

PROPUESTA CONSTITUCIONAL: GRAVE RETROCESO PARA LA LIBERTAD, LA UNIDAD NACIONAL Y EL PROGRESO

- La Convención Constitucional ha puesto a disposición de la ciudadanía y de la Comisión de Armonización, la propuesta de nueva Constitución, aprobada por el Pleno por 2/3 de sus integrantes en ejercicio.
- Sin perjuicio de la labor de la referida comisión armonizadora, la que, en todo caso, no puede alterar en lo sustantivo el texto de la propuesta (a pesar de que varios convencionales ya lo promueven mediante la fórmula de llenar “vacíos” de materias que fueron derechamente excluidas por 2/3 de los convencionales en ejercicio en el Pleno), advertimos, con gran preocupación, que el texto constitucional que ofrece la Convención al país adolece de deficiencias estructurales. Si se efectúa una revisión integral de todos los capítulos de la propuesta y cómo ellos se correlacionan entre sí, advertiremos cuán graves son los torpedos al progreso y al bienestar de la población, a la gobernabilidad, a la alternancia en el poder y a la libertad.
- El texto propuesto pone a la persona y a las organizaciones que ellos libremente forman para el cumplimiento de sus objetivos en una categoría inferior y con menores derechos frente a los colectivos predeterminados por la Convención. Con ello se rompe, irreparablemente, con una de las mayores conquistas de las democracias liberales modernas consistente en la igualdad ante la ley. Asimismo, y a través del reconocimiento de diversas autonomías con sendas atribuciones, y con capacidad de auto gobernarse para las naciones indígenas, se romperá irremediabilmente con la unidad nacional.

La Convención Constitucional (“CC”) ha puesto a disposición de la ciudadanía y de la Comisión de Armonización, la propuesta de nueva Constitución, aprobada por el Pleno por 2/3 de sus integrantes en ejercicio. Sin perjuicio de las enmiendas que sugiera la Comisión de Armonización al Pleno que, en todo caso y conforme a las mismas reglas que se dio la CC, no puede alterar en lo sustantivo lo ya zanjado por la instancia, a la fecha es posible analizar el texto completo y sus implicancias para nuestro país.

Una Constitución es una institución jurídica que limita el ejercicio del poder por medio del Estado de Derecho, sentando las bases jurídicas esenciales o fundamentales en materia de la

organización política y administrativa del Estado, de los controles al poder en resguardo de las personas, los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana (y los mecanismos de tutela de nuestras libertades) y de la institucionalidad económica y de convivencia, las que debieran profundizar nuestras libertades y orientarse hacia el bien común de la población. Decimos esenciales, porque las sociedades evolucionan y, a la par lo hacen sus necesidades, de manera que el texto constitucional no es el llamado a definir políticas públicas ni de hacerse cargo de esas necesidades, sino que debe permitir que ellas sean democráticamente discutidas, al amparo de las reglas de organización fundamentales que ella dispone, reglas que deben tener ciertas características para que sean estables en el tiempo.

Ahora bien, el diseño institucional, esencial y general, que se contenga en la Constitución sí es determinante para advertir si la política y las políticas públicas que habrán de discutirse y aprobarse en el Congreso serán capaces de aterrizar proposiciones orientadas a esos fines y si ello ocurrirá en un ambiente de colaboración, libertad y gobernabilidad. El método científico experimental, esencial en la elaboración de políticas públicas, se basa en el ejercicio del espíritu crítico y en un esfuerzo y compromiso permanente y continuo, porque las necesidades aumentan o cambian y se van complejizando las variables. Es un ejercicio muchas veces frustrante porque nunca encuentra la solución perfecta (que aquellos que desprecian la diversidad de los demás se engañan creyendo que pueden encontrar fácilmente), sino que elabora soluciones perfectibles que, con el paso del tiempo, requerirán más trabajo.

¿Cuánto de aquel método puede advertirse en la propuesta constitucional y cuánto lo promueve de cara a los desafíos de la convivencia futura? Ese método nos obliga a revisar detalladamente nuestra propia experiencia y analizar cuáles fueron los aprendizajes institucionales, algunos de los cuales se plasmaron en políticas públicas y necesarias reformas constitucionales en el pasado, como la que inspiró la consagración de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y la robusta protección que hoy se brinda al derecho de propiedad (que está fuertemente correlacionado con la prosperidad de las naciones y de las personas), así como la revisión del derecho comparado.

Lejos del método científico, que nos obliga a ir pausadamente para corregir cuando erramos y profundizar en el perfeccionamiento cuando hemos tomado la senda correcta que de tiempo en tiempo debe ser modernizada, la propuesta constitucional en ciernes es más bien refundacional, modificando, con dudosas consecuencias, incluso aquellas instituciones que funcionan bien, como la robusta protección de la que hoy goza el derecho de propiedad y los sistemas de pesos y contrapesos. En muchos casos, sobre la base de diagnósticos errados y de las emociones, como aquella que impulsó la eliminación de una institución centenaria como lo es el Senado de la República, a la que en el debate se la ha tildado de obstaculizadora de la voluntad popular en circunstancias que los datos muestran que ha aprobado el 79% de

los proyectos enviados por diversos gobiernos y que el Senado tramita los proyectos de ley en 275 días promedio contra 349 de la Cámara de Diputados¹.

Lamentablemente, lejos de apoyarse en la evidencia y lo que nos muestran las democracias liberales exitosas, que ponen al individuo y su libertad al centro, la propuesta constitucional propone un orden pre trazado en el que sólo es posible llegar a un fin determinado y no a otro. La propuesta no está diseñada para que con ella prospere cualquier sociedad sino una determinada. La confianza en la persona se desploma. No es la persona, luego la familia y las organizaciones de la sociedad civil que libremente formamos, quienes construyen la sociedad, sino que ésta se predetermina desde el Estado, a través de una serie de principios y aspiraciones que deben necesariamente cumplir para ser parte del entramado social reconocido, y a partir de un conjunto de colectivos que definen a la persona. Si no se pertenece al colectivo, los derechos aparecen más frágiles o no merecedores de una especial protección. La iniciativa privada entonces, y consecuentemente, es rechazada, pues lo relevante es el colectivo, predeterminado, no la persona. Los colectivos, como las naciones indígenas, tienen derechos preferentes, especial protección de la propiedad y a que se les solicite el consentimiento previo ante cualquier política pública que les afecte en sus derechos reconocidos en la Constitución que son los derechos que se nos reconocen a todos además de muchos especiales, de manera que el consentimiento que se requerirá es amplio y su alcance insospechadamente extenso. Demás esta recordar que gozarán de escaños reservados en todos los estamentos del aparato estatal, sean de elección popular o no.

La unidad de la nación, bajo la cual hemos convivido hasta la fecha, que no desprecia la diversidad y la multiculturalidad existente en nuestro país, no sólo por los pueblos indígenas que la habitan, sino por las múltiples familias y personas migrantes que desde el albor de la patria han arribado a nuestro país, indefectiblemente se quiebra: no sólo por las múltiples naciones chilena e indígenas que se crean -estas últimas con altos grados de autonomía y con derecho expresado a autogobernarse-, sino por las autonomías territoriales y regionales, estructura que se concibe no desde la perspectiva de la colaboración sino bajo una que las pone en contraposición, casi adversarial. El gobierno central es mirado con escepticismo en muchos pasajes del borrador, y se lo confronta con el regional; lo chileno no indígena, con lo indígena; una parte de la sociedad, vista como una oligarquía beneficiada, frente a los “colectivos” que la Convención estima invisibilizados, a quienes se les otorgan una serie de derechos, no por su individualidad y dignidad, sino en tanto pertenecientes a un colectivo considerado desfavorecido ¿Como incentivar el mérito y la capacidad de progreso si parece más conveniente permanecer en el colectivo beneficiado?

¹ Toro et al, 2022 y Toro y Hurtado, 2016, además de Arturo Fontaine en columna en El Mostrador “Deliberar sobre el unicameralismo versus el bicameralismo no ha sido en vano”, 17 de febrero de 2022.

La comunidad nacional se desarma sin que esté resuelto cómo se coordinará esa fragmentación y cuánto ella colaborará o no con la solución de problemas que son reales, que requieren de decisiones centrales, pero también locales, pero con un sistema que permita que ello fluya coordinadamente, no que se entorpezcan entre sí, haciéndole aún más complejo a las personas el logro de sus objetivos de vida e interactuar con el Estado. La estructura y organización administrativa y política interna del Estado no se entiende, lo que sólo exacerbará el problema.

Estas cuestiones son estructurales y de primer orden pues marcan una clara orientación en la propuesta que lo permea todo. Mas allá de estas reflexiones generales, aun cuando estructurales, es claro que son las personas, con su creatividad y bajo los incentivos que las motivan a satisfacer sus necesidades, unido a un marco institucional y políticas públicas bien hechas, las que apalancan el progreso. ¿Será ello posible bajo el diseño institucional que nos ofrece la propuesta?

LA PROPUESTA, EN SU INTEGRALIDAD, ¿ES FRENO O MOTOR DE NUESTRAS LIBERTADES Y DEL PROGRESO?

Constituye un error mirar la propuesta constitucional exclusivamente bajo la lupa de las parcelas o materias de estancos específicas. Cada pieza del diseño institucional propuesto se relaciona con las demás, afectándose unas a otras. Por cierto, cada institución y su diseño es digno de un análisis particularizado, pero quedarse sólo en ese análisis sería, a lo menos, incompleto.

El sistema de gobierno y el régimen político, como los pesos y contrapesos al poder, por ejemplo, son determinantes y no deben dejar de considerarse cuando pensamos en materias que en principio pueden parecer lejanas a esa órbita de análisis, pero no lo son. Pensemos un momento en la estabilidad macroeconómica, en el mercado del trabajo, en el orden público, en la regulación de los recursos naturales o en el derecho de propiedad ¿qué tienen que ver con el sistema político? Tienen mucho o todo que ver. Y es que, para poder concretar buenas políticas públicas, idealmente oportunas, en todas esas áreas o relacionadas, el sistema político debe hacerse cargo de los principales desafíos que transversalmente se habían identificado como falencias de nuestro sistema: la gobernabilidad y la fragmentación política que han impedido avanzar en materias de primer orden de importancia para la ciudadanía, como en salud, pensiones y seguridad. Y, sin embargo, la Convención no recogió el desafío y eludió el problema. Es más, es factible concluir que lo potencia. La propuesta para el ejercicio de la política es asambleísta, no hay reglas para operacionalizar la convivencia, menos incentivos a la cooperación entre los diputados y los llamados “representantes regionales”, sino reglas para asegurar que se imponga la mayoría, y una mayoría que altera la voluntad popular mediante escaños reservados. La Constitución, que por sí misma es un instrumento

contra mayoritario justamente para controlar los abusos en que las mayorías incurran, pierde por completo ese carácter y pasa a ser una más de las leyes simples, habida cuenta que se reforma prácticamente como si fuera una ley más y no la ley suprema. El sistema electoral, si bien no se define en la propuesta, será resuelto por mayorías y bajo principios que sí están predeterminados en la propuesta constitucional, como la proporcionalidad -sin ningún tipo de corrección o umbrales mínimos para acceder a los escaños en el Congreso, y con la fuerte presencia de escaños reservados que, como decíamos, distorsionan la voluntad popular. Así, basta una elección para que esos representantes electos definan las reglas que los podrían perpetuar en el poder. El Presidente de la República podría eternizarse a la cabeza de la nación pues la duración del período presidencial es de aquellas materias que se rige por la regla de mayoría simple y bastará, conforme al capítulo de reforma constitucional, un plebiscito en que se obtenga una mayoría de los sufragios válidamente emitidos para que un líder carismático prolongue su estadía en el poder.

Las regiones a su turno, y a contrario sensu de lo que se señala en la discusión pública -en que se habla y potencia el Estado regional-, pierden poder en el debate legislativo, pudiendo intervenir, con algo de influencia, en tan sólo un puñado de temas, y no así en otros temas tan relevantes como las materias laborales, los recursos naturales, las cuestiones sindicales, la seguridad social y otros relativos a vivienda, educación y salud que no sean netamente para implementar derechos. En los demás temas, su intervención es facultativa, pero más que facultativa, resulta momentánea, pues el Congreso de Diputados puede imponer su voluntad por mayoría. Se pierde así no sólo la posibilidad de contrapesar al Poder Ejecutivo sino además de contrapesar al mismo Poder Legislativo. Los representantes regionales durarán 4 años en sus cargos, perdiéndose con ello el factor moderador que hoy les da a los senadores una duración del doble de tiempo que la de los representantes en la Cámara de Diputados. Demás está decir que los electores disminuirán en edad y también los representantes.

El sistema político diseñado traerá gobernabilidad si el Congreso de Diputados está alineado con el Presidente, pero al mismo tiempo constituirá un presidencialismo exacerbado sin contrapesos ni sistema de compensaciones. **Sobre este punto cabe dejar planteado que los órganos de control al poder (autónomos constitucionales y Poder Judicial, que en la propuesta es reemplazado por “sistemas de justicia”) quedan muy debilitados** con sistemas de nombramientos por parte del Presidente de la República y del Poder Legislativo -pero donde el peso relativo de la Cámara de las Regiones es muy poco relevante-, que podrían permitir el control de sus integrantes o de quienes han de evaluar y remover a los jueces como ocurre con el Consejo de la Justicia, integrado por una minoría de jueces. Cabe recordar, asimismo, que la nueva Corte Constitucional no tendrá facultades para realizar control preventivo de proyectos de ley sino tan sólo revisión con motivo del recurso de inaplicabilidad el que sólo puede ser promovido por el juez que conoce la causa en que se invoca la ley en cuestión.

Luego, para aspirar a una mayor calidad de vida, no basta con listar sendos y adjetivados derechos sociales, menos cuando la oferta de estos se restringe notoriamente a su provisión estatal o preferentemente estatal y donde los ciudadanos pierden libertad, como en salud. Para que exista un mayor bienestar es ineludible el progreso y las instituciones que lo posibilitan. Más allá de la trascendental importancia del sistema político y el problema de la fragmentación de la nación, que de suyo son problemas de gran magnitud en este orden de ideas, la CC dificulta las bases que podrían hacer posible el bienestar social. Se establecen propuestas riesgosas y desarticuladas sobre responsabilidad fiscal y autonomía financiera de las regiones y territorios autónomos; propuestas laborales, como la sindicalización obligatoria que sólo da más poder a los sindicatos mas no a los trabajadores y el derecho a huelga ilimitado en términos de las causas y materias que le darán origen, unido a su desvinculación de la negociación colectiva y la elección del nivel en que se negocia a los trabajadores, que harán inviables o muy complejos los proyectos productivos y comprometerán el bienestar de la población que queda a merced de la huelga.

En materia de **recursos naturales, esenciales para sostener nuestra economía**, se declara que el agua, esencial para el consumo humano, la agricultura, la minería y otras tantas actividades sobre las que Chile sustenta su bienestar, sólo sería objeto de una autorización administrativa, revocable, intransferible e inalienable. La minería y los títulos para explotarla quedan sin protección constitucional e indefinida la forma en que la iniciativa privada podrá abocarse a estas actividades y se crean nuevas categorías como los derechos de la naturaleza, los bienes naturales comunes y la soberanía alimentaria, que no sólo instalan nuevamente la lógica adversarial entre la naturaleza y las personas (a contrario sensu del desarrollo sostenible), que generan gran incertidumbre en cuanto a la posibilidad de generar proyectos de largo plazo, empleo y estabilidad para el progreso.

Para una nación que aspira a un mayor bienestar, es imprescindible la responsabilidad y sostenibilidad fiscal y hay varias normas en la propuesta que la ponen en entredicho, aunque la declaren expresamente como un objetivo. Entre ellas pueden citarse el debilitamiento de aquellas materias de iniciativa exclusiva legislativa, que sólo cabe al Presidente de la República proponer, aquellas que abren la puerta a crear empresas públicas regionales y comunales, sin que ellas estén obligadas a regirse por el mismo estatuto que los privados y sin que se haya prohibido, en el actuar económico del Estado, discriminar arbitrariamente, y se ha permitido a las autonomías regionales endeudarse. Por su parte, se otorga acción de tutela constitucional amplia sobre los derechos sociales de manera que serán los jueces los que definirán las políticas públicas sin estar llamados a ello.

Pero, por sobre todo, necesitamos una sociedad libre, pujante, innovadora y desafiante de los incumbentes, que creativamente genera soluciones a problemas cotidianos. Y para ello es clave la educación de calidad y la libertad de enseñanza. Es desalentador lo que la CC

propone en la materia, pues deshace con sendas restricciones la libertad que declara proteger. En lo sustantivo, la propuesta constitucional restringe los recursos fiscales que se destinen a la educación a los establecimientos estatales dejando en un manto de absoluta incerteza a los establecimientos particulares y particulares subvencionados que son los elegidos por el 55% de la población. No reconoce el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos ni el derecho de las personas para organizar establecimientos educacionales. En vez, los establecimientos que pertenecerán al Sistema Educacional que propone la CC han de adherir a una serie de principios y valores comunes (no mínimos), comprometiendo la diversidad de oferta educativa y con ello, el porvenir de niños y jóvenes. Finalmente, la calidad queda en entredicho al consagrarse la inamovilidad de los profesores².

Es asimismo esencial y de primer orden, otorgar una robusta protección al derecho de propiedad el que, sin embargo, sale muy debilitado por un mecanismo de expropiación que nos ofrece un “justo precio”, sin bordes para su determinación y sin pago al contado y en dinero efectivo si no hay acuerdo entre las partes. La propiedad privada permite que las personas cooperen entre sí a través del intercambio, al que confluyen buscando un beneficio mutuo. El intercambio sólo es posible en la medida que quienes participan en él tengan la seguridad que podrán participar sin ser víctimas de apropiaciones indebidas de su trabajo. El intercambio, el comercio y el flujo que a partir de ahí se genera y que alienta a los actores a abocarse a aquello en lo que tienen una ventaja comparativa, premia la eficiencia y la especialización, al mismo tiempo que permite generar mayor riqueza y capital y con ello, mejorar nuestra calidad de vida.

Esto es así pues a través de este intercambio accedemos, a costos más bajos, a bienes y servicios que necesitamos, mejorando nuestra situación. En el intercambio, la ganancia de uno no es la pérdida del otro, pues los actores asignan, subjetivamente y conforme a sus necesidades, gusto o conveniencia, un valor distinto al bien que transan y que ceden. Así, el respeto por la propiedad privada y sus atributos, generan incentivos correctos. Si, por el contrario, el derecho de propiedad no es debidamente resguardado o se colectiviza, tales garantías se ven amenazadas y los incentivos se deterioran o simplemente se destruyen, mermando con ello la posibilidad de generar mayor riqueza, o de poner a disposición de la sociedad en su conjunto las habilidades y el esfuerzo que se requieren para prosperar. No es extraño entonces que la evidencia empírica y diversos estudios e índices, como el que elabora la *Property Rights Alliance*³ (que analiza cómo se resguardan los derechos de propiedad en

² “El Estado garantiza el desarrollo del quehacer pedagógico y educativo de quienes trabajen en establecimientos que reciban fondos públicos, incluyendo su formación inicial y continua, su ejercicio reflexivo y colaborativo y la investigación pedagógica, en coherencia con los principios y fines de la educación. **Para esto, otorgará estabilidad en el ejercicio de sus funciones; asegurando condiciones laborales óptimas y resguardando su autonomía profesional.**”

³ <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

distintas jurisdicciones), nos muestre que las sociedades que otorgan una protección robusta al derecho de propiedad son sociedades más libres y prósperas, existiendo una innegable relación de asociatividad. Y el resguardo no sólo se refiere a la propiedad física, sino también a los bienes inmateriales como los derechos. La Carta Magna hoy también dispone que los derechos no pueden ser afectados en su esencia, en cambio la propuesta guarda silencio al efecto y con dominio legal mínimo que podría llevar a que algunos derechos que no tengan remisión al legislador se regulen por decreto, sin la limitación de la afectación a su esencia. Cuando se invoca, por ejemplo, la función social de la propiedad para justificar su limitación no debe recurrirse a interpretaciones amplias o excesivas del concepto que terminen por desnaturalizar el derecho de propiedad (al efecto, se han desarrollado estándares, tanto por la doctrina, como la jurisprudencia, como la proporcionalidad y la regulación expropiatoria para evitar que se afecte el núcleo esencial del derecho). Sin embargo, en la propuesta constitucional, dada la relevancia que se le da a lo colectivo, a la solidaridad y a la naturaleza y el medio ambiente, no es para nada claro que esa interpretación sea restrictiva y no se garantiza la protección de los derechos en su esencia, pudiendo dar paso a un amplia y permisiva para limitar derechos individuales.

Ya sea que las naciones basen sus economías en industrias tradicionales o en las del conocimiento, la tecnología y la innovación o en una combinación de ambas, lo cierto es que una protección robusta y consistente de estos derechos impulsa la inversión, la innovación y así el desarrollo de productos y servicios de vanguardia, en beneficio de los consumidores y de toda la sociedad. Una adecuada protección de estos derechos resulta en un impulso al comercio, generando mayor competencia y disponibilidad de bienes y servicios. De ahí que los tratados internacionales se orienten a dar una protección muy robusta a los derechos de propiedad en general, y de la propiedad intelectual e industrial.

REFLEXIONES FINALES

Hasta el año 2019, Chile había logrado reducir la pobreza (que es la causa más justa a la que debe abocarse una sociedad) a cerca de un 8% y, conforme a los antecedentes de la OCDE, éramos uno de los países con más movilidad social de la organización y de la región. No obstante, se instaló un relato extremo que no dio crédito a los logros alcanzados, a lo que se sumó un período de estancamiento de los salarios reales y de alzas de precios. Nuestra clase política, perpleja y complaciente ante la violencia abrumadora que azotó nuestro país, abrió un camino constitucional que ha tomado el rumbo de reiniciarlo todo hacia un comienzo de años en que se dificultará el progreso, la gobernabilidad, la alternancia en el poder y el ejercicio de nuestras libertades, comprometiéndose el resguardo del orden público, toda vez que las autoridades contarán con menos instrumentos constitucionales al efecto.