

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

Destacamos los 10 puntos críticos y esenciales que preocupan respecto de la consagración de las libertades y los derechos fundamentales en la propuesta de nueva Constitución.

1. DETERIORO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD PRIVADA

- Si bien la propuesta constitucional reconoce el derecho de propiedad y que ninguna persona puede ser privada de la misma salvo en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador, el estatuto expropiatorio de la propuesta es bastante más débil que el actualmente contemplado en la Constitución vigente.
- La propuesta señala al efecto que, en caso de una expropiación, se deberá indemnizar con el “justo precio”, en circunstancias que la normativa vigente reconoce que la indemnización corresponde al daño patrimonial efectivamente causado. Esta diferencia no es menor, dado que el “justo precio” es un concepto subjetivo e indefinido que deberá posteriormente ser determinado por ley, quedando supeditado al legislador de turno (y sin que en esa ley sea mandatorio que participe la Cámara de las Regiones que se propone en la propuesta pues no es de aquellas leyes de “acuerdo regional”), el que no tendrá elementos objetivos para la determinación. Hoy, bajo el parámetro objetivo establecido, el monto a pagar se determina de común acuerdo o a través de una sentencia judicial, para la que tanto las partes, peritos y jueces al momento de dictar sentencia, utilizan el valor comercial o valor de mercado y la pérdida patrimonial efectiva.
- Tampoco se incorporan en el texto elementos esenciales del debido proceso relativo al pago de la indemnización, a saber: i) el pago al contado y ii) en dinero efectivo, esto siempre y cuando no exista acuerdo diferente entre el expropiado y el expropiante en otra forma de pago. Por el contrario, el texto de la propuesta constitucional establece que se pagará en forma previa a la toma de posesión material, pero sin especificar el método de pago, el cual podría no ser al contado, sino en cuotas, y tampoco en dinero efectivo.
- Asimismo, la norma es bastante más restrictiva, puesto que establece que el indemnizado será el propietario, modificando la redacción de la vigente Constitución, en la que se reconoce al expropiado como sujeto de pago en términos generales (en el sentido que se puede ser titular de alguno de los atributos del dominio). Esta diferencia podría afectar a todos aquellos quienes gozan de una parte de los atributos del dominio y no puedan hacerlo valer sobre la indemnización, como podría ser, a modo de ejemplo, un usufructuario.
- Cabe hacer presente, también, que la propuesta no contempla entre los derechos fundamentales la libertad de adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, como lo hace la Constitución vigente.
- Relacionado con el derecho de propiedad es llamativo que una de las temáticas excluidas de la propuesta constitucional, fuera la expresa protección de la propiedad industrial, que hoy se encuentra reconocida en la Constitución vigente, conforme a una larga tradición constitucional en la materia, en el numeral 25 del artículo 19, y que cobra importancia en economías que se diversifican y se basan en el conocimiento. Esta propiedad tiene por finalidad entregar un especial reconocimiento y protección a las creaciones que surgen del intelecto innovador de las personas, y que se resguardan por

medio de patentes de invención, las marcas comerciales, los modelos y los procesos tecnológicos, entre otros, incentivando así el ingenio y la originalidad, y fomentando la investigación y desarrollo en áreas claves para la vida de las personas (como sucede en salud o en avances tecnológicos diversos de los que nos beneficiamos a diario).

- El efecto directo de esta omisión voluntaria es que los legisladores podrán modificar por ley su protección, claro está, sin por esto vulnerar la Constitución debilitando el marco de protección. Ahora bien, la no inclusión no significa, per se, su desprotección absoluta, sino que esta no contará con una garantía constitucional específica.

2. TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN ESPECIAL A LA PROPIEDAD INDÍGENA

- Inmediatamente después del derecho de propiedad, la propuesta de nueva Constitución reconoce el derecho a la propiedad indígena, el cual se titula como el “Derecho a las Tierras, Territorios y Recursos”, y garantiza el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos a través de una especial protección a esta propiedad. El Estado establecerá los procedimientos para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.
- No solo el Estado deberá llevar a cabo todas las mencionadas acciones tendientes a hacerles entrega de sus tierras, sino que la restitución corresponderá a un mecanismo preferente de reparación, considerado de utilidad pública e interés general.
- Para estos efectos, el artículo transitorio vigesimooctavo de la propuesta constitucional, establece que en el plazo de un año el Presidente de la República en ejercicio deberá convocar a una Comisión Territorial Indígena, la que estará compuesta por representantes de los pueblos y naciones indígenas, representantes del Estado y personas de reconocida idoneidad nombradas por el mismo Presidente de la República.
- Esta Comisión tendrá por misión presentar propuestas de acuerdo entre el Estado y los pueblos y naciones indígenas para la restitución de las tierras calificadas como indígenas, acuerdos que los órganos competentes deberán implementar y, periódicamente, dar cuenta de su progresiva implementación.
- Encontramos entonces que la propiedad indígena se encuentra en una vereda especial de protección y preferente restitución, la que por tanto deberá realizarse sin lugar a dudas al ser considerada de utilidad pública o de interés general, mismos motivos que son requisitos suficientes para que el Estado pueda llevar a cabo las expropiaciones, para las cuales deberá solo indemnizar lo que el legislador considere el justo precio, y únicamente al propietario. En definitiva, se busca proteger una propiedad debilitando otra.

3. SOBRE EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA INDIRECTA OBLIGACIÓN A LA SINDICALIZACIÓN

- El artículo 47 de la propuesta constitucional reconoce el derecho a la libertad sindical, la que comprende el derecho a la sindicalización, es decir, el derecho a formar y ser parte de un sindicato, a la negociación colectiva y a la huelga.
- Sin embargo, a poco andar nos damos cuenta de que no se trata de derechos de los trabajadores, sino de los sindicatos. Ello porque respecto de la negociación colectiva la titularidad del derecho queda exclusivamente en manos de las organizaciones sindicales, siendo por tanto estas los únicos representantes oficiales de los trabajadores ante el empleador.
- Lo mencionado trae como consecuencia el perjuicio de aquellos trabajadores que prefieran no sindicalizarse, y por lo tanto no pagar la mensualidad que las mismas organizaciones sindicales exigen a sus asociados, pues se verán impedidos de negociar a

menos que se sindicalicen. En definitiva, y como efecto indirecto, se crea una obligación de carácter constitucional a la sindicalización, la misma que al día de hoy solo atrae a cerca del 10% de los trabajadores del país.

- Por otra parte, la única limitación a la sindicalización corresponde a la prohibición de sindicalización a quienes integren las policías y las Fuerzas Armadas.
- Serán las organizaciones sindicales las llamadas a determinar libremente el nivel en que se desarrollará la negociación colectiva, pudiendo ésta ser ramal, sectorial y territorial.

4. LA HUELGA: UN DERECHO PRÁCTICAMENTE ILIMITADO

- Hoy el marco jurídico establece limitaciones a la huelga, las cuales tienen por finalidad mantener el orden público y proteger las funciones esenciales del Estado. La propuesta constitucional, en cambio, lo establece como un derecho prácticamente ilimitado.
- La propuesta constitucional garantiza el derecho a la huelga de los trabajadores, trabajadoras y de organizaciones sindicales, quedando a su arbitrio la determinación del ámbito de intereses de la misma, sin limitaciones al efecto, es decir, podría tratarse de causas internas con la empresa o el empleador, como por discrepancias de otras empresas del rubro, por discrepancias de empresas de otros rubros, por la oposición a una medida del gobierno de turno, por la crisis internacional, por la guerra o invasión de otros países, o en definitiva por lo que el sindicato o los trabajadores estimen como motivos suficientes para iniciar la huelga.
- Luego, el legislador se encontrará imperiosamente impedido de prohibir la huelga por la ley, y sólo podrá limitarla si se trata de servicios esenciales cuya paralización pudiera afectar la vida, la salud o la seguridad de la población. Cabe preguntarse cuan extensivo será el desarrollo de estos conceptos. Al ser excepciones deben interpretarse restrictivamente, lo que genera diversas inquietudes. Por ejemplo, una huelga en el segmento de los medios de pago, que tendría un impacto significativo en el diario vivir de las personas, ¿compromete la vida, salud o seguridad de la población?

5. LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PÚBLICO QUE LEVANTA INQUIETUDES DE CARA A LAS PRINCIPALES PREOCUPACIONES CIUDADANAS

- Una de las mayores preocupaciones de la ciudadanía era el tratamiento que se le daría a la seguridad social, y en particular a las pensiones y que ocurriría con los fondos acumulados. Aun cuando la redacción de la propuesta queda abierta, llama la atención que aquellas indicaciones relativas a la libertad de elección de la institución administradora de los fondos de pensiones, sea esta una administradora estatal o privada, y que buscaban reconocer constitucionalmente la propiedad sobre los fondos de pensiones ahorrados a la fecha, la posibilidad de heredar los mismos y la prohibición del Estado de expropiar, confiscar y nacionalizar los ahorros de los trabajadores, fueran sistemáticamente rechazadas tanto en la comisión como en el Pleno de la disuelta Convención.
- Por su parte, preocupa que en la propuesta constitucional el Presidente de la República pierda la iniciativa exclusiva en materias de seguridad social. Dentro de las razones que justifican la institución de la iniciativa exclusiva se encuentran la necesidad de mantener la disciplina fiscal y promover la prosperidad económica, además de limitar y evitar los conflictos político-electorales e institucionales que pudieran originarse para los legisladores. En los años siguientes a la reforma constitucional del año 1943, y tras malas prácticas parlamentarias -ofrecimiento de dádivas, pensiones de gracia y otros beneficios a cambio de votos-, la discusión se centró principalmente en esclarecer si los parlamentarios tenían o no iniciativa en leyes relativas a jubilaciones, montepíos y

pensiones. Lo anterior llevó a que, tras una serie de fallidos intentos, la reforma constitucional de 1970 impulsada por el Presidente Frei Montalva ampliara los tópicos objeto de materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En dicha reforma se incluyeron, a modo de ejemplo, las materias de suprimir, reducir o condonar tributos; fijar sueldos o salarios mínimos de los trabajadores; establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; y conceder o aumentar por gracia pensiones u otros beneficios pecuniarios. Así las cosas, se desconoce este importante aprendizaje constitucional por parte de la disuelta Convención. Solo por poner un ejemplo de las consecuencias que implicaría este cambio, si la propuesta se aprobara, es factible sostener que iniciativas como los retiros de fondos de pensiones, que acarrearán inflación y debilitan el ahorro de las personas, podrán ser promovidas por los parlamentarios, toda vez que no tendrían la restricción actual aplicable.

- El artículo 45 de la propuesta, en su numeral final, establece que las organizaciones sindicales y de empleadores tendrán derecho a participar en la dirección del sistema de seguridad social en la forma que señale la ley. La propuesta genera interrogantes sobre cuál será el significado que se le dará a este derecho a participar, entendiendo que, sin perjuicio que su opinión pueda ser relevante, se trata de materias que requieren de un alto conocimiento específico y técnico
- Cabe consignar que solo 3 propuestas de las 24 iniciales proponían que, en el equipo directivo del sistema de seguridad social, participaren los trabajadores, o que un grupo de representantes de organizaciones sindicales y de empleadores participaran en la administración de este sistema público.

6. LIBERTAD DE ENSEÑANZA LIMITADA

- Podría pensarse que la propuesta constitucional entrega la suficiente protección a este derecho, puesto que el artículo 35 reconoce el derecho a la educación e incorpora que es un deber primordial e ineludible para el Estado, al tiempo que reconoce la libertad de enseñanza. Sin embargo, más allá de la declaración, lo relevante es analizar si el contenido de las normas propuestas y aprobadas al efecto, verdaderamente garantizan este derecho o no.
- En este sentido, es llamativo que el texto no reconozca uno de los elementos más relevantes de estos derechos, como es que los padres tienen el derecho y deber preferente de educar a sus hijos y que el Estado debe proteger ese derecho, y la libertad, para que la sociedad civil pueda desarrollar y mantener diversos proyectos educativos.
- La autonomía y libertad para crear y mantener proyectos educativos es más bien puesta en duda en la propuesta. Por de pronto al consagrar, en todos los niveles (escolar incluido), que los docentes tendrán libertad de cátedra, la cual no deberán circunscribir al proyecto educativo del establecimiento educacional en el que se desempeñan.
- Asimismo, se estatuye que las comunidades educativas gozarán de facultades vinculantes sobre las decisiones relativas al proyecto educativo, las decisiones del establecimiento y las políticas educativas.
- En igual sentido pueden mencionarse todos los principios y fines con el que deberán cumplir los proyectos educativos para ser reconocidos por el Estado, los que trasuntan en una homogeneización de la oferta educativa, restándole valor a la diversidad y libertad de las personas y sus preferencias. Asimismo, para poder ser incorporados en el listado de establecimientos reconocidos, estos tendrán prohibida toda forma de lucro.
- En cuanto al financiamiento, si bien el texto no prohíbe expresamente la posibilidad de financiar a quienes optan por una alternativa educativa privada o particular subvencionada, solo garantiza el financiamiento estatal directo permanente y suficiente a la educación estatal pública. Esta disposición contraría las preferencias de las familias

chilenas, quienes, al día de hoy, en un 69% de las solicitudes de acceso, indican como primera opción de preferencia a un colegio particular subvencionado.

- Sin el financiamiento público suficiente garantizado, ni la posibilidad real de sostener un determinado proyecto educativo, la libertad de enseñanza queda limitada, poniendo en riesgo, en el mediano y largo plazo, la continuidad de aquellos proyectos educativos distintos al estatal, lo que sería perjudicial para la mayoría de las familias chilenas.

7. DERECHO A LA SALUD: CIUDADANOS PIERDEN LAS LIBERTADES ACTUALES

- La Constitución vigente reconoce expresamente el derecho a la libre elección del sistema de salud, sea este estatal o privado. Asimismo reconoce derechamente que el sistema de salud está compuesto tanto por prestadores estatales como privados, y expresamente que al Estado le corresponde, y es su deber preferente, garantizar la ejecución de las acciones de salud, así como reconoce el rol de coordinador y de control de las acciones relacionadas con la Salud, además del deber de garantizar la ejecución de dichas acciones, independiente del sector del que forme parte la institución, debiendo proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.
- En cambio, la propuesta termina con la posibilidad de elegir el sistema de salud y los seguros al efecto, creando un sistema nacional único al cual se destinarán nuestras cotizaciones. La experiencia al día de hoy es que el sistema de FONASA no ha entregado una respuesta satisfactoria y oportuna a los requerimientos de la población nacional, por lo que haber mantenido la existencia paralela de seguros de salud, parecía una razonable medida.
- Sobre los prestadores, si bien el texto reconoce que en el Sistema Nacional de Salud podrán coexistir prestadores de salud públicos y privados, no lo garantiza, sino que entrega un mandato al legislador para que este determine las condiciones y requisitos para que estos puedan participar del sistema.
- Estos requerimientos o condiciones que se pretenden establecer por ley podrían revivir aquellas exigencias que se establecían en las iniciativas o en aquellas indicaciones que fueron votadas en el Pleno de la otrora Convención, pero que no obtuvieron los 2/3 de quorum requerido, como, por ejemplo: el fin al lucro.

8. LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS

- El proyecto de nueva Constitución incorpora a la naturaleza como titular y sujeto de los derechos reconocidos en la propuesta, en circunstancias que es la persona humana la que es titular de derechos producto de su dignidad y libertad intrínseca. La naturaleza, al no poseer inteligencia ni voluntad no puede ser titular de derechos puesto que no tiene la comprensión del significado de esta atribución, y por contrapartida, mucho menos la capacidad de contraer los deberes y obligaciones relativas a la titularidad de los derechos. La naturaleza es merecedora de una robusta protección, compatible, en todo caso, con el desarrollo de las personas y el ejercicio de otros derechos reconocidos al ser humano. En Chile hay consenso de la necesidad de contar con una robusta protección a la naturaleza. Para ello, Chile ya cuenta con una institucionalidad ambiental amplia y robusta, de manera que no es necesario que se consagre a la naturaleza como sujeto de derechos a nivel constitucional. La alternativa para profundizar el cuidado de la naturaleza es el desarrollo sostenible, el que debe ser impulsado con fuerza por el Estado y no cambiar a modelos conceptualmente errados y no utilizados en países exitosos en el manejo del medio ambiente.

- Conforme señala el profesor Felipe Riesco¹, los llamados derechos de la naturaleza son impulsados por el llamado “constitucionalismo ecológico”, en virtud del cual se “cuestionan de manera radical los modelos de sociedad generados por la modernidad, fundados en el lucro y el egoísmo, que han llevado a la situación de deterioro ambiental irreversible que se atraviesa en la actualidad, así como a la inequidad y exclusión social que caracterizan al mundo moderno.” (Citando a Melo, Mario. 2013).
- El reconocimiento de derechos de la naturaleza se opone radicalmente a la noción de desarrollo sostenible, el cual reconoce la especial dignidad que tienen los seres humanos y reconoce -por tanto- un contenido marcadamente antropocéntrico. De ahí que la ONU, a través de la Declaración de Río, señale que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza” (Principio 1 de la Declaración de Río de 1992, ONU), principio que ha constituido el sustento y desarrollo de todo el derecho internacional ambiental, que vio su nacimiento con la Declaración de Estocolmo de 1972, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, que reconoció que “El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente” (Riesco, 2022, Coyuntura Política, Libertad y Desarrollo).
- Chile ha sido reconocido internacionalmente por su nivel de desarrollo económico y social y por el esfuerzo que ha realizado en materia ambiental por el establecimiento de una institucionalidad y de instrumentos de gestión ambiental, en el marco del desarrollo sostenible, en orden a generar un desarrollo que sea capaz de satisfacer las necesidades actuales de los chilenos, sin comprometer los recursos y posibilidades de las futuras generaciones. En ese marco, en septiembre del 2015 Chile, como parte de la ONU, adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que “es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad que tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad”, como una política de Estado (Riesco, 2022, Coyuntura Política, Libertad y Desarrollo).
- En vez, bajo la nueva categoría que se viene creando surgen más interrogantes que certezas de cara a esa agenda: ¿quién tendría la legitimación activa para reclamar los derechos de la naturaleza? Evidentemente deberán ser terceros (pueblos, ONG, los ciudadanos) los que velen por estos derechos; la Defensoría de la Naturaleza, organismo que sería el encargado de la “promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales”, por lo que las personas podrán reclamar los derechos de la naturaleza a través de esta Institución. Lo anterior podría constituir a los derechos de la naturaleza en verdaderos “instrumentos de lucha y defensa de los territorios”, en una conocida y lucrativa industria de oposición a proyectos de inversión, para revertir “la crisis de un sistema económico abusivo, neoliberal, extractivista y patriarcal” (Giesen, Eduardo. 2021). También existirá la “Justicia Ambiental”, a través de los Tribunales Ambientales que, además de resolver sobre la legalidad de los actos administrativos en materia ambiental, conocerán también de la Acción de Tutela de derechos fundamentales ambientales y de los derechos de la naturaleza. En este sentido surge naturalmente la interrogante acerca de cómo operará en la práctica la coordinación ante esta pluralidad de órganos en materia ambiental.
- También plantea la interrogante sobre cómo se conciliarán, en la práctica, las necesidades de los seres humanos con los derechos de la naturaleza, conflicto que, en definitiva, deberán resolver los tribunales, introduciendo un nuevo elemento de incertidumbre y judicialización.

¹ (Riesco, 2022, Coyuntura Política, Libertad y Desarrollo).

- Es importante destacar que pocas constituciones en el mundo otorgan a la naturaleza la categoría de sujeto de derechos. Sólo se encuentran las experiencias de Ecuador y Bolivia, países en los cuales no se ha alcanzado la protección esperada, en cambio, otros países que no contemplan a la naturaleza como sujeto de derechos, sino como objeto de protección, han alcanzado mayores estándares de protección.

9. DESPROTECCIÓN DE LA ESCENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- La Constitución vigente, en el numeral de cierre de los derechos fundamentales, regula una de las materias más importantes relativas a los mismos; nos referimos a la garantía de las garantías, que establece que, en caso de que se limite o se pretenda limitar alguno de los derechos reconocidos en la Constitución, esta limitación jamás podrá afectar la esencia de los derechos. Así, se asegura a las personas la protección del núcleo esencial del derecho. De otro modo, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional, las limitaciones podrían afectar a tal punto el derecho que este ya no pueda ser reconocido.
- En la vereda contraria, el texto de la propuesta constitucional de la disuelta Convención genera preocupación al no incorporar una norma sobre la materia que fije un marco o restricciones para las limitaciones que puedan establecerse sobre los derechos fundamentales (en muchos casos serán por ley, pero en otros, y conforme se desprende de la propuesta, podrían estatuirse mediante la potestad reglamentaria del Presidente de la República). Si bien se discutió una propuesta bajo la cual los límites a los derechos fundamentales serían determinados por ley, ésta no prosperó y, en todo caso, ella no resguardaba la esencia de los mismos, ni estatuyó como limitación el no imponer condiciones para su ejercicio, sino únicamente reconocía la existencia de un mecanismo que sería posteriormente definido por la ley.

10. LA NUEVA ACCIÓN DE TUTELA: MÁS PROBLEMAS QUE SOLUCIONES EN DEMOCRACIA

- En cuanto al mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales, la propuesta constitucional crea la denominada Acción de Tutela y elimina el actual Recurso de Protección. La Acción de Tutela abarca todos los derechos fundamentales (no solo las libertades como lo hace el recurso de protección), y para interponerla se elimina la exigencia de un actuar “arbitrario o ilegal” del Estado. Es decir, bastará la acción u omisión de este para que se pueda considerar vulnerado el derecho protegido. La incorporación en la Constitución actual de la ilegalidad o arbitrariedad en los requisitos para la interposición del Recurso de Protección permiten que el Estado, con recursos siempre escasos, y ante la priorización que está llamado a hacer, pueda válidamente excusarse ante un potencial incumplimiento, pues su actuar no contraria la ley ni ha sido caprichoso. La no incorporación de estos criterios se traducirá, posiblemente, en un incremento sustancial en la judicialización de los derechos sociales.
- Pero al mismo tiempo la propuesta deja en manos de los jueces, en definitiva, la resolución de la política social. Con ello no solo se debilita la sostenibilidad fiscal, sino también la democracia, pues la asignación de los recursos necesarios no la hacen los poderes democráticamente electos al efecto, sino que la judicatura, que conocen de estas materias caso a caso y sin una mirada sistémica pues no están llamados a tenerla