

15 PUNTOS CRÍTICOS

progreso en riesgo en la propuesta de nueva Constitución



En materia de progreso y desarrollo humano, la propuesta constitucional arriesga las bases para alcanzar este anhelo y con ello el bienestar de la población. Sin progreso, la promesa de más y mejores derechos sociales se hará además irrealizable. A continuación, revisamos los aspectos más críticos de la propuesta en este ámbito.

1. DERECHO DE PROPIEDAD: UN RETROCESO EVIDENTE

- Si bien la propuesta constitucional reconoce el derecho de propiedad, el estatuto expropiatorio de esta es bastante más débil que el actual.
- En caso de una expropiación, se deberá indemnizar con el “justo precio” y no como en normativa vigente, al daño patrimonial efectivamente causado. El “justo precio” deberá ser determinado por ley, sin que existan elementos objetivos amparados por la propuesta de Constitución para ello.
- Tampoco se incorporan en el texto elementos esenciales del debido proceso relativo al pago de la indemnización: i) pago al contado y ii) en dinero efectivo. Por el contrario, se establece que se pagará en forma previa a la toma de posesión material, pero sin especificar el método.
- Se establece que el indemnizado será el propietario y no el expropiado en términos generales. Esta diferencia podría afectar a quienes gocen de una parte de los atributos del

dominio y no puedan hacerlo valer sobre la indemnización.

- No contempla 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.

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL: LA INNOVACIÓN, ESENCIAL PARA MEJORAR NUESTRA CALIDAD DE VIDA, PIERDE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EXPRESA

No se incluye protección constitucional expresa a la propiedad industrial. Los legisladores podrán modificar por ley su protección sin por esto vulnerar la Constitución, debilitando el marco de resguardo que es esencial para generar innovación que mejora nuestra calidad de vida. Ahora bien, la no inclusión no significa, per se, su desprotección absoluta, sino que esta no contará con una garantía constitucional específica.

3. EMPRENDIMIENTO Y LIBRE COMPETENCIA: SE DECLARAN, PERO AL MISMO TIEMPO SE DEBILITAN

- Si bien la propuesta constitucional reconoce la libertad de emprendimiento y el desarrollo de todo tipo de actividades económicas, también señala que se sujetará a la compatibilidad, entre otras, con la protección de la naturaleza. No es claro cómo se compatibilizarán estos derechos, generando incertidumbre y, previsiblemente, alta judicialización. Ante una colisión de derechos será la justicia, por medio de los tribunales, la que deberá determinar cuál prevalece, pudiendo desincentivarse la inversión.

- Se agrega que la ley será la encargada de determinar los límites de la libertad de emprendimiento, sin embargo como no existe un mandato constitucional para que esas limitaciones no alteren el derecho en su esencia, nuevamente quedará en manos del Congreso de Diputados y Diputadas definirlos y luego a los tribunales.

- La propuesta apuesta por el Estado empresario, a nivel nacional, regional y comunal. Pero no toma los resguardos para proteger a los ciudadanos.

- Así, emprendedores y personas podrían verse

expuestos a competencia desleal por parte del Estado empresario y los usuarios y consumidores, a productos y servicios más deficientes y de menor calidad.

- Se incorporan elementos difusos que podrían dar pie a distorsiones como el funcionamiento “justo” y que se debilita enormemente la delación compensada al entregar la acción penal no solo a las entidades técnicas de libre competencia, sino también al Ministerio Público.

4. DERECHOS DE LA NATURALEZA: ¿COMPATIBLES CON EL DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE?

- La propuesta constitucional reconoce los derechos de la naturaleza, convirtiéndola en sujeto de derechos. Además, la misma norma entrega al Estado el deber de garantizar y promover estos derechos.

- El giro de la propuesta constitucional, en que ya no es la persona la que está al centro de las preocupaciones de la institucionalidad, abre una serie de incertezas e interrogantes.

- Atribuirle a la naturaleza la categoría de sujeto de derechos, podría ocasionar colisiones

de derechos entre los de la naturaleza y las personas, en perjuicio de las últimas.

- La propuesta señala que los derechos de la naturaleza y los derechos ambientales podrán ser ejercidos por la Defensoría de la Naturaleza o por cualquier persona o grupo, lo que evidentemente aumentaría la judicialización.

5. BIENES COMUNES NATURALES, SU VOCACIÓN SOCIAL Y LAS INTERROGANTES PARA EL PROGRESO

- La nueva categoría de bienes, coherente con el ecologismo de carácter más radical que se evidencia en la propuesta constitucional, instala nuevamente la lógica adversarial entre la naturaleza y las personas, y generan gran incertidumbre en cuanto a la posibilidad de generar proyectos de largo plazo, empleo y estabilidad para el progreso.

- La regulación de esta nueva categoría entrega al Estado un rol dominante en protección a la naturaleza, pudiendo dejar de lado la gestión ambiental vigente y precarizar los derechos de uso de las personas sobre los mismos.

- Si bien la propuesta enumera los bienes comunes naturales y los bienes comunes naturales inapropiables, la norma establece que podrán incorporarse otros bienes a estas categorías a través de una ley simple.

- Respecto a los deberes del Estado sobre los bienes comunes naturales inapropiables, se establece que “el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos (...)”. Así, la propuesta otorga un rol activo al Estado, pudiendo implicar una intervención estatal en la propiedad privada, que podría conllevar severas limitaciones al derecho de propiedad.

- Para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, la propuesta establece que el Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas si estas están justificadas en el interés público, protección de la naturaleza y el beneficio colectivo, y además no generan derechos de propiedad. Esto precariza la certeza jurídica necesaria para desarrollar actividades que traen bienestar para la población.

- Categorizar el aire como un bien común inapropiable también podría tener negativas

implicancias para los proyectos de energía. Además, si esto se establece para el aire, el próximo paso podría ser la luz solar.

- Las consecuencias prácticas que a futuro podría tener esta nueva categoría generan incertezas a las vigentes y futuras concesiones, derechos y permisos para utilizar estos bienes en varias actividades que usan recursos naturales en beneficio de las personas, ahora catalogados como bienes comunes naturales.

6. AGUAS: SUJETAS A PERMISOS PRECARIOS, ESENCIALMENTE REVOCABLES E INCOMERCIABLES

- Las normas de la propuesta constitucional cambian el estatuto constitucional del agua, lo que en la práctica se traduce en la derogación del recientemente reformado y aprobado Código de Aguas.
- La propuesta elimina los derechos de aprovechamiento de aguas, que pasarán a ser precarias autorizaciones de uso de agua otorgadas por la Agencia Nacional de Aguas.
- Además, éstas serán de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad

efectiva de las aguas y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento.

- Esto implica que las autorizaciones no serán transferibles, ni podrán darse en garantía, ni venderse, ni tampoco podría ser objeto de ningún acto de derecho privado, con lo que los agricultores, entre otros afectados, pierden parte del capital con que pueden salir a buscar créditos de financiación y decrece el valor del activo, lo que repercute en la capacidad de producción agrícola y en nuestro bienestar. Por ello, se hará más caro el acceso a crédito para financiar estas actividades, entorpeciendo, por ejemplo, el desarrollo de obras hidráulicas y riego, tan necesarias en el país dado el contexto de la sequía.
- También impediría que, entre otras, las concesionarias sanitarias puedan salir a buscar derechos de aprovechamiento de aguas de otros actores, por lo que también se reducen las herramientas que disponen las empresas para asegurar la provisión de agua potable.
- Así, las normas propuestas generan incertezas que afectarán significativamente a los usuarios y a actividades como agricultura, minería,

celulosas, pesca, etc.

- Si bien contempla algunas salvaguardas, transitorias en todo caso, para los pequeños agricultores, las normas transitorias disponen que desde la entrada en vigencia de la eventual nueva Constitución, todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarán como autorizaciones de uso de agua. Se vulnera el derecho de propiedad de los titulares actuales, confiscándolos y transformándolos en permisos administrativos de uso.

7. MINERÍA PRIVADA SIN PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: INCERTEZA PARA LA INVERSIÓN Y LOS TRABAJADORES DEL SECTOR

- No consagra un sistema de concesiones o equivalente que permita a los privados explorar y explotar sustancias minerales. Este deberá ser definido por el legislador con quorum de mayoría simple y sin que sea mandatoria la intervención de la Cámara de las Regiones. Esto, además del debilitado derecho de propiedad de la propuesta.

- Si bien la propuesta no lo señala expresamente, al establecer el carácter finito y no renovable de exploración, explotación y aprovechamiento, se esboza la intención de que las actividades mineras se limiten a cuotas máximas de extracción. Esto implica un gran desincentivo a la inversión en la industria minera, ya que se limita la actividad productiva en los yacimientos.

- Se establece que “quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare”. Al no existir norma transitoria que disponga la vigencia de esta disposición, se entiende que, en caso de aprobarse la nueva Constitución, una vez publicada, entraría a regir dicha norma sin resolver qué pasaría con los proyectos mineros afectados.

8. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA ECONÓMICA: ¿QUÉ PASA CUANDO LA CONTRAPARTE ES EL ESTADO?

- La propuesta constitucional establece que la justicia arbitral será siempre voluntaria y la ley no podrá establecer arbitrajes forzosos. La

eliminación de los arbitrajes forzosos es compleja cuando por la naturaleza de ciertas materias, esto es, controversias de alto carácter técnico, se requiere de una justicia especializada, pero, además, capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en los contratos y de contar con soluciones rápidas y eficaces para las partes en conflicto y los usuarios. Ello cobra aún más relevancia cuando la contraparte del sector privado es el Estado, como ocurre en muchos contratos regulados por ley, como los de concesiones de obras públicas, pues permite morigerar las potestades del Estado frente a un contrato administrativo de características muy especiales, todo ello con el fin de dar un marco de igualdad jurídica entre las partes.

9. SOBERANÍA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA: POSIBLES LIMITACIONES A LA LIBERTAD PRODUCTIVA DEL SECTOR AGRÍCOLA

- La propuesta constitucional establece como deber del Estado, “asegurar la soberanía y seguridad alimentaria. Para esto promoverá la producción, distribución y consumo de alimentos que garanticen el derecho a la alimentación sana y adecuada, el comercio justo y sistemas alimentarios ecológicamente

responsables”. La seguridad alimentaria es promovida por las Naciones Unidas como Objetivo de Desarrollo Sostenible, pero reconoce el rol irremplazable que tiene la producción y el libre comercio en la alimentación de la población, cumpliendo con la regulación. La seguridad alimentaria es la garantía que tienen las personas para alimentarse de manera suficiente y equilibrada, mas no de verse privadas de elegir según sus preferencias alimentarias, lo que determina también qué sembrar, producir o comercializar. La “soberanía alimentaria”, en cambio, es una visión ideológica y política que asume como amenaza el origen de los alimentos

- Dado el rol preponderante que la propuesta entrega al Estado en materia económica las personas podrían verse expuesta a que se impongan estrategias de producción, distribución y consumo de alimentos, reduciendo la producción agrícola de exportación y asegurando la producción nacional de productos variados y balanceados.

- La norma propuesta podría entonces afectar negativamente nuestra actividad importadora y exportadora de alimentos y podrían promoverse

políticas reacias a la globalización, de carácter proteccionistas, lo que solo perjudicará a la población.

- En definitiva, la norma propuesta puede constituir una amenaza a la libertad productiva del sector agrícola, además de implicar un aumento en los precios de los productos y afectar la capacidad exportadora del país, del trabajo y las economías locales.

10. ESTADO SOCIAL DE DERECHO QUE NO VALORA LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

- La actual Constitución permite que la sociedad civil colabore en la prestación de bienes públicos o de interés público.
- La propuesta constitucional, en cambio, no cree en las alianzas públicos privadas y con ello deja en una peor posición a los ciudadanos. Ejemplos de ello los encontramos, entre otros, en la libertad de enseñanza en que solo se garantiza el financiamiento del Estado a los establecimientos de educación estatales y en el derecho a la salud en se establece un sistema de seguro público, único. Los ciudadanos pierden capacidad para elegir según sus preferencias.

Tampoco se garantiza la participación de los prestadores privados de salud y más bien se establece que estos “podrán” participar.

- El Estado cuenta con recursos limitados para llevar a cabo las tareas que se le encomiendan, de manera que la colaboración privada, regulada, es esencial. Así, no se entiende este giro de la propuesta constitucional, sino en desmedro de las personas.

11. SISTEMA TRIBUTARIO: PRINCIPIOS Y OBJETIVOS QUE ABANDONAN LA NEUTRALIDAD

- Las normas fundamentales a nivel constitucional sobre derechos y garantías en materia tributaria deben orientarse a que la legislación contemple un sistema más simple y eficiente, que distorsione lo menos posible las decisiones de los actores económicos.
- Sin embargo, la propuesta constitucional, lejos de una regulación esencial orientadora, constitucionaliza -y petrifica- objetivos de la política fiscal y consagra ciertos principios, lo que unido al preponderante rol que se le da al Estado abre interrogantes sobre la amplitud e indefinición del principio de la justicia material

de cara al debido resguardo del derecho de propiedad.

- En cuanto a la potestad tributaria, se elimina erróneamente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en la materia.
- Preocupa la facultad de las asambleas regionales de establecer tasas y contribuciones. Si bien el texto de la propuesta señala que ellas deberán fijarse previo dictarse una ley habilitante que fije parámetros generales, surge la interrogante sobre los incentivos, arbitraje y otros comportamientos que esta disposición generará.

12. CONSENTIMIENTO Y CONSULTA INDÍGENA: MAS INCERTEZAS QUE SEGURIDADES

- La consulta indígena, por una parte, está reconocida en la propuesta como derecho fundamental de los pueblos y naciones indígenas “a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen”. Nótese que la forma de recogerlo en la propuesta es más amplia que lo que actualmente señala nuestro marco jurídico

bajo el Convenio 169 de la OIT, que refiere a una afectación “directa.

- Se establece que “los pueblos y naciones preexistentes al Estado deberán ser consultados y otorgar el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”. Algunos sostienen que este consentimiento se circunscribiría a materias territoriales, pero el texto expreso antes citado reconoce ese derecho a consentir respecto de la afectación de derechos reconocidos en la (propuesta) Constitución. Así, la restricción a eventuales materiales locales no es literal ni evidente. Terminará dependiendo de la interpretación judicial, con la incerteza y paralización que ello puede conllevar hasta que no se asienten criterios vía reformas (que en todo caso se vislumbran muy difíciles pues ellas supondrían la aceptación de las naciones indígenas) o jurisprudencia sostenida en el tiempo. Y la interpretación territorial también presenta problemas. Decisiones con impacto territorial como construcción de carreteras, trenes, concesiones eléctricas, proyectos mineros, entre otros, podrían requerir consentimiento

de los pueblos indígenas para llevarlas a cabo.

- Así, la propuesta consagra un consentimiento indígena que, en definitiva, otorga un poder de veto en las materias referidas, permitiéndoles imponer su interés particular por sobre el bien común.

13. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

- Se reconoce el derecho a la libertad sindical, que comprende el derecho a la sindicalización (derecho a formar y ser parte de un sindicato, a la negociación colectiva y a la huelga). Sin embargo, 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.

- Ello acarrea un perjuicio a los trabajadores que prefieran no sindicalizarse y no pagar la mensualidad que las mismas organizaciones exigen a sus asociados, pues se verán impedidos de negociar a menos que se sindicalicen.

- 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.

- La propuesta establece la huelga como un derecho prácticamente ilimitado. Se 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. El legislador se encontrará impedido de prohibir la huelga, y solo podrá limitarla si se trata de servicios esenciales cuya paralización pudiera afectar la vida, la salud o la seguridad de la población.

14. PRINCIPIO PRECAUTORIO: POSIBLE OBSTACULIZACIÓN AL DESARROLLO DE ACTIVIDADES NECESARIAS PARA EL BIENESTAR DE LA POBLACIÓN QUE CUMPLAN CON LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y NORMAS APLICABLES

- La propuesta constitucional consagra el principio precautorio. Este principio exige que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. Así el principio precautorio interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, posible. A la luz de este principio, las autoridades administrativas podrían no aprobar el desarrollo de relevantes actividades económicas, al no contar con evidencia científica ni certeza absoluta respecto a los daños al medio ambiente que pudieran ocasionar.

15. DERECHOS DE LOS ANIMALES ¿CUAN COMPATIBLES SERÁN CON EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ESENCIALES PARA NUESTRO PAÍS?

- Se establece que los animales son sujetos de especial protección y que el Estado los protegerá reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato.

- Igual que con los derechos de la naturaleza,

es jurídicamente relevante determinar quién tendrá legitimación activa para reclamar los derechos de la naturaleza y de los animales.

- El que la propuesta constitucional considere a los animales como “seres sintientes libres y con derecho a una vida libre de maltrato”, y según se defina e interprete el alcance de esta concepción, podría afectar directamente a la industria productiva de alimentos del país y la capacidad para abastecer de alimento a la población. Al mismo tiempo actividades turísticas relacionadas con actividades que los involucren, podrían verse afectadas.

- Ello no quiere decir que estas actividades económicas no deban cumplir con las normas ambientales y de sostenibilidad y estándares en sus procesos productivos, sin embargo, la amplitud de la norma propuesta es tal que pareciera ir más allá de estos parámetros.