



COMENTARIOS Y ANÁLISIS SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE

Comments and analysis on the constituent process in Chile

Entrevista a la profesora Marisol Peña Torres*

Por: Irene Jetsabel Zegarra Llanos**

* Es abogada y magister en Estudios Internacionales. Profesora titular de Derecho Constitucional (Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile). Miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Exministra y expresidenta del Tribunal Constitucional de Chile. Autora de numerosos artículos académicos en revistas científicas y libros relacionados a sus áreas de especialización. ORCID iD: 0000-0002-9341-3132. Contacto: marisolpena@udd.cl

** Estudiante de pregrado del décimo primer ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante preprofesional en el área de Unidad Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Asociada de la Comisión de Publicaciones en la asociación civil Derecho y Sociedad. Coordinadora de la Comisión de Género del Centro Federado de la Facultad de Derecho. Con intereses de especialización en Derechos Humanos y Derecho Administrativo. Contacto: irene.zegarra@pucp.edu.pe

Resumen:

Con el estallido social en Chile ocurrido en octubre del 2019, se inició un conjunto de manifestaciones y movilizaciones ciudadanas de distintos sectores de la sociedad que impulsaron diversas solicitudes de reivindicaciones y demandas sociales. Es a partir de este suceso que, el 12 de noviembre del mencionado año, se emitió un discurso presidencial, a través del cual se plantearon tres grandes acuerdos para superar la crisis que se vivía, y, uno de esos acuerdos, fue el acuerdo por una nueva constitución.

Dicha promesa dio origen a la conformación de la Convención Constitucional, el órgano que, luego de un periodo de trabajo bastante arduo y largo, recientemente ha presentado un nuevo proyecto de texto constitucional, el cual será aceptado o rechazado mediante un plebiscito a celebrarse en septiembre del presente año. En este contexto, la entrevista tiene la finalidad de analizar y evaluar los aspectos más determinantes sobre el suscitado proceso constituyente.

Abstract:

With the social outbreak in Chile in October 2019, a series of demonstrations and citizen mobilizations of different sectors of society began, which promoted various requests for social claims and demands. It is from this event that, on November 12 of that year, a presidential speech was issued, through which three major agreements were proposed to overcome the crisis that was being experienced, and one of those agreements was the agreement for a new constitution.

This promise gave rise to the formation of the Constitutional Convention, the body which, after a long and arduous period of work, has recently presented a new draft constitutional text, which will be accepted or rejected by means of a plebiscite to be held in September of this year. In this context, the purpose of the interview is to analyze and evaluate the most decisive aspects of the constitutional process.

Palabras clave:

Constitución – Proceso constituyente – Convención Constitucional – Estado Democrático

Keywords:

Constitution – Constituent process – Constitutional Convention – Democratic State

1. ¿QUÉ FACTORES SOCIALES, POLÍTICOS Y ECONÓMICOS CONSIDERA QUE LLEVARON A QUE INICIE EL ESTALLIDO SOCIAL EN CHILE?

El origen del proceso constituyente chileno se ha situado en el fenómeno denominado “el estallido social” que ocurrió en octubre del año 2019. Este hecho encuentra su origen en el momento en que el gobierno de Chile anuncia un alza de las tarifas del Metro, que es el tren subterráneo que atraviesa la ciudad de Santiago, y que muchos ciudadanos utilizan para trasladarse. El día 18 de octubre amanecemos con la noticia de que varios estudiantes jóvenes habían saltado los torniquetes del Metro a través de actos violentos y que paralelamente aquello había desatado una serie de incendios y atentados alrededor de varias de sus estaciones.

Entonces, se combinan dos aspectos: por un lado, la protesta que podría haber sido legítima de un sector de la sociedad civil por el alza de las tarifas del metro; y, por otro lado, una violencia inusitada que no se había visto anteriormente respecto de un medio de transporte que es tan indispensable para que las personas puedan desenvolverse.

A partir de ese momento se empezó a ver, en forma ininterrumpida, un conjunto de marchas y movilizaciones. Como si algo hubiera despertado, no solo en la ciudad de Santiago, si no a lo largo de todo el país. En esas marchas y movilizaciones, que se apreciaron no solo en nuestra capital, sino también en las ciudades más importantes del país, desfilaron distintos sectores de la sociedad con demandas relacionadas con reivindicaciones sociales; por ejemplo, educación de calidad, pensiones de vejez más dignas, y un sistema de salud que fuera equitativo y no desigual entre lo público y lo privado.

A esas primeras manifestaciones de necesidades sociales se fueron sumando, progresivamente, otras manifestaciones que incluyeron a los grupos discriminados sexualmente, el colectivo LGBTQ+, y a los pueblos indígenas que también reclamaban el derecho al reconocimiento de sus legítimas diferencias.

Por lo tanto, es evidente que el estallido social de octubre del año 2019 visibiliza un conjunto de inquietudes profundamente ciudadanas que se estimó que no habían logrado ser respondidas por la política. Esta última idea es muy trascendente porque entre los letreros que acompañaban a las manifestaciones callejeras, algunos mostraban el rechazo a los políticos, dando a entender que la política tradicional –los representantes, tanto en el poder ejecutivo como en el poder legislativo– no habían sido capaces de traducir ni entender esas necesidades y, al mismo tiempo, tampoco habían logrado darles solución.

2. ¿EN QUÉ CONSISTIÓ INICIALMENTE LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL IMPULSADA POR EL ESTALLIDO SOCIAL? ¿QUÉ REPRESENTABA A NIVEL JURÍDICO Y POLÍTICO?

Tal como sostiene Gerardo Pisarello en una importante obra de la materia, cuando se analiza la literatura sobre los procesos constituyentes —particularmente en América Latina, y observa, por ejemplo, los antecedentes de la Constitución boliviana del 2009, la Constitución ecuatoriana del año 2008, la Constitución venezolana del año 1999 y la Carta colombiana de 1991— se puede identificar la presencia de dos factores comunes: El primero consiste en que en los procesos constituyentes mencionados se generaron por movimientos ciudadanos, que son los que activan el cambio de la constitución. Esos movimientos visibilizan principalmente dos inquietudes: en primer lugar, la profundas desigualdades e inequidades que existen hasta el día de hoy en nuestros distintos países; y, en segundo lugar, que el actor responsable de dichas desigualdades es la clase política porque este sector aplicó, sin conocimiento previo alguno, un modelo de carácter neoliberal basado en el mercado, el cual sería la causa principal de la existencia de tales problemáticas.

Ahora bien, en el caso de Chile, una de las respuestas que la historia debe brindar es si el contexto nacional se puede incluir dentro de dicha categorización. Es decir, si el estallido social puede calzar, pareciera que sí, con demandas de mayor igualdad y equidad que se atribuyen al fracaso de un modelo socioeconómico que no fue capaz de superar esas desigualdades e inequidades. No obstante, dicha idea es un punto de investigación que se encuentra pendiente.

Por otro lado, refiriéndonos concretamente al punto central de la pregunta, es necesario señalar que el proceso constituyente chileno tenía un antecedente. Durante el segundo gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet, es decir, a fines del año 2017, se había desarrollado un proceso de consulta, de cabillos ciudadanos, para preguntarle a las personas qué tipo de mejoramientos quisieran introducir a la carta fundamental vigente, la cual rige desde el 11 de marzo de 1981.

Esas propuestas fueron condensadas en un proyecto de reforma, bastante integral, pero respecto de la constitución vigente. La expresidenta Bachelet presentó el documento al final de su periodo presidencial y, obviamente, no logró tramitarse debido a que se produjo un cambio de modelo de gobierno muy distinto, como lo fue el de Sebastián Piñera. Entonces, se debe tener presente que se había tenido un antecedente de proceso constitucional de carácter institucional liderado por la expresidenta de la República, pero que no había fructificado.

Además, se tiene otro antecedente de mayor inmediatez que consistió en la respuesta que la clase política chilena dio al estallido social y a sus consecuencias, puesto que, esta situación no solo significó la visibilización de demandas ciudadanas, sino que, lamentablemente y como suelen ocurrir en estos procesos, estuvo acompañado de gran violencia y destrucción. Por ejemplo, quema de iglesias, impedimentos para que las personas pudieran trabajar en determinados lugares porque los locales comerciales y restaurantes tenían que permanecer clausurados debido al peligro de que fueran devastados, limitación del servicio de transporte público, etc. En consecuencia, hubo un gran nivel de violencia que acompañó al estallido social.

Como consecuencia del escenario social descrito, el 12 de noviembre del año 2019, el expresidente Sebastián Piñera, emitió un discurso al país mediante cadena nacional de radio y televisión, a través del cual propuso tres grandes acuerdos para superar la crisis que se vivía. Uno de esos acuerdos era el acuerdo por una nueva constitución. Por lo tanto, el origen final de la propuesta de la nueva Carta Fundamental, tiene su origen en el primer llamado realizado por el expresidente de Chile en la fecha inicialmente señalada.

Se prometió el reemplazo de la Constitución, en circunstancias en que muchas personas podrían haber dudado respecto a la relación entre las demandas sociales y el cambio constitucional, porque otra alternativa era pensar que se podían modificar las políticas públicas, pero que no había necesariamente que cambiar el pacto fundamental de la convivencia.

En ese contexto, el 15 de noviembre, tres días después del llamado del presidente de la República, los principales partidos políticos presentes en el Congreso Nacional, suscriben un acuerdo político titulado el “Acuerdo por la Paz y la Democracia”, en donde se señala que la salida para la crisis social que enfrentaba el país era suscribir ese gran acuerdo que planteaba una salida institucional. La idea fue convocar a la ciudadanía a un plebiscito —pensado en realizarse originalmente el día 20 de abril del 2019, pero por el contexto de la pandemia se extendió al mes de octubre de este año— y consultar dos preguntas específicas: 1) ¿quiere usted cambiar la Constitución por una nueva?, es decir, siempre con la idea de un reemplazo total de la Constitución; y, 2) ¿qué órgano quisiera usted que se encargara del cambio constitucional?, ¿una convención mixta constitucional integrada por una mitad de parlamentarios u otra conformada por personas elegidas directamente por la ciudadanía?

Luego, al realizar una concatenación histórica de este proceso, en octubre del 2020 se desarrolla el plebiscito y casi un 80% del electorado que participó, es decir, una gran parte del electorado, optó por reemplazar la constitución

vigente. Asimismo, al momento de definir el cómo, la ciudadanía se inclinó por una Convención Constitucional de 155 miembros íntegramente elegida por la ciudadanía que terminó instalándose, después de la elección de sus miembros, el día 4 de julio del año pasado, el 2021. En consecuencia, lo anteriormente comentado sería un resumen de lo que habría sido el itinerario histórico de la propuesta de la nueva Constitución que hoy ya se conoce.

3. ¿CUÁLES FUERON LOS PRINCIPALES DESAFÍOS QUE SE GENERARON EN TORNO AL PROCESO CONSTITUYENTE? ¿SE MANTIENEN HASTA LA FECHA?

Los principales desafíos que dieron inicio al proceso constituyente se pueden clasificar en dos supuestos. El primero correspondía a las demandas sociales, que implicaban un cambio de énfasis en la forma en como la Constitución reconoce y garantiza derechos sociales tan importantes como el derecho a la educación, salud, seguridad social. Además, se buscaba añadir otros derechos sociales que no figuraban en la Constitución, como el derecho a la alimentación, a la vivienda digna y adecuada.

Por su parte, el segundo gran desafío estuvo relacionado con el modelo o estilo de democracia que la ciudadanía estaba transmitiendo a través del estallido social. Era evidente que dentro de todas esas demandas sociales existía una profunda crítica hacia el modelo representativo imperante. En consecuencia, la segunda inquietud se relacionaba con el reemplazo del modelo representativo clásico que, hasta ese momento, había regido en Chile, por un modelo que combinaba la representatividad, la cual es indispensable en nuestras sociedades, con un mayor grado de participación o involucramiento directo de las personas en aquellas decisiones que más les van a afectar.

Ahora bien, respecto a si esos desafíos han sido superados o no, en primer lugar, teniendo en cuenta la nueva propuesta de Constitución, recientemente presentada al presidente de la República en el recinto del Congreso Nacional, se puede observar una verdadera inflación de derechos. Esta nueva característica crea una similitud con la forma de regulación de la Constitución colombiana, puesto que se garantizan derechos como los previamente señalados, pero se adicionan un número mayor, como los derechos de niños, niñas y adolescentes, derechos de los adultos mayores, derecho del acceso a los medios digitales, etc. En ese sentido, el texto propuesto va más allá de lo pedido y aprovecha la oportunidad histórica de darle a Chile una propuesta de constitución que fuera bastante moderna y con énfasis en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de última generación, incluyendo los derechos de los pueblos indígenas.

Por otro lado, el segundo desafío hace alusión a la cuestión de si es posible que, con el nuevo proyecto, se tenga una democracia más participativa en lugar de una democracia exclusivamente representativa. Al respecto, considero que a través de la fórmula del estado regional que no se encuentra consignado profundamente en nuestras raíces de unitariedad del Estado, se procura que cada una de las nuevas entidades territoriales autónomas que van a ser regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales, como la Isla de Pascua, existan instancias y modelos de participación ciudadana directas e incidentes. Esas fórmulas de participación también podrán derivar en la presentación de iniciativas de normas y de ley que se tramitarán a través de la Cámara de las Regiones, la cual será la Cámara que reemplazará al Senado actual.

4. SI HICIERA UNA EVALUACIÓN GENERAL, ¿QUÉ LE PARECIÓ EL PROCESO QUE SE SIGUIÓ PARA ESTABLECER LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE?

En primer lugar, se debe comentar que el preámbulo de la Nueva Constitución se reduce a un solo párrafo que destaca el carácter profundamente participativo y paritario del proceso constituyente. En efecto, los 155 convencionales constituyentes fueron elegidos no solo en conformidad con las reglas electorales ya existentes para la elección de parlamentarios, sino que se tramitaron dos reformas constitucionales precisas para añadir una representación específica de los pueblos indígenas, que tuvieron 17 escaños reservados dentro del total de la Convención Constitucional y también reglas especiales de carácter electoral que permitieron que llegaran a la Convención un conjunto de personas independientes.

No obstante, lo anterior representa un escenario formal; sin embargo, en la práctica, muchas de las personas llegaron como independientes o como representantes de nuevos conglomerados o fuerzas que no habían existido como partido político anteriormente, y uno de los ejemplos más claros provenientes de la línea política de izquierda fue “La Lista del Pueblo”, conformada por muchos jóvenes reaccionarios que habían estado en el corazón del estallido social.

Lo que ocurrió luego de la creación de la Convención Constitucional fue que “La Lista del Pueblo” se disolvió y dejó de ser una entidad independiente. Posteriormente, se empieza a dividir el conglomerado y sus miembros se acercan a otros partidos, lo que sucede con varios grupos. De tal forma, incluso dentro de la Convención Constituyente se acuña el concepto de “colectivos”, los grupos que la conformaban no eran ni partidos políticos, ni grupos sociales, ni repre-

sentantes de inquietudes ciudadanas, sino que eran “colectivos”, un término que desde el punto de vista de la tradición jurídica chilena era bastante ajeno.

Por otra parte, es muy importante señalar también que se tramitó una reforma constitucional para elegir a los convencionales constituyentes, la cual permitió elegirlos con paridad, es decir, considerar la misma cantidad de hombres y mujeres. Sin embargo, esta medida no estuvo exenta de críticas, puesto que, si bien es muy adecuado promover la igualdad de representación de hombres y mujeres, es necesario que ello se efectúe antes de la emisión del voto y no luego de esta etapa, puesto que sucedía que, cuando se contabilizaban los votos, se podía observar quiénes habían sido ganadores en una lista y se podía corregir la elección para lograr la igualdad en la lista de hombres y mujeres.

Muchas veces esa corrección posterior a la expresión de voluntad del elector, supuso privilegiar a hombres en perjuicio de mujeres. Por lo tanto, la instalación de la Convención Constitucional, en la misma elección, tuvo particularidades que desde ese momento merecían ciertos reparos desde el punto de vista de la técnica electoral y la técnica democrática.

En segundo lugar, cuando se instala la Convención Constitucional, anuncia con mucha espectacularidad el inicio de un gran proceso de participación ciudadana a través de varios mecanismos, dentro los cuales los más importantes fueron las iniciativas populares de normas. Ello implicaba que un conjunto de ciudadanos podía presentar una propuesta de norma, incluso redactada, a la Convención Constitucional para que fuera considerada.

Ahora bien, las iniciativas populares necesitaban tener el respaldo de 15,000 ciudadanos distribuidos en cuatro regiones. Por lo tanto, no era fácil articular estos mecanismos; sin embargo, 78 iniciativas populares de normas lograron ese estándar y llegaron a la Convención Constitucional. No obstante, en el proceso de evaluación de cómo esas iniciativas incidieron en las normas constitucionales, la respuesta es bastante negativa, debido a que la mayoría fueron desechadas.

Una convencional interrogada en una oportunidad acerca de por qué había sido desechada la iniciativa con mayor cantidad de firmas en todo el país señaló que se desestimó debido a que “no se correspondía con los signos de los tiempos”. La frase anterior incidía en la iniciativa que apuntaba a defender que los dineros ahorrados en las entidades privadas de previsión social pudieran seguir siendo de propiedad de los afiliados.

En consecuencia, se da cuenta que el proceso de participación ciudadana no logró ser incidente ni satisfacer expectativas ciudadanas y, más bien, produjo

una gran frustración. Por ello, actualmente, existe una convicción más o menos generalizada de que la Constitución fue hecha solamente por los convencionales constituyentes y teniendo en cuenta sus propios diagnósticos respecto a lo que le había ocurrido con la sociedad chilena y lo que, desde su perspectiva, se necesitaba en el futuro.

5. ¿CONSIDERA QUE EL MECANISMO UTILIZADO PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE FUE EL MÁS ADECUADO?

Se ha implementado un mecanismo que tuvo como consecuencia la presentación del nuevo proyecto de Constitución Política; sin embargo, considero que no es el resultado adecuado y esperado, puesto que no traduce, realmente, nuestra cultura, sino que deconstruye en términos bastante severos la forma en que nos hemos ido edificando como sociedad.

Entonces, si el 4 de septiembre próximo, cuando la ciudadanía vote en plebiscito, llegara a triunfar la opción rechazo, considero que lo que corresponde primero es atender a casi más del 80% de la población que, en octubre del 2020, manifestó su deseo por cambiar la Constitución. Dicho porcentaje no se puede despreciar, sino que se tienen que tener como prioridad y empezar un proceso serio de cambio constitucional.

Por otra parte, considero que el mecanismo más adecuado debe manifestar una solución institucional. En el presente contexto, es de mi opinión personal, que el Congreso tiene, y siempre ha tenido, el ejercicio de la potestad constituyente; por tanto, debiera avocarse a la modificación total o parcial de la Constitución de 1980, pero asesorado por un grupo calificado de expertos constitucionales y, además, con un proceso de participación ciudadana que fuera realmente incidente.

Es importante comentar que, cuando se hizo la reforma en México respecto del artículo primero de su Constitución, el cual regulaba aspectos relativos a los derechos humanos, las iniciativas ciudadanas se iban publicando en un portal web y en la columna adyacente se podía observar la respuesta referente a cómo se había traducido legislativamente ello y en qué norma quedaba reflejada esa inquietud ciudadana.

Por lo tanto, considero que lo adecuado sería acompañar un proceso constitucional en Chile, liderado por el Congreso y asesorado por una comisión de expertos de alto nivel, con un sistema de participación popular incidente y que además fuera de la mano con medios digitales que permitan una absoluta transparencia del proceso y su avance. Lo anterior representaría el camino a

seguir para optar por un cambio constitucional serio y profundo para el país de Chile. Lo anterior, sin perjuicio de prever que la propuesta elaborada por el Congreso fuera sometida a un plebiscito ratificatorio.

6. ¿CONSIDERA USTED QUE LA CONFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ES ADECUADA EN TEMAS DE REPRESENTACIÓN DE MINORÍAS Y PARIDAD?

Considero que ésta fue una Convención Constitucional paritaria que se tradujo en el logro de una definición contenida en el artículo primero de la propuesta, en donde se señala que Chile es una democracia paritaria y se entregan directrices concretas para la conformación de los órganos públicos por mitades entre hombres y mujeres, sobre todo lo que tiene que ver con los cargos directivos. Además, se hace referencia al deber que se le impone al Estado de instar por políticas públicas que también, respecto de los órganos privados como podrían ser las empresas, respeten la paridad.

En mi opinión personal, esta conformación paritaria ha sido incidente en la aprobación de normas que avanzan en materias muy importantes referidas a la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Por otro lado, respecto de la representación de las minorías, no cabe duda de que el hecho de que la Convención haya estado integrada por 17 escaños reservados para la población indígena les ha dado una importante representación, considerando que en Chile los pueblos indígenas inscritos oficialmente constituyen alrededor del 11% de la población, contrario al 66.2% que existe en Bolivia que también es un Estado plurinacional, como el que se viene proponiendo en Chile.

Sin embargo, existió otro grupo de minorías que no tuvo el mismo nivel de representación y que también debe tenerse en cuenta, por ejemplo, las personas con discapacidades y los migrantes, si queremos ser una democracia realmente inclusiva. En el caso específico de los migrantes, considero que se le debió brindar una voz mucho más activa en el proceso constituyente en defensa de su situación jurídica y, particularmente, sus derechos.

7. ¿QUÉ OPINA SOBRE EL PROTAGONISMO QUE SE OTORGÓ A LAS MINORÍAS DURANTE EL PROCESO?

En primer lugar, la definición que más llama la atención a los expertos en el área es la de un “Estado Plurinacional”, definición que ya había adoptado la Constitución boliviana del año 2009, pero, como ya se comentó anteriormente,

teniendo presente que ahí existe un 66% de población indígena, a diferencia de Chile que solamente cuenta con un 11%. Entonces, uno se pregunta —solamente a luz de las cifras— si debe cambiar arquitectónicamente la naturaleza del Estado de forma tan profunda cuando no existen ni siquiera las bases demográficas para señalar que ese sector de la población, si bien es merecedor de protección, debiera tener esa innovación estructural.

En segundo lugar, resulta preocupante cómo aterrizar el concepto del Estado plurinacional. Desde luego que las comunidades van a tener derecho a pedir que el Congreso les autorice la creación de sus propias autonomías territoriales indígenas. Aproximándonos al contexto peruano, un escenario de ese tipo sería, por ejemplo, que, en Ayacucho, la comunidad solicitara al Congreso peruano la declaración de una autonomía territorial indígena. No obstante, ello no representaría ninguna complicación si es que la propia Constitución no señalara que las naciones indígenas, sobre todo porque son preexistentes a la llegada de los españoles, tienen derecho al autogobierno en América como señala la propuesta constitucional en mi país.

En ese sentido, ese autogobierno se va a traducir, primero, en autonomía política, lo que significa la elección de sus propias autoridades. No obstante, dichas autoridades deben estar insertas dentro de un modelo más grande que es el Estado, que fija políticas que tienden al desarrollo uniforme de todos quienes viven en el territorio. En segundo lugar, van a tener derecho a autonomía administrativa, es decir, tener su propia organización. Lo referido genera un desequilibrio en la propia unitariedad del Estado, puesto que brinda oportunidades para que las autonomías indígenas puedan elegir subjetivamente a que organización adherirse o no y, por ende, solicitar la creación de nuevas organizaciones de acuerdo con sus intereses.

Finalmente, en tercer lugar, la autonomía financiera. Si bien no se ha señalado de forma expresa en la Constitución, pero si tomamos como ejemplo las Comunidades Autónomas, estas van a poder incluso crear empresas públicas propias, por lo que habrá una disparidad de organización y financiamiento a lo largo del territorio nacional que va a producir una diferenciación profunda.

En consecuencia, lo que se puede observar es que la idea del Estado plurinacional involucrando algo muy legítimo como lo es el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, se extralimitó y generó las bases para un sistema que, aunque la Constitución diga lo contrario, puede tender a la secesión o a un gobierno particular de ciertos territorios dentro de nuestro Estado, lo cual va a complicar la unidad del país. Por el contrario, se debe promover

un contexto de integración y no un contexto de disgregación administrativa financiera y territorial.

8. ¿QUÉ OPINA SOBRE EL ROL QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN EL MARCO DE ESTA NUEVA CONSTITUCIÓN?

La pregunta es medular para la discusión porque la Convención Constitucional se encargó de explicitar que el modelo del Estado Social de Derecho —que aparece nuevamente en la Constitución de Colombia de 1991 y en la Constitución de Ecuador del 2008, y que proviene de la Teoría Constitucional de la Ley Fundamental de Bonn del año 1949— excluía la subsidiariedad. Ello resulta extraño debido a que, teniendo en cuenta el modelo constitucional alemán y el modelo colombiano, que un Estado Social tenga que asumir un rol más activo en la promoción de la igualdad de oportunidades o en la superación de inequidades es muy distinto a que lo realice solo y monopolizando la mayor parte de los servicios sociales sin colaboración de los privados.

En consecuencia, no queda claro por qué el Estado Social de Derecho tendría que ser incompatible con la subsidiariedad. No obstante, cuando se revisa el universo de las normas constitucionales, se puede notar que ello tiene una lógica que se traduce en el resto de las disposiciones. Por ejemplo, las personas ya no podrían elegir, en materia de salud y seguridad social, si adherirse a un sistema público o privado, puesto que existiría un único sistema tanto de salud como de seguridad social.

Ello resulta muy complicado desde el punto de vista del ejercicio de la libertad de las personas porque, si en Perú o en Chile, los hospitales públicos fueran del mismo estándar que los hospitales públicos en Alemania, Inglaterra o Suecia, no existiría ningún problema en que la salud privada quedara rezagada para aquel sector que pudiera pagar. Sin embargo, en nuestro contexto nacional es diferente, puesto que, incluso las personas de bajos recursos, prefieren atenderse en las clínicas, laboratorios y establecimientos privados por el nivel deplorable en nuestros países del sistema público de salud. Entonces, en materia de derechos sociales, no se entiende este paternalismo estatal y ha hecho cuestionar si Chile ha dejado atrás el constitucionalismo estatocéntrico, en lugar de volver a instalarlo bajo la excusa de querer satisfacer más eficientemente las necesidades sociales.

Por otra parte, y enfocándonos en el plano netamente económico, preocupa de gran manera la indefinición y la falta de certeza respecto de

la regulación económica que propone la nueva Constitución. Lo anterior se puede graficar en dos cuestiones; en primer lugar, todas las leyes que inciden en materia económica, con excepción de los tributos, van a ser aprobadas y discutidas solamente por el Congreso de diputados y diputadas. Es decir, no van a tener ese contrapeso y doble revisión que tenían en el Senado, puesto que la propuesta plantea que esas leyes no pasen por la revisión de la Cámara de las Regiones. Entonces, ya se puede observar un problema muy similar al existente en el Perú respecto al sistema unicameral, puesto que este último no brinda la posibilidad de un control o revisión más pausada de leyes que puedan ser vitales para la sociedad.

Asimismo, el Congreso de diputados y diputadas podrá aprobar las leyes con la simple mayoría de los presentes. Si bien puede ser debatible el tema relacionado si las leyes merecen o no quórum calificado, lo mínimo debería ser exigir la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio, no de los presentes. Ello debido a que, según las reglas para entrar en funcionamiento, un tercio del Congreso necesita estar presente, por lo que, aplicando lo establecido en el proyecto, bastaría con que la mitad más uno de los presentes vote a favor de las normas a evaluar. De esta manera, se podrán tener leyes aprobadas, prácticamente, por 30 congresistas, que puedan modificar el Estatuto de la inversión extranjera, la Ley de Libre Competencia y la Ley de Fomento Forestal, entre otras.

El segundo ejemplo, se relaciona con el tema minero. Tanto Chile como Perú poseen una gran riqueza minera, generando que, incluso, a principios del siglo XX, Chile se sostuviera económicamente con los ingresos generados por el salitre. Posteriormente, se descubrieron grandes yacimientos de cobre, que han constituido la principal fuente de divisas para el país y el motor de crecimiento.

Ahora bien, la Constitución actual, les otorga a las personas que se dedican a las labores de exploración y explotación minera una concesión del Estado que se encuentra amparada por el derecho de propiedad. Para privar al concesionario de ese derecho, hay que tramitar una ley expropiatoria, invocando una causa de interés general o necesidad pública.

Hasta estos momentos, dicho régimen había incentivado la inversión nacional e internacional en Chile; no obstante, ello cambia en la propuesta constitucional, puesto que todas las concesiones mineras, así como los derechos de propiedad que existen sobre las aguas —llamados “derecho real del aprovechamiento de las aguas”—, cambian o pasan a ser meros permisos administrativos. Es decir, al adquirir esa nueva condición, pueden ser otorgados y revocados unilateralmente por el Estado en cualquier momento.

Por lo tanto, nuestra principal actividad económica y el manejo de los recursos hídricos quedan en un estado de precariedad y se transforman, automáticamente, en permisos administrativos. Para mantenerse en el tiempo, deberán obtener la aceptación del Estado previo informe elaborado por un Consejo de Cuenca donde se encontrarán representantes de la asociación civil, pero también representantes de las agrupaciones ecologistas. Entonces, dichos permisos serán altamente debatidos y no será sencillo, por ejemplo, para un agricultor, mantener el acceso al canal de regadío que tenía para realizar su actividad.

Finalmente, un tercer punto de preocupación se relaciona directamente con el derecho de propiedad. De acuerdo con Peter Häberle, para ser legítimas, las constituciones deben procurar reflejar lo más perfectamente posible la cultura, la identidad y la forma de ser de una sociedad. En el caso de Chile y su historia respecto al derecho de propiedad, ésta fue bastante lamentable, debido a que desde fines de la década de los 60 se fueron promoviendo diversas reformas constitucionales que facilitaron las expropiaciones, sobre todo en el campo, en los sectores rurales. Partimos de expropiaciones que eran pagadas a 15 años, 20 años y hasta 30 años desde que se materializaba la expropiación sin ningún tipo de reajuste. Por lo tanto, una indemnización por expropiación que era pagada 30 años después tenía el mismo valor que podría tener la propiedad en la actualidad sin considerar, naturalmente, la depreciación ni otros costos.

Por lo tanto, en la constitución actualmente vigente, se tuvo particular cuidado de reforzar el derecho de propiedad creando un estatuto de expropiación que fuera muy contundente. De esa manera, la Constitución actual señala que la expropiación solo podrá realizarse mediante el pago previo y total del valor de la indemnización y que esta última debe ser equivalente al daño patrimonial efectivamente causado, es decir, lo que vale la propiedad al momento que se materializa el acto expropiatorio.

La propuesta de la nueva Constitución mantuvo el enunciado genérico “se asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, sujeto a las limitaciones que establezca la ley”; pero, previamente, señaló algo sumamente grave, puesto que determinó que el contenido del Derecho de Propiedad será definido por la ley. Entonces, a partir de esa propuesta se inicia un cuestionamiento respecto a lo aprendido sobre este derecho y si, por ejemplo, en relación a las facultades del dominio, como el uso, el goce y la disposición se mantendrán como tales o, por el contrario, se cambiará el contenido del Derecho de Propiedad.

Por otra parte, se estableció que el valor de la indemnización debe ser el equivalente al justo precio de lo expropiado. A través de la Convención Constitucional se explicó que, en este supuesto, se había tratado de transcribir el régimen que posee Alemania y Francia; no obstante, existe una sentencia del Consejo Constitucional francés del año 1989 que, ante una nacionalización de acciones de sociedades que se pretendió impulsar en Francia, tuvo que definir que el justo precio era el valor real de la pérdida patrimonial que experimenta el afectado.

Si se tiene de base un concepto tan amplio o indeterminado, ocurrirá que, ante un reclamo por expropiación ante los tribunales, será el juez de la causa el que fije el criterio para entender el justo precio. El problema se manifiesta con mayor gravedad cuando se tiene en cuenta que ni en Perú ni en Chile se tiene un sistema de precedentes obligatorios para las sentencias.

Por lo tanto, aquí se plantea un campo abierto que genera incertidumbre e inseguridad jurídica para las personas que poseen predios o inmuebles. Entonces, consideramos que es preocupante que el derecho de propiedad haya quedado en una situación bastante indefinida, sobre todo desde el punto de vista de su verdadera garantía que es el Estatuto de la Expropiación.