos señalar que en general las funciones y atribuciones de los gobernadores regionales serán aquellas que la Constitución y las leyes otorgan expresamente al intendente como órgano ejecutivo regional, mientras que las restantes funciones y atribuciones que la Constitución y las leyes otorgan al intendente se entenderán que corresponden al delegado presidencial regional.

Más específicamente, y en relación con dichas funciones y atribuciones, es fundamental señalar que con fecha 23 de Enero del 2018, fue declarado conforme a la Constitución, por parte del Tribunal Constitucional, el proyecto de ley relativo al fortalecimiento de la regionalización (Ley N°21.074), luego de múltiples controversias en torno, principalmente, a atribuciones de las nuevas autoridades operantes en cada región y la transferencia de competencias

que deben derivarse a los gobiernos regionales desde entidades, servicios u organizaciones del Gobierno central. Respecto al primer tópico, dentro de las principales atribuciones y competencias de los gobiernos regionales se encuentran diseñar, elaborar, aprobar y aplicar políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo de la región dentro del ámbito de sus competencias; orientar el desarrollo territorial de la región en coordinación con servicios públicos y municipalidades; elaborar y aprobar su proyecto de presupuesto; administrar fondos y programas de aplicación regional, entre otros, siendo probablemente una de las más relevantes elaborar y aprobar el plan regional de ordenamiento territorial en coherencia con la estrategia regional de desarrollo y la política nacional de ordenamiento territorial. Así, se establece en el mismo proyecto de ley que el plan regional de ordenamiento territorial es *“un instrumento que orienta la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macro zonificación de dicho territorio”*.

En relación ahora con el segundo tópico, es decir con las normas sobre transferencia de competencias desde el Gobierno Central, se detalla en el proyecto de ley que *“el Presidente de la República transferirá, a uno o más gobiernos regionales, en forma temporal o definitiva, una o más competencias de los ministerios y de los servicios públicos a que se refiere el artículo 28 de la ley N°18.575”*, debiendo estar estas competencias necesariamente enmarcadas en el ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural. En el marco de la discusión del proyecto, se puso énfasis en el hecho de que se privilegiará el traspaso de competencias que tengan clara aplicación regional, es decir, aquellas cuya aplicación signifique una mejor calidad y oportunidad en la toma de decisiones y una mejor adecuación de la política nacional en el territorio. Es menester mencionar, además, que las competencias serán ejercidas por el gobierno regional a través de sus divisiones, y de conformidad a las políticas públicas nacionales, permitiendo el mismo proyecto de ley la creación de nuevos servicios públicos que dependerán o se relacionarán con el gobierno regional de acuerdo a *“las capacidades que cada gobierno regional ha generado y las competencias que cada uno ha adquirido”*.

Por otro lado, la Ley N°21.073 que *“regula elección de gobernadores regionales y realiza adecuaciones a diversos cuerpos legales”* (Boletín N°11.200-06)¹⁶, bus-

¹⁶ El proyecto se encuentra en el TC para control obligatorio y preventivo de constitucionalidad, Rol N° 4214-17

ca viabilizar la reforma constitucional de diciembre de 2017, en las elecciones administrativas del 11 de abril de 2021, previstas originalmente el año 2020 y postergadas a 2021 por la pandemia del COVID-19, mediante Ley N°21.221 de reforma constitucional, que estableció un nuevo *“itinerario electoral”*.

Con todo, y aún en consideración de dichos avances legislativos, es menester hacer un balance provisional. Un Estado con regiones con mayor autonomía se trata de una auténtica innovación respecto de los equilibrios políticos, sociales y económicos del territorio nacional y el ejercicio efectivo de las regiones de un gobierno más cercano con la comunidad y los ciudadanos. Sin embargo, el reconocimiento de una muy débil autonomía política a través de la elección popular del gobernador regional y el consecuente traspaso de poder requieren, además, del fortalecimiento de los mecanismos de participación ciudadana en la región como espacio más cercano y del control ciudadano al actuar como su representante. Todo ello sin perjuicio del sistema de control social del poder político en la región y del control jurídico y de legalidad, propios de un moderno Estado de Derecho.

Además, sea por la vía de la transferencia de funciones y atribuciones, o mediante el traspaso de servicios públicos a los gobiernos regionales, éstos verán incrementado de forma sustantiva su ámbito de acción. Por ello, resulta natural dotarlos de la estructura institucional y económica necesaria para poder cumplir a cabalidad su tarea de satisfacer las necesidades de la comunidad regional.

III. El desafío de un Estado regional

En el marco de una nueva Constitución, la Convención Constitucional, que resulte de las elecciones de convencionales constituyentes de 11 de abril de 2021, está desafiada a cortar la cadena que une la distribución territorial del país con el modelo de Estado unitario centralista consolidado en 1833.

De esta manera, como hemos sostenido en otro lugar, con carácter de balance y prospectiva crítica: *“Desde la fundación del Estado chileno ha sido un Estado unitario con fuertes elementos de centralización política herencia, del pasado colonial y de la monarquía borbónica y el molde afrancesado del Estado jacobino—napoleónico con el breve interludio del ensayo federal. De esta*

suerte, se impone hoy la asunción de una nueva forma jurídica del Estado que retome la tradición regional, provincial y municipalista y dé un salto cuantitativo y cualitativo en la distribución territorial del poder político fortaleciendo la regionalización y evitando la provincialización regresiva de este proceso.

El régimen de *“Gobierno y Administración Regional”* ha avanzado significativamente desde la reforma constitucional N°19.097, de 12 de noviembre de 1991 que instaura la creación de los gobiernos regionales, integrado por un órgano ejecutivo (el Intendente Regional) y un órgano colegiado (el Consejo Regional). Existen tres ideas a destacar de esta histórica reforma a la Constitución autoritaria de 1980. La primera de ellas, la reforma al esquema de *“Gobierno y Administración Interior del Estado”* chileno fue una reforma que pasó inadvertida ante la opinión pública y que, en consecuencia, no tuvo el reconocimiento que se merecía tras haber superado 157 años de centralismo político y jurídico desde la Constitución de 1833, la que había eliminado las asambleas provinciales contempladas por la Constitución de 1828. La Constitución de 1925, que las había contemplado, el Presidente de la República optó mediante decreto con fuerza de ley asignar las atribuciones de las asambleas provinciales dentro de las potestades presidenciales, circunstancias que se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 1973. La segunda idea, es la creación de una doble función del Intendente Regional, vale decir, desde el año 1991, el Intendente Regional, es el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción y ejecuta, por tanto, las competencias propias de gobierno interior; por otra parte, el Intendente es órgano ejecutivo del Gobierno Regional y lo preside desarrollando las funciones propias de administración regional. Este carácter *“bicéfalo”* de las competencias del Intendente se mantendrá hasta el inicio de la entrada en vigor de la reforma constitucional que contempla la figura del gobernador regional, de naturaleza electiva por sufragio universal. Y la tercera idea, se refiere al nuevo ciclo de reforma al modelo de *“Gobierno y Administración Regional”* del Estado instaurado por un conjunto de reformas constitucionales que tienden a mejorar la representatividad de las autoridades regionales (consejeros regionales y gobernador regional) y fortalecer las regiones del territorio nacional.

Entre las reformas constitucionales destacan:

- a) La Ley N°20.390, que establece la elegibilidad de los consejeros regionales por sufragio universal.*
- b) La Ley N°20.990, que establece la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional (gobernador regional).*
- c) La Ley N°20.346, que establece normas sobre asociacionismo municipal.*
- d) La Ley N°20.573, por la cual se crean territorios especiales de Isla de Pascua y del Archipiélago Juan Fernández.*
- e) La Ley N°20.644, que crea una Disposición Transitoria 26, en cuya virtud se establece un mecanismo transitorio para la elección de los gobernadores regionales y realiza adecuaciones a varios cuerpos legales.*
- f) Por último, la Ley N°20.990, que crea una Disposición Transitoria 28, en cuya virtud fija reglas para la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional.*

A las reformas constitucionales antes señaladas, se deben agregar las leyes de reforma a la ley orgánica constitucional N°19.175 sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, como son:

- a) La Ley N°21.073, de 22 de febrero de 2018, sobre Elección de Gobernadores Regionales y que adecua y modifica diversos cuerpos legales.*
- b) Finalmente, se dicta seguidamente una norma del mayor interés, la Ley N°21.074, de 15 de febrero de 2018, sobre Fortalecimiento de la Regionalización del país.*

El nuevo Estado regional debe reconocer en la región el motor de desarrollo y un centro de decisiones administrativas que se funde en el principio democrático. Sin duda, constituyen avances importantes la elección directa de los consejos regionales por la ciudadanía regional y la inminente aplicación de la elección directa del gobernador regional que preside el gobierno regional, como máxima autoridad administrativa de la región; quedando reservado a los delegados regionales presidenciales y delegados provinciales presidenciales la función de gobierno en la región y provincias, conservando el carácter de agentes naturales y directos del Presidente de la República en el territorio.

Esta profundización de la democracia regional se ha visto limitada por el insuficiente proceso transferencia de competencias que, en absoluto, sugiere la idea de descentralización en los propios términos descritos por la actual Constitución de 1980 en su artículo 3º y artículo 65, inciso cuarto numeral 2º. Por ello, sostener que el actual régimen de transferencia de competencias es una acción descentralizadora es, por lo menos, desconocer la legalidad de dicha técnica y, en consecuencia, forzar los términos de una realidad inexistente.

En este contexto la única descentralización que ha operado de modo significativo es la creación del órgano gobernador regional y la única experiencia de autonomía política para la población regional es el ejercicio del derecho de sufragio para la elección de las autoridades de naturaleza electiva, debiendo tolerarse la presencia de órganos de la Administración Pública con bajos niveles de legitimidad democrática.

Cabe señalar que Estado regional supone la máxima transferencia de las funciones y potestades administrativas al Gobierno Regional. Es indispensable en Chile consagrar una nueva distribución territorial del poder político, que profundice el proceso de regionalización y que concrete la anhelada descentralización administrativa del país, instaurando un auténtico e inconfundible Estado regional.

Para concretar lo anterior, es indispensable separar las funciones de Gobierno-Administración en la región, quedando el delegado presidencial regional circunscrito, exclusivamente, al campo gubernativo, eliminado la delegación provincial del Gobierno y conferir al gobierno regional un abanico de funciones y potestades administrativas ordenadas al desarrollo y participación regional, resultando de primer orden consagrar la hacienda regional que permita concretar las políticas públicas regional; así como también los principios de solidaridad territorial entre las distintas regiones que se expresen en mecanismos de compensación financiera que aseguren el desarrollo equitativo de todos los habitantes de la república.

Y tratándose del Consejo Regional un efectivo Estado regional debe dar paso a la transformación de éste en una asamblea regional dotada de potestades normativas, resguardando su debida armonización de las políticas y planes nacionales, que admitan un grado de descentralización política compatible con esta forma de Estado.

El Estado regional deberá conferirles encaje a los territorios de pueblos indígenas en conformidad con la ley.

En definitiva, un Estado regional, como una forma intermedia entre el Estado unitario y el Estado federal, supone un máximo de transferencia de potestades administrativas al Gobierno Regional y que aborde la regionalización como un proceso, que posea áreas metropolitanas efectivas y mitigue los efectos de las “mega” regiones¹⁷.

IV. Conclusiones

La reforma constitucional de 2017 sumariamente abordada, se produce en el contexto de un empeño del segundo gobierno de Bachelet en orden a instalar una nueva Constitución, empeño malogrado en el cuatrienio (2014-2018). Precisamente este empeño es un flanco crítico también: por qué discutir separadamente la forma jurídica de Estado de otros cambios tan sustanciales como el perfeccionamiento de la forma política estatal: la república democrática y de la forma jurídico-política de un Estado social y democrático de Derecho.

Sin embargo, este flanco crítico prescinde de la realidad: la descentralización y más democracia a nivel regional no pueden esperar; como esperó el constituyente de 1925 la creación de las “*asambleas provinciales*”. La larga espera en materia de forma jurídica del Estado, que supone el centralismo, es fruto del anotado “peso del pasado”, que se proyecta en la teoría constitucional como un verdadero paradigma conceptual que García Pelayo explicitó en el esquema trinitario: Constitución racional normativa, Constitución sociológica y Constitución histórica-tradicional¹⁸. El concepto histórico tradicional es conservador (o reaccionario): mira al pasado como si fuese un “*orden inmutable*” y de allí su conexión ideológica con el historicismo; se resiste a la idea de un plan racional propio del liberalismo del siglo XVIII y XIX o del socialismo del siglo XX. En este orden, el Estado unitario es postulado como la única forma de organización territorial del poder, dado que el pasado institucional la valida como la única posible o deseable; es parte de la Constitución histórica y de la Constitución material.

¹⁷ Zúñiga Urbina, Francisco y Peroti Díaz, Felipe (coordinadores): “*Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista*”, 2020, y en este punto en particular, aporte del profesor Rodrigo Pérez Licisic.

¹⁸ García Pelayo Manuel: “*Derecho Constitucional Comparado*”, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 41-45.

La amarga lección para el sistema democrático, como es la decreciente participación política del pueblo en los procesos electorales es demostrativo de ello. La suerte de *"fatiga o desinterés electoral"* que hoy nos aqueja se corrige (más allá del debate acerca de la obligatoriedad del derecho de sufragio) abriendo las instituciones a la participación del pueblo y restableciendo el sufragio universal obligatorio; expresión cabal de la *"sala de máquinas"* (Gargarella) del Estado¹⁹.

De esta manera, conecta el nuevo reparto del poder político en el territorio de un Estado regional con el sistema de derechos. Se materializa el deber o mandato dirigido a los órganos del Estado en orden a respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su progresividad, expansividad y óptima realización posible, lo que unido a la descentralización permitirá mayor igualdad y mejores oportunidades para las regiones.

Asimismo, un Estado *"democrático"* debe asegurar también los derechos políticos: sufragio universal, asociación política, protección del Estado a los nacionales, nacionalidad, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición a la autoridad y el derecho de reunión y manifestación; el derecho a la participación política y social, como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas.

Ahora bien, una y otra definición (que el Estado sea tanto social como democrático) no significan mucho si la vigencia efectiva de los derechos y las oportunidades para participar tanto de la vida política como económica de la nación están determinadas por el lugar en que una persona nazca o resida. Por eso, la nueva Constitución debe reconocer el derecho de todos los habitantes de la República a tener oportunidades equivalentes de participar en las decisiones democráticas locales, regionales y nacionales y, a la vez, de beneficiarse del desarrollo económico.

Para que esa última definición sea efectiva, el diseño institucional que se haga a nivel local, regional y nacional en la nueva Constitución debe contemplar

¹⁹ Gargarella, Roberto: *"La sala de máquinas de la Constitución"*: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Katz editores, Buenos Aires, 2014.

los equilibrios adecuados, que permitan la capacidad del Estado nacional para cumplir con sus funciones propias, pero que también asegure una eficiente y eficaz actividad pública de municipalidades y gobiernos regionales.

En ese sentido, la agenda de descentralización del segundo gobierno de Bachelet ha avanzado; y hoy se evalúan de manera positiva las nuevas reglas que dispone la Ley N°20.990 consistente en la creación del órgano del gobernador regional como autoridad electa.

Lo anterior no excluye la revisión del reparto territorial del poder político estatal en el marco de una nueva Constitución, de suerte de acoplar correctamente las piezas de la máquina estatal; es decir las decisiones fundamentales (bases de la institucionalidad) relativas al Estado, la economía, la sociedad y las personas con el arreglo institucional que Chile finalmente asuma.

Tampoco excluye lo dicho en el debate acerca de la “provincialización” del proceso de regionalización; que parece dar cuenta de una realidad identitaria en lo territorial, político, económico y cultural de raíz histórica. Es el peso de las 25 provincias que Chile tenía y que se remonta a las ocho provincias de los orígenes de la república. La “provincialización” nos obligará a debatir acerca de “macro-regiones”; que conjure un nuevo-viejo riesgo para el Estado regional como es la “mega-región”²⁰.

Por último, un Estado regional en el debate de nueva Constitución debería hacerse cargo de una distribución territorial del poder, en sus funciones políticas y administrativas; eliminando o racionalizando la supervivencia de los “prefectos” (delegados presidenciales regionales y provinciales), e instalando en el gobierno regional una “Asamblea Regional” con potestad legislativa, y reforzando a través de este órgano el control político del gobierno regional.

Finalmente, en el marco de la nueva Constitución se debe abordar primero el encaje de territorios indígenas en las regiones del país, y la composición de conflictos o “cuestiones de competencia” que pudieran suscitarse entre autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales; que pudiera reforzar la competencia de “tribunal de conflictos” de un nuevo Tribunal o Corte Constitucional.

²⁰ Véase Boiser, S. “Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente”, Revista Eure, Vol. XXX, n°90, Santiago, 2004, p. 27-40.



Agua, Medio Ambiente y nueva Constitución

“En el sur hay sequía, en el norte la minería destruye glaciares, se arrasa con los humedales, no se protegen los océanos, se incentiva la explotación de recursos naturales, hay saqueo de aguas, sobre explotación de salmones, de protección de la biodiversidad y persisten las zonas de sacrificio.

Los conflictos socio ambientales tienen un evidente incremento en nuestro país y nuestra constitución actual no ayuda al proceso de solucionarlos sino que al contrario, exagera estos conflictos en los distintos territorios.

Mayor democracia ambiental, el derecho a un medio ambiente sano, la función ecológica de la propiedad y la consagración del derecho humano al agua y su dominio público, son algunos de los temas que ya han entrado al debate.

La oportunidad es única y las reglas que se definirán regirán para las futuras generaciones.

Alfonso De Urresti Longton
Senador



Tatiana Celume Byrne

Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución Consideraciones Constitucionales del Agua

Tatiana Celume Byrne¹

¿Qué cuestiones relativas al agua se contienen hoy en el texto constitucional?
¿Por qué es importante considerar a las aguas en la Constitución Política? ¿Qué elementos debiera tener una constitucionalización del agua?

1. Contexto constitucional de las aguas

Creemos que este recurso natural ha sido un olvidado en la Constitución Política. Tal vez, porque su previa consideración legal (en el Código Civil, que data de 1855) y su amplio desarrollo lo dejó relegado en aquella órbita.

El agua es un bien nacional de uso público pero esa declaración, que en sí es bastante contundente, en el ordenamiento actual, carece de un verdadero contenido². Hoy, la Constitución no contiene ninguna declaración afirmando ni el carácter público de las aguas ni su connotación de bien nacional de uso público³. Por este motivo, no son explícitos cuáles serían los lineamientos

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Regulación Económica y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Docente investigadora de la Universidad San Sebastián, Sede Bellavista. Investigadora principal del Fondecyt N°11180644.

² Para Celume Byrne (2015, p. 39) [] el Código de Aguas vigente, no admite consideraciones para la sustentabilidad de los acuíferos -evitando el sobreotorgamiento de derechos y su consecuente sobreexplotación-; tampoco vela por asegurar el acceso al recurso para el consumo humano; prescinde de reglas para promover el uso múltiple de las aguas -olvidando la función ecosistémica del recurso-; condiciona la actuación de la Administración para intervenir en épocas de sequía; se sustrae en lo que atañe a la creación de incentivos para reutilizar las aguas; y se aparta de sentar las bases para una planificación integrada del recurso hídrico a nivel de cuenca.

³ Hay algunos autores, como Montt Oyarzún (2009) que sostienen que existiría un verdadero vínculo dominical entre el Estado y los bienes nacionales de uso público.

que tal declaración envuelve y sólo queda asumir que las aguas han sido publicadas por los intereses generales de la nación. Ahora bien, si se revisa la legislación para extraer, a partir de ella, cuáles son los fundamentos de por qué las aguas no están en el tráfico jurídico privado, se puede llegar a la conclusión de que bajo el marco jurídico constitucional y legal de los años '80, se pretendió que fuera el mercado el único sujeto con competencias en la reasignación del recurso⁴. La Administración quedó relegada a un papel secundario como un mero asignador de derechos de aprovechamiento sin cortapisas en su otorgamiento, salvo el cumplimiento básico de condiciones formales en la presentación y de requisitos de fondo como la disponibilidad jurídica (y no material) del recurso⁵.

Cualquier consideración ambiental o de conservación y protección del recurso no tuvo cabida en la concepción original del estatuto constitucional y legal de las aguas, sin perjuicio de que la Constitución, originariamente, contemplara el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En el texto constitucional vigente se ha privilegiado amparar o proteger el derecho de aprovechamiento que recae sobre las aguas. Ha existido por parte del constituyente un excesivo temor de ver este derecho afectado por la regulación administrativa. No olvidemos que, fruto de la Reforma Agraria, el derecho de aprovechamiento quedó sometido a una tasa de uso racional y beneficioso⁶. Según señala Celume Byrne (2013, p. 73) "*Las modificaciones de la Ley N°16.640 no tuvieron por objeto sanear un vicio de la legislación anterior, sino a ofrecer una intervención administrativa más exacerbada e intensa*".

A partir de 1980, se somete al derecho de aprovechamiento al estatuto de la propiedad resguardada constitucionalmente. Según dispone el artículo 19

⁴ Para Celume Byrne (2013, p. 191) [] la finalidad de la afectación [del recurso] es el respeto a la polifuncionalidad de las aguas y, para sus aprovechamientos extractivos, la asignación eficiente del recurso hídrico. De este modo, podremos justificar la creación de los mecanismos legales tendientes a la formación de un mercado de aguas en Chile, o mejor dicho, de un mercado de derechos de aprovechamiento".

⁵ Hay autores como Vergara Blanco (2015, p. 155) que sólo pretenden restringir o limitar la actuación de la Dirección General de Aguas y señalan que "*su misión es construir derechos de aguas*"

⁶ Por su parte, Bauer (2002, p. 67) señala que "*El Código de Aguas tenía dos metas principales: facilitar la redistribución de tierras y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua. Para lograr estas metas el Código favorecía una intervención estatal más fuerte en vez de la iniciativa privada*".

Nº24, inciso final de la Constitución: “*Los derechos de los particulares, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Esta subsunción, se tradujo en una reserva legal que, implicó lo siguiente:

- a) Sólo la ley puede determinar el modo de adquirir los derechos de aprovechamiento de aguas, artículo 19 Nº24, inciso 2º. Hoy coexisten, paralelamente modos de adquirir administrativos regulados y modos de adquirir que provienen del reconocimiento o de regularizaciones judiciales. Lo anterior ha contribuido a generar incerteza jurídica y, en sus efectos prácticos, ha conducido a un sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento en zonas muy sensibles a la sequía⁷;
- b) Los atributos, las modalidades, la duración y el contenido de los derechos de aprovechamiento, sólo pueden ser determinados por la ley, de conformidad al artículo 19 Nº24, inciso 2. La ley ha creado un sistema de “remates” (subasta) para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento cuando existen dos o más solicitudes en un mismo lugar y en un tiempo determinado. Ello, ha generado que no se priorice ni el consumo humano ni el saneamiento en el otorgamiento de derechos;
- c) Según dispone el artículo 19 Nº24, inciso 2, cualquier limitación al derecho de aprovechamiento u obligación impuesta a su ejercicio, debe ser hecha por la ley y en consideración a la función social de la propiedad. Esto último significa que las restricciones sólo pueden basarse en los intereses generales de la nación, la utilidad y salubridad pública, la seguridad nacional o la conservación del patrimonio ambiental. Actualmente, la ley no contempla ninguna causal de caducidad o de extinción de los derechos de aprovechamiento. Estos son otorgados indefinidamente a su titular y tampoco están sujetos a restricciones en su tenencia, como podría ser el

⁷ Encontramos una opinión contraria en Rivera Bravo (2013, p. 205), que dispone que es necesario ajustar o adaptar los derechos preexistentes, con la finalidad de: “a) conciliar todos los derechos de aprovechamiento que coexisten tras el cambio normativo del año 1981 [], y b) unificar el marco jurídico aplicable a dichos derechos, de manera que puedan ser íntegramente regidos por las prescripciones del Código de 1981”. Discrepamos de esta autora y creemos que las disposiciones transitorias que regularizan, fijan, ajustan o determinan estos usos debieran haber tenido un plazo para efectuar el acomodo. Ya han transcurrido más de cuarenta años desde la entrada en vigencia del Código de 1981 y estos procedimientos sólo han servido para causar incertidumbre jurídica, sobre otorgamiento de derechos y la sobreexplotación de acuíferos.

establecimiento de una tarifa por su tenencia. Hoy sólo están gravados por una patente por no uso, la que ha demostrado ser ineficaz y muy gravosa para la Administración⁸;

- d) Cualquier privación o expropiación de los derechos de aprovechamiento (o una parte de ellos o de sus facultades o atributos) sólo podrá hacerse por una ley, general o especial, que autorice la expropiación por causal de utilidad pública o de interés nacional, previamente calificada por el legislador. Ello, según lo dispone el artículo 19 N°24, inciso 3. Lo anterior, con la finalidad de mantener un equilibrio entre los intereses de los particulares y las necesidades públicas que deben ser satisfechas por el Estado. Si bien la Constitución permite la expropiación, en Chile, desde la vigencia de la Carta Fundamental de 1980, nunca se ha expropiado un derecho de aprovechamiento.
- e) La Constitución sólo permite al legislador el establecimiento de restricciones especiales al ejercicio del derecho de propiedad fundadas en la protección al medio ambiente, según o dispone el artículo 19 N°8, inciso 2°. Por ello, la protección de las fuentes de aguas, es bastante limitado y la ley sólo contempla la existencia de un caudal mínimo ecológico el cual se aplica a los derechos de aprovechamiento constituidos a partir del año 2005¹⁰.
- f) Los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas están garantizados con el ejercicio de la acción de protección constitucional que ampara al derecho de propiedad. Por este motivo, no pueden ser amenazados ni perturbados o privados del libre ejercicio de su derecho. Esta acción, contemplada en el artículo 20 de la Constitución, puede ser ejercida en contra de cualquier persona o autoridad y persigue el restablecimiento del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

⁸ Para un análisis de la patente por no uso de las aguas, su implementación, la determinación de sus costos y los efectos que ha tenido, ver Meza Suárez (2014)

⁹ Para saber más sobre esta materia, se recomienda leer la obra de Guzmán Rosen (2010)

¹⁰ La figura del caudal ecológico ha sido duramente criticada por la doctrina. A saber, Boettiger Phillips (2013) señala que produce una desigualdad entre los usuarios, que se puede constituir de manera duplicada con el caudal ambiental, que existe una doble revisión administrativa por parte del SEIA y de la DGA y que genera inconvenientes como carga en la organización de usuarios.

- g) Cualquier regulación legal al derecho de aprovechamiento no podrá afectar su contenido esencial ni podrá establecer limitaciones, gravámenes o restricciones que impidan su libre ejercicio, de conformidad a la cláusula constitucional, contenida en el artículo 19 N°26.

2. La importancia de relevar la protección constitucional de las aguas

Como señala Zúñiga (2005, p. 1): *“El tema «Constitución y Dominio Público» guarda estrecha relación con un viejo tema de la Teoría del Estado y las doctrinas relativas al vínculo jurídico que el Estado tiene con uno de sus elementos esenciales, el territorio o espacio”*. Uno de aquellos elementos esenciales está constituido por el agua. Las fuentes naturales de abastecimiento son el espacio de las aguas territoriales. La Constitución no solamente debe consagrar en su texto qué vínculo tiene el Estado con el agua (como el dominical que contempla en el caso de la propiedad minera), sino que debe establecer cuáles son los lineamientos y los objetivos de dicha declaración.

La connotación pública de las aguas conviene trazarla desde su concepción constitucional. No debieran existir dudas en cuanto a la naturaleza pública de las aguas. La duda persiste en qué implicancias ello tiene. Ya es un hecho que las aguas constituyen bienes nacionales de uso público¹¹. Sin embargo, es relevante considerar qué papel tiene el Estado en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento y en su reasignación; qué consideraciones medioambientales tiene el recurso hídrico; cuál es la función social que cumplen las aguas y, por lo tanto, cuáles son los límites o restricciones que tienen sus usuarios.

Tanto la Constitución de 1925 como la de 1980 constituyen textos neutrales que se limitaron a relegar al legislador todo el estatuto de los aprovechamientos particulares sobre las aguas. Ello ha trascendido en que no han existido lineamientos claros en cómo debe el Estado planificar las aguas. Depende del ánimo cambiante del legislador si se opta por un modelo neoliberal en la reasignación de derechos (como ocurrió en los años 80`) o de un modelo interventor del recurso (como ocurrió a fines de los años 60`).

¹¹ Para un estudio acerca de las connotaciones de los bienes nacionales de uso público, véase Cordero Quinzacara, Eduardo (2019)

Tanto la concepción como la realidad del recurso hídrico ha cambiado. Si antes las propuestas se dirigían a un recurso abundante en cuantía, hoy las preocupaciones giran en torno a su escasez relativa y a la consideración de una sequía permanente que azota el territorio. Si hasta ayer, el objetivo del legislador era la certeza jurídica y la construcción de obras privadas para fomentar la economía, hoy existen grandes preocupaciones en torno al reparto equitativo de las aguas a los sectores vulnerables de la población y al mantenimiento de un equilibrio ecológico en el uso de las aguas.

3. Qué consideraciones debe tener un nuevo texto constitucional en materia de aguas.

- a) Conceptualización Régimen Público de las Aguas: bien nacional de uso público o bien de dominio público

Una primera cuestión a despejar es que la Constitución debe pronunciarse respecto al régimen público de las aguas. Si bien las aguas son bienes nacionales de uso público, el constituyente puede legítimamente discutir la posibilidad de estatizar el recurso hídrico. Una propiedad estatal del recurso no necesariamente solucionaría todas las omisiones que la actual regulación contiene. Además, estatizar las aguas, inevitablemente, nos conduciría a discutir la necesidad o no de indemnizar a los actuales titulares de los derechos de aprovechamiento. Experiencias en torno a esta última opción existen tanto a nivel nacional (como ocurrió con la nacionalización del cobre), como internacional (como es el caso de las aguas en Australia)¹². Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la tradición chilena que, arranca desde los albores de la revolución francesa, ha considerado las aguas como bienes nacionales de uso público y dicha connotación es tan amplia que puede proporcionar enormes ventajas al constituyente al momento de hacer los lineamientos sobre su uso y aprovechamiento.

¹² Para Vergara Blanco (2018, p. 237) la reforma constitucional en materia minera no cambió el estado anterior de las cosas, sólo constituyó una reafirmación. De esta forma, a su juicio, “Si bien esta reforma constitucional tuvo otras consecuencias políticas no del todo correctas a la luz de los principios del derecho, por haber incluido expropiaciones que no se indemnizaron siempre, [] su contenido jurídico se presentaba como el mismo que históricamente había detentado el Estado frente a las minas []”. La experiencia australiana es completamente distinta a la situación chilena. Sin perjuicio de ello, se realizaron expropiaciones y se indemnizaron a los usuarios. Para más información, consultar “The Australian Water Reform Journey”, disponible en: <https://waterpartnership.org.au/wp-content/uploads/2016/08/AWN-Australian-Water-Reform-Journey.pdf>

b) Priorización del consumo humano (Derecho humano al agua y al saneamiento)

El derecho humano al agua y al saneamiento constituye la reivindicación más importante en materia constitucional del agua. Esta declaración no está contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles (1966). Sin embargo, puede desprenderse de:

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (1979), que establece la necesidad de contar con condiciones de vida adecuadas, especialmente en vivienda, servicios sanitarios, electricidad, abastecimiento de agua potable, transporte y comunicaciones.

La Convención sobre Derechos del Niño (1989): que proclama el disfrute al más alto nivel posible de salud.

La Convención sobre derechos de personas con discapacidad (2006): que se refiere al derecho al acceso con igualdad a los servicios de agua potable.

El reconocimiento del Derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos lo encontramos en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N°64/292 de 2010 cuyo antecedente es la Observación General N°15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002)¹³. Ninguna de estas resoluciones tiene valor jurídico vinculante. Como señala Salinas Arcega (2006, p. 101), “[] un buen número de los textos internacionales antes citados son, en realidad, Declaraciones carentes de obligatoriedad jurídicas, por lo que las menciones que en ellas se hacen al acceso al agua no conllevarían ninguna obligación para los Estados”. Se requiere una convención internacional o la inclusión en el derecho interno del Estado para hacerla eficaz. Ahora bien, no basta el sólo reconocimiento constitucional como derecho fundamental, sino que se debe garantizar el desarrollo de la legislación que determina su contenido, sentido y alcance, junto con los recursos administrativos y jurisdiccionales para su efectividad (y sancionar su violación).

¹³ Para un estudio acabado sobre la evolución del derecho al agua desde una visión histórica al reciente derecho español, ver Embid (2006)

La Constitución debe crear y fortalecer este derecho creando una priorización para el consumo humano y el saneamiento en la asignación, en la reasignación y en la limitación de los derechos de aprovechamiento. Además, debe garantizar este derecho por medio de acciones constitucionales de tutela efectiva, como lo es el recurso (o acción) de protección.

Creemos que especial mención merece el agua potable rural. Los servicios sanitarios rurales constituyen la empresa sanitaria más grande del país. Es necesario que la Constitución fomente el modelo cooperativo en el abastecimiento del agua potable rural.

c) Respeto y protección a los usos ancestrales y ecológicos del recurso (principio de la polifuncionalidad del agua)

La actual consideración del uso y aprovechamiento de las aguas tiene una clara connotación extractiva. El derecho de aprovechamiento está concebido para su “uso” y “goce” y no deja espacio para que un titular haga un uso no extractivo de las aguas ya que se expone a sanciones. Justamente, la modificación al Código de Aguas del año 2005 sanciona con la aplicación de una patente por no uso de las aguas a aquel usuario que desee darle un uso no extractivo o ecológico¹⁴. Por su parte y, sólo por excepción, se ha dispuesto que no se constituirán nuevos derechos en aquellos acuíferos que alimenten vegas y bofedales en la zona norte del país¹⁵. Sin embargo, esta delimitación de acuíferos, no los ha convertido en sectores no extractivos de aguas¹⁶.

La Constitución debe establecer la posibilidad de que el legislador determine reservas de aguas con fines ecológicos y/o ancestrales. Hay ciertas porciones de aguas que debieran quedar sustraídas de la posibilidad de ser otorgadas a particulares puesto que su objetivo de conservación invade y agota completamente la calificación pública de las aguas. Dichas reservas deben estar fundadas en la no extracción para proteger el uso ecológico (de restauración de las fuentes) y ancestral (para el uso tradicional de nuestros pueblos originarios).

¹⁴ Ley N°20.017/2005

¹⁵ Artículo 63, inciso segundo, del Código de Aguas.

¹⁶ Para Celume Byrne (2020) estas delimitaciones podrían dar origen a la creación de derechos ecológicos, fundados en el deber estatal de preservación de la naturaleza.

- d) Establecimiento de un sistema tarifario para el amparo del agua (régimen económico y financiero)

Los derechos de aprovechamiento no sólo se otorgan de manera gratuita, sino que también se mantienen sin que su titular deba pagar una tarifa por su tenencia. El establecimiento de la tarifa se discutió a propósito de la dictación del Código de Aguas de 1981. Según Bauer (1960, pp. 74-75) “*El impuesto anual sería un incentivo adicional a vender las aguas sin uso o excedentes, para rebajar de este modo la carga tributaria*”. Sin embargo, no fue posible implementarse debido a la oposición que encontró en los poderes fácticos que representaban los sectores conservadores de la sociedad quienes aludieron que el agua se pagaba en el impuesto territorial.

Quien tiene un derecho, tiene un deber. La Constitución debe ordenar que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas están sometidos al pago de una tarifa anual, la que determinará el legislador a partir del costo fiscal del agua. De implementarse esta medida, esta actuaría como un instrumento disuasivo en el acaparamiento ocioso y en la especulación de los derechos de aprovechamiento de aguas en la medida en que el gravamen se asemeje al costo del agua. Además, el Estado podrá planificar el uso de las aguas asignando gravámenes diferenciados a los distintos usos de las aguas¹⁷.

La Constitución deberá ordenar que aquellos usos de las aguas que se refieran al consumo humano y al saneamiento de los servicios sanitarios rurales y a los usos ancestrales y ecológicos, queden exentos del pago de la tarifa.

- e) Establecimiento de fines específicos, temporalidad, limitaciones al ejercicio, caducidades y extinciones del DAA (principio de uso razonable)

El derecho de aprovechamiento se otorga hoy contra disponibilidad y siempre que no exista perjuicio de terceros. Una vez constituido, este derecho puede ser utilizado para cualquier uso, puede ser libremente transferido y está concebido como una prerrogativa indefinida en el tiempo, es decir, perpetuo. De este modo, el derecho de aprovechamiento es un *commodity* que puede ser

¹⁷ Para ver la necesidad de incorporar un precio del agua equivalente a su costo, ver Embid Irujo (1996). Para ver la internalización de los costos ambientales en el costo del agua, ver Martín Mateo (1996). Para conocer acerca de las implicancias de un régimen económico financiero del agua en un mercado del agua, ver Menéndez Rexach (1996).

libremente transado y que bajo la órbita conceptual económica constituye un derecho de propiedad perfecto¹⁸. Actualmente, y bajo la propietarioización del derecho de aprovechamiento, éste se plasma como una titularidad absoluta, exclusiva y perpetua.

La Constitución, en su tarea de determinar el contenido público de las aguas, debe determinar el sentido y alcance que deben tener los derechos de aprovechamiento de aguas. La limitación temporal y condicional de los derechos debe estar mandatada constitucionalmente por el hecho de regular el carácter público de las aguas y no reafirmar el carácter patrimonial del derecho de aprovechamiento. En otras palabras, la Constitución debe “*proteger*” el régimen público de las aguas y delimitar o darle un contorno delimitado, tanto temporal como espacial, a los derechos de aprovechamiento.

En este sentido, la Constitución podrá ordenarle al legislador que fije un plazo de duración de los derechos de aprovechamiento y que les fije limitaciones a éstos en cuanto a la disponibilidad como en cuanto a la sustentabilidad de las aguas. Otras limitaciones que pueden tener los derechos de aprovechamiento tendrán relación con la priorización para el consumo humano y el saneamiento y con la protección de espacios protegidos por la biodiversidad.

f) Planificación uso cuencas (principios participativo y solidario)

Chile tiene más de cien cuencas demográficas las cuales están demarcadas por ríos cortos y torrentosos que corren de oriente a poniente¹⁹. Sin perjuicio de ello, es necesario contar con una institucionalidad que pueda planificar el desarrollo del recurso tanto a nivel nacional como local. La planificación de las aguas debe referirse a una administración público-privada que nazca de las demandas del territorio. Se trata de concebir una administración descentralizada que pueda atender a los requerimientos locales a la vez que cumplir con los lineamientos públicos generales a nivel país.

Hoy, el Estado tiene muy pocas atribuciones. Su intervención es bastante escasa y está relegada a las épocas de sequía extrema.

En la nueva planificación, mandatada por la Constitución, deben quedar in-

¹⁸ Ver Celume Byrne (2013)

¹⁹ Ver Atlas del Agua

corporados los distintos usuarios de las aguas (tanto productivos como no extractivos) y los distintos usos que de ellas se hagan. El Estado tiene que hacer primar la priorización de las aguas para el consumo humano y el saneamiento y generar todos los instrumentos necesarios para garantizarlo. Asimismo, corresponderá al Estado otorgarles preferencia a aquellos usos, tales como los ecológicos o ancestrales, que deben quedar protegidos. En este sentido cobra importancia el régimen económico financiero de las aguas ya que el Estado, a través suyo, podrá ir generando incentivos para que estos usos prefieran a otros de carácter extractivo.

g) Concebir nuevos usos del agua: AST y desaladas (principio de la unidad hidrológica)

Uno de los principios más relevantes que reclama la constitucionalización de las aguas es el principio de la unidad hidrológica. Hoy, existe un estatuto casi diferenciado entre las aguas superficiales y las subterráneas lo que ha conducido a que la sobreexplotación de las primeras, haya mermado a las segundas. La Constitución debe consagrar el principio de la unidad hidrológica, actualmente, denominado principio de la unidad de la corriente²⁰.

Atendidas las nuevas tecnologías, hoy se pueden depurar las aguas servidas bajo los estándares que determina la ley. Se crea de este modo una nueva fuente alternativa de aguas. Sin embargo, se ha generado una gran discusión en torno a quién es el propietario de las aguas servidas tratadas (AST). Hay algunos autores que abogan por que dichas aguas sean de propiedad de los prestadores de servicios sanitarios. Por otro lado, podría estimarse que dichas aguas pertenecen a los usuarios que han pagado la tarifa por el servicio sanitario. Creemos que, esa discusión hoy debiera zanjarse por medio de la constitucionalización del principio de la unidad hidrológica: las aguas son hoy de la cuenca que las produce. No parece racional ni obvio que los particulares que han participado en el ciclo sanitario de las aguas se las apropien por ese sólo hecho como si de un modo de adquirir se tratase²¹.

²⁰ Este principio parece sólo recoger la unidad de las aguas superficiales, por este motivo sugerimos el de la unidad hidrológica.

²¹ Este tema ha sido tratado por Celume y Dasencich (2021), en especial referencia a las AST provenientes del Gran Santiago y su tránsito hacia las sub cuencas de San Antonio. El artículo propone que bajo el modelo que informa el principio de la unidad hidrológica estas aguas permanezcan en la cuenca de Santiago ya que no serían de propiedad de las empresas prestadoras de servicios sanitarios.

4. Conclusiones.

Según Guastini (2013, p. 24) “Para la filosofía política, el término “Constitución” es comúnmente utilizados, en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal (o, si se quiere, liberal-garantista); un ordenamiento en que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político”. En otras palabras, una Constitución liberal, estrictamente, constituye un texto concebido para limitar el poder y para garantizar los derechos de las personas. Pretender que regule cada uno de los espacios de la vida no sólo es poco productivo sino que innecesario. En cuando al agua, ocurre lo mismo. Creemos que la Constitución debe hacer un esfuerzo por cautelar el régimen público de las aguas y que, para ello, deberá las limitaciones, condiciones y restricciones a los derechos de aprovechamiento. A su vez, deberá fijar los lineamientos necesarios para proveer a una efectiva protección y conservación del recurso hídrico, reconociendo los usos ecológicos y ancestrales de las aguas. Una deuda que tenemos como país es reconocerle un verdadero y efectivo derecho al acceso a las aguas a los pueblos originarios.

Una tarea insoslayable de la Constitución es reconocer el derecho humano al agua y al saneamiento, estableciendo una priorización y adecuaciones específicas en torno a los servicios sanitarios rurales.

Disponer hoy de un derecho para usar y gozar de las aguas, constituye un verdadero privilegio y deberá existir un régimen económico financiero para efectos de ponerle coto al acaparamiento ocioso y a la especulación de las aguas.

Por último, la Constitución debe incorporar el principio de la unidad hidrológica. Lo anterior no sólo por el hecho de que existen nuevas fuentes alternativas de aguas, como las provenientes de la desalación o de las aguas servidas tratadas, sino que también por la consideración de las aguas en otros estados (como los glaciares).

Bibliografía:

Bauer, Carl J. (1960): *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado de Chile*, Ediciones Terram, Santiago, 207 pp.

Boettiger Philipps, Camila (2013): Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos, en *Actas de Derecho de Aguas*, N°3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 1- 12

Celume Byrne (2020): Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua, en *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*; María del Pilar García Pachón (editora), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 489 pp.

(2015): Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno y desafíos pendientes, en *Actas de Derecho de Aguas*, N°5, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 39- 50

(2013): *Régimen Público de las Aguas*, Thomson Reuters, Santiago, 390 pp.

Celume y Dasencich (2021): Aguas residuales del Gran Santiago: historia, naturaleza y perspectivas, en *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales. Derivadas jurídicas, económicas y territoriales*; Beatriz Setuáin Mendía (directora), Aranzadi, Navarra, 321 pp.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2019): *Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales. Bases para la reconstrucción de una teoría de los bienes públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 186 pp.

Dirección General de Aguas (2016): *Atlas del Agua*, disponible en: <https://dga.mop.gob.cl/DGA-Documentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf>

Embid Irujo, Antonio (2006): El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas, en *Derecho al Agua*; Antonio Embid [director], Aranzadi, Navarra, 316 pp.

(1996): *Condicionamientos jurídicos de una política de precio del agua*, en *Precios y Mercados del Agua*; Antonio Embid (coordinador), Civitas, Madrid, 339 pp.

Guastini, Riccardo (2013): *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, Coyoacán, Ciudad de México, 272 pp.

Martín Mateo, Ramón (1996): *Precios del agua y política ambiental*, en *Precios y Mercados del Agua*; Antonio Embid (coordinador), Civitas, Madrid, 339 pp.

Menéndez Rexach, Ángel (1996): Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español, en *Precios y Mercados del Agua*; Antonio Embid (coordinador), Civitas, Madrid, 339 pp.

Meza Suárez, Catalina (2014): Aplicación de la patente por no uso de las aguas en Chile, en *Actas de Derecho de Aguas*, N°4, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 49- 64

Montt Oyarzún, Santiago (2009): *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Legal Publishing, Santiago, 421 pp.

Rivera Bravo, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*, Thomson Reuters, Santiago, 445 pp.

Salinas Arcega, Sergio (2006): El derecho al agua como Derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados, en Derecho al Agua; Antonio Embid [director], Aranzadi, Navarra, 316 pp.

Vergara Blanco, Alejandro (2015): Crisis institucional del agua. Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 225 pp.

(1992): Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 433 pp.

Zúñiga Urbina, Francisco (2005): Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. *Ius et Praxis*, 11(2), 65-101



Alberto Coddou Mc Manus

El momento constitucional y el cambio climático

Alberto Coddou Mc Manus¹

I. ¿Cómo afecta la regulación de las aguas y el medio ambiente a la vida cotidiana de la ciudadanía?

La respuesta a esta pregunta depende de una cuestión compleja, que supone vincular los grandes procesos institucionales con las experiencias, las trayectorias y las subjetividades de las personas y sus comunidades. Esta cuestión, a su vez, ha estado en el centro de las actuales crisis ambientales, que sólo se pueden experimentar por paradojas que los números por sí mismos son incapaces de explicar. ¿Cómo entender, por ejemplo, los efectos de un cambio climático que sucede lenta y gradualmente, de maneras casi imperceptibles? Para empezar a abordar estos fenómenos, intelectuales como Timothy Morton sugieren tratar problemas como el del cambio climático a partir del concepto de ‘hiperobjeto’, es decir, objetos tan extensos en el tiempo y el espacio que son imposibles de señalar o detectar directamente.² En nuestra vida cotidiana, fenómenos como el del cambio climático suelen ser experimentados por una información abrumadora sobre efectos que sucederán en 100, 1.000 o 10.000 años, por islas que se hundan en la mitad del océano pacífico, o por un animal exótico que se encuentra en peligro de extinción por problemas relativos al derretimiento de los hielos. Y en ese mismo registro, seguimos con nuestra vidas, tan materiales y tangibles como las compras, el microondas, las deudas, la basura y el auto. Esas escalas, tan distintas en magnitud e intensidad, tanto en el tiempo como en el espacio, invitan a pensar en que nuestra vida cotidiana parece estadísticamente insignificante. Más allá de si esto califica como un problema de acción colectiva, las crisis ambientales se alimentan de una profunda

¹ Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile), Máster en Derecho (New York University) y Doctor en Derecho (University College of London). Profesor del Instituto de Derecho Público, Universidad Austral de Chile (campus Isla Teja, Valdivia).

² Morton, Timothy, *Hiperobjetos* (Editorial Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2014).

y cotidiana resignación ante lo que puede ser pensable sólo con experimentos mentales que nada dicen acerca de nuestras vidas.

A pesar de ello, la recientemente denominada era de la “emergencia climática” se manifiesta en efectos profundamente concretos, que parecen estar dentro de las principales preocupaciones de las personas y las comunidades. Quizás el caso de las crisis hídricas, o popularmente denominadas sequías, son las más “materiales” de todas las crisis, pues se experimentan con imágenes tan nítidas que son difíciles de negar u obviar. Y es justamente esta materialidad de las crisis hídricas la que hace que, de algún modo, todo lo que hacemos, por pequeño que parezca, importa, afectando tanto a humanos como a no humanos. En el mismo repertorio de Morton, las sequías serían “fragmentos borrosos” de estos hiperobjetos que, como el cambio climático, no podemos entender en su totalidad. Es justamente en este espacio donde entra la reflexión jurídica, creo yo, o más propiamente institucional, en el entendido de que las instituciones no son otra cosa que procesos para adoptar decisiones en base a los criterios que consideramos adecuados para una determinada función que, en el caso del agua, supone abordar el carácter dinámico, temporal y espacial de los recursos hídricos y de la flexibilidad regulatoria que ello exige. La pregunta, si se me permite articularla de esta manera, es por el modo en que los procesos de toma de decisiones sobre estos fenómenos son capaces de vincular estos “fragmentos borrosos” con los aportes descentralizados que la comunidad científica viene haciendo hace bastante tiempo y que se centralizan a través de redes de cooperación que terminan canalizándose en consensos bastante centralizados. Además, ello supone un vínculo basado en el diálogo y en la comprensión de estos aportes científicos por parte de los principales afectados por esa institucionalidad. El ejemplo de una colaboración entre múltiples actores por encontrar una vacuna para enfrentar la actual pandemia de la Covid-19 y generar seguridad y confianzas en las comunidades es ilustrativa de lo que quiero sugerir aquí: si pensamos en la vacuna de Pfizer-BioNTech, por ejemplo, originalmente desarrollada en universidades estatales alemanas por hijos de inmigrantes turcos, con la colaboración de empresas privadas, testeada en Estados Unidos, Brasil, Argentina y Sudáfrica, ahora fabricada en un pequeño pueblo en Bélgica, y aprobada en tiempo récord por las agencias administrativas del Reino Unido. Cómo pensar, por ejemplo, en la gran cantidad de información científica dispersa sobre las causas y los efectos del cambio climático, que opera transnacionalmente, y el modo en que esta puede cana-

lizarse en poderes administrativos centralizados con capacidad de actuar, de efectivamente generar los cambios que se requieren en el cumplimiento de los deberes de adaptación, mitigación, y transición justa frente al cambio climático y que generen la debida legitimidad.

Es esa capacidad de vincular lo cotidiano con los modos de hacer frente a cuestiones que parecen distantes y lejanas lo que se tiene que exigir del nuevo marco constitucional. Ello supone, evidentemente, dejar atrás el marco institucional en virtud del cual se distribuyen y asignan los usos del agua y de otros bienes fundamentales para la vida humana en la actualidad, que está marcado por una radical ausencia de un Estado protector en la vida cotidiana de las personas. Tanto en su diseño jurídico-constitucional como en la práctica institucional de los últimos 30 años, cada intento del Estado por regular estos usos a través de su experticia o de su capacidad técnica para planificar centralmente ha debido enfrentar sendos obstáculos que impiden enfrentar los problemas por los que se atraviesa en una crisis ambiental.

II. ¿Qué debiera contener la nueva Constitución para ser más ecológica que la actual? ¿Cuáles cree que son las materias que debieran regularse en la nueva Constitución y cuales debieran ser regulados por ley?

Voy a partir transparentando que en verdad no tengo mucha expertise en temas de derecho medioambiental. Sin embargo, he ido poco a poco estudiando el tipo de razones que se pueden ofrecer para incluir algo que consideramos digno de protección en los textos constitucionales. En este contexto, he estudiado los argumentos y los modos en que diversos procesos constituyentes recientes se han hecho cargo del cambio climático y su articulación definitiva en textos constitucionales. Y creo que hay cuatro cuestiones fundamentales para abordar el modo en que una constitución se hace cargo de estos temas.

Primero, la necesidad de reconocer que esto es un problema constitucional. La importancia de nombrar un problema como un problema constitucional es algo relativamente poco estudiado en la teoría constitucional, últimamente destinada a denigrar las aspiraciones, los compromisos o los sueños que suelen plantearse en procesos constituyentes, sobre todo en aquellos que por primera vez incluyen a grupos excluidos del ejercicio del poder político, es

decir, de crear las reglas comunes que gobiernan la existencia. Y esto constituye una oportunidad, nunca antes explorada en el derecho constitucional comparado, de entender la crisis ecológica más allá de los temas o cuestiones que afectan al medioambiente. En efecto, como señala Nancy Fraser, estamos atravesando una crisis estructural justamente porque las premisas o estructuras de las que dependen los sistemas sociales, económicos y naturales están siendo carcomidas por un capitalismo que rápidamente destruye lo que permite su supervivencia, ya sea como una crisis política que erosiona las bases institucionales de las que depende el capitalismo para funcionar, como una crisis de la reproducción social de las que dependen las actividades productivas para sostenerse en el tiempo, o como una crisis ecológica a nivel planetario que impide al capitalismo extractivo un futuro sostenible a mediano plazo³. Ejemplo de esto último es la reciente incorporación de un mercado de futuros según el caudal de aguas en California. Este contexto nos permite abordar la discusión del proceso constituyente con un desafío único por delante, que modifica no sólo el modo de abordar los problemas del medioambiente sino también las cuestiones políticas y la sostenibilidad de las formas de reproducción social de la vida misma. Quizás esta es una primera cuestión de contexto que debemos abordar para pensar en cláusulas que tengan que ver con la denominada crisis o emergencia climática.

En segundo lugar, para abordar este fenómeno, creo es importante tener en mente un concepto de Constitución quizás distinto al que nos hemos acostumbrado en el último tiempo, y sobre todo en América Latina, donde pensamos que la Constitución es una norma jurídica como cualquier otra, sólo que de mayor jerarquía. En otras palabras, sugiero dejar atrás la idea de plasmar nuestras ideas o deseos en la Constitución porque así, a través del principio de jerarquía, estas normas tendrían preferencia o prevalecerán sobre las otras. Si hay algo que nos han enseñado las experiencias constitucionales recientes, sobre todo las del denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, es que ideas innovadoras o transformadoras pueden terminar frustradas por un concepto de Constitución que realmente no modifica los poderes para transformar las cosas. Y esto es visible en áreas tales como el medioambiente, donde esta corriente constitucional se esforzó por plantear ideas que apuntaran a cuestionar el antropocentrismo que ha caracterizado a las luchas por el medioambien-

³ Fraser, Nancy y Jaeggi, Rahel, *Capitalism: A Conversation in Critical Theory* (Polity Press, New York, 2018).

te: así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2006 habló de los derechos de la madre tierra pero sin generar los poderes sociales necesarios para que esa titularidad sea efectiva. A poco andar de esas constituciones, varios constitucionalistas nos sentimos frustrados de esta música nueva, que el rato se convirtió en otro de los textos encargados de ser interpretados por poderes administrativos y, en último término, por tribunales constitucionales que poco contribuían a una modificación del pensamiento ecológico al respecto. De algún modo, el proceso constituyente chileno no es solamente el primero que de manera seria y auto-reflexiva deberá enfrentar el desafío de redactar una Constitución en la denominada era de la “emergencia climática”, sino el primero de la región que se hará en un contexto de profunda frustración con las aspiraciones o deseos constitucionales de la era reciente. De algún modo, repito, nos hicimos “constitucionalistas políticos” a porrazos, entendiendo que lo crucial está en cómo la constitución habilita formas de actuar para respetar o proteger efectivamente lo que consideramos digno de proteger.

En tercer lugar, creo que más allá de un problema, a ser solucionado con una mentalidad instrumental, es decir, de un problema que puede ser solucionado y que eventualmente quedará en el pasado, lo que conocemos como el antropoceno, es decir, la capacidad humana de afectar la tierra a nivel planetario, geológicamente, es una condición de nuestra existencia, no sólo como sujetos de un Estado soberano, sino como habitantes del planeta. En ese sentido, la discusión constituyente tiene que partir de bases completamente distintas según las cuales se ha desarrollado el derecho medioambiental hasta el momento, como una disciplina autónoma centrada crecientemente en el derecho administrativo y en los límites del poder regulatorio o sancionatorio del Estado. Además, no se trata sólo de una configuración de nuestra existencia, sino de una sujeta a escalas de complejidad, impredecibilidad e incontrolabilidad tanto de las causas como de los efectos del cambio climática para la vida humana y no humana que hacen extremadamente difícil congelar en un texto constitucional ya sea las metas concretas, las regulaciones precisas, los derechos en juego, o los sacrificios que eventualmente se requerirán. En este contexto, creo que las ideas de “adaptación, mitigación, transición colaboración y coordinación” capturan de mejor manera la intensidad y la magnitud de los desafíos, como se reconoce en el Punto 6 del “Decálogo por la Constitución Verde” o en el principio de acción climática de las “Bases para una Constitución Verde” elaborado por la ONG FIMA.

Por último, y considerando lo señalado en el punto anterior, pienso que es importante hacerse la pregunta crítica de si acaso desafíos como el del cambio climático deben ser abordados desde la perspectiva, desde la lógica, o desde el discurso de los derechos, como lo proponen diversos movimientos y ONGs, partiendo desde la profunda interconexión que han reconocido y promovido tratados internacionales como el “*Acuerdo de París*” o cortes internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De algún modo, es un poco obvio y a ratos aburrido reconocer la conexión entre la degradación ambiental y la afectación a la titularidad y el goce de diversos derechos humanos. Sin embargo, lo señalado anteriormente da cuenta de que la complejidad de la discusión constituyente es de una magnitud que no puede resolverse únicamente a través de reforzar el derecho a vivir en un medioambiente sano, incluyendo el derecho a no sufrir los efectos adversos del cambio climático. Como señala Marie Petersmann, el discurso de los derechos humanos, por más que se presente de formas diversas, está fundamentalmente sujeto a estructurar binariamente los conflictos, entre víctimas (titulares de derechos) y Estados (destinatarios de deberes)⁴. En vez de entender a las víctimas como coafectadas por un mismo fenómeno y a los destinatarios de estos deberes como sujetos obligados solidariamente que no cuadran con el marco deóntico que presenta la lógica de los derechos humanos, el discurso de los derechos parece canalizar todo a este “teatro” de buenos y malos. Por otra parte, y por más avances que existan en el último tiempo en torno a la extraterritorialidad, las coordenadas de territorios fijos que constriñen la jurisdicción estatal bajo el DIDH no dan cuenta de las implicancias transfronterizas y no estáticas entre estados y actores no estatales. Además, el discurso de los derechos humanos, enfocado principalmente en castigar las violaciones a estos con un carácter retrospectivo, constriñe la necesidad de pensar en el futuro con escalas y magnitudes no imaginadas hasta ahora. Si a ello sumamos la exigencia de identificar y probar una causalidad entre el victimario, la violación y la víctima, entonces se hace difícil pensar en cómo el discurso tradicional de los derechos humanos es capaz de abordar este tipo de cuestiones. En este sentido, la principal pregunta es si acaso podemos pensar en una justicia climática relacional antes que dicotómica en torno a las interacciones entre ser humano y naturaleza y sus interconexio-

⁴ Mckinnon, Catriona y Petersmann, Marie-Catherine, “Is climate change a human rights violation?” en Hulme, Mike (ed.), *Contemporary climate change debates: a student primer* (Routledge, London, 2020), pp. 160-173.

nes, si acaso podemos pensar en una justicia climática que vaya más allá de una mera compensación entre contaminadores y contaminados que debe ser restaurada o redistribuida.

Considerando estos cuatro puntos fundamentales, y si dependiera de mí, partiría por una cruzada transversal por hacer de la emergencia o de la crisis climática una cuestión estructural que defina la identidad del Estado chileno para las generaciones venideras. Desde ahí, pensaría en estos desafíos en cada una de las cláusulas constitucionales relevantes, pensando tanto en el catálogo de derechos y deberes como en la distribución de potestades públicas. Así, por ejemplo, y más allá de lo que podemos decir sobre el agua y otros recursos, crearía un mandato constitucional de que la educación básica y media tenga que necesariamente considerar estos desafíos, y establecería incluso una posibilidad de crear un estado de excepción constitucional que pueda disponer de los sacrificios necesarios que una comunidad política requiere para las medidas de adaptación, mitigación y transición.

III. ¿Qué nos dice el derecho comparado sobre la regulación constitucional de las aguas y el medio ambiente? ¿Qué normas comparadas podrían ser aplicables a nuestro ordenamiento jurídico?

De acuerdo con un estudio de 2012, al menos 92 países incluyen en sus constituciones, y en diferentes formulaciones, un derecho a un medioambiente saludable. Por otra parte, un total de 163 países mencionan el medioambiente en sus textos constitucionales, incluyendo preámbulos u objetivos generales de la política pública⁵. Ya sea como derecho, deber, principio general, o como parte de una idea que fundamenta el poder político, el medioambiente ha sido considerado como un tema de importancia constitucional desde hace varios años, aunque siempre desde una visión antropocéntrica.

Aquí, voy a enfocarme sólo en aquellas constituciones que han abordado explícitamente, en sus textos constitucionales, el “*cambio climático*”, que parece ser una cuestión reciente, que aparece por primera vez en las constituciones de Ecuador y Bolivia a fines de la década del 2000. Gracias a las bases de

⁵ Boyd, David, “The Constitutional Right to a Healthy Environment”, *Environmental Science & Politics for Sustainable Development* julio-agosto 2012.

datos integradas que hoy existen, es relativamente fácil identificar qué textos constitucionales explícitamente nombran el cambio climático entre sus disposiciones. Los países que se han referido al cambio climático en sus constituciones lo han hecho de diversas formas.

En primer término, nos podemos centrar en el cambio climático como tema de preocupación constitucional que debe ser abordado por el Estado, cuestión que puede ser referida de manera directa o indirecta por el texto constitucional. En el primer grupo encontramos a la Constitución de Cuba (2019), en que se sostiene que el Estado *“promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático”*; a la de Ecuador (2008, revisada el 2015), que obliga al Estado a adoptar *“medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo”*; a la de República Dominicana, de 2015, que, entre las disposiciones sobre la organización del territorio, sostiene que *“es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático”*; al texto fundamental de Vietnam (1992, revisado el 2013), que determina que el Estado *“tiene una política para proteger el medioambiente”*, incluyendo *“iniciativas para para la prevención y resistencia en contra de calamidades naturales y respuestas al cambio climático”*; y, por último, el borrador de la Constitución de Yemen de 2015, en que el Estado *“deberá, en la utilización de los recursos naturales y en la gestión medioambiental (...) establecer e implementar mecanismos para abordar el cambio climático”*. Como vemos, en sólo cinco países se considera el *“cambio climático”* como un problema explícito que debe ser abordado, considerado o tratado de manera obligatoria por el Estado. Otras constituciones nombran el *“cambio climático”* no tanto como una obligación del Estado, sino como un compromiso de toda la comunidad política, que se da a si misma una constitución para, como el texto de la Constitución de Costa de Marfil de 2016, expresar su *“compromiso de (...) contribuir a la protección climática y al mantenimiento de un medioambiente saludable para las futuras generaciones”*.

Un tratamiento menos directo supone vincular el cambio climático con la regulación de ciertas cuestiones específicas, como el manejo del agua o una política de desarrollo rural. Un ejemplo es la reciente Constitución de Tailandia, de 2017, que solo menciona la necesidad de considerar las variables medioambientales y del cambio climático en el diseño del sistema de gestión de aguas. También en forma indirecta es la regulación contenida en las Constituciones de Bolivia de 2008, que establece como *“objetivos de la política de desarrollo rural integral del Estado, en coordinación con las entidades territoriales autónomas y descentralizadas”*, el *“proteger la producción agropecuaria y agroindustrial ante desastres naturales e inclemencias climáticas, geológicas y siniestros”*.

Además, podemos distinguir en torno a la configuración de la obligación de abordar el cambio climático. En este contexto, encontramos países que se obligan a tener políticas públicas referidas a estas materias, como Bolivia y Vietnam. En esta misma línea incorporaríamos a Cuba, que obliga a la República a enfrentar el tema del cambio climático como cuestión fundamental de su política exterior y relaciones internacionales, algo único a nivel comparado; y a Zambia, que obliga al Estado a establecer e implementar mecanismos que aborden el cambio climático. Otros, autorizan a sus autoridades federales, y le otorgan facultades exclusivas, para establecer políticas en la materia, como el borrador de Yemen. Una tercera forma de regularlo es dándole prioridad. Por ejemplo, República Dominicana establece que estas materias son prioridades para el Estado. En una categoría que podríamos decir es más débil, encontramos a Ecuador, que establece que el Estado adoptará medidas y Túnez, que señala que el Estado asegurará el derecho a participar en la formulación de políticas contra el cambio climático.

Esta breve revisión de las cláusulas constitucionales recientes que han nombrado explícitamente el cambio climático como un factor a ser considerado en las diversas comunidades políticas, o como un problema a ser abordado por las autoridades estatales, da cuenta de que el constitucionalismo aun no comprende la magnitud ni la intensidad de los desafíos que supone vivir en la era de la emergencia climática. Como vemos, el tema sigue siendo abordado como una cuestión instrumental a ser abordada por políticas sectoriales, como la gestión de recursos naturales, el ordenamiento territorial o las políticas de desarrollo rural. A excepción de Ecuador, que establece la

necesidad de que estas medidas sean transversales, no existe una adecuada comprensión del carácter estructural y genérico que tiene la crisis ecológica y del impacto que esto genera en las formas jurídicas con que debe abordarse. Por otra parte, a excepción de Cuba, que considera la obligación de cooperar internacionalmente para abordar el fenómeno analizado aquí, no existe otro texto fundamental que considere la naturaleza planetaria del desafío.



Verónica Delgado Schneider

Desafíos y propuestas para un nuevo estatuto constitucional del medio ambiente y las aguas en Chile en un contexto de cambio climático

Verónica Delgado Schneider¹

I. Introducción:

Chile es un país rico en naturaleza, distribuida de manera bastante diversa a lo largo de nuestra estrecha y larga extensión, con una multiplicidad de climas, ecosistemas, vegetación y especies, que hacen del país un lugar de relevancia mundial en términos de su diversidad biológica². Sin embargo, dicho valioso patrimonio se encuentra amenazado, abusado por varias décadas, basando nuestro modelo de crecimiento en la extracción, prácticamente sin límites. Esto ha derivado no sólo en la sobreexplotación de muchos elementos del medio ambiente, con una pérdida irreparable de biodiversidad y paisajes valiosos, sino también en una limitación del acceso a estos elementos para comunidades generalmente vulnerables, como ocurre con el agua en varias zonas del país; y, además, la contaminación de los ecosistemas y la urbe han ocasionado problemas de salud en casi todas las capitales regionales y polos industriales, especialmente en las llamadas “zonas de sacrificio”, donde sin duda existe una vulneración de los derechos más básicos que un Estado debiese garantizar.

Somos un país altamente vulnerable al cambio climático, lo que suma a los desafíos de protección ambiental, los ahora llamados desafíos ante la urgencia

¹ Doctora en Derecho Università Tor Vergata (Roma, Italia). Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC). Profesora Asociada Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Directora Revista de Derecho Universidad de Concepción.

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016 (Chile: Naciones Unidas, 2016), 45 y 46. Muestra de ello es la pérdida de más de la mitad de nuestra vegetación nativa, solo entre los años 1992 y 2012

climática. Y, en este contexto, una cada vez más empoderada ciudadanía, ahora acompañada de grupos científicos, han relevado que, la discusión de una nueva Constitución, es una excelente oportunidad para avanzar en una mayor tutela del ambiente y “transformaciones”, o al menos en “adaptaciones” a los efectos que deberemos enfrentar³.

Tales efectos seguirán agravando varios de nuestros problemas, especialmente los relacionados con los eventos extremos, proyectándose de hecho un marcado aumento en la probabilidad de ocurrencia de eventos como sequías, aluviones e inundaciones, que traerán además un fuerte impacto económico a la actividad productiva del país⁴. Así, la sequía extrema tan larga que sufrimos, unida a otros forzantes, como las olas de calor extremas, los vientos cambiantes y la uniformidad del paisaje forestal, han sido determinantes para la propagación de incendios en varias zonas, tremendamente destructivos para las vidas humanas, la infraestructura, los cultivos y ecosistemas⁵. Y qué decir de las constantes vulneraciones al derecho humano al agua, derivada no sólo de la falta de precipitaciones, sino además de los problemas de un modelo que, construido desde la Constitución de 1980, ha puesto a las libertades, propiedad de los derechos y al mercado, como una triada que prima sobre el bienestar de las personas y el medio ambiente.

De esta manera, si una Constitución es el texto fundamental de un pueblo para los próximos años, debe ser ella capaz de hacerse cargo de la realidad (deterioro y vulnerabilidad) y de la responsabilidad que se tiene hacia el planeta y los que vendrán, con reglas distintas a las que ahora rigen el modelo de desarrollo chileno. No se trata sólo de problemas de gestión. O de falta de voluntad política en el Congreso Nacional para avanzar en reformas sustantivas en sostenibilidad (en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), áreas protegidas, glaciares, etc.) pues, en realidad, muchas de las limitaciones que se reclaman para que los proyectos sean sustentables y los deberes del

³ Maisa Rojas et al., Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones, Santiago: Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, 2019.

⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La economía del cambio climático en Chile, Chile, Naciones Unidas, 2012, 77-81.

⁵ Mauro González et al, Incendios forestales en Chile: causas, impactos y resiliencia, Chile: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2, Universidad de Chile, Universidad de Concepción y Universidad Austral de Chile, 2020.

Estado estén realmente dirigidos al beneficio colectivo, encuentran un bloqueo constante, fundado en que dichas normas serían inconstitucionales por afectar otras garantías. El cambio, por ello, está justificado.

II. Por una Constitución más verde y justa, especialmente en un contexto de cambio climático

Espero que el nuevo pacto constitucional, sea uno más verde y justo, con normas claras y flexibles, que permitan avanzar en la protección del patrimonio natural y cultural y, con ello, en el beneficio de todos. Valorar, proteger y mantenerlos será la única manera de asegurar la vida, la equidad y el crecimiento económico a largo plazo. Y -vale la pena destacarlo enfáticamente- estas nuevas normas ambientales serán el “paraguas” que cubra y proteja al agua y sus ecosistemas asociados, a diferencia de lo que ocurre hoy, en que el estatuto constitucional se limita a una norma, que garantiza la propiedad de los derechos sobre las aguas.

Para ello me parece fundamental abordar, al menos, las siguientes preguntas en la nueva Constitución:

1.- ¿Cómo alcanzar el desarrollo?

Sugiero explicitar a qué tipo de modelo o modelos de desarrollo se aspirará, reconociendo lo valioso que Chile tiene y las vulnerabilidades que le afectan. Y para que estos trascendentales acuerdos se irradian a todo el texto constitucional, deben, eso sí, rodearse de claros deberes (estatales y de todas las personas) de proteger el ambiente, prevenir su deterioro y por cierto aprovecharlo desde el punto de vista económico, siempre que ello no implique sacrificar valores comunes en los territorios. En este sentido, la nueva Constitución debe ser capaz de descentralizar las decisiones, “para” y “en” los territorios y cuencas, “con todos” y considerando como propósito común, el mantener nuestro entorno y el planeta también “para los que vendrán”. Esta postura protectora, participativa, territorial y de largo plazo no será fácil de delinear.

Por eso puede ser útil rodear al propósito común (modelo sustentable, por ejemplo) y a los deberes específicos de protección (del Estado y de todos), con referen-

cias explícitas a ciertos principios como la justicia ambiental (o, lo que ella implica *“tomar decisiones con participación informada y local y con equidad territorial y generacional”*) y el principio de no regresión (*“asegurando que el avance sea progresivo y sin retroceder en la sustentabilidad”*) y así, imponer que las políticas públicas sean de largo aliento y no dependientes de cada gobierno.

Sugiero además hacer una referencia específica a dos instrumentos para lograr esta *“territorialización”* tan necesaria, esperados por más de cuarenta años en el país: el ordenamiento territorial y la gestión integrada de cuencas; pues ambos implican que exista una planificación y gobernanza local, integrada y participativa, que pueda superar las desigualdades que existen hoy entre el mundo urbano y rural. Y, por cierto, se debe imponer que ambos se integren, como ocurre en tantas latitudes. No se puede planificar y gestionar el agua separada de la visión del territorio y viceversa.

En la actualidad en cambio, no existe planificación estatal en aguas ni tampoco gestión integrada de cuencas. El agua está abandonada a un sistema de *“autogestión”* privada, a cargo de organizaciones de usuarios, que son sólo aquellos detentadores de derechos de aprovechamientos de agua y donde las tareas de distribuir y gestionar el agua, cauces y obras, se hace sin respetar como usos prioritarios el consumo humano y el ecosistémico y sin otras obligaciones ambientales que cumplir. No existe entonces un organismo de cuenca, en que participe el Estado y otros actores relevantes en la cuenca.

Por otra parte, tenemos instrumentos de planificación territorial (básicamente para suelo urbano) pero que no constituye un verdadero *“ordenamiento”* de todo el territorio, que permita, de manera vinculante y con la voz descentralizada de sus actores, dirigir las actividades económicas (agrícolas, forestales, industriales, inmobiliarias, energéticas) respetando la vocación natural de cada lugar, los paisajes y la biodiversidad, poniendo un límite a los cambios de uso de suelo y que prevea si hay y habrá, por ejemplo, agua suficiente. Si bien se avanzó al crear hace poco los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT), ellos no se han implementado y solo son vinculantes en cuestiones relacionadas más bien al SEIA e instalación de infraestructura. Sin embargo, el ordenamiento territorial tiene un potencial enorme que la constitución debiera impulsar, señalando que su finalidad sea la sostenibilidad y prevención, haciendo obligatorio que considere la variable hídrica, en particular, y la de cambio climático, en general, especialmente frente a eventos extremos.

2.- ¿Qué reglas especiales dar para lo “público”?

El ambiente se integra por elementos de la naturaleza y del patrimonio cultural, que pueden ser de dominio privado o público (de todos).

Dado especialmente lo que ha ocurrido con el agua en Chile, es imperioso abordar en la Constitución qué forma parte del dominio público y con qué reglas especiales “*de protección*” las cubriremos. Si lo público importa a todos, entonces abordemos su importancia y definamos proteger las aguas, el mar, glaciares, etc. La Constitución actual sólo se refiere a los recursos minerales.

Esta decisión implica, por cierto, consagrar también un deber expreso del Estado a proteger y custodiar este dominio público en beneficio también de todos, que hoy no existe.

Y -muy importante- definir un régimen concesional para el aprovechamiento de estos elementos. Hervé ya ha demostrado las injustificadas diferencias que existen hoy entre concesiones que permiten aprovechar diversos elementos del medio ambiente, donde la regulación más laxa es justamente la del derecho de aprovechamiento de aguas, concedido a perpetuidad, de manera gratuita y casi sin limitaciones derivadas del interés social y menos aún, del ambiental⁶. Esto debe cambiar para evitar los conflictos que hoy se producen con otras garantías constitucionales. Para ello, dos preguntas más a responder.

3.- ¿Qué derechos fundamentales garantizar y cómo?

La Constitución de 1980 reconoció el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y una acción (llamado recurso de protección) para que los Tribunales restablezcan el imperio del derecho cuando fuere afectado. Dada la experiencia judicial que tenemos por más de cuarenta años del ejercicio de esta acción, sugerimos hacer básicamente tres cambios, todos dirigidos a que este derecho sea entendido, en la nueva Constitución, con el carácter colectivo que siempre ha debido tener y que no se limite, como hasta ahora, a entenderlo sólo desde una óptica individual. Las propuestas son: a) específicamente incluir la variable ecosistémica al garantizar el derecho “a” (no a vivir)

⁶ Dominique Hervé, Justicia ambiental y recursos naturales, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

un ambiente sano y “*ecológicamente equilibrado*”; b) ampliar la legitimación activa del recurso de protección a una popular o al menos abierta a las asociaciones o defensorías del ambiente; y c) que esta acción proceda ante actos u omisiones ilegales “*o arbitrarias*” pues no es coherente con la idea de un amplio acceso a la justicia ambiental, que se exija siempre probar “*ilegalidad*” cuando bien sabemos que somos un país con bastantes deudas en la dictación de normas ambientales⁷.

En cuanto al derecho humano al agua, cuya vulneración se ha denunciado desde hace años desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos, recientes casos permiten concluir que la Corte Suprema, amparada en instrumentos internacionales y algunos tratados específicos que Chile ha ratificado, considera que el Estado está obligado a garantizar este derecho, entregando al menos a cada habitante de la zona afectada, con los 100 litros diarios que recomienda la Organización Mundial de la Salud⁸. Sin embargo, y a pesar de estos avances, sugiero consagrar expresamente este derecho para que pueda imponerse a otras garantías constitucionales y hacerse fácilmente exigible. Y para dotarlo de la necesaria visión ecológica que desde hace años defiendo, hemos propuesto que se incluya una norma que imponga que la planificación y gestión integrada del agua en cada cuenca, deba respetar, como usos prioritarios, el uso humano de subsistencia, pero además el ecosistémico, que en realidad es el que asegura la provisión de agua para cualquier otro uso⁹.

4. ¿Cómo equilibrar estos derechos fundamentales, con las otras garantías asociadas a las actividades empresariales y la propiedad?

Otro derecho fundamental garantizado es la propiedad. Se sabe que para que ella no fuera “absoluta” (sin límites), la misma Constitución consagró la llamada “función social” de la propiedad, que implica establecer por ley, limitaciones a este derecho, amparadas en la “conservación del patrimonio ambiental”.

⁷ En Delgado y Herve, Nueva Constitución, Medio Ambiente y Cambio Climático, 2021, en imprenta.

⁸ Para el conflicto en Petorca, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia del 19 de diciembre de 2019, Causa Rol N°9709-2019 y Corte Suprema, Sentencia del 6 de agosto de 2020, Causa Rol N°1348-2020. Para el conflicto en Nogales, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia del 9 de junio de 2020 Causa Rol N°12305-2020 y Corte Suprema, Sentencia del 18 de enero de 2021, Causa Rol N°72.198-2020.

⁹ En Delgado y Zapata, Los 2/3 por el agua, 2021, en imprenta.

Además, se permite imponer restricciones específicas a toda otra libertad o derecho garantizado (libertad de empresa, derecho de propiedad, etc.) si ellas buscan “*protección ambiental*”.

Estas cláusulas parecen adecuadas y -de hecho-, en algunas causas de daño ambiental, conocidas por los Tribunales Ambientales, se ha entendido perfectamente que el ser propietario (de un bosque, de un terreno, etc.) implica igualmente deberes ambientales.

No obstante, ello no ha operado de la misma manera a la hora de querer imponer limitaciones ambientales en otros derechos (lo que llamo “*ambientalizar*” el derecho de aguas¹⁰, minero, de pesca, etc.) pues se choca con la mal entendida garantía de la absoluta propiedad “*sobre concesiones*”. En efecto, estas cláusulas hasta ahora han estado “*dormidas*”¹¹ o no han tenido la fuerza suficiente frente a las reglas que garantizan la propiedad¹², o han sido permanentemente bloqueadas a la hora de hacer reformas, argumentando que se trata de una privación inconstitucional al dominio que deviene en inconstitucional o indemnizable. El caso emblemático es la reforma al Código de Aguas que intenta hacer que estos derechos pasen a ser concesiones normales, sujetas a límites temporales, causales de caducidad o extinción, sujetas al interés social, etc.

Por ello se debe considerar de manera clara, cuándo se entiende que se afecta un derecho de propiedad en su esencia y, además, si vamos (o no) aplicar las mismas reglas de la propiedad de las cosas corporales, a la propiedad de simples concesiones que se puedan ejercer sobre elementos de la naturaleza de dominio público. Hasta ahora, para el legislador hay algunas concesiones que no otorgan la facultad de disposición (por ejemplo, marítimas y acuícolas) y el constituyente, en cambio, decidió asegurar expresamente el dominio de los derechos de aguas y concesiones mineras¹³.

¹⁰ Verónica Delgado, “*Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente*”, Revista Justicia Ambiental 11, 2019, 77-83.

¹¹ Liliana Galdámez, “*Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro*”, Revista de Derecho Ambiental, n° 9, 2018, 75.

¹² Dominique Hervé y Gianni López, “*El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución*”, en La Hoja en Blanco, ed. Rocío Lorca, Pablo Marshall, Nicole Selamé y Matías Guiloff, Chile, Editorial La Pollera, 2020, 206.

¹³ Dominique Hervé, *Justicia ambiental y recursos naturales*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

Esta decisión será clave. Tratándose de elementos de la naturaleza de dominio público, estimo no puede haber propiedad sobre las concesiones o permisos; y, si ha de mantenerse esta idea (que exista propiedad sobre “*cosas incorporales*”), no puede asimilarse a la propiedad sobre las cosas corporales (una casa, un auto). No es lo mismo.

Y por ello, conviene imponer a todos los beneficiados con estas concesiones o permisos para aprovechar elementos del medio ambiente especialmente cuando sean de dominio público, una cláusula uniforme y general, que las haga concesiones temporales, sujetas a causales de caducidad, con deberes específicos de protección al dominio público y con claras atribuciones a la autoridad para que, como custodio de los bienes colectivos, pueda imponer limitaciones o restricciones razonables y justificadas en el interés social y ambiental.

III. La experiencia comparada en aguas, medio ambiente y cambio climático.

La revisión de experiencia comparada en aguas, medio ambiente y cambio climático permiten vislumbrar, al menos, tres ideas o fórmulas interesantes a discutir:

La primera dice relación con fortalecer la democracia ambiental. Es decir, hay modelos constitucionales, como el francés que, para avanzar en protección ambiental, exige que las decisiones sean tomadas de manera informada y participativa e impone, a estos mismos ciudadanos, fuertes deberes de prevenir, mejorar y defender lo común. Para ello, además, se explicita la importancia y rol de la educación y la investigación en materia ambiental, reconociendo los principios de prevención y precaución en la toma de decisiones. Estos estándares, originarios del Convenio de Aarhus y desarrollados en el reciente Acuerdo de Escazú, son una excelente oportunidad de mejora para Chile.

La segunda idea dice relación con poner límites al crecimiento con fórmulas más ecológicas, pues la sola consagración de un derecho al ambiente sano, con una evidente visión antropocéntrica, no fue suficiente para frenar el extractivismo, especialmente en América Latina. Y desde la misma América surgen dos vertientes que discutir: aquella de reconocer los derechos de la naturaleza (o de ecosistemas como ríos, montañas, etc.) imponiendo respetar sus ciclos

naturales y la biodiversidad, derechos que podrán ser reclamados en tribunales, mediante un *“representante”*, cuando algo amenaza o afecta de manera arbitraria esos procesos (con matices, las Constituciones de Ecuador y Bolivia y la jurisprudencia de Colombia); o bien, aquella vertiente que propone *“reformular”* los deberes del Estado y los particulares en torno al uso de elementos de la naturaleza, sean de dominio público o privado. Estos deberes ahora son más específicos y hacen referencia expresa a que debe existir una planificación y gestión más local y justa (se habla de gestión o gobernanza solidaria, equitativa, participativa) y se exige a los particulares beneficiados con una concesión sobre elementos de la naturaleza de dominio público, que cedan ante el interés social o beneficio colectivo, en ciertas circunstancias, sin que ello implique tener que ser indemnizado (con matices, en Uruguay, República Dominicana, Perú y Costa Rica).

La tercera, dice relación con reconocer (o no) en la nueva Constitución la existencia del cambio climático. Si bien ya se contienen algunas pocas referencias en otras constituciones, la nuestra será la primera Constitución redactada después del Acuerdo de París y, en consecuencia, constituye una oportunidad única de asumir la responsabilidad con los que ya están sufriendo sus embates y los que vendrán, con la evidencia científica alarmante con la que ahora se cuenta.

Finalmente, es importante destacar que todo cambio constitucional es un proceso delicado pues implica asumir, de manera seria y responsable, que se trate de normas socialmente comprendidas y deseadas, para que luego se irradien al resto del ordenamiento jurídico (y la gestión) y efectivamente se cumplan por todos.



Ana Lya Uriarte Rodríguez

Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución

Ana Lya Uriarte Rodríguez¹

1. ¿Cómo afecta la regulación de las aguas y el medio ambiente la vida cotidiana de la ciudadanía?

Existe un manifiesto deterioro ambiental y socio ambiental. Involucra e impacta la vida de las personas y de nuestra sociedad y por ello hacemos referencia al deterioro “*socio-ambiental*”.

El Informe País sobre el Estado del Medio Ambiente en Chile, del año 2018, elaborado por el Centro de Análisis de Políticas Públicas del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, con la colaboración de CEPAL y la Universidad Tecnológica Metropolitana, da cuenta de afectación de: aire, agua, suelos, bosque nativo, biodiversidad, ecosistemas marinos y del borde costero y recursos mineros (minerales e hidrocarburos).

Respecto del agua, el Informe País constata que existe un crecimiento de la demanda de sectores productivos y sociales y disminución de la oferta, cuestión que impacta en la situación de escasez hídrica que se ve agudizada por una persistente sequía, los efectos del cambio climático y la escasa y difusa capacidad del Estado para actuar con la eficacia y eficiencia que la situación requiere.

Respecto del diagnóstico anterior hay consenso. El Quinto Reporte del estado del Medio Ambiente 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, identifica idénticos problemas que el Informe País: cambios en los patrones de precipitación, menor acumulación de nieve, altas temperaturas que han incrementado la sequía, sobreexplotación de acuíferos, uso intensivo del agua por parte de los sectores productivos y contaminación del agua por infiltración de agroquímicos u otros contaminantes provenientes de las actividades productivas.

¹ Abogada de la Universidad de Chile. Profesora Asistente Departamento de Derecho Económico. Investigadora Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

La diferencia entre ambos informes, es que sólo el Informe País de la Universidad de Chile se refiere a la escasa y difusa capacidad del Estado respecto de la gestión del agua, cuestión que compartimos plenamente y que es gravitante a la hora de realizar un diagnóstico del agua.

En términos socioambientales hay una vulneración del derecho humano de acceso al agua y al saneamiento (particularmente grave en escenarios del tipo pandemia), migración forzada, imposibilidad de realizar actividad agropecuaria de subsistencia para población vulnerable y vulnerada, alteración de modos de vida y transgresión al principio de responsabilidad intergeneracional.

Es importante, a efectos de abordar los impactos que genera en la vida de las personas las regulaciones sobre el medioambiente y sobre el agua, distinguir entre las personas que habitan en territorios urbanos y aquellas personas que habitan territorios rurales, pues los impactos son distintos y son vivenciados también de distinta forma.

Las personas que habitan el espacio urbano (un 87% aproximadamente de la población) en un 99% disponen de agua. No obstante, Gustavo Durán, en *“Agua y pobreza Santiago de Chile: morfología del inequidad en la distribución del consumo domiciliario de agua” demuestra que, no obstante la amplia cobertura de distribución de agua potable, existe una brecha de consumo en sectores de menos ingresos por el carácter económico que acompaña la provisión del servicio de agua potable”*.

El Quinto Reporte del estado del Medio Ambiente del Ministerio del Medio Ambiente, informa una baja en el consumo de las personas de agua. Ello se debe a que los sectores más vulnerables están consumiendo menos, porque no pueden pagar la cuenta del agua, en tanto, los sectores con mayores ingresos mantienen su nivel de consumo.

Por otro lado, las personas que habitan en el territorio urbano, experimentan otro impacto: encarecimiento de bienes de consumo indispensable como verduras y frutas y otros, que en épocas de sequía se hacen más escasos, así como también ocurre con aquellos que provienen de zonas con escasez estructural. Adicionalmente el ciudadano de la urbe que aspira a tener espacios de esparcimiento, lejos del estrés de la ciudad, advierte que los espacios naturales están cambiando, tienen un rostro distinto, porque hay afectación de flora y fauna.

Los humedales están en peligro o desaparecieron y los ríos no tienen caudal o éste ha disminuido en la zona centro y norte.

El habitante de los espacios rurales se ve afectado directamente en otros aspectos: en su modo de vida. Son miles las personas que ven vulnerado su derecho humano de acceso al agua y al saneamiento. Particularmente aquellas poblaciones que son provistas de agua a través de camiones aljibe, porque carecen de agua domiciliaria. En épocas de pandemia, esta realidad es grave, pues, entre otras, el lavado frecuente de manos es indispensable como medida de prevención. De hecho, el SEREMI² de Salud de Valparaíso, dictó la Resolución N° 456 del 8 de abril de 2020 (en pandemia) que dispuso la entrega de 100 litros de agua diaria por persona (indicación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como protección a la salud de las personas). Ocho días después, esa resolución es dejada sin efecto y por lo tanto las personas continuaron recibiendo los 50 litros de agua habituales a través de camiones aljibe.

El libro “El negocio del agua” de Tania Tamayo y Alejandra Carmona, relata que en Petorca 7.000 personas se abastecen de agua potable rural (APR) y otro 20% de la población recibe agua de camiones aljibe. Es paradójico que un palto tenga garantizada su provisión de agua mientras la familia que habita en la casa vecina a la plantación de paltos, carece de agua para preparar sus alimentos, para el saneamiento y demás usos domésticos. En resumen: un palto tiene derecho garantizado al agua y una familia, no.

El Ministro de Agricultura, el año 2018 dijo *“tenemos un poder económico que antes no teníamos. Exportábamos 16.500 millones de dólares, estimamos que el 2025 vamos a estar exportando cerca de 25.000 millones de dólares en la industria agropecuaria”*. Si hoy tenemos graves problemas con el agua, siendo la industria agrícola y pecuaria la principal consumidora de agua, ¿cómo enfrentaremos este aumento de demanda de agua derivado del aumento de producción agropecuaria? El año 2025, de cumplirse la proyección del Ministro de Agricultura, el impacto en la disponibilidad del agua será devastador.

La situación de la Región de Valparaíso es ilustrativa: su agricultura ha cambiado radicalmente. Abandonadas las plantaciones de hortalizas, la producción se ha orientado a la producción frutícola y particularmente a las paltas, el llamado *“oro verde”*.

² Secretario Regional Ministerial

La carencia de agua ha implicado para trabajadores y trabajadoras de la tierra, la imposibilidad de realizar su trabajo o mantener su forma de vida ancestral como es, por ejemplo, el desarrollo de una agricultura y ganadería de subsistencia, profundizando la precarización de su situación y, generando en muchos casos, impactos de carácter socio ambiental como es el fenómeno de las migraciones forzadas. Miles de personas que se dedicaban a la agricultura o ganadería de subsistencia han dejado sus lugares de origen porque la escasez o la falta total de agua les impide seguir su trabajo de siempre.

La afectación a los modos de vida de las personas, de las comunidades genera conflictos socioambientales. En la protección del medioambiente está implícito el respeto y cuidado de las comunidades y, particularmente, el de las comunidades pertenecientes a los pueblos originarios.

En otro ámbito de análisis, el Informe País sobre el estado del medioambiente señala que el Estado tiene una capacidad difusa y escasa para actuar con la eficacia y eficiencia que la precaria situación del agua requiere. Ello responde a la inspiración e ideología que informa la Constitución y el marco restringido que el Código de Aguas, en consonancia el modelo constitucional otorga a los organismos del Estado para intervenir vía regulación, gestión y fiscalización en Chile.

El modelo chileno de aguas ha sido desarrollado profusamente, develando sus impactos (Bauer, Delgado, Celume, etc.) ambientales y sociales.

La sustentabilidad tiene dimensiones ambientales, sociales y económicas que deben estar alineadas con el derecho fundamental de acceso al agua y al saneamiento y a la protección ambiental. El modelo que rige hoy, hace impracticable una gestión sustentable del agua y el cumplimiento de la garantía de acceso al agua y al saneamiento. Pese a que se reconoce legalmente que el agua es un bien nacional de uso público, la Constitución confiere a los particulares un derecho (supra derecho pues es garantizado por la Constitución) de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas que les son conferidos, pudiendo actuar sin restricciones ya que se confieren gratuitamente, sin condicionamiento alguno, sin un fin determinado (pueden destinarse a cualquier uso) y son conferidos a perpetuidad.

Este rígido marco, garantista para el titular de derechos de aprovechamiento, sin facultades estatales para intervenir ante situaciones de criticidad relativas a

cantidad y calidad de aguas, la posibilidad de abordar una gestión sustentable del agua no es posible.

Conforme a lo dicho anteriormente, la regulación en la dimensión constitucional, legal y administrativa del agua, impacta en forma directa y relevante a las personas en su vida cotidiana.

2. ¿Qué debiera tener la nueva Constitución para ser más ecológica que la actual? ¿qué materias debieran ser tratadas expresamente por ley y cuáles por la Constitución?

Urge un acuerdo que nos alcance e involucre a todos y todas con el cuidado y protección de la biodiversidad y muy especialmente con el agua. Por ello es indispensable consagrar los siguientes aspectos:

a. Principios que constituyan el marco de interacción entre el Estado y los particulares. Debieran considerarse los siguientes principios: desarrollo sustentable, principio preventivo, precautorio, principio de responsabilidad intergeneracional, principio de no regresión y el de justicia ambiental. Estos dos últimos principios son importantes ya que el principio de no regresión garantiza que los avances logrados en materia de protección ambiental no puedan tener un retroceso. La justicia ambiental, como dice la profesora Dominique Hervé, comprende una dimensión participativa y significativa de la ciudadanía en las decisiones ambientales, y también la equitativa distribución en las cargas y beneficios ambientales desde una perspectiva intra e intergeneracional.

b. Que la función ecológica de la propiedad es parte inherente de la función social de la propiedad. Ello implica comprender que sólo es posible realizar un uso racional, social y beneficioso de los componentes ambientales y la biodiversidad, reconociendo un límite en la protección ambiental. En lo relativo al agua, sólo así es posible avanzar a lo que la profesora Verónica Delgado, denomina la ambientalización del agua, que es el sostén de los ecosistemas. En este contexto, no caben los derechos de aprovechamiento sin condiciones, sin destino definido, sin temporalidad, sin causales de caducidad.

c. La obligación del Estado de proteger la naturaleza, el patrimonio cultural y la biodiversidad, estableciéndose también que deben contribuir a este deber de

protección todas las personas. No solo el Estado está llamado a hacerse cargo de este deber de protección. Las personas, tanto naturales y jurídicas, en un nuevo pacto, plasmado en una nueva Constitución, deben incorporar no sólo derechos sino también obligaciones y responsabilidades.

El agua y el mar deben ser reconocidos como un bienes de uso público y por ello, las concesiones de bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres -o de cualquier recurso natural renovable o no renovable- serán esencialmente temporal. En caso alguno una concesión podrá otorgar la propiedad perpetua o permanente del derecho de concesión. La expresión bien “nacional” de uso público, ha sido desechado porque el término “nacional” puede implicar un sesgo para los Pueblos Originarios. Para ellos lo nacional puede ser o es distinto que para el resto de los habitantes del territorio.

El agua es un componente ambiental, y tiene dimensiones: una dimensión ambiental como es la de sostener los ecosistemas; una dimensión social en tanto provisión de las poblaciones y una dimensión económica pues es un insumo de actividades productivas.

Como ilustra Juan Antonio Garcés, es inadecuado abordar los problemas ambientales separando sus componentes. La comprensión fraccionada del medioambiente es funcional a la autonomización de los componentes ambientales y, como también señala Garcés, a la “apropiación fragmentada de los recursos naturales, transformándolos en materias primas y objetos de trabajo.”, otorgando a la dimensión económica un predominio absoluto, incoherente con la naturaleza polidimensional de los componentes ambientales. Respecto del agua, este proceso es clarísimo. Se optó por la mercantilización del agua, de modo que pasa a ser el mercado el que asigna el recurso a aquel que ofrezca las mejores condiciones de precio, prescindiendo de toda consideración respecto de su dimensión social o ambiental.

Reconocer el derecho humano al agua y al saneamiento. Consagrada esta garantía, la gestión y regulación del agua deberá estar alineada con el deber estatal de dar satisfacción a la misma.

Consagrar usos prioritarios del agua, atendida su condición de bien de uso público, en relación directa con el cumplimiento de la garantía constitucional respecto al acceso al agua y al saneamiento.

Que la gestión ambiental debe realizarse sobre la base de una gestión integrada de cuencas hidrográficas, con perspectiva descentralizadora de la gestión, y con un enfoque de género. La gestión integrada reconoce todos los componentes ecosistémicos, procurando su protección. Esta forma de gestión es clave en un medioambiente deteriorado y que enfrenta fenómenos como el cambio climático y logra equilibrar las distintas dimensiones de los componentes ambientales. Una gestión de este tipo permitiría, según Dourojeanni, "... regular y ordenar las intervenciones que se hacen en las cuencas y sobre el agua con el propósito de minimizar los conflictos actuales y futuros tanto entre seres humanos como con el medio ambiente."

Las cuencas constituyen un espacio privilegiado para una gestión eficiente de los componentes ambientales que contempla, desde luego, a los usuarios de esas cuencas, desarrollando ámbitos de participación y encuentro entre ellos.

3. ¿Qué nos dice el derecho comparado sobre la regulación constitucional del agua y del medio ambiente?

La Constitución alemana desarrolla en el artículo 20 A el siguiente texto: "El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial."

La redacción alemana exhibe una notable síntesis de objetivos y principios constitucionales (como el de la responsabilidad intergeneracional) que deben ser desarrollados a través de una regulación de orden legal y cuya aplicación es entregada a la gestión pública y a la determinación de responsabilidades en el orden judicial.

Brasil en el artículo 225 de su Constitución señala: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que es un bien público para el uso del pueblo y es esencial para una vida sana, y tanto el Gobierno como la comunidad tienen el deber de defender y preservar el medio ambiente para presentes y futuras generaciones". Advertimos un marcado acento antropocéntrico, no obstante referirse al equilibrio ecológico que marca un objetivo de gestión ambiental sustentable, incorporando la res-

pensabilidad estatal y de la comunidad, marcando como eje el principio de la responsabilidad intergeneracional.

Colombia, tiene disposiciones constitucionales inspiradoras. “Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” “Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.”. Más adelante, el artículo 58 señala: “Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Se desprende de los preceptos transcritos una cuestión fundamental: el reconocimiento de la pluriculturalidad y la diversidad étnica, la obligación estatal y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales, cuestión fundamental a efectos de generar conciencia y responsabilidad ambiental, dejando constitucionalmente la preeminencia del interés público por sobre el interés privado.

La Constitución de Ecuador reconoce elementos culturales de sus Pueblos Originarios. “ Artículo 14. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, su *mak kawsay*.”, declarando de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Son ejemplos inspiradores para tener en cuenta.

En el debate constitucional, es clave reconocer que el deterioro ambiental es multicausal, estando al centro un modelo de crecimiento insustentable respecto del cual, sus sostenedores, no obstante la evidencia, insisten en ignorar o subvalorar la importancia de reconocer y respetar los ecosistemas y sus dinámicas interrelacionadas, que obligan a gestionarlos como un todo, superando el fraccionamiento y tratamiento aislado de los componentes ambientales.

En diversos paneles, he estado debatiendo con personas de un pensamiento de tipo conservador que plantean que con un mejor funcionamiento del Estado,

una mejor gestión, podrían superarse las problemáticas que analizamos. Ello no apunta en la dirección correcta. Si no reconocemos los problemas estructurales del desarrollo (modelo y objetivos), no avanzaremos en protección ambiental. Iguales patrones de producción y consumo son insostenibles. La estructura de propiedad y mercantilización de los recursos naturales, prescindiendo de su pertenencia a los ecosistemas donde se alojan, no detendrán el progresivo y sostenido deterioro ambiental que tenemos. Más y mejor gestión es necesaria, pero en un marco de definiciones estructurales distinto.

Bibliografía

Carmona, T. T. (2019). EL NEGOCIO DEL AGUA. CÓMO CHILE SE CONVIRTIÓ EN TIERRA SECA (Edición en formato Digital octubre 2019 ed.). SANTIAGO: PENGUIN RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.

Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. (2020). Derecho al Agua y Covid 19. (C. I. Rivas, Ed.) Anuario de Derechos Humanos, 16(1 (2020)), 17-38. doi:10.5354/0718-2279.2020.58144

Dourojeanni, A. (2009). Desafíos para la creación y consolidación de organismos de cuenca en América Latina y el Caribe. Recuperado el 1 de diciembre de 2020, de <https://www.inbo-news.org/IMG/pdf/dourojeanni.pdf>

Duran, G. (2015). Agua y pobreza en Santiago de Chile. Morfología de la inequidad en la distribución del consumo domiciliario de agua potable. Revista EURE - Revista de Estudios Urbano Regionales, 41(124). Recuperado el 5 de diciembre de 2020, de <http://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/776/792>

Durán, J. A. (2010). Paradigmas del conocimiento y sistemas de gestión de los recursos hídricos: la gestión integrada de cuencas hidrográficas. En E. A. Comps, Medio ambiente y sociedad: conceptos, metodologías y experiencias desde las ciencias sociales y humanas (pág. 280). Santiago: RIL Editores. Recuperado el 5 de diciembre de 2020, de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/118106/Aliste-y-Urquiza-2010-Medio-ambiente-y-sociedad.pdf?sequence=1>

Flores, C. (2020). Servicios Sanitarios Urbanos en Chile. Fundación Heinrich Böll. Recuperado el 10 de Diciembre de 2020, de <http://www.cl.boell.org/sites/default/files/2020-08/SERVICIOS%20SANITARIOS.pdf>.

Universidad de Chile. (2019). "Informe País: Estado del medio ambiente en Chile 2018.". santiago. Recuperado el 1 de diciembre de 2020, de <http://www.inap.uchile.cl/publicaciones/159662/informe-pais-estado-del-medio-ambiente-en-chile-2018>.

Valenzuela, S., & Jouravlev, A. (2007). Servicios urbanos de agua potable y alcantarillado en Chile: factores determinantes del desempeño. Recuperado el 6 de noviembre de 2020, de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6321/s0700281_es.pdf?sequence=1

Agradecimientos

A todo el equipo que hizo posible esta publicación. A todos los académicos y académicas que participaron en los seminarios que se llevaron a cabo entre el 6 de agosto y 14 de diciembre de 2020. A Viviana Ponce de León, Claudia Sarmiento, Verónica Undurraga, Yanira Zúñiga, Amaya Alvez, Salvador Millaleo, Nancy Yáñez, Fernando Atria, Ana María García, Felipe Paredes, Miriam Henríquez, Rodrigo Pica, Francisco Zúñiga, Tatiana Celume, Alberto Coddou, Verónica Delgado y Ana Lya Uriarte.

Agradecemos también a los senadores y senadoras que participaron en los seminarios entregando palabras de inicio, a la Senadora Adriana Muñoz, Senador Francisco Huenchumilla, Senadora Luz Ebensperger, Senador Pedro Araya, Senadora Ximena Órdenes y Senadora Yasna Provoste, al Ministro del Tribunal Constitucional Nelson Pozo y al Senador Rodrigo Galilea.

A todos ¡muchas gracias!

Equipo editorial

Comisión de Constitución del Senado

El estallido social ocurrido en el mes octubre de 2019 y su posterior Plebiscito Nacional marcaron un hito histórico en Chile. El 78% de la población se manifestó conforme con la opción “Apruebo”, lo que implicaba reescribir la Constitución Política del país. El proceso constituyente se convirtió en una realidad, lo cual significó un esfuerzo ciudadano por pensar y remirar el actual contenido de la Carta Fundamental en miras de perfilar los futuros contenidos de la nueva Constitución. Ante esta coyuntura, el Presidente de la Comisión de Constitución del Senado, el Senador Alfonso de Urresti, junto a la Biblioteca del Congreso, habilitaron un espacio de reflexión y de diálogos en torno a cinco temáticas relevantes para la nueva redacción. La discusión referida al Género, Pueblos Originarios, Rol del Tribunal Constitucional, Descentralización y Régimen de Gobierno y Agua, Medio Ambiente y nueva Constitución fueron profusamente abarcadas por especialistas en dichas materias. En aquellos seminarios, llevados a cabo entre el 6 de agosto y el 14 de diciembre de 2020, participaron diversos académicos y académicas destacadas de nuestro país cuyas intervenciones fueron sistematizadas en esta publicación.

