

El proyecto de Constitución de Chile Aportes al debate desde Ecuador

Claudia Storini y Ramiro Avila Santamaría (compiladores)

Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador



Agosto, 2022

Índice

Introducción.....	3
El constitucionalismo transformador y el proyecto de Constitución de Chile	6
Ramiro Avila Santamaría	6
Un futuro esperanzador para el mundo en la nueva Constitución chilena. Un análisis de los derechos y garantías.....	13
Claudia Storini.....	13
Mujeres, disidencias sexuales y de género: hacia una Constitución chilena feminista y de las diversidades.....	24
Elsa Guerra Rodríguez.....	24
Envejecer ejerciendo derechos. Las personas mayores en la propuesta constitucional de Chile.....	31
Lina Parra	31
Empresas y derechos humanos en el proyecto constitucional chileno: ¿oportunidad perdida o fortalecimiento en la lucha por responsabilizar a las empresas por la violación de derechos humanos?	36
María Augusta León	36
Plurinacionalidad, interculturalidad y derechos de la naturaleza	43
Agustín Grijalva	43
La democracia, los principios y disposiciones generales en el proyecto de nueva constitución de Chile	53
Marco Navas Alvear.....	53
Transparencia, probidad y control.....	58
Víctor Granda Aguilar	58
Reforma y reemplazo de la Constitución	68
Christian Masapanta	68

Introducción

La Convención Constituyente —el órgano encargado de redactar la nueva Constitución de Chile— ha entregado su propuesta de Constitución, que será sometida a referéndum el 4 de septiembre de 2022.

La Convención Constituyente fue una salida política al peor estallido social que sucedió entre octubre de 2019 y marzo de 2020. Si bien la protesta comenzó con el aumento de tarifas del transporte público en Santiago, se fue expandiendo a otras regiones del país y a otras demandas, como el costo de vida, el sistema de seguridad social, el acceso a la salud, el rechazo a los partidos políticos tradicionales, el descrédito del Estado y hasta la crítica a la Constitución vigente.

La Constitución que rige en Chile es la del año 1980, elaborada en la dictadura militar presidida por Augusto Pinochet. En lo político, el modelo es de presidencialismo reforzado; en materia de derechos, reconoce los derechos de libertad, con restricciones a derechos políticos (como al derecho a la asociación y declaró inconstitucional a movimientos opuestos al Estado y al gobierno); en lo económico, la Constitución es liberal, con protección especial a la propiedad privada (amplitud del concepto y pocas restricciones) y permite la privatización de los servicios relacionados con derechos sociales (salud, educación y seguridad social).

La Convención Constituyente estuvo conformada por 155 personas (convencionales constituyentes). Además de los partidos políticos tradicionales, hubo una presencia de pueblos indígenas por escaños reservados (17 escaños), una presencia notable de constituyentes independientes (49 escaños) y una presencia paritaria entre hombres y mujeres.

Una de las normas más importantes, encaminadas a promover normas aprobadas con mayorías calificadas, fue la regla del quorum para tomar toda decisión: dos tercios de los convencionales constituyentes.

La Convención Constituyente presentó el proyecto de Constitución en el tiempo previsto.

El Constitucionalismo latinoamericano de los últimos años se ha caracterizado por hacer esfuerzos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos, para dar respuestas a los problemas que afrontan nuestros países.

La academia no puede ser indiferente frente a los desarrollos normativos de otros países, de ahí la necesidad de reflexionar, comentar y si es necesario criticar dichos desarrollos.

En la presente obra varios docentes del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, desde distintas perspectivas y disciplinas jurídicas, analizan doctrinaria y críticamente el proyecto de Constitución de Chile. Estas miradas fueron expuestas en un seminario público, realizado en Quito, el 14 de julio de 2022, en la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador.

Este libro está dividido en tres partes. Una primera introductoria, en la que se hace un análisis general al proyecto: “El constitucionalismo transformador y la Constitución de Chile” (Ramiro Avila Santamaría).

En la segunda agrupación de ensayos, se encuentra el análisis de la teoría de los derechos, algunos derechos específicos y las garantías: “Un futuro esperanzador para el mundo en la nueva Constitución chilena. Un análisis de los derechos y garantías” (Claudia Storini); “Mujeres, disidencias sexuales y de género: hacia una Constitución chilena feminista y de las diversidades” (Elsa Guerra Rodríguez); “Envejecer ejerciendo derechos. Las personas mayores en la propuesta constitucional de Chile” (Lina Parra); y “Empresas y derechos humanos en el proyecto constitucional chileno: ¿Oportunidad pérdida o el fortalecimiento en la lucha por responsabilizar a las empresas por la violación de derechos humanos?” (María Augusta León).

Finalmente, en la tercera parte encontramos el análisis de algunos aspectos sobre la organización del Estado y la reforma constitucional: “Plurinacionalidad, Interculturalidad y derechos de la naturaleza” (Agustín Grijalva); “La democracia, los principios y disposiciones generales” (Marco Navas Alvear); “Transparencia, probidad y control” (Víctor Granda Aguilar); y “Reforma y reemplazo de la constitución” (Christian Masapanta).

El balance general es que el proyecto de Constitución tiene más aspectos positivos que negativos y que, desde la historia de los derechos, el derecho constitucional contemporáneo y el derecho comparado, se podría considerar que está a la altura de los últimos desarrollos doctrinarios, en particular en cuanto a principios y derechos, y que,

comparada con la Constitución vigente en Chile, constituye un avance considerable en el derecho.

Como dice Agustín Grijalva, y hacemos nuestras sus palabras, escribimos este texto con profundo cariño y respeto por el pueblo chileno, animado por un ánimo de contribución consciente al debate y a la circulación de ideas.

El pueblo de Chile merece conocer y debatir, con seriedad y profundidad, el proyecto de Constitución, así como merecen tener una Constitución democrática que organice la estructura del Estado, profundice la democracia, garantice derechos y canalice la conflictividad de forma institucional.

Este es nuestro aporte a ese debate.

Ramiro Ávila Santamaría

Claudia Storini

Quito 10 de agosto de 2022

El constitucionalismo transformador y el proyecto de Constitución de Chile

Ramiro Avila Santamaría¹

Chile, al igual que América Latina, tiene problemas comunes: inequidad, exclusión social y discriminación, democracias deficitarias y depredación de la naturaleza. ¿La Constitución de Chile establece normas para afrontar estos problemas? Sigo con la estructura establecida por Nancy Fraser en su libro *Escalas de la justicia*.

El derecho está detrás de todos estos problemas. El poder, en cualquiera de sus formas, no es ajeno al derecho. El derecho legitima o penaliza al ejercicio del poder. Legitima, por ejemplo, cuando permite el uso de la fuerza mediante una orden judicial o un estado de excepción; penaliza cuando, por ejemplo, prohíbe el comercio de personas o ciertas sustancias. El orden social que permite todos los problemas que ahora padecemos en buena medida se ha consolidado gracias a la aplicación del derecho vigente.

Solucionar los problemas estructurales, alterar la realidad, también podría ser una función del derecho. A esta forma de entender el derecho en general, y el constitucional en particular, se la puede entender como un “constitucionalismo transformador.”

Para cada uno de estos problemas, el constitucionalismo transformador ofrece una respuesta normativa. El constitucionalismo, entonces, debe ser al menos uno que pueda tener soluciones a estos grandes problemas: distribución (inequidad), reconocimiento (exclusión), representación (democracia radical), conservación (extractivismo depredador).

La distribución

Las oportunidades, los chances sociales y la riqueza están distribuida de forma escandalosamente desigual: pocas personas privilegiadas y una gran mayoría de excluida. Pocas acumulan y satisfacen todas sus necesidades y extravagancias y muchas que sobreviven y mueren por desnutrición. La agenda de distribución nos vino desde el

¹ Docente investigador del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. ramiro.avila@uasb.edu.ec

pensamiento y la praxis del marxismo. Tuvo grandes conquistas en el siglo XX, como los sistemas de salud, educación y seguridad social pública. Sin embargo, el sistema capitalista que genera la inequidad, quedó intocado en su base y estructura. La distribución es un pendiente y una constitución no puede ser ajena.

En este sentido, la Constitución de Chile tiene aspectos fundamentales para afrontar el problema de la distribución.

En primer lugar, Chile se define como un estado social (1.1. En adelante el número representa el artículo del proyecto de Constitución. En este caso 1.1: artículo 1, numeral 1) y como una república solidaria (1.2). Esto quiere decir que pondrá por delante los derechos que se conocen como sociales y económicos (seguridad social, trabajo, vivienda y más).

Las veces que aparece una palabra en la Constitución suele reflejar una orientación y la importancia a ciertos objetivos. La palabra equidad aparece en el texto 15 veces, acceso equitativo 7 y justicia social 2.

El Estado promueve “el desarrollo integral de los territorios rurales” (241) y fomenta mercados locales, ferias libres, circuitos cortos de comercialización e intercambio de bienes y productos relacionados a la ruralidad (243). El gobierno comunal hasta el consejo de gobernaciones busca “un desarrollo territorial armónico y equitativo” (212.1 y 230.2.d).

El reconocimiento

El reconocimiento tiene que ver con personas y colectividades que han sido invisibles para el derecho y que han sido excluidas tradicionalmente. También tiene relación con las necesidades de éstas, que en los textos constitucionales aparecen como innovaciones en derechos. Entonces, tenemos nuevos actores políticos y nuevos vínculos y límites para Estado mediante derechos.

Chile se declara como un Estado plurinacional (1.1) y, en consecuencia, se reconocen doce “pueblos y naciones preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam” (5.2., 2) y al pueblo tribal afrodescendiente (93). Los pueblos se reconocen, también su titularidad de derechos colectivos (1.3,18, 34), su autonomía territorial (234), el *buen vivir* como un aporte a los grandes principios constitucionales, de la altura de la dignidad o libertad (8),

sus idiomas (12.1), emblemas (13), sistemas jurídicos (309) y el pluralismo jurídico (322.1).

La plurinacionalidad se complementa con la necesidad de que las diversas naciones se interrelacionen. De ahí que la Constitución reconoce y promueve “el diálogo intercultural, horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país” (11).

Pero no solo los pueblos y naciones indígenas y sus derechos son reconocidos, también están otras personas y grupos humanos a los que no se puede discriminar (26.4), como las personas con discapacidad (28.1, lengua de señas 12.2 y remoción de barreras 28.4 y la neurodiversidad 29); las mujeres (6.1); las disidencias sexuales y de género (27.1, 64); las familias “en sus diversas formas” (10); las personas que viven en el ámbito rural y agrícola (46.5); las personas privadas de libertad (32).

En derechos, entendidos como normas que reconocen necesidades sentidas y que se deben atender, los sexuales y reproductivos, que incluye al placer (61); la verdad respecto de graves violaciones a los derechos humanos (24.1); la prohibición de la desaparición forzada, tortura y otros tratos crueles y degradantes (24.2); la no impunidad (24.3); la memoria (25.5); el cuidado (50, aparece 19 veces en el texto²); la maternidad y paternidad (46); a la ciudad (52); la soberanía alimentaria, el comercio justo y sustentable (54); libre uso e intercambio de semillas tradicionales (55); la muerte digna (68.1); la conectividad digital (86); la autodeterminación informativa (87); la protección de datos personales (87.2); la seguridad informática (88); el espacio digital libre de violencia (89). A educación digital (90); el ocio, descanso y disfrutar tiempo libre (92); la bioética (98).

Por otro lado, no menos importante, es la regulación del estado de excepción, que significa que la suspensión de derechos debe ser excepción y que debe haber regulación y control cuando se lo expide (300).

La representación

La representación tiene relación con la participación política en las decisiones que le afectan a un individuo o una colectividad. Tradicionalmente, desde las primeras

² Como parte del cuidado, se considera como un trabajo “socialmente necesario e indispensables para la sostenibilidad de la vida y el desarrollo de la sociedad” (49); se reconoce la igualdad y corresponsabilidad en las cargas familiares (50.1) y, en lo institucional, un sistema integral de cuidados (50.2).

constituciones en la región, ha sido una élite conservadora con vinculación a grupos de poder económico, quienes han accedido al poder y han tomado las decisiones por otras personas o grupos humanos. Incluir a otros grupos en el Estado, como a las mujeres y las naciones indígenas, es una forma de afrontar los problemas de representación.

Chile se define como un Estado democrático (1.1) en el que la “democracia es inclusiva y paritaria” (1.2), garantiza la participación e incidencia de toda persona, en especial “la de los grupos históricamente excluidos y de especial protección” (153.2), aún si es mediante medidas afirmativas (153.3) y reconoce varios tipos de democracia: directa y representativa (2), participativa y comunitaria (151).

Algunas innovaciones adicionales: el voto es obligatorio (160), de este modo se asegura que las personas políticas consideren en sus planes políticos y en campañas a sectores que no han participado en elecciones y que las personas acudan a manifestar su voluntad política mediante el voto; los extranjeros son ciudadanos si tienen residencia mayor a cinco años (117.2, 160.5); los pueblos y naciones indígenas y afrodescendientes tienen escaños reservados (162.1 y 2, 252.3) e integración en el Consejo de la Justicia (344.c); la paridad de género (163, en toda entidad estatal 6.2, en función jurisdiccional 312, en el Congreso 252.1); el derecho a consulta y consentimiento (191.2); la participación desde las comunas y unidades vecinales (210.1) hasta en el ciclo de las políticas públicas (191.1).

La conservación

Finalmente, la nota más peculiar del constitucionalismo contemporáneo es que debe abordar el problema global más importante de la modernidad: la crisis ambiental y climática, también conocida como antropoceno. Estamos en una época de extinciones masivas de especies y de la diversidad, que pone en riesgo la vida en el planeta, y que incluye a la principal especie causante: el homo sapiens. Esta crisis se ha producido a pesar de los desarrollos en el derecho ambiental, en las restricciones a la propiedad privada y el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente sano. El derecho constitucional no puede ser ajeno y su abordamiento es necesario y urgente.

La protección más importante que ha desarrollado el derecho constitucional es mediante el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, que debe ser acompañado de una visión integral y de una institucionalidad en el texto constitucional.

Chile, de entrada, se define como un Estado ecológico (1.1) y reconoce “su relación indisoluble con la naturaleza” (1.2), la interdependencia, lo inseparable y la relación armónica con la naturaleza (8). En política internacional, el Estado debe promover el respeto a la naturaleza (14.2).

“La naturaleza es titular de los derechos reconocidos en esta Constitución que le sean aplicables” (18.3, 127) y el pleno ejercicio de derechos es esencial para “*el equilibrio de la naturaleza*” (18). La Naturaleza “tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad” (103). Los derechos son tan importantes que solo pueden ser limitados mediante leyes para proteger medioambiente y la naturaleza (106).

Tan importante es la naturaleza en el texto constitucional que, de once capítulos, dedica un capítulo para “Naturaleza y mediambiente”: el III, de 127 a 150, con varios acápite: bienes comunes naturales, estatuto de las aguas, estatuto de los minerales, Defensoría de la Naturaleza

La naturaleza está como eje transversal, el Estado debe promover y garantizar la educación ambiental para cuidados a la naturaleza y formar conciencia ecológica (39); la energía diversificada, renovable y de bajo impacto ambiental (59); la propiedad protegida salvo “que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución y la ley declaren inapropiables” (78.1); los patrimonios naturales y culturales para las generaciones futuras (101); el “acceso responsable y universal a las montañas, riberas de ríos, mar, playas, lagos, lagunas y humedales” (107.1); el acceso a la justicia ambiental (108.8); la legitimación activa amplia (134.6) y por la Defensoría de la naturaleza y cualquier persona o grupo (119.8); la obligación del Estado y la sociedad tiene deber de proteger y respetar los derechos de la naturaleza (127.1); los principios que aplican a la naturaleza (progresividad, precautario, preventivo, justicia ambiental, solidaridad intergeneracional, responsabilidad y acción climática justa, 128.1); la reparación (128.2); la protección a la diversidad, el hábitat de las especies nativas silvestres, a las condiciones de supervivencia y no extinción (130); los animales, seres sintientes, “son sujetos de especial protección [...] y el derecho a vivir una vida libre de maltrato” (131); las áreas protegidas para preservar, restaurar y conservar espacios naturales (132); la regulación y valorización de residuos (133).

Una de las mayores innovaciones, que tiene estrecha relación con la naturaleza como sujeto de derechos, es la institucionalización de los “bienes comunes naturales.” La lógica de lo común es que, como sucede con otro sujeto de derechos, sale de la esfera de la regulación de la propiedad (inapropiables 134.4) y es por una decisión colectiva, como la que se desprendería del referéndum. El proyecto lo define como elementos o componentes de la naturaleza que el Estado tiene “un deber especial de custodia” (134.1). Entre estos, enumera al mar, el fondo marino, las playas, las aguas, los glaciares y sus entornos (137), los humedales, los campos geotérmicos, el aire, la atmósfera, la alta montaña, las áreas protegidas, los bosques nativos, el subsuelo, el cielo nocturno (135.1), los bosques nativos (136), la conectividad hídrica (136), el ciclo hidrológico (140.1), los ecosistemas marinos e insulares, el antártico (139) y más que declare la Constitución y la ley (134.2).

Los bienes comunes se pueden usar, conservar, proteger y beneficiar colectivamente, que no genera derecho de propiedad (134.5).

Punto aparte, que reconoce la actividad extractiva minera y que podría generar una tensión con el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, merece el tratamiento de lo que se considera como “recursos naturales”. Ahí se reconoce al Estado el “dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas sustancias minerales” (145) y se establecen límites: no se explota en glaciares y áreas protegidas (146), la explotación debe considerar la protección ambiental (147.1) y los impactos sinérgicos (147.2).

En términos institucionales, se reconoce la democracia ambiental; se crea la Defensoría de la Naturaleza como un órgano autónomo con personalidad y patrimonio propio (148); se establece el financiamiento para el cuidado y reparación de los ecosistemas, mediante tributos sobre actividades que afecten medioambiente y bienes comunes naturales (184); hay regulaciones sobre la planificación del territorio y la protección de ecosistemas (197, 202.e y 220.g); se establece que el ejercicio de jurisdicción debe velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza (207.3); se crean tribunales de instancia ambientales (331.1, 333).

Comentarios finales

La Constitución, de aprobarse, sería una que, desde mi opinión, se incarta en un constitucionalismo contemporáneo que recoge las olas de creación de derechos propias del constitucionalismo liberal (libertades y propiedad), social (igualdad y derechos), de

la diversidad (derechos específicos de grupos y colectividades) y, quizá lo emergente e impostergable del siglo XXI, el constitucionalismo ecológico.

La sola demostración de estos avances constitucionales sería suficiente para demostrar que la Constitución chilena está dentro de los avances doctrinarios y de las necesidades del siglo XXI. Hasta se podría afirmar que la Constitución ofrece una respuesta a todas las demandas que originaron el proceso constituyente como una solución para canalizar democráticamente un conflicto social grave y profundo.

Sin embargo, el proyecto de Constitución requiere una aprobación mediante referendun. Si bien este mecanismo daría una legitimidad enorme a la Constitución, también abre la posibilidad para su rechazo.

El debate sobre el proyecto me parece que es limitado, tanto en los temas que se están discutiendo como en la profundidad de los argumentos. Los temas giran alrededor de la plurinacionalidad y a la propiedad privada, vinculada con los derechos a la salud y a la seguridad social. Los argumentos, en particular de quienes se oponen a la Constitución, se basa en consignas y están encaminados a generar miedo. Se escuchan cuestiones como que se van a perder las aportaciones en los seguros privados; al fortalecer los sistemas públicos de salud y educación se dice que se elimina la libertad para escoger los servicios; la plurinacionalidad reconoce privilegios inaceptables a un grupo humano y que se crea una división entre personas chilenas.

Desde una mirada a partir de quienes se han beneficiado de la Constitución de 1980, sin duda se puede entender posiciones como las mencionado. Sin embargo, desde la mirada de quienes sobreviven, se encuentran en los quintiles más bajos de la pobreza, tienen precaridad laboral, sufren la presencia de actividades extractivas en zonas de sacrificio, han sido históricamente marginadas y excluidas, el proyecto de Constitución es una esperanza y una posibilidad de transformar realidades injustas e inaceptables.

La mayoría de la población se beneficiaría de una Constitución que promueve la inclusión, la distribución de riqueza, la radicalización de la democracia y la limitación a las actividades extractivas que destruyen comunidades y la naturaleza.

Por eso, por esas personas, pueblos y la naturaleza, mi esperanza de que Chile de una lección de constitucionalismo a su pueblo, a la región y al mundo.

Un futuro esperanzador para el mundo en la nueva Constitución chilena. Un análisis de los derechos y garantías

Claudia Storini³

La Convención Constituyente presidida por la académica mapuche Elisa Loncón comenzó su trabajo el 4 de julio de 2021. La última sesión se realiza exactamente un año después, presidida por la epidemióloga María Elisa Quinteros. El presidente Gabriel Boric recibió el 4 de julio de 2022 un ejemplar del texto, que consta de 178 páginas, 388 artículos y 54 normas transitorias.

La demanda general del estallido social de octubre del 2019, que abrió paso al proceso constituyente en Chile, fue recuperar un sentido de equidad y justicia dañado por las falencias del modelo político y económico previsto en la Constitución de 1980, que favorece el actuar de las instituciones privadas por sobre el Estado en la provisión de bienes sociales como educación, salud y pensiones.

Los derechos

El proyecto de la nueva Constitución, consolida los derechos humanos, los derechos fundamentales y los valores con miras a lograr una sociedad más igualitaria e inclusiva, con especial atención a los grupos históricamente marginados y a la protección de los derechos económicos y sociales.

En este sentido, los derechos fundamentales ocupan un lugar prioritario en el texto constitucional y se establece que la protección y garantía de los mismos, sean ellos individuales o colectivos, son el fundamento del Estado y orientan su actividad.

También es importante evidenciar que la aplicación de las disposiciones constitucionales, en su generalidad, será exigible tanto ante las personas públicas como privadas, esto se traduce en su directa e inmediata aplicabilidad, lo cual ahonda en una tendencia ya iniciada por otras Constituciones latinoamericana.

³ Docente investigador del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. claudia.storini@uasb.edu.ec

Son titulares de los derechos: las personas naturales, los pueblos y naciones indígenas y la naturaleza. La defensa de estos derechos fundamentales goza de una acción de tutela prioritaria, una tutela judicial que se analizará más adelante.

Sin embargo, aunque haya que reconocer que, en materia de igualdad y derechos, el proyecto representa un gigantesco paso adelante que incluye muchos de los profundos cambios que los chilenos venían exigiendo desde hace años, es necesario evidenciar que la opción de titular el Capítulo II “Derechos fundamentales y garantías” parece ser una equivocación en relación con la definición de todos los derechos como “fundamentales”. Ello, en primer lugar, porque la fundamentalidad de algo se establece siempre en relación con otro elemento que carece de esta calificación; es decir, las constituciones del siglo pasado solían diferenciar entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos económicos, sociales y culturales con la finalidad de establecer una diferente protección de los mismos en relación con su diferente valor axiológico.

En este sentido los derechos fundamentales gozaban de garantías reforzadas a nivel normativo y jurisdiccional (reserva de ley orgánica, amparo constitucional etc.), los derechos constitucionales de garantías que podrían ser definida como ordinaria (reserva de ley, tutela jurisdiccional); mientras los derechos económicos, sociales y culturales prácticamente no gozaban de ningunas garantías, ni siquiera se preveía su directa aplicabilidad. No obstante, si bien es cierto que a la hora de reconocer el igual valor a todos los derechos se elimina su diferenciación en relación con las garantías no se puede afirmar lo mismo desde el punto de vista axiológico. En esa vorágine se agitan hoy los derechos, la doctrina todavía no ha sido capaz de ponerse de acuerdo sobre su fundamento, contenido, jerarquía ni tampoco sobre la necesidad de su protección o su denominación, pues se mezclan las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos naturales, libertades políticas, etc.

En esta misma vorágine la descripción axiológica de los derechos y su jerarquización resulta no sólo oportuna, sino necesaria para apuntar hacia un discurso de la justicia más pragmática, valorativa y con resultados jurisdiccionales palpables. Definir todos los derechos como *fundamentales* representa un intento de establecer una fundamentación absoluta y, por lo tanto, válida para cualquier sujeto, ante cualquier derecho, circunstancia, momento, situación social y económica. Sin embargo, este intento, comprensible en cuanto realizado con la finalidad de defender los derechos no sólo en su realidad existencial sino también en su necesario respeto, resulta imposible en

su realización práctica. Ello porque, en su realización práctica los derechos entran siempre en conflicto y por tanto deben ser siempre ponderados y jerarquizados en relación con los sujetos, circunstancia etc. Y esta jerarquización debería sin duda estar establecida, en primer lugar, por el poder constituyente y, en segundo lugar, por el pueblo soberano en función a sus necesidades y prioridades sociales, culturales y económicas.

Por otra parte, dentro del amplio catálogo de derechos previstos en Capítulo II de la propuesta de Constitución (desde el art. 17 al art. 118) en este breve comentario, solo pueden resaltarse algunos, bien por su específico significado en la historia chilena, o bien por su contenido renovador y vanguardista.

En primer lugar, la propuesta de nueva Constitución reconoce la existencia de una crisis climática y ecológica que el Estado tiene que afrontar. Se consagran los derechos de la naturaleza; contempla un catálogo de derechos ambientales, como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se incluyen normas que otorgan protección a ecosistemas tales como glaciares y humedales y el deber especial de custodia del Estado sobre los bienes comunes naturales.

Se otorga un estatuto constitucional de las aguas, siendo esta última esencial para la vida, el ejercicio de los derechos y de la naturaleza. El Estado deberá proteger las aguas, en todos sus estados, fases y ciclo natural. De esta manera, velará por un uso razonable de las aguas, en el que prevalecerá el equilibrio de los ecosistemas. La Agencia Nacional de Aguas será la encargada de autorizar sus usos, que deben ser de carácter intransferible, justificado y en base a la disponibilidad efectiva del recurso. El Estado deberá promover y proteger la gestión comunitaria de agua potable y saneamiento, especialmente en áreas y territorios rurales y extremos, en conformidad a la ley.

Los animales son declarados sujetos de especial protección. El Estado reconoce que son seres sintientes con derecho a vivir una vida libre de maltrato. Asimismo, deberá promover una educación basada en el respeto hacia ellos y una educación ambiental que fortalezca la preservación, conservación y cuidados requeridos respecto del medio ambiente y la naturaleza, y que permita formar conciencia ecológica.

El Estado garantizará la protección de los glaciares y del entorno glaciar, incluyendo los suelos congelados y sus funciones ecosistémicas. Los glaciares quedarán excluidos de toda actividad minera, al igual que las áreas protegidas, y las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley.

Por lo que se refiere a los pueblos indígenas, no solo se avanza en el reconocimiento de la plurinacionalidad, sino que se adoptan medidas para que este nuevo estatus tenga efectividad y no sea solo simbólico. Chile se define como un Estado plurinacional e intercultural. Se reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de la unidad e indivisibilidad del Estado. La propuesta reconoce como pueblos y naciones indígenas a los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos a través del procedimiento establecido por ley. De esta forma, se consagra el pluralismo jurídico, que implica que dentro del sistema judicial coexistan, bajo la supremacía de la Corte Suprema, el sistema general o “ordinario” de justicia y el de los pueblos indígenas para resolver conflictos en conformidad a sus usos y costumbres. Además, en materia de tierras y territorios, uno de los grandes temas pendientes entre el Estado y los pueblos indígenas, se reconoce el derecho de propiedad indígena, se consagran obligaciones para el Estado y se establece de que la “restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general”.

Se afirman como principios básicos la igualdad sustantiva y no discriminación, la inclusión social y la integración. La Constitución se sustancia como un instrumento para reducir las desigualdades, en particular a grupos históricamente excluidos y de especial protección. En este pilar destacan las propuestas que reconocen además de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, los de las personas mayores, las personas con discapacidad, las niñas, niños y adolescentes.

En este ámbito, hay que destacar la anacrónica utilización del término “discapacidad” que reproduce a una visión binaria de los seres humanos —capacitados y discapacitados— en contradicción con el modelo impulsado por el resto del texto constitucional en él que tienen cabida por igual todos los seres humanos, con independencia de su raza, orientación sexual o religión, los animales y, más en general, la Naturaleza. El constituyente parece olvidar las luchas por la imposición del término diversidad funcional alternativo a “discapacidad” que ha empezado a utilizarse en los últimos años por parte de algunas asociaciones y cuyo objetivo es exactamente eliminar las connotaciones negativas que conllevan expresiones como “invalidez”, “minusvalía” o “incapacitación”.

Hay que destacar también la presencia de varias normas que garantizan los derechos de las mujeres, niñas, jóvenes, diversidades y disidencias sexuales y de género.

La inclusión de la paridad y perspectiva de género en el texto constitucional resulta crucial para garantizar la igualdad y no discriminación de las actuales y futuras generaciones.

Destacan el derecho a una vida libre de violencia de género, perspectiva de género en la justicia, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la identidad, principios de paridad y representación política paritaria e inclusiva. Se consagran los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural, así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello. Se asegurará a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar, las condiciones para un embarazo, su interrupción voluntaria, parto y maternidad voluntarios y protegidos.

En la propuesta de constitución también se abre un espacio a los desafíos implícitos en los avances de la ciencia y la tecnología. Se incorporan normas que establecen el derecho a la participación política digital, a la información, al conocimiento, a la educación y conectividad digital, y a la protección de los datos personales. Se distinguen también los artículos que presentan definiciones en los ambientes digitales. Al derecho al trabajo decente se incorpora la desconexión digital; en la participación en la comuna autónoma, las municipalidades promoverán la alfabetización digital; entre las competencias de la Región autónoma se incluye la planificación e implementación de la conectividad física y digital; se promueve la participación ciudadana, la ciudadanía digital y la democracia participativa, incluyendo los medios digitales, el derecho a la comunicación social, libertad de prensa y pluralismo informativo.

Por otro lado, se suman los principios de la bioética en el sentido de que las ciencias y las tecnologías deben desarrollarse en observando los principios de solidaridad, cooperación, responsabilidad y respetando la dignidad humana, la sintiencia de los animales y los derechos de la naturaleza.

Sin duda, la Convención Constituyente pudo ser más ambiciosa audaz y estratégica, a la hora de plasmar todos los desafíos de la era digital. Aún es difícil convencer sobre la relevancia e impacto de la transformación digital para los Estados y sus ciudadanos, pero objetivamente la propuesta de borrador constitucional es más contundente y robusta de lo que hoy existe y establece sólidos cimientos para adentrarse en la era digital, para el papel del Estado, para la protección de los derechos de la ciudadanía, de la actividad privada, de la innovación, de la transferencia tecnológica, de

la creación, del derecho de autor, de la identidad, de la universalidad en el acceso y la soberanía digital.

El proyecto además tomando en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos, ha consagrado derechos esenciales, además de la salud y la educación, como el del trabajo doméstico y de cuidados, el derecho a la vivienda, a la alimentación adecuada, el derecho al agua y al saneamiento, y el derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia, entre otros. Por otra parte, se reconoce el derecho a la ciudad y al territorio. La ciudad es considerada como un derecho colectivo orientado al bien común.

Las garantías

El sistema de garantías previsto en la propuesta de la Convención Constituyente contempla variados mecanismos de protección de los derechos fundamentales y humanos. Estos mecanismos se articulan en garantías jurisdiccionales, orgánicas y normativas todas ellas superan con creces los escuetos mecanismos de protección contemplados en la Constitución actualmente vigente.

En relación con las garantías en primer lugar hay que destacar el rango otorgado a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, a los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional consuetudinario de la misma materia que formarán parte integral de la constitución y gozarán de rango constitucional (art. 123). A todos ellos por tanto se lo otorga directa aplicabilidad entrando a complementar la Constitución. No obstante, el constituyente olvida dar indicaciones acerca de la resolución de los posibles conflictos entre los instrumentos internacionales mencionados y las disposiciones constitucionales dejando un importante espacio a la discrecionalidad jurisdiccional a la hora de resolver un determinado conflicto.

En relación con el control de Constitucionalidad, además de decir que será ejercido por una Corte Constitucional en lugar de un Tribunal Constitucional, hay que evidenciar que la nueva regulación le quita parte de sus atribuciones en este ámbito. La propuesta elimina completamente el control preventivo de constitucionalidad, al tiempo que restringe fuertemente el control represivo de constitucionalidad, es decir, el que se realiza una vez aprobada y entrada en vigor una ley. A primera vista el borrador de constitución conserva tanto los mecanismos de inaplicabilidad, como de inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, las partes en juicio pierden el derecho de

pedir a la Corte Constitucional que revise la constitucionalidad de las leyes, ya que en adelante la futura Corte Constitucional sólo podrá conocer sobre inaplicabilidad o inconstitucionalidad a petición del juez.

Lo anterior no sólo es un retroceso, sino que podría significar en la práctica una fuerte debilitación del control de constitucionalidad. Esta afirmación se sustenta sobre la consideración de que son las partes los principales afectados por la aplicación de una ley que contraviene la Constitución, en este sentido existen muchas más probabilidades que sean las partes y no el juez quien solicite la inaplicabilidad de un precepto. También hay que considerar que los jueces tienen, por lo general, una cultura jurídica legalista que determina una inexorable dificultad a solicitar la revisión de la constitucionalidad de las leyes y que, además, la consulta de inaplicabilidad suspende los procesos judiciales y entrega el conocimiento de un asunto decisivo del caso a la Corte Constitucional, razón por la cual los jueces tendrán muy pocos incentivos para utilizar esta garantía normativa.

En relación con el llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este podría definirse como aquella acción o requerimiento que se interpone ante la Corte Constitucional con la finalidad de impedir la aplicación de un precepto legal en un juicio ordinario que se encuentra pendiente, cuando se estima de oficio, que esa aplicación producirá un efecto contrario a la Constitución. A través de la acción de inaplicabilidad se busca llevar a cabo un control concreto, cuyos efectos se circunscriben al juicio y a las partes que actúan en él; se trata, por tanto, de un control concreto e *inter partes*.

Por otra parte, será competencia de la Corte Constitucional conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de una disposición constitucional si existen dos o más declaraciones de inaplicabilidad de un precepto legal. La necesidad de complementar el control que se materializa por medio del recurso de inaplicabilidad con una modalidad de control de carácter general y abstracto es evidente allí donde no se afirma la obligatoriedad del respeto del precedente judicial.

En este sentido el control de constitucionalidad previsto en el art. 381, apartado 1. b) del proyecto puede definirse como un mecanismo de control de constitucionalidad que faculta la Corte Constitucional para declarar de oficio, o por vía de una acción pública, la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente hubiera sido declarado inaplicable, con el objetivo de expulsarlo definitivamente del ordenamiento jurídico. Coherentemente con lo expresado, el ejercicio de esta acción da origen a un tipo de

control de carácter abstracto y con efecto *erga omnes*, ya que está dirigido a evaluar la constitucionalidad del precepto legal sin relación a un caso concreto al cual deba aplicarse. En este sentido, el precepto legal objeto de la acción sólo será declarado inconstitucional si su contenido normativo o sus fines son absolutamente incompatibles con el texto o espíritu de la Constitución, de modo que ninguna de sus posibles interpretaciones sea conciliable con los contenidos normativos de la misma.

En la propuesta constitucional se incorporan varias garantías orgánicas, es decir, se configura un nuevo sistema institucional encargado de la promoción y protección de los derechos. Se prevé la creación de la defensoría del pueblo, la defensoría de la naturaleza y la defensoría de la niñez. La defensoría del pueblo se encargará de la fiscalización, el monitoreo y la implementación de las acciones vinculadas a la implementación de los derechos, además de la defensa de estos últimos en casos donde se identifiquen patrones de vulneración. Las competencias que se asignan a la defensoría de la naturaleza serán de promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales asegurados en la Constitución y en los tratados internacionales ambientales ratificados y vigentes en Chile, frente los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de entidades privadas. Por su parte la defensoría de la niñez que tendrá como cometido la promoción y protección de los derechos de que son titulares niñas, niños y adolescentes y velar por su interés superior.

En relación con las garantías jurisdiccionales, como es conocido, ellas apuntan a la exigibilidad de los derechos, es decir, a la facultad que se otorga a las personas de poder reclamar ante los tribunales ordinarios amenazas o vulneración de sus derechos. En este ámbito, el proyecto de constitución con la acción de tutela deja atrás la exclusión arbitraria de los derechos económicos, sociales y culturales que no podían reclamarse por esta vía, contemplando a todos los derechos fundamentales dentro de su ámbito de protección y además, otorgando competencia a los tribunales de instancia, presentes en todo el territorio y no a las cortes de apelaciones.

Las acciones constitucionales previstas podrían dividirse en dos bloques las generales que cubren todos los derechos las específicas cuya finalidad es la exclusiva protección de determinados concretos.

En relación con que podría ser definida como acción de tutela el borrador establece en su artículo 119 que “toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una

amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal”. Se trata de una acción cautelar que procede cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.

La otra garantía prevista en el artículo 120 es la del hábeas corpus con la misma naturaleza que una medida cautelar.

Merece ser destacadas en este contexto, dos previsiones relacionadas con la privación de libertad que establecen en un caso (art. 121), que las personas que sea absuelta, sobreseída definitivamente o que no resulte condenada será compensada por cada día que haya permanecido privada de libertad y en otro (art. 122) que las personas que haya sido condenada por sentencia dictada con error injustificado o falta de servicio judicial tendrán derecho a ser indemnizada de todos los perjuicios que el proceso y la decisión condenatoria le hayan causado. Disposiciones que representan una clara toda de postura acerca de un problema bien complejo que, en Chile —al igual que en muchos otros países— se presenta con fuerte intensidad hace muchos años. El interés generado por este el debate sobre el uso y abuso de la prisión preventiva encuentra en las disposiciones anteriormente citadas, una oportunidad para introducir mejoras sistémicas significativas con capacidad de proyectarse en el tiempo.

Un balance final

El balance de esta breve reseña sobre los derechos fundamentales en el proyecto de constitución es positivo.

Sin duda, es una constitución que enfrenta las problemáticas más relevantes de este siglo. Entre todas las que se podrían destacar, se evidenciarán aquí solo dos. Por una parte, la toma de postura hacia la crisis climática y ecológica se sustancia de una forma que ninguna otra constitución en el mundo hasta ahora lo había hecho.

En el borrador aparecen cincuenta normas ambientales, las mayorías están en el capítulo “Medio ambiente y naturaleza”, pero otras se encuentran diseminadas a lo largo

de todo el texto, desde los derechos fundamentales hasta las normas transitorias. La palabra “ecológico” aparece 17 veces en el texto y se establecen una serie de normas que han permitido categorizar esta constitución como *constitución ecológica*: el reconocimiento a la crisis climática, los valores inherentes a la naturaleza, expresados en los derechos de la naturaleza y en los bienes comunes naturales, los derechos ambientales al agua, al ambiente sano y a la participación y acceso a la justicia; y, finalmente, en la distribución del poder en la toma de decisiones ambientales.

Por otra parte, el borrador también sustancia los cambios que se están experimentando en el ámbito tecnológico, la innovación y la capacidad de acceder, usar y adaptarse por parte de los ciudadanos al entorno digital y permitir que se pueda volver en un medio habilitante para el bien común, para más ciudadanía, más progreso y más democracia. Todo es sin duda algo sin precedente a nivel mundial.

No obstante, el entusiasmo que genera el análisis del catálogo de derechos no logra traspasar el ámbito de las garantías constitucionales, especialmente las jurisdiccionales, que son sin dudas muy débiles. En este grupo se inscriben mecanismos que tienen un carácter que podría definirse como “reactivo”, esto es, mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este considere que se ha producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener el restablecimiento o la preservación del mismo.

Su objetivo no es, por tanto, prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos. Esta reacción, normalmente, tiene lugar solicitando la actuación de los órganos judiciales, y por ello los instrumentos que la posibilitan se agrupan bajo la denominación de garantías jurisdiccionales o procesales específicas.

La impronta garantista en la formulación de los derechos puede verse moderada por los mecanismos de garantías establecidos para su protección. Dichos mecanismos, como se ha visto, por una parte, encierran una dificultad lógica en apariencia irresoluble: encomiendan al propio poder la tarea de autolimitarse para la tutela de los derechos, pese a que, por su misma naturaleza, los órganos de poder se hallan en una situación propicia para vulnerarlos. En ese sentido, las diferentes garantías jurisdiccionales previstas para la

protección de los derechos no pueden concebirse sino como valiosos pero incompletos instrumentos para su defensa y hay que confiar en que los poderes del Estado y la ciudadanía podrán una vez aprobada la constitución, a través de los mecanismos previstos para su implementación, complementarlo y reforzarlo.

Mujeres, disidencias sexuales y de género: hacia una Constitución chilena feminista y de las diversidades

Elsa Guerra Rodríguez⁴

El proyecto de Constitución en Chile es el producto de una disputa histórica, social, cultural y política que busca superar un cuerpo normativo que respondía a una corriente conservadora y neoliberal, y que justificaba la discriminación, exclusión y opresión de varios sectores sociales, entre ellos, las mujeres diversas y las disidencias sexo-genéricas.

Si bien, como se analizará en este corto artículo, en los últimos años se han alcanzado avances relevantes para estos grupos sociales como el reconocimiento del matrimonio igualitario en el 2021, que brinda posibilidades para que las disidencias puedan acceder a ciertas instituciones jurídicas negadas arbitrariamente, todavía existen varias brechas que deben ser resueltas. Por ejemplo, las cifras de violencia basada en la identidad de género y la orientación sexual de las personas no han desaparecido y las limitaciones a otros derechos articulados al libre desarrollo de su personalidad y proyecto de vida continúan.

En este sentido, este documento busca evidenciar de forma aproximada algunas de las demandas que recoge la Constitución chilena para hacer de esta, una apuesta feminista y de las diversidades. Para cumplir este fin. Primero, se reflexiona de manera breve sobre la importancia de la aprobación de una constitución feminista, de los géneros y las disidencias. Segundo, se examina algunas de las principales contribuciones constitucionales tomando en cuenta varios de los derechos más complejos conforme la agenda de lucha de estos sectores: el trabajo digno, el derecho al cuidado, y los derechos sexuales y reproductivos sobre todo en el caso de la interrupción voluntaria de la gestación. Finalmente, se exponen algunos desafíos articulados a su aprobación y efectiva implementación.

La importancia de una constitución feminista, de los géneros y las disidencias

⁴ Docente investigadora del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. elsa.guerra@uasb.edu.ec

Las corrientes jurídicas feministas, con sus particulares matices, han coincidido en la presencia histórica de un rostro patriarcal en el derecho que ha condicionado las corporalidades de las mujeres diversas y sus proyectos de vida. La mayoría de estas han denunciado su falsa universalidad y neutralidad, evidenciando la manera en que el sistema jurídico con estrategias que van desde la invisibilidad hasta la hipervisibilidad, han reproducido estereotipos de sexo, sexuales, de género y diversas formas de sexismo.

Asimismo, las disidencias de género, también han asegurado que el derecho ha sostenido un modelo cisheteronormado de sociedad y de familia que incide en las formas de organización social y de poder.

En este sentido, las constituciones a nivel mundial y latinoamericano han sido el resultado de esta disputa político- ideológica, consolidando por varios siglos un pacto social heterocispatriarcal. Basta con observar las disputas sobre el significado de la ciudadanía, la igualdad, la libertad y el papel del Estado, el rol de la sociedad y la concepción sobre la naturaleza.

Contracorriente, la lucha de los sectores sociales, entre ellos el feminismo y de las disidencias, desde el campo teórico y la organización social, han incidido notablemente para erradicar aquellas instituciones jurídicas heterocispatriarcales y han disputado el contenido y sentido interpretado de otras. Sus logros si bien han permitido que se erradique algunas normas estereotipadas, todavía no han alcanzado a formular un derecho transformador que incida en el cambio estructural que requieren las sociedades plurales.

Bajo esta premisa, los sectores sociales diversos en Chile han apostado por la construcción de una constitución feminista, de los géneros y de las disidencias como un paso fundamental para repensar el rol del Estado, la relación con el mercado y la naturaleza. Una constitución que se instituya en una forma de reparación histórica de las grandes violaciones y exclusiones de la humanidad.

Es decir, un producto que rehumanice a la población chilena y que se convierta en ese viento de esperanza morado, verde y multicolor, más aún cuando las desigualdades de género se han profundizado por la pandemia, provocando grandes retrocesos a los logros alcanzados en la última década, además de aquellas inequidades no resueltas hasta la actualidad y que han naturalizado la violencia, cosificación y exclusión sistemática.

Avances de reparación histórica para las mujeres y las disidencias

Con la participación activa de varios sectores sociales se ha logrado destacados progresos en la Constitución chilena, que además de reconocer de manera simbólica demandas históricas de las mujeres, constituyen adelantos en la ampliación del contenido de derechos, en el reconocimiento de otros y en la potenciación del papel de los poderes público y privado para cristalizarlos, como una obligación jurídico-constitucional.

Si bien, se podría destacar varios de los avances, se considera que lo más significativo conforme las brechas de género, se encuentran en la configuración de los derechos a la igualdad y no discriminación, al trabajo pleno, al cuidado, a los derechos sexuales y derechos reproductivos con especial énfasis en el derecho al aborto en condiciones dignas.

La concepción de igualdad y no discriminación

Uno de las formas de resguardo del sentido de la Constitución suele ser la configuración del contenido de igualdad y no discriminación. En este caso, este cuerpo normativo reconoce la igualdad formal, material y la no discriminación e incluye a las mujeres y diversidades sexuales como grupos centrales para la materialización de derechos, resaltando que en “Chile no hay persona ni grupo privilegiado”. Por el contrario, establece que el Estado debe garantizar la igualdad de género a niñas, mujeres y las diversidades sexo-genéricas en los espacios privados y públicos en un ambiente de profunda democracia.

Asimismo, al determinar la prohibición de discriminación aclara las categorías sospechosas incluyendo aquellas articuladas al “sexo, características sexuales, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal”. Esta inserción constituye una forma de reparación histórica de visibilidad legítima de las corporalidades y expresiones diversas e incide en los efectos jurídicos de protección de sus derechos frente a posibles exclusiones directas e indirectas.

El mundo del trabajo

En Latinoamérica, la pobreza y pobreza extrema aumentó a 86 millones de personas a causa de la pandemia, de esta cantidad los sectores históricamente excluidos han vivido las mayores afectaciones; hecho que según la Cepal ha implicado una regresión de por lo menos 10 años en el acceso pleno a los derechos.

Si bien, el campo laboral ha sido un espacio de avances significativos para las mujeres, también se observan brechas persistentes. Conforme, la Encuesta Nacional de Empleo de Chile, entre noviembre 2021 y enero de 2022, el nivel de participación en el mercado laboral de las mujeres ha sido del 48,8% a diferencia de los hombres que se ha situado en el 69,6%, evidenciándose una brecha de - 21,3% para ellas.

Asimismo, las mujeres se enfrentan al acoso laboral, desempleo, formas precarias de inserción laboral, ocupación de puestos por sexo e identidad de género y exclusión de oportunidades para desarrollar potencialidades a causa del muro materno, entre otros.

Por ello, el reconocimiento constitucional chileno del derecho al trabajo decente, de remuneración justa y el mandato estatal de su protección en condiciones equitativas y con seguridad en el campo laboral, continúa siendo una aspiración fundamental que requiere de esta fuerza normativa y voluntad política en su ejecución, para toda la población y de manera especial para las mujeres y de las disidencias de género.

Otro de las demandas históricas de las mujeres diversas, ha sido visibilizar, dar valor y democratizar el trabajo productivo-reproductivo, sobre todo desarrollado por ellas. Por ejemplo, las mujeres en Chile entregan 3,2 veces más de su tiempo que los hombres al trabajo de cuidado no reconocido como tal. En términos monetarios, su prestación es igual a más de 10.000 millones de dólares (9% del producto interno bruto a nivel mundial).

En este sentido, el proyecto de Constitución chilena reconoce simbólica y jurídicamente a la labor de cuidado y de carácter doméstico como trabajo necesario y vital para la sociedad y su progreso. Además, afirma que es “una actividad económica que contribuye a las cuentas nacionales” y dispone al Estado que emita acciones efectivas para alcanzar la corresponsabilidad de género, que involucra la reorganización de la labor de cuidado en condiciones equitativas y justas.

Estas disposiciones requieren un compromiso real en los ámbitos público y privado para impulsar economías sostenibles y dignas con perspectiva de género e interseccional que replanteen estas injusticias que sostienen las desigualdades estructurales. Finalmente, este proyecto crea el derecho a la desconexión digital que tiene un impacto de género en la medida en que las mujeres viven las mayores implicaciones de sobre carga laboral en esta dimensión.

El derecho al cuidado

Por otro lado, la Constitución es innovadora al reconocer que las personas tienen un derecho al cuidado, que involucra la potestad de cuidar, cuidarse y ser cuidada en condiciones dignas. Para ello, determina la obligación estatal de generar un sistema integral de cuidados, que comprenda una atención prioritaria a varios grupos sociales y la protección de los derechos de las personas que ejercen esta labor.

Esta inclusión constitucional es transformadora en la medida en que coloca en el centro a la dignidad, la vida, la integridad, el ser y buen convivir como límites y vínculos del papel social, estatal, de la relación con el mercado y la naturaleza.

Asimismo, tiene un impacto directo sobre el papel social, político y cultural de las mujeres diversas por lo menos por dos razones. Primero porque rompe con el ideario patriarcal de que las mujeres deben asumir “esencialmente” ese rol, sin tener su derecho a ser cuidadas de las violencias estructurales cotidianas, y que implicaría no reproducir miradas meramente punitivistas ni securitistas, si no colocar en el centro al derecho a una cuidad de los cuidados desde un enfoque de derechos intercultural, integral y digno.

Segundo, incide en el papel de la naturaleza, entendiendo que la Constitución chilena la caracteriza como sujeta de derechos y por lo tanto como sujeta de cuidado, más aún cuando esta es una constitución ecológica. Este reconocimiento tiene un impacto de género, ya que como lo han sostenido los ecofeminismos, un cambio social real requiere de una descolonización de la naturaleza, y de su resignificación para ubicarla como el espacio donde se reproduce todo: una economía viva, una democracia viva, un conocimiento vivo y donde las mujeres han recibido los mayores impactos con su depredación.

Los derechos sexuales y los derechos reproductivos: el derecho al aborto voluntario

Las mujeres y las personas con capacidad de gestar han denunciado la manera en que la penalización del aborto voluntario ha constituido una forma de control y disciplinamiento social de sus corporalidades en el marco de los intereses que surgen desde el hombre masculino hegemónico, el mercado, la sociedad y el estado patriarcal, del capitalismo, y la colonialidad. Por ejemplo, históricamente no siempre la vigencia de este tipo penal se justificaba en la necesidad de la “protección del no nato”, sino que de acuerdo a cada época, su configuración se apoyaba en diversas construcciones discursivas, que implicaban cuidar la decencia de la mujer, el derecho de descendencia de los hombres, e inclusive en otros estados se ha obligado a abortar a las mujeres por

justificaciones de carácter demográfico; evidenciando la racionalidad instrumental que atraviesa la disputa sobre autodeterminación reproductiva de las mujeres y las corporalidades con capacidad de gestar.

En el caso de Chile, la hegemonía conservadora de Pinochet penalizó la interrupción voluntaria de la gestación en todas sus causales y únicamente después de 27 años se logró incluir tres supuestos de excepción a esta tipificación penal.

Esta deuda pendiente ha provocado profundas afectaciones para las mujeres y personas con posibilidad de gestar, ya que su práctica clandestina e insegura, la muerte, la maternidad forzada y la criminalización han sido las únicas salidas. Resaltando que esta restricción afecta con mayor intensidad a las mujeres y personas gestantes empobrecidas, niñas y adolescentes, así como a aquellas que pertenecen a etnias no hegemónicas y que viven en lugares remotos.

Además, en nuestras sociedades, este tipo penal ha asegurado un proceso de exclusión, rechazo social y culpa para las mujeres y personas que deciden abortar, produciendo habitualmente graves implicaciones en su salud psico-emocional.

Finalmente, los datos demuestran que la interrupción del embarazo en condiciones inseguras ha generado repercusiones en la sociedad y en el estado, ya que la muerte y las complicaciones post-abortivas afectan a sus núcleos familiares, así como, inciden en el presupuesto estatal.

A pesar de todas estas consideraciones y más allá de su penalización, su práctica clandestina continúa cada año en grandes proporciones. Por ejemplo, anualmente en Chile se desarrollan 70.000 interrupciones de manera ilegal e insegura.

Por ello, las organizaciones sociales han exigido la generación de una constitución feminista que tome en serio los derechos sexuales y reproductivos, observando las disposiciones de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos respecto a la necesidad de garantizar el derecho a decidir sobre su vida sexual y reproductiva, a asegurar el acceso a una salud integral y a omitir normativas que impongan embarazos forzosos.

En este sentido, este cuerpo jurídico chileno es transgresor y rupturista al reconocer el derecho al placer para todas las personas, incluyendo por lo tanto a las mujeres y disidencias sexuales, y además configura jurídicamente la posibilidad de interrumpir el

embarazo en condiciones dignas, determinando que las personas tienen la potestad de decidir de manera autónoma, libre e informada frente a su corporalidad, sexualidad y reproducción, y “asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos” sin violencias e interferencias arbitrarias.

¿Cómo emprender el camino?

Más allá de las posibles limitaciones de este proyecto de Constitución, se ha hallado avances significativos que se convierten en vientos de esperanza con miras a reducir las injusticias y la precarización de la vida en todas sus formas. En el caso de las mujeres y las disidencias sexuales y de género se busca superar “la normalidad heterocispatriarcal, colonial y extractivista”.

Esta necesidad de cambio multicolor que se observa en gran parte de la configuración constitucional sobre los derechos, debe ser legitimada con la aprobación de la mayoría de población que será beneficiada directamente con su aplicación efectiva.

Para alcanzar este fin, además, se requiere de un compromiso político y un rediseño institucional que concrete dichos mandatos mediante leyes, políticas públicas, presupuesto adecuado e infraestructura, y que se centre en cristalizar los proyectos de vida dignos de las personas diversas, los colectivos, pueblos, comunidades, los animales y la naturaleza.

Finalmente, la experiencia de varios países en Latinoamérica da cuenta que después de la aprobación de constituciones progresista, su contenido y significado ha corrido el peligro de ser vaciado e instrumentalizado por ciertos sectores políticos y élites, por ello, este proceso debe enrumbarse bajo un profundo compromiso democrático que escuche a los sectores sociales silenciados, empobrecidos y excluidos como guía para la consolidación de la voluntad liberadora y reparadora del poder constituyente.

Envejecer ejerciendo derechos. Las personas mayores en la propuesta constitucional de Chile

Lina Parra⁵

Es importante comenzar esta reflexión recordando lo dicho por George Steiner: *lo que no se nombra, no existe*. Esta frase recoge el trasfondo de las luchas de derechos: el reconocimiento. Para los derechos de las personas mayores esta necesidad de reconocimiento cobra especial importancia al menos por dos razones: por una parte, estamos viviendo una época de envejecimiento demográfico sin precedentes, y por otra, que aún persiste una grave invisibilización de las personas de más de 65 años.

Incluir de forma explícita estos derechos en la propuesta de Constitución en la hermana Chile es un paso absolutamente necesario hacia dicho reconocimiento. *Nombrar* a las y los adultos mayores en ese proyecto político, económico, jurídico y social común contribuye a tomar una mayor consciencia de su existencia en la sociedad.

A medida que avanzan en edad, las y los adultos mayores dependen más de otras personas para realizar sus actividades cotidianas, pero esto nunca debe entenderse como un justificante para restarles autonomía. Este aspecto es quizás el que más se vincula con los riesgos a los que se ven expuestas, pues son más proclives a sufrir abusos físicos, emocionales, psicológicos, e inclusive económicos, en especial de parte de sus cuidadores.

La percepción de que ya no son sujetos productivos, que puedan *defenderse por sí mismos*, o que son una carga, dado que su salud física y mental se van deteriorando, coadyuva negativamente al relacionamiento, tanto social como en ámbitos privados. Lo usual es que se *les esconda* en sus hogares o inclusive en asilos, que se desconozca sus aportes a sus familias y a la sociedad. En ocasiones incluso se les deja de tratar como personas que pueden velar por sus propios intereses, por ejemplo, cuando un profesional de la salud en la consulta le habla solo a su acompañante y le ignora en la conversación.

⁵ Docente investigadora del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. lina.parra@uasb.edu.ec

Este estereotipo negativo se controvierte de forma reiterada, pues las personas mayores suelen apoyar en el cuidado de niñas y niños mientras sus padres y madres están trabajando, o en otros casos, ayudan a familiares cuando se quedan sin empleo o vivienda recibéndolos en sus hogares, caso que por ejemplo se observó bastante durante la crisis española de 2012.

Este estereotipo, conocido como edadismo, debe abordarse para prevenir y atacar los episodios de discriminación por motivo de la edad, que cuando se agravan conducen a hablar de *gerontofobia*, que es el desprecio irracional a las personas mayores. Como se puede ver, sus necesidades, sus aspiraciones, en fin, sus proyectos vitales deben también tener consideración, respeto y espacio en una sociedad. Por ello es tan relevante que se hayan incluido normas expresas para su protección en el proyecto constitucional chileno.

Ahora bien, en estricto sentido no se trata de una figura que no cuente con ningún tipo de regulación jurídica en el derecho chileno, pues el país ratificó en 2017 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Instrumento que refuerza y extiende la protección de derechos existentes, pero que además incorpora algunos emergentes como: el derecho a la vida y dignidad en la vejez; a la independencia y autonomía; y, a los cuidados de largo plazo.

El articulado del proyecto de Constitución de Chile sobre estos derechos coincide en gran parte con la protección internacional mencionada. Así, en el artículo 33 se señala que tienen: “derecho a envejecer con dignidad; a obtener prestaciones de seguridad social suficientes para una vida digna; a la accesibilidad al entorno físico, social, económico, cultural y digital; a la participación política y social; a una vida libre de maltrato por motivos de edad; a la autonomía e independencia y al pleno ejercicio de su capacidad jurídica con los apoyos y salvaguardias que correspondan.”

Además, en el artículo 50 se dispone la creación de un *Sistema Integral de Cuidados*. Este se ocupará del *derecho al cuidado*, en especial, para las personas que pertenezcan a un grupo de atención prioritaria. Y en el artículo 117 se refuerza la obligación estatal de promoción de los derechos derivados de la ciudadanía, en especial para las personas que por motivos etarios, de discapacidad o de especial sujeción al Estado pudieran verlo disminuido. Estas normas, aunque generales, tendrán además una serie de efectos positivos tales como:

- Sacar de la invisibilidad a las personas mayores y posicionarles como sujetos políticos.
- Generar consciencia y relevar un necesario cambio de paradigma en la sociedad: se deja de hablar y construir relaciones desde el erróneo estereotipo del *abuelito* o *abuelita*, para hablar de la *persona mayor*.
- Establecer la idea de que los derechos se ejercen durante toda la vida y de que se envejecerá ejerciendo derechos.
- Declarar que, en el proyecto colectivo de Estado chileno, los poderes públicos tienen una obligación jurídica ineludible de proteger los derechos de las personas mayores.
- Posicionar la necesaria reflexión sobre cómo los poderes privados deberán actuar en pro de estos derechos.

La regulación constitucional de los derechos de las personas mayores en Ecuador y Chile coinciden en relevar la protección de su autonomía e independencia. La primera implica que se les respete como sujetos de derechos, que puedan tomar sus propias decisiones y que no se les trate con paternalismo; la segunda, con la posibilidad de hacer las cosas por sí mismos, sin depender de nadie en la mayor medida que se pueda.

Esto implica profundizar el ejercicio de derechos sociales, así como la accesibilidad en todos los niveles de la vida cotidiana. Las sociedades deben adaptarse a las necesidades de las personas mayores. Se debe entonces partir del principio de ajuste razonable, para progresivamente ampliar el acceso a los servicios y espacios públicos, sociales, culturales entre otros. Esto como parte además del ejercicio del derecho a los cuidados de largo plazo, pues las políticas públicas ahora con mayor razón deben pensarse con enfoque etario, para el largo plazo, no solo para coyunturas de corto plazo.

También coinciden en la especial protección que se les debe dar contra la violencia. Como se mencionó, las personas mayores sufren un mayor riesgo a sufrir diversos tipos de abusos y agresiones, en especial de parte de sus cuidadores. Valga la pena señalar que con esto se abre la puerta a la impostergable discusión sobre los derechos al cuidado, también para las personas que se encargan de darlo.

Un aspecto más en que se observan similitudes, es la inclusión en el sistema económico. Sin duda el acceso a una pensión por jubilación es la cara más visible, pero se plantea también la posibilidad de que puedan seguir trabajando, sin discriminación, así

como que gocen de prestaciones de salud y otro tipo de incentivos o prestaciones económicas, que faciliten su vida y relación con la sociedad.

Otro tema de encuentro entre la Constitución de Ecuador y la propuesta de Constitución de Chile es la capacidad jurídica plena. Es una consecuencia lógica que se deba evitar la discriminación en el acceso a trámites y servicios públicos, pues el mero hecho de llegar o tener una edad avanzada no genera automáticamente incapacidad jurídica. Así, por ejemplo, preocupa en la experiencia chilena que en algunas notarias se niegan los servicios a personas mayores porque se presume su incapacidad para contratar o realizar actos jurídicos.

Ahora bien, una diferencia que puede observarse en la práctica entre los dos países es que Chile ya cuenta con iniciativas institucionales tales como el Servicio Nacional del Adulto Mayor (Senama), que desarrolla campañas de sensibilización y difusión de estos derechos, así como de capacitación de cuidadores, e inclusive cuenta con tutoriales de enseñanza de acceso a las nuevas tecnologías y redes sociales, pero más importante aún, con una línea telefónica de apoyo, en la que también se pueden denunciar posibles casos de violencia. Se trata sin duda de pasos en la dirección correcta hacia la institucionalidad. Ecuador podría aprender varias cosas de esta buena práctica, pues las iniciativas y programas se encuentran dispersos y no son muy conocidos.

El futuro depara una serie de retos para la consolidación de estos derechos. Por una parte, la constitucionalización es necesaria, pero no es suficiente. Se debe profundizar las garantías al respecto, en especial las de políticas públicas y las judiciales. Esto coincide con un indispensable y urgente cambio de paradigma de la planificación de las Administraciones públicas. Se debe pensar en el largo plazo, no solo gobernar para la coyuntura, pues como se observa la longevidad plantea un uso más intensivo de los derechos sociales de parte de un amplio sector de la sociedad.

Por ejemplo, el derecho a la salud cobra protagonismo, pero no ya solo desde la tradicional faceta curativa, sino como se señala en instrumentos internacionales, desde el más alto nivel: una faceta preventiva y holística acorde con la dignidad y ciudadanía plena, y que incluya por igual a quienes residen en centros urbanos y en la ruralidad. Otro caso sería el de la educación, que debe pensarse acorde con las capacidades y cambios cognitivos de cada grupo de personas según su edad, para que nadie se quede fuera, y menos por este motivo.

Se hacen necesarias también medidas de corto y largo plazo para atacar la precarización laboral, pues las personas mayores que no cuentan con una pensión de jubilación, o que tienen una muy baja, se suelen ver avocadas a continuar trabajando, muchas veces en condiciones de explotación.

Un reto adicional se encuentra en la incardinación de lo nacional con lo local. Las políticas y normas nacionales suelen caracterizarse por establecer la hoja de ruta en el tema de derechos y servicios, pero a nivel local es donde suelen cristalizarse mejor las acciones concretas. En lo urbano esta idea se conecta además con el derecho a la ciudad, derecho según el cual todas las personas habitantes de esta, con independencia de su edad, capacidad económico o género, entre otros, deberían poder habitarla plenamente en todos los espacios vitales: los de producción, ocio, uso, gobierno, etcétera.

Como se observa en los aspectos de reflexión señalados hay un elemento común, la necesidad del diálogo intergeneracional. Tenemos que trabajar en mantener y mejorar los canales de comunicación entre todas las generaciones, en los ámbitos domésticos, en los comunitarios, y en particular en los públicos.

Para finalizar, queda una gran pregunta cuya respuesta debe construirse colectivamente: ¿Cómo se implementará el derecho al cuidado de largo plazo? ¿qué medidas requiere profundizar Chile, así como los otros países latinoamericanos, en cuanto a la accesibilidad? Recordemos que, en menos de 2 décadas, una de cada tres personas será adulta mayor. Usted quien lee estas páginas quizás será una de esas otras 2.

Empresas y derechos humanos en el proyecto constitucional chileno: ¿oportunidad perdida o fortalecimiento en la lucha por responsabilizar a las empresas por la violación de derechos humanos?

María Augusta León⁶

El presente artículo pretende enfocar el desarrollo de la discusión sobre derechos humanos y empresas antes y durante el proceso constitucional en Chile. Para este fin, el artículo contextualizará en primer lugar la actual discusión sobre la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, teniendo en cuenta el inmenso poder económico y político que éstas pueden llegar a tener, particularmente aquellas que operan globalmente, y su posible influencia en Estados con una débil institucionalidad jurídica y política (captura del Estado). Posteriormente, las diferentes voces a favor y en contra de esta regulación, reflejadas en distintas iniciativas impulsadas en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, serán abordadas. El trabajo prestará atención especial a experiencia de la academia y organizaciones no gubernamentales en Chile en los procesos participativos rumbo a la implementación de una de estas iniciativas, los principios rectores de empresas y derechos humanos. Finalmente, el artículo tratará el esfuerzo de incluir en el proyecto constitucional una cláusula referente a la obligación de las empresas en materia de derechos humanos. A través de este último análisis se dará respuesta a la pregunta expuesta en el título: ¿Oportunidad pérdida o consolidación en la lucha?

Empresas y derechos humanos en el proyecto constitucional chileno

El derecho internacional público regula tradicionalmente las relaciones entre Estados. Hasta mediados del siglo XX, los individuos no tenían más derechos que aquellos establecidos en los ordenamientos jurídicos domésticos. En relación al tratamiento a los extranjeros, el derecho internacional consuetudinario ha establecido ciertos estándares mínimos que los Estados deben garantizar a ciudadanos de otras naciones. En caso de violación de derechos, los nacionales de los Estados no tenían más

⁶ Docente investigadora del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. mariaa.leon@uasb.edu.ec

que recurrir ante instancias nacionales. En cambio, los nacionales de otros Estados a más de la posibilidad de accionar ante los tribunales nacionales del Estado de acogida, podían intentar activar la protección diplomática. Dado que esta figura es un derecho de los Estados, los individuos quedaban a la expectativa de la decisión de su Estado de ejercer o no esta facultad.

A partir de las masivas violaciones de derechos humanos ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional observó que los derechos no podían ser garantizados únicamente a nivel nacional, sino que debía trascender al ordenamiento jurídico internacional. Así, los individuos adquirieron por un lado la calidad de sujetos parciales del derecho internacional. A través de instrumentos internacionales desarrollados en el marco de los derechos humanos y del derecho internacional de las inversiones extranjeras, las personas naturales han adquirido la titularidad de derechos, cuya vulneración, dependiendo del tratado, permitirá su reclamación ante instancias internacionales. Por otro lado, también adquirieron la titularidad de obligaciones internacionales en el marco del derecho penal internacional. Los tribunales de Núremberg y Tokio y posteriormente los tribunales penales internacionales para la Ex-Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona demostraron la importancia del juzgamiento ante instancias internacionales a los individuos por graves violaciones cometidas contra el derecho internacional humanitario, cuando los Estados son incapaces de hacerlo.

Bajo estas consideraciones, es oportuno plantear cual es el estatus de las personas jurídicas, en particular las empresas, en el derecho internacional público. ¿Son éstas titulares de derechos y obligaciones internacionales? En cuanto a la titularidad de derechos, a las personas tanto naturales como jurídicas se les ha otorgado un amplio espectro de derechos para la protección de las inversiones a través del derecho internacional de las inversiones extranjeras. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la titularidad de derechos depende de su reconocimiento en los sistemas regionales. Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, las personas jurídicas no gozan de protección;⁷ mientras que en el sistema europeo tanto la práctica convencional como jurisprudencial ha reconocido a éstas, derechos que van

⁷ Esto ha sido aclarado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en su jurisprudencia y en la Opinión consultiva OC-22/16 Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos.

desde la propiedad, la libertad de expresión, el acceso a la justicia hasta la libertad de conciencia y religión. En cuanto a la titularidad de obligaciones en el derecho internacional, las empresas no tienen ninguna, ni siquiera en el espectro del derecho penal internacional.

Dado el inmenso poder económico y político que estas empresas pueden llegar a acumular, especialmente aquellas que operan globalmente, incluso que puede superar a aquel de los Estados, surge la pregunta, si las empresas especialmente multinacionales deberían ser responsables internacionales por la violación de derechos humanos ocasionada por sus operaciones. Las respuestas varían de acuerdo a los intereses tanto políticos como y por sobre todo económicos.

Por un lado, existen voces que sostienen que los Estados son los únicos obligados a respetar, proteger y garantizar el ejercicio sin interferencias de los derechos humanos. La razón es que ellos son los que se comprometen a cumplirlos a través de la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales en esta materia. Así, en caso de vulneración de estos derechos por parte de terceros, empresas o actores económicos, los estados son los responsables directos de activar toda su estructura tanto normativa como institucional para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar conductas contrarias a su efectivo ejercicio. Este es el escenario ideal, pero ¿Qué ocurre cuando estados con instituciones débiles sucumben ante el poder corporativo y son incapaces de regular las actividades empresariales? A esto se llama captura del Estado. A través de este mecanismo, las élites sean políticas o económicas imponen sus intereses sobre el bien común a través de la incidencia indebida, como la utilización de vacíos o deficiencias en el sistema legal. Sus efectos se traducen en la violación de derechos humanos y la impunidad.

El funcionamiento y mecanismos usados para capturar a un Estado dependen del contexto local. En Chile esta captura se da, por ejemplo, en la medida que un sector envía a personas de su confianza a puestos estratégicos en instituciones públicas, tales como órganos fiscalizadores, para acceder a información privilegiada. Una vez concluidas sus funciones, estos individuos vuelven casi de manera inmediata a la industria con un importante bagaje de información y conocimiento. Si bien es cierto esta actuación es principio parece ser totalmente legal, constituye, en opinión de la experta en empresas y derechos humanos, Judith Schönsteiner, un incumplimiento de los Estados a su obligación de adoptar medidas, especialmente de carácter legislativo, para evitar este tipo de captura del Estado. Mecanismos para garantizar una participación de sectores

interesados en correspondencia con los derechos humanos son, por ejemplo, la regulación sobre transparencia en relación al record laboral y los intereses que representan quienes optan por la función pública, períodos de carencia largos, transparencia de ingresos, prohibición de influencia indebida y regulación de los deberes de los lobistas.⁸

Ante la dificultad de los estados de regular, fiscalizar y sancionar a las empresas, por otro lado, surgen cada vez voces más fuertes sobre la necesidad de responsabilizar internacionalmente a las empresas por la violación de derechos humanos. En el marco de Naciones Unidas, específicamente en el Consejo de Derechos Humanos, dos interesantes iniciativas se han gestado para abordar el tema de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Por un lado, los principios rectores sobre empresas y derechos humanos (principios rectores), adoptados por el mencionado consejo en resolución 17/4 de junio de 2011, tienen su base en tres importantes pilares: el deber de los estados de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar derechos humanos y el acceso a mecanismos de reparación efectiva. Este instrumento de soft law pese a no generar ningún tipo de obligación vinculante respecto a Estados o empresas, razón por la que ha sido altamente criticado, constituye al entender de muchos un paso inicial para desarrollar un entorno favorable para la prevención y remediación de violaciones de derechos humanos en contextos de actividades u operaciones empresariales.⁹ Esta iniciativa es altamente apoyada por países desarrollados.

Por otro lado, el proyecto de tratado vinculante de las Naciones Unidas para empresas transnacionales en materia de derechos humanos, iniciativa liderada por Ecuador y Sudáfrica, apunta a generar un instrumento jurídicamente vinculante cuyo objeto sea la regulación de las empresas transnacionales y el establecimiento de mecanismos de protección, justicia y reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos relacionados con las actividades de estas empresas.¹⁰ En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos en la resolución 26/9 creó un grupo de trabajo con mandato para la elaboración de un instrumento vinculante para regular la actividad

⁸ Judith Schönsteiner, “Las obligaciones estatales identificadas en el Pilar I de los Principios Rectores. Problemas generales al participar en la implementación del Pilar I de los Principios Rectores y captura del Estado”, ponencia presentada en el Curso de Formación de empresa y derechos humanos para la sociedad civil en América Latina.

⁹ Soledad García Muñoz, *Empresas y Derechos Humanos: Estudios Interamericanos* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019), párrs. 9- 12

¹⁰ Declaración en nombre de un grupo de países en la 24ª edición de sesiones del Consejo de Derechos Humanos (Ginebra, 2013)

empresarial transnacional en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En 2019, el texto del proyecto fue publicado. A esta iniciativa se han sumado países en vías de desarrollo, mientras los países desarrollados la han visto con escepticismo.

Con el fin de avanzar en el camino hacia la promoción, protección y defensa de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, muchos Estados han apostado decididamente al establecimiento de los principios rectores. Uno de las herramientas políticas para su implementación constituye el llamado *Plan de acción nacional* (Pan). Este instrumento, desarrollado por los Estados, busca proteger de los efectos negativos de las operaciones empresariales en los derechos humanos a través de la armonización de políticas públicas relativas a empresas y derechos humanos, el impulso a la participación y la generación de diálogo entre las partes interesadas. En América Latina, el Pan ha sido adoptado en Perú (primera versión) y Colombia (segunda versión). Chile se encuentra en la etapa de implementación. Estados, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y México han manifestado su compromiso de elaborar un PAN.¹¹

En relación a la experiencia de la elaboración del Pan en Chile, la academia y organizaciones no gubernamentales fueron invitadas a participar en el proceso para su elaboración. Teniendo en cuenta que uno de los criterios fundamentales para asegurar la eficacia de los Pan, según las orientaciones sobre los procesos de elaboración de los planes de acción emitidos por el grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos, constituye la participación inclusiva de las partes interesadas a través del intercambio transparente de información en todas las etapas del proceso de desarrollo, el resultado del proceso participativo en Chile no fue el esperado. En el primer proceso de participación se realizó un Estudio de Línea Base sobre empresas y derechos humanos, diálogos participativos y consultas de medidas formuladas para la aplicación del Pan. La eficacia de la participación no fue la deseada, debido a la falta de voluntad política por parte de las instituciones estatales para aplicar los instrumentos generados, especialmente la línea base y los diálogos participativos, para la definición de las medidas del Pan. Asimismo, el estudio no había sido circulado entre la sociedad civil, pese a que las organizaciones pusieron como condición su difusión. La participación en el segundo proceso fue aun más

¹¹ Empresas y Derechos Humanos, “Planes de acción nacionales”, <https://empresasyderechoshumanos.org/pan-edh/>

deficitaria, entre otras razones porque no se incluyeron las recomendaciones de las organizaciones participantes, no se aseguró la transparencia, no se impulsó una participación significativa, ni se realizó la consulta a los pueblos indígenas. Pese a estas falencias y a la recomendación de no implementar el Plan, el Estado aprobó el Plan a pocos días del cambio de gobierno.¹² Las actuaciones del Estado chileno demuestran ser contrarias al parámetro de participación y transparencia que se deseaba impulsar en estos procesos.

Ante tales lamentables circunstancias, las organizaciones decidieron incidir a través de la inclusión en la Constitución chilena de una cláusula relacionada con la obligación de los privados, incluyendo las empresas de respetar los derechos humanos. En un primer momento, se intentó sin éxito la incorporación de esta responsabilidad en base al contenido establecido en los principios rectores. Ante este resultado, se sugirió una cláusula mucho más general, misma que fue acogida. En la última versión del proyecto el artículo quedó redactado de la siguiente manera: “Toda persona, institución, asociación o grupo deberá respetar los derechos fundamentales, conforme a la Constitución y la ley”.

¿A la luz de la presente redacción, es posible hablar de una oportunidad perdida o del fortalecimiento en la lucha por responsabilizar a las empresas por la violación de derechos humanos?

Al analizar la cláusula, es posible establecer que el proyecto recoge el efecto horizontal, es decir la obligación del Estado de velar por la adecuada relación entre privados. Sin embargo, en relación a la obligación de las empresas frente a los derechos humanos, el texto no se hace ninguna alusión expresa a las empresas. Una solución quizás hubiese sido hacer una referencia general a personas naturales y jurídicas o incorporar expresamente el término empresas. De igual modo, el artículo hace referencia únicamente a los derechos fundamentales y no a los derechos humanos, teniendo en cuenta que estos últimos son aquellos reconocidos y desarrollados a través de instrumentos internacionales. Con ello, la intención de incorporar la temática de derechos humanos y empresas no se concretizó realmente.

¹² Schönsteiner, “Las obligaciones estatales identificadas en el Pilar I”

Como se evidenció en el texto, todavía no existe un convencimiento de la comunidad internacional de responsabilizar directamente a las empresas por la violación de derechos humanos ni a nivel nacional peor aún internacional. En este sentido, la adopción de cláusulas constitucionales se perfila como un importante paso para una futura consolidación de la responsabilidad empresarial. No hay que olvidar que muchos derechos se han consagrado internacionalmente gracias a su incorporación en textos constitucionales y legales de los estados. Recordemos, por ejemplo, como el derecho al agua o el derecho a un medio ambiente sano fueron en un primer momento parte de los ordenamientos jurídicos nacionales y actualmente se encuentran recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos. El reconocimiento silencioso y paciente de derechos y obligaciones por parte de los Estados en su normativa son avances importantes en la consolidación de la costumbre internacional, esa práctica generalizada de los Estados y su convencimiento que aquella es derecho.

Conclusión

En base a lo dicho, la respuesta a la pregunta refleja el sabor agrídulce que deja el proceso constitucional chileno en este tema. Si bien es cierto se perdió por el momento una importante oportunidad para que la nueva Constitución chilena inserte esta obligación en relación a las empresas, impulsa definitivamente la discusión sobre el tema para futuros procesos constitucionales en la región. En este sentido, es absolutamente necesario fortalecer la discusión y reflexión sobre la obligación de las empresas en respetar los derechos humanos y en caso de violación la asunción de sus responsabilidades no solo en el orden nacional sino también internacional. El camino todavía es largo pero las bases están ya sentadas.

Plurinacionalidad, interculturalidad y derechos de la naturaleza

Agustín Grijalva¹³

La Constitución como espejo y mapa de navegación

Las miradas desde lejos y desde fuera del proceso constituyente de un país tienen limitaciones, pero también algunas ventajas, entre ellas el de poder ver como realizable, al introducir cierta dimensión comparativa, lo que algunos en ese país quieren mostrar como inviable. La comparación, salvando diferencias y especificidades, es una forma de conocimiento que alumbrará aristas a veces ignoradas. Escribo este texto con profundo cariño y respeto por el pueblo chileno, animado por un ánimo de contribución consciente de estas limitaciones y posibilidades.

Una Constitución es muchas cosas a la vez: ley, acuerdo político, horizonte axiológico. Pero una Constitución debe también ser un espejo en el cual en alguna medida se reconozca un país, y un mapa de valores y fines con el cual navegue en la historia. Esto último, por supuesto, es siempre un ideal, pero como tal cumple una función orientadora.

Para ser más exactos, ese espejo de la Constitución, donde se ve un país, no refleja necesariamente su verdadero rostro, sino el del país pensado y deseado por los sectores sociales y políticos que en el momento constituyente tienen el poder, o al menos forjan el acuerdo, para definirlo.

Pero una Constitución es también como un mapa, en el cual están marcados ciertos objetivos, ciertos destinos a los cuales una comunidad política, a al menos la mayoría de ella aspira a llegar y que requieren definir algunos caminos. Por supuesto hay o debe haber también una relación entre el espejo y el mapa, entre lo que se es, o supuestamente se es, y lo que se quiere ser.

Dado el carácter político e ideológico de la Constitución; y su sentido siempre, aunque no solo, aspiracional, necesariamente hay una brecha entre el país real y el país constitucional. Pero al mismo tiempo, siempre debe haber un esfuerzo para ir cerrando

¹³ Docente investigador del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. agustin.grijalva@uasb.edu.ec

esa brecha, orientados principalmente por los valores y derechos fundamentales y la democracia.

La plurinacionalidad y la interculturalidad, y demás reconocimientos constitucionales de la diversidad cultural son entonces un norte, una directriz. Son algo de espejo y algo de mapa. En los países de la región hay avances, estancamientos y retrocesos en torno a su desarrollo. Esta directriz no funciona de forma perfecta, pero muestra una dirección acorde a la realidad y problemas de nuestros pueblos latinoamericanos.

Esto es importante aclararlo porque quienes apoyan el rechazo a la nueva Constitución de Chile hablan de ella y especialmente de sus derechos como el plan de un ministerio, con costos que según ellos son desproporcionados. Y respecto específicamente a la plurinacionalidad e interculturalidad, se refieren a ella como si su adopción constitucional significará un cambio de un día a otro, antes que un proceso gradual. Pero, insisto, una Constitución no es el plan de un ministerio y su presupuesto, es más como el espejo y el mapa que deben orientar al país, incluyendo su política social.

La brecha entre el país real y el país constitucional, sin embargo, puede ser tan grande que hace que la Constitución en lugar de reflejar en algún grado, siempre imperfecto, el rostro de un país, lo esconda de sí mismo, para mantener así situaciones estructurales de dominación, explotación, exclusión y discriminación.

Estimo que en el caso chileno esta dinámica entre la realidad del país y su proyecto constitucional es fundamental, porque Chile es un país con profundas segregaciones sociales, ideológicas, regionales y también étnicas.

En este corto texto sostengo que la invisibilización en las constituciones de los indígenas chilenos ha sido el mecanismo para sostener su exclusión. Pero además esta ceguera impide que otros muchos chilenos se vean como lo que realmente son: mestizos latinoamericanos resultado de la interacción de diversos grupos étnicos. Así, por ejemplo, con un millón de indígenas mapuches, la mayor parte de los cuales viven actualmente en áreas urbanas es absurdo negar esta realidad.

Para mantener esta ficción todas las constituciones chilenas han recurrido a una reiterada e irreal definición como estado nacional. Sostengo que el actual proyecto de Constitución de Chile rompe con esta lógica de autonegación abriendo, contrariamente a

lo que dicen sus críticos, posibilidades de mayor unidad en la diversidad mediante una organización del Estado que responda mejor a la realidad de la sociedad chilena.

Así, por ejemplo, la relación de los mapuches con el Estado chileno evidencia este constante juego entre invisibilizar a los indígenas para desconocerlos y excluirlos como tales. La persistencia del conflicto con los mapuches ilustra como el ideal de Estado Nacional presente hasta ahora en todas las constituciones chilenas y en todas sus reformas ha sido no solo incapaz de crear la prometida unidad del pueblo chileno, sino que además se ha constituido en un catalizador de violencia y exclusión crónica.

Acercarse a la historia del pueblo mapuche no puede causar sino asombro e indignación. Los incas jamás pudieron conquistar a los mapuches y los españoles tampoco. Estos últimos lo intentaron por 282 años durante la llamada Guerra de Arauco. Una vez que Chile y Argentina se constituyeron como estados independientes, el conflicto continuó durante todo el siglo XIX con la denominada *ocupación de la Araucanía*, que hacía la última década de ese siglo había despojado a los mapuches del 95 % de las tierras que originalmente ocupaban. Estas tierras fueron entregadas a miles de inmigrantes europeos.

En el siglo veinte las políticas y legislación estatal favorecieron la fragmentación del territorio mapuche, la disolución de la propiedad comunitaria; pero fue la dictadura de Pinochet la que llevaría al punto máximo ésta visión neo-colonial, incluyendo la invisibilización o criminalización de los mapuches; vendrían luego durante los gobiernos posteriores la entrega de algunas tierras alternada con la persistencia de esta criminalización.

Se trata de una larga y violenta historia en la que el estado y el derecho han sido utilizados contra los mapuches para la colonización, el despojo, la tortura y el asesinato. En respuesta, algunos grupos indígenas se han radicalizado respondiendo también con violencia, aunque la mayoría han resistido pacíficamente. Es por esta razón que la elección de la indígena mapuche Elisa Loncon como presidenta de la constituyente chilena el 4 de Julio del 2021, así como la presencia de otros constituyentes mediante escaños asignados a los pueblos indígenas, representa una ruptura política y simbólica profunda.

Romper el espejo, saltar al vacío

Desde el preámbulo y el artículo 1 el proyecto de nueva Constitución de Chile define a su Estado como plurinacional e intercultural.

La inclusión de estos principios ha sido una de las innovaciones atacadas con mayor virulencia por quienes apoyan el rechazo. Realmente sorprenden los argumentos de estos sectores contrarios al proyecto de Constitución, pues afirman que la plurinacionalidad e interculturalidad terminarán con Chile, dividirán al país en varias naciones, acabando con su unidad, con el estado de derecho, con la igualdad, creando privilegios indígenas y poniendo en riesgo la propiedad, el sistema tributario, la unidad territorial, entre otros muchos y graves perjuicios.

En definitiva, quienes atacan la plurinacionalidad e interculturalidad del proyecto de Constitución ven en estos principios la madre de todos los males, una suerte de caja de pandora que si se llegará a aprobar tendría efectos devastadores. En este texto presento elementos que evidencian que se trata, claramente, de una manipulación ideológica, utilizando el miedo y el engaño para promocionar el rechazo al proyecto de Constitución.

Una unidad fundada en el reconocimiento y el respeto

Plurinacionalidad e Interculturalidad no implican separatismo: Un Estado plurinacional e intercultural no busca la separación ni división de un país. Como bien lo dice el propio proyecto de Constitución, preserva la unidad e indivisibilidad territorial, así como la supremacía de la Constitución.

La diferencia entre un estado nacional, que es como se ha declarado Chile en todas sus constituciones hasta el día de hoy, y un Estado plurinacional e intercultural, consiste en que el primero postula una nación homogénea, una sola cultura, un solo idioma, una sola historia, una sola religión. De esta forma, el ideal de unidad nacional se levanta sobre la negación de las diferencias, es decir sobre el colonialismo. Se trata de una falsa unidad, un sometimiento colonial disfrazado de unidad.

Por otro lado, un Estado plurinacional e intercultural implica una institucionalidad pública que reconoce, respeta y valora esas diferencias, como la riqueza propia de un país. Estos pueblos con culturas distintos pueden interactuar entre ellos buscando una relación igualitaria en un proceso de mutuo aprendizaje y enriquecimiento, pues al final cada cultura es una visión particular, y por tanto parcial, de la experiencia humana.

Es con este reconocimiento y respeto que se busca y se logra mayor unidad. Esa unidad conforma también lo que algunos autores llaman una *nación cívica*, es decir un sentido de identidad y pertenencia a un solo y mismo ente político, en el cual pueden convivir distintas naciones culturales.

Un ejemplo de nación cívica es el de los Estados Unidos con su pléyade de inmigrantes de todo el mundo, o de Canadá con su lados francófono y anglófono; esas diferencias no han puesto en seria duda su unidad como países.

Pero más cercano para Chile es la diversidad cultural de los países latinoamericanos, los cuales son el resultado de procesos de conquista y colonización de pueblos indígenas en resistencia, que se mantienen actualmente como pueblos con sus propias culturas y formas de organización. En este punto, la mayoría de las constituciones latinoamericanas reconoce de una u otra forma esta diversidad cultural, sin que en ninguno de estos casos ello haya implicado secesionismo alguno.

En otras palabras, no es indispensable ser idénticos culturalmente para tener unidad. De hecho, la historia de distintos países evidencia que son la exclusión, la discriminación y el colonialismo de unas culturas sobre otras lo que ha generado desunión y violencia.

Me atrevería a plantear la interrogante ¿no es este el caso de Chile? La larga y violenta confrontación del Estado chileno con el pueblo mapuche, así como la sistemática invisibilización de éste y de los pueblos Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam, y quizá otros, en todas las constituciones de Chile, apunta a un problema en este sentido.

Frente a esta negación de la diversidad el proyecto de Constitución proclama en su artículo dos que “La soberanía radica en el pueblo de Chile, conformado por varias naciones”. También el artículo cinco en su numeral uno es sumamente claro en cuanto a esta unidad en la diversidad: “Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado. y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley.”

En términos identitarios esto implica que pueden coexistir, como de hecho coexisten, identidades diversas incluso en una misma persona, la cual puede sentirse por ejemplo mapuche y chilena al mismo tiempo, sin ningún problema. La existencia de un

estado plurinacional e intercultural más bien fortalece esta coexistencia de identidades dada su apertura a la autonomía y participación igualitaria.

Las diferencias que igualan

Un corolario de lo expuesto es que el reconocimiento constitucional de ciertas diferencias es una condición de la llamada igualdad material o real. No solo hay la igualdad formal o ante la ley, para la cual toda distinción es discriminación o privilegio. Hay también la igualdad material, real o sustancial, que se logra haciendo diferencias que permiten el ejercicio de derechos.

Esta igualdad material, inherente al Estado social, es la que se logra cuando, por ejemplo, se reconoce la existencia de idiomas distintos en un mismo país. Esta diferencia lingüística necesariamente implica una organización adecuada en el sistema educativo. Si son pueblos enteros los que hablan esos idiomas, los cuales son parte y expresión de su cultura, se requerirá una educación intercultural con participación y gestión de esos pueblos.

¿Se puede entonces acaso plantear que el poder hablar su propio idioma es un privilegio? Es realmente absurdo plantearlo así. Se trata de un derecho colectivo indígena reconocido en múltiples instrumentos internacionales y en varias constituciones de la región y el mundo.

Lo propio sucede con el sistema jurídico. Muchos pueblos indígenas en América Latina conservan o desarrollan sus normas consuetudinarias, sus propias formas de autoridad y organización social. Como los idiomas, esas normas son parte también de sus culturas pues trasuntan sus valores y visiones del mundo.

El reconocimiento de esa diversidad normativa es necesario para que pervivan las formas de organización de los pueblos originarios y para que estos puedan realmente ejercer su autonomía y participar como tales la vida pública.

Se critica que el proyecto de Constitución es demasiado general respecto a estos temas. No podría ser de otra manera. Una Constitución solo puede establecer parámetros generales para que más adelante y en el marco de ellos, la jurisprudencia constitucional, la legislación y las políticas públicas concreten regulaciones y acciones de relación intercultural entre los derechos indígenas y el derecho ordinario. Así viene sucediendo en varios países latinoamericanos.

Al respecto, hay que destacar que la experiencia latinoamericana es que la jurisprudencia constitucional por su carácter casuístico puede cumplir mejor este rol de coordinación que la ley, al dar cuenta de las especificidades de los distintos sistemas de justicia y de los hechos de casos concretos en cada contexto. Así, en casos como los de Colombia y Ecuador la experiencia de esta coordinación vía jurisprudencial ha sido más positiva que los efectos de leyes como en el caso de Bolivia.

Si el pluralismo jurídico implica el respecto a la diversidad en el plano normativo, no puede tampoco haber un solo derecho indígena o una sola forma de coordinación con la justicia ordinaria. Hay una pluralidad de sistemas, cada uno con sus propias características.

Pero esta diversidad normativa no debe alarmar. Hay que considerar que en la práctica social esto es lo que efectivamente viene sucediendo históricamente, cuando estas comunidades aplican sus propias normas y reconocen a sus propias autoridades. El Estado plurinacional reconoce esta realidad y permite entonces el desarrollo de una institucionalidad que viabiliza una más efectiva coordinación con el derecho y la justicia estatal.

Por el contrario, si Chile persiste en su espejismo de verse como Estado Nacional esa coordinación se vuelve imposible. Las costumbres y autoridades ancestrales son una realidad antropológica que ha existido y va a continuar existiendo, pero en el marco de un estado nacional, esas prácticas son sistemáticamente ignoradas, disminuidas o criminalizadas por las autoridades estatales judiciales y policiales. Dicha exclusión ha sido una fuente permanente de conflicto, incluso de violencia. La plurinacionalidad implica una nueva institucionalidad para procesar pacíficamente estos conflictos.

Otro aspecto en el cual la plurinacionalidad e interculturalidad pueden aportar positivamente es el del conflicto territorial, ilustrado especialmente por el caso mapuche. No se trata simplemente de una disputa exclusivamente por la propiedad individual, sino de reconocer en el marco de la indivisibilidad territorial del Estado, un problema territorial complejo que implica múltiples mecanismos, tales como distintos mecanismos de reparación, declaración de tierras comunitarias, y también protección de la propiedad individual.

Reconocer en el marco de las condiciones actuales reales la existencia de territorios ancestrales es importante porque este es el espacio histórico donde se reproduce

todo lo que venimos mencionando: la cultura, la organización social y política, y el derecho propio. Por supuesto que muchos otros indígenas han migrado a la ciudad, en la cual se plantean problemas interculturales específicos y complejos.

En otras palabras, la territorialidad es distinta de la propiedad sobre tierras individuales, tiene que ver con una reivindicación histórica, y un espacio de ejercicio de la autoridad, autonomía y jurisdicción indígena. Las diversas formas de propiedad pueden, por tanto, coexistir con la territorialidad indígena en tanto aseguren o respeten tales reivindicaciones.

Por cierto, esto no debería escandalizar a nadie pues en los estados modernos coexisten múltiples jurisdicciones, por ejemplo, del gobierno nacional con gobiernos regionales o locales, incluyendo los de carácter indígena, con diversas formas de propiedad.

Los derechos de la naturaleza

Los derechos de la naturaleza se complementan de forma lógica y necesaria con un Estado plurinacional e intercultural, pues expresan la diversidad de visiones de las comunidades y pueblos indígenas sobre la naturaleza, como se verifica por ejemplo al observar la jurisprudencia constitucional comparada al respecto.

En efecto, en un estado plurinacional el Estado reconoce y respeta las diversas formas de relación que los distintos pueblos, especialmente indígenas, mantienen con la naturaleza. Se valora no solo la ciencia occidental sobre los ecosistemas, sino también los saberes, conocimientos y prácticas tradicionales de las comunidades que en muchos casos han ayudado y ayudan a la conservación de dichos ecosistemas y sus especies.

Los derechos de la naturaleza proveen, al incluirse en la Constitución, el más alto grado de protección jurídica que las actuales crisis ecológicas urgentemente requieren. Ante estos grandes males, estos derechos plantean soluciones innovadoras e interculturales.

Por otra parte, los derechos de la naturaleza expresan el giro civilizatorio indispensable para que los seres humanos se comprendan a sí mismos y a la naturaleza de una forma acorde a las visiones más profundas y críticas de las humanidades y las ciencias: no como seres aislados o enfrentados a la naturaleza sino como parte de ella, y a ésta como valiosa en sí misma.

Los derechos de la naturaleza también integran la dimensión cultural a la dimensión económica de la Constitución, generando así una visión distinta de las actividades económicas, efectivamente protectora tanto de los ecosistemas y sus especies, como de un medio ambiente sano para los seres humanos y las generaciones futuras.

De esta forma los derechos de la naturaleza proveen a las organizaciones y movimientos de la sociedad civil de un recurso jurídico y simbólico para exigir de autoridades públicas, incluyendo jueces, el respecto a ecosistemas, estructuras, procesos, especies e individuos de la naturaleza.

Tomando nuevamente el ejemplo de los mapuches para ilustrar la importancia de los derechos de la naturaleza en relación con la plurinacionalidad e interculturalidad, puede observarse que en la cosmovisión mapuche el suelo no es un mero recurso separado del aire, el agua, el subsuelo, los bosques y lugares sagrados. Se trata de una visión sistémica que integra estos elementos en un todo, como desde otra perspectiva lo hace la Ecología moderna.

En contraste, las empresas forestales, los proyectos hidroeléctricos y las salmoneras presentes en lo que fue el territorio mapuche, han generado graves problemas ambientales por su visión utilitarista y fragmentada de los componentes naturales. Problemas como inundaciones de grandes extensiones de tierras, introducción de árboles que han desplazado a las especies nativas y desertificado el suelo; y graves alteraciones en el ecosistema marino y sus especies por el uso desmedido de antibióticos y desinfectantes en la producción de salmón.

¿De qué totalitarismo hablan?

Otra crítica sin sentido que se escucha contra el proyecto de Constitución es el de que diseña un sistema autoritario, en el cual el poder se concentra en una cámara legislativa, y se merma la independencia judicial.

El proyecto, por el contrario, llama la atención porque no propone un gobierno centralista, que concentra el poder. La propia plurinacionalidad e interculturalidad son un ejemplo más bien de la distribución descentralizada de poder. Esto es llamativo porque en otros países de América Latina mediante las constituciones se ha concentrado numerosas facultades en el ejecutivo, dando lugar a un hiperpresidencialismo que al final pone en riesgo el estado de derecho y la democracia.

Es más bien el modelo de estado nacional que algunos parecen defender en la actual coyuntura de Chile lo que resulta propenso a la centralización e imposición autoritaria del poder mediante la exclusión u homogenización de los pueblos indígenas.

En cambio, la institucionalización de la autonomía de los pueblos indígenas, esto es de la capacidad de mantener y dictar sus normas y tener sus propias autoridades en el marco de la Constitución, así como las diversas formas de participación de estos pueblos en el Estado impulsa una democracia más profunda. Se trata de mecanismos, como por ejemplo la consulta previa, que no solo descentralizan el poder, sino que además lo democratizan al radicar muchas decisiones en la propia sociedad, integrada en este caso también por estos pueblos y nacionalidades.

El reconocimiento y respeto de las justicias indígenas es también una instancia del reconocimiento de esta autonomía. Bajo el ideal ideológico del estado nacional siempre se ha propugnado un sistema de justicia único y homogéneo. Este ideal, empero, desconoce las costumbres, los valores, las formas de autoridad y relaciones sociales realmente existentes en los pueblos indígenas. Por eso, el Convenio 169 de la OIT del cual es parte Chile, reconoce estos sistemas normativos. Es que con la nueva Constitución que se propone, no solo Chile deja de darle las espaldas a su historia y sociedad, es que además se pone al día con el derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho constitucional comparado.

Conclusiones

Incluso muchos de quienes apoyan el rechazo reconocen que la Constitución de 1980 con sus reformas hoy es anacrónica y disfuncional para Chile. La pregunta entonces es si el actual proyecto, en balance, ofrece los cambios que se requieren. Para quienes seguimos desde afuera el debate chileno resulta claro que las ventajas del texto están muy por encima de las desventajas.

La Constitución perfecta no existe ni existirá nunca, pero los pasos que da el actual proyecto de Constitución son realmente vitales. Las deficiencias, hay que decirlo, son inevitables, deberán corregirse mediante reformas. Pero las innovaciones que trae el proyecto son tan importantes y urgentes, que no tiene sentido ponerlas en riesgo, porque eso puede significar romper de nuevo el espejo, aunque siempre imperfecto, que provee esta nueva Constitución, seguir viviendo en el espejismo del estado nación y saltar al vacío.

La democracia, los principios y disposiciones generales en el proyecto de nueva constitución de Chile

Marco Navas Alvear¹⁴

El presente texto procura proponer de manera muy breve, algunos criterios acerca de cómo está estructurado el concepto de democracia en el proyecto de Constitución de Chile.

Debo comenzar recordando que la democracia siempre resulta un desafío. La concebimos como un proceso social de largo tiempo a construir mediante arreglos políticos, generalmente inacabado, aunque siempre se procura su consolidación.¹⁵

A efectos de relanzar, reestructurar y adaptar un nuevo modelo democrático, un proceso constituyente puede ser un buen modo de apuntalar la democracia, de darle de forma más precisa contenidos, pues permite estructurar modelos basados en principios eje de la vida de una determinada sociedad política. Aunque, así mismo, sin la manifestación de la voluntad de participar y dialogar por parte de una bastedad de actores, una nueva constitución se puede quedar en “hoja de papel” como solía decir F. Lassalle.¹⁶

Tener una Constitución que responda a las necesidades actuales de una sociedad y de las siguientes generaciones destacando su enorme potencial de transformar, es importante. Lo afirmado aplica en particular en casos de sociedades demodiversas,¹⁷ es decir con una amalgama de formas de ver y vivir la democracia; y a la vez, sociedades

¹⁴ Docente investigador del Área de Derecho de la UASB- Ecuador. marco.navas@uasb.edu.ec

¹⁵ Respecto de los desafíos democráticos, las múltiples formas que la democracia como proceso puede avanzar, detenerse o proseguir resultan útiles las reflexiones y planteamientos que hacen, entre otros autores Guillermo O’ Donnell en *Disonancias críticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

¹⁶ Véase, Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires: Siglo XX, 1984. Sobre procesos constituyentes y la efectividad de una constitución nueva puede también consultarse Marco Navas Alvear, “El valor de una Constitución en el marco del proceso político. Explorando las categorías de Constitución y proceso constituyente”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords.), *La ciencia del derecho Constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, tomo I, México: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 1131-1160.

¹⁷ Véase Boaventura de Souza Santos y Juan Méndes, *Demodiversidad. Imaginar nuevas posibilidades democráticas*, CDMX: Ediciones Akal, 2017.

profundamente desiguales como parece que es el caso de Chile,¹⁸ que hoy a través de varios procesos como el constituyente parece haberse reconocido así.

Fue allá por 1988 cuando Chile, luego de ganar el No por 55.9% de los votos en un crucial plebiscito, decidió cambiar de régimen y recuperar la institucionalidad democrática,¹⁹ atravesando por una etapa de transición a un régimen democrático,²⁰ eso sí, de lado de una suerte de vigilancia por parte del poder militar y fáctico representado en la persona del general Augusto Pinochet, hasta ese momento presidente de facto del país austral, quien debió entregar el poder al ganador de posteriores elecciones Patricio Aylwin Azócar. Y hasta el sol de hoy, nuestra querida Chile ha vivido con una constitución de corte conservador, que, entre otras cuestiones, otorga bastante protagonismo al ejecutivo. Una carta articulada por el régimen dictatorial que hablaba de Estado nación más bien bajo la idea clásica monocultural, describiendo sus funciones sobre todo la organización del gobierno más que sus atributos como si lo hace el nuevo proyecto. Y esto, con todo y el proceso de revisión – reforma, efectuado allá por mediados de la década de los 2000 durante el gobierno de Ricardo Lagos.

Hoy Chile, su sociedad diversa, tienen al alcance de la mano un instrumento que permite desarrollar una forma de convivencia bajo algunos elementos antes no tomados en cuenta, en torno a la fijación de principios básicos y disposiciones generales, que vamos a revisar someramente. Más tarde, probablemente luego del referendo aprobatorio ad portas a inicios de septiembre de 2022, se podrá ir profundizando en el estudio de este modelo de organización y gobierno del Estado chileno.

Importante es recordar que una Constitución es una forma de discurso Jurídico que tiene un aspecto autoritativo y que va definiendo en primer lugar como se estructura la convivencia en un determinado espacio político, donde el pueblo o los pueblos, en ejercicio de su soberanía, desarrollarán el proyecto de vida de una sociedad diversa, llena de clivajes, proyecto que contiene y propone esa Constitución, cuestión que comienza

¹⁸ Varias evidencias de esta situación de desigualdad estructural, en particular de los ingresos puede verse en “Chile: la desigualdad que persiste”, noticia publicada en la página web de la Pontificia Universidad Católica de Chile (19.11.2018): <https://www.uc.cl/noticias/chile-la-desigualdad-que-persiste/>

¹⁹ BBC News Mundo, Redacción. “Plebiscito en Chile: cómo fue el referendo que sacó del poder al general Augusto Pinochet en 1988” (31.10.20), en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54734477>

²⁰ Entre la amplia literatura sobre transiciones democráticas podemos mencionar el ya clásico libro de Manuel A. Garretón, *Hacia una nueva era política en América Latina, estudio sobre las democratizaciones*, Santiago, FCE, 1995.

como sucede en varias experiencias constitucionales contemporáneas en Sudamérica y otros países,²¹ con la definición del Estado.

En general muchas constituciones recientes al parecer se han visto influenciadas por ciertas grandes transformaciones en la manera de pensar humana, por ejemplo, a partir del denominado *giro lingüístico*²² tenemos como consecuencia la ascunción de vernos como sociedades complejas y con un traslape de demandas plurales no solo de redistribución sino de reconocimiento, como acentuarían Fraser y Honneth ya hace algunos años.²³

El proyecto de nueva constitución chilena,²⁴ en su primer apartado, propone una definición de Estado que, a mi manera de ver, recoge este desafío de la complejidad diversa (véase incluso el preámbulo). Además de tomar en cuenta la cuestión de la organización territorial en regiones que es muy destacada ya por el ordenamiento vigente, este Estado entre otras cosas, se reconoce como un modelo social de derecho, ecológico, plurinacional, intercultural y como dije, un Estado regional, en concordancia con el artículo 7 del mismo proyecto, que establece los principios de la conformación de ese modelo de autonomías regionales. Todo esto además asociado a un tipo de democracia que se la concibe como paritaria y que más tarde, se precisa que se ejerce de varias maneras de participar: en forma directa, participativa, comunitaria y representativa (artículo 151).

Chile, a su vez, se reconoce más adelante (artículo 9) como un Estado laico, condición importante para crear un espacio amplio para el desarrollo social y democrático. Vale decir, estos principios van articulando de manera convergente y sistémica el diseño del Estado. Se esperaría así, que estas cláusulas de definición del Estado y de su régimen democrático se irradian y conecten sistemáticamente con varias partes de la nueva Constitución y sirvan para orientar una tarea de reforma legal conforme al nuevo régimen, la cual sin duda será enorme.

²¹ Entre otros casos podemos citar las constituciones de Italia, la ecuatoriana y la de Colombia en sus primeros artículos.

²² Entre los varios resúmenes sobre este movimiento intelectual podemos recomendar se revise el formulado por Mario Marrero H., “Corrientes historiográficas: el giro lingüístico” s/f, disponible en la web: <https://historiaeweb.com/2018/06/20/giro-linguistico/>

²³ Nancy Fraser y Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*. New York: Verso, 2003.

²⁴ https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public_files/Campa%C3%B1as/Chile-Vota-Informado/Propuesta_de_la_Nueva_Constituci%C3%B3n.pdf

Para recapitular, la primera sección del proyecto, constitutiva del Estado, en su artículo 1 define a esta entidad con las cualidades materiales que hemos ya destacado, además establece la solidaridad y la inclusión. Reconoce al tiempo, aquellos valores muy presentes en el constitucionalismo contemporáneo como la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y agrega su relación indisoluble con la naturaleza, todo en un contexto de valores intrínsecos e irrenunciables que condicionan la relación Estado – sociedad diversa. Podríamos decir que se va avanzando a un nuevo paradigma jurídico más plural y quizá valga decir, bio-diversamente-fundamentado, enfoque que fue abierto entre otras fuentes, por la constitución ecuatoriana.²⁵ Luego, sigue este texto con una cláusula sobre la protección formal y material de los derechos cuyo obligado es el Estado, precisamente en referencia esta relación referida del estado con las ciudadanías. Esto se complementa con la cláusula del Artículo 4 que afirma que las personas nacen y permanecen libres, interdependientes e iguales en dignidad y derechos e interdependientes con la naturaleza como refiere el Artículo 8 que además menciona los términos “buen vivir”.

Los artículos 2, 3 y 5, reafirman la soberanía popular en un contexto de diversidad. El artículo 5. 1 y el párrafo 2, reconocen la coexistencia “de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado” y nombra aquellos pueblos y naciones preexistentes: “los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk’nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley”. El apartado 5.3. reconoce complementariamente, la libre determinación en el marco de los derechos colectivos, así como el diálogo intercultural y la pluralidad de lenguas, y emblemas (concordancia con los artículos 11 al 13).

De su parte, el artículo 6. 1., reconoce varias formas de diversidad y establece una cláusula de “composición paritaria” y forma de “representación efectiva” para una presencia de cincuenta por ciento de “integrantes mujeres” en diversos órganos e instancias. El artículo 10 contempla por otro lado, la protección de las familias en sus diversas formas, que les garantice una vida digna.

²⁵ Véase Marco Navas Alvear, “Naturaleza como sujeto de derechos y las formas de tutela jurídica, algunos comentarios”. Ponencia en Curso de Verano sobre Metodología de la Comparación Jurídica, Universidad de Bolonia - Programa Interculturalidad, Paz y Derechos de la Naturaleza, OPTIN. En: <https://www.uasb.edu.ec/wp-content/uploads/2022/01/Paper-220-Marco-Navas.pdf>

Así mismo, el artículo 14, se refiere a las relaciones internacionales de Chile, fundadas en el respeto al derecho internacional y a los principios de “autodeterminación de los pueblos, no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, multilateralismo, solidaridad, cooperación, autonomía política e igualdad jurídica entre los Estados”. Y, además, con énfasis en el respeto al derecho internacional de los derechos humanos, de acuerdo también al. Artículo 15 que da de rango constitucional a esta normativa en cuanto haya sido suscrita por Chile. Cláusulas similares hallamos en otras constituciones de la región. Y, finalmente, cierra esta sección un precepto sobre la supremacía constitucional basado en el respeto a los derechos humanos (Artículo 16). Preceptos de amplio espectro pues obligan a toda persona, grupo, autoridad o institución.

Queda pues, desear buen viento y buena mar a la hermana Chile en este proceso aprobatorio que debería tener una amplísima participación democrática. Habría pues, según se ha establecido, una sola oportunidad de decir sí o no apruebo y en eso deben reflexionar mucho viendo al futuro. Por ahora el asunto no parece ser fácil pues según cierto sondeo citado por El País (de Pulso Ciudadano en EP 4 de julio de 2022) un 44% rechazaría el texto y un 25% lo aprobaría.²⁶ Creemos que empero de lo referido, las fuerzas sociales diversas de Chile sabrán actuar asertivamente y valorar los esfuerzos de la Convención Constituyente.

²⁶ Rocío Montes, “Del Estado social de derecho al fin del Senado: claves del nuevo texto constitucional chileno”, en *EL PAÍS* (4.07.2022), en: <https://elpais.com/chile/2022-07-04/la-convencion-chilena-entrega-el-texto-definitivo-de-la-nueva-constitucion.html>

Transparencia, probidad y control

Víctor Granda Aguilar²⁷

Los textos del proyecto de nueva Constitución, en la hermana República de Chile, relacionados con transparencia, acceso a la información, probidad o integridad y control, que serán sometidos próximamente a referéndum, debemos analizarlos en el contexto de su historia, de la coyuntura internacional y de los cambios políticos producidos en ese país luego del estallido social, la crisis de credibilidad institucional y la instalación y expectativas del gobierno de la “nueva izquierda” presidido por Gabriel Boric Font.

El contexto económico y jurídico internacional

Además de la crisis antes indicada y de la ocurrida en la economía mundial, que profundiza nuevamente y a niveles extremos la exclusión, la concentración de la riqueza y la inequidad y de la pandemia que aún no está superada, existe también, complementariamente, una persistente crisis moral y ética que se ha agudizado desde finales del siglo pasado y se prolonga hasta el presente.

Es evidente que el sistema económico y político internacional hace aguas por todos los costados. Vivimos una época de incertidumbre pues no se vislumbran alternativas transformadoras efectivas como resultado de la dispersión ideológica y social que soportan las organizaciones sociales y políticas populares y, por lo tanto, la mayoría de la población.

A nivel internacional, la Declaración Universal y la Convención Americana de DDHH (artículos 19 y 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 19); las Convenciones Interamericana (1996) y Mundial contra la corrupción (2003-2005); los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS, 16); la Carta Europea de Derechos Personales (2000, artículo 41); el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006, 2013, con 42 obligaciones y principios), consagran y promueven el derecho fundamental al “*buen gobierno*” como una “macrogarantía” o exigencia de la “dignidad

²⁷ Docente investigador del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. victor.granda@uasb.edu.ec

humana” que paulatinamente se está incorporando en la legislación y la Constitución de los países de la región.

Los organismos internacionales y entidades como Transparencia Internacional y otros, incluyendo corporaciones y fundaciones civiles y empresariales, promueven el reconocimiento y aplicación de dicho derecho, en cuanto a introducir en las constituciones de los países, dichos principios y normas sobre integridad, probidad, transparencia y lucha anticorrupción, como respuesta a la crisis de confianza de los pueblos y de los actores sociales frente a las instituciones públicas y privadas.²⁸

La historia del control y la probidad en Chile y su quiebre

En Chile existe como órgano de control tradicional la Contraloría General de la República conformada en marzo de 1927, sustituyendo a todas las instituciones que existían previamente, bajo la inspiración de la misión norteamericana presidida por Edwin Kemmerer. Las funciones que se le asignaron resultan “sui géneris” con respecto a los modelos internacionales de tribunales de cuentas, comisiones auditoras y contralorías unipersonales.²⁹

En la reforma Constitucional de 1943 se otorgó a la contraloría y al contralor atribuciones de “cuarto poder” frente al presidencialismo con amplias competencias de control legal, contable, financiero y jurisdiccional. La máxima autoridad de control sólo podía ser sometido a juicio político ante el Congreso Nacional.

La institución ha ejercido a lo largo de su historia amplias potestades de “control externo” en materia de legalidad y en la adopción de decisiones jurisdiccionales o “cuasi-jurisdiccionales” sobre la actividad administrativa estatal involucrando a actores públicos y privados. Dicho organismo tiene además de la competencia de fiscalización y auditoría de los recursos públicos, potestades jurisdiccionales sancionatorias a los infractores civiles y contables en el manejo de recursos públicos.³⁰

La Contraloría General de la República es una de las instituciones que en el espectro institucional chileno, desde su fundación hasta la actualidad, salvo en el dilatado período dictatorial (1973-1990), se ha desempeñado satisfactoriamente, si bien se han

²⁸ www.transparency.org; Organismos Internacionales Multilaterales.

²⁹ Paul W. Drake, *Kemmerer en los Andes*, (Quito: Banco Central del Ecuador, 1995).

³⁰ Víctor Granda Aguilar, *Derecho de Control, Contraloría y Tribunal de Cuentas o de Recursos Públicos en Ecuador*, (Quito: UASB, 2022).

realizado en los últimos años varios ajustes en sus competencias, conservando teóricamente su carácter técnico, autónomo e independiente frente a los actores políticos que controlan en los regímenes constitucionales los otros poderes del Estado y los gobiernos regionales y locales.

En la historia de la contraloría merece un comentario especial su actuación en la época dictatorial. Coincidió con quienes consideran que la dictadura militar última fue un “punto de quiebre” respecto al manejo institucional del Estado y del gobierno en los regímenes democráticos anteriores de diferente signo político hasta el presidente Salvador Allende, en los que se mantuvo la percepción de que los presidentes en 160 años de vida republicana no se enriquecieron en el ejercicio del poder.³¹

Desde el inicio del gobierno militar en 1973 la corrupción aparece primero discretamente hasta generalizarse su práctica mientras permaneció en el poder el general Augusto Pinochet hasta 1990. Este personaje llegó a tener una enorme fortuna personal al igual que su familia y sus colaboradores más cercanos como resultado del enriquecimiento ilícito en las privatizaciones de las empresas públicas y contrabandos de armas, equipo militar y bienes suntuarios. Estas prácticas criminales no fueron observadas por la contraloría ni por el poder judicial que se convirtieron en instrumentos incondicionales y encubridores de la dictadura.

Si bien los defensores de la dictadura dicen que no hay pruebas de los actos de corrupción al igual que del genocidio y de la violación de los derechos humanos, porque no fueron establecidos por la contraloría ni procesados por los jueces, debe observarse que los dos instrumentos de control, al igual que los grandes medios de comunicación estuvieron al servicio de la dictadura para garantizar su impunidad y que expresamente la dictadura estableció en la Constitución impuesta por los militares la prohibición de investigaciones parlamentarias en el período que usurpó el poder.

A las masivas violaciones de los derechos humanos reconocidas y comprobadas internacionalmente se suman el despilfarro de los recursos públicos, la venta fraudulenta de fábricas militares al hijo mayor de Pinochet y la ubicación de enormes recursos financieros y bienes en varios países del mundo, en paraísos fiscales y aún en Chile a nombre del dictador y de sus familiares más cercanos.

³¹ Patricio Orellana Vargas, “Probidad y Corrupción en Chile”, Polis Revista Latinoamericana 8, (2004).

Luego de la dictadura, los conceptos y exigencias de probidad administrativa, conflictos de interés y lucha anticorrupción fueron incorporados en la Constitución al ampliar las atribuciones de la contraloría y en la legislación chilena administrativa y penal, promovidas por los presidentes Frei, Lagos, Bachellet y Piñera en 1994, 1999, 2003, 2005, 2015 y 2019. En ese contexto se creó un Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno y se conformó adicionalmente una Comisión de Ética Pública (2004) que crea las bases para la expedición de la Ley de Probidad y Transparencia en 1999.

Desde hace ya diez años y en especial en el segundo gobierno de Michel Bachelet se planteó una discusión abierta para impulsar varias reformas legislativas a la Ley Órgánica de la Contraloría General de la República. Entre otras: introducir una organización colegiada en su dirección; concentrar su acción en la auditoría contable y financiera; hacer independiente de la CGR al Tribunal de Cuentas y trasladar sus competencias jurisdiccionales a la Función Judicial como tribunales contencioso administrativos; eliminar o limitar el control de legalidad y agrupar a los organismos de control para enfrentar de manera sistemática la corrupción.

Atribuciones vigentes de la Contraloría General de la República

En relación con la contraloría y sus competencias vigentes en los artículos 98, 99 y 100 de la Constitución de Chile han sido resumidas así: ³²

El órgano máximo ejerce el control de legalidad de los actos de la administración, “toma de razón” (artículo 99), que no se limita a los actos relacionados con bienes y recursos públicos como ocurre en Ecuador y otros países en los que esa atribución la ejercen los tribunales contenciosos administrativos. Esto ocasiona eventualmente confrontaciones entre la contraloría y el poder ejecutivo, cuando existe una insistencia de éste frente a pronunciamientos de aquella que son resueltas por el Tribunal Constitucional. La contraloría ejerce un “poder de veto” sobre actos estimados ilegales. El Presidente puede insistir con un decreto, más no cuando la objeción es de inconstitucionalidad.

³² Libertad y Desarrollo, “Contraloría: Importancia y propuestas para nueva Constitución”, Temas Públicos. www.lyd.org N° 1505-2, 23 de julio de (2021), ISSN0717-1528.

La contraloría y su máxima autoridad ejerce la “potestad dictaminadora” (“cuasi judicial”) sobre todos los actos administrativos que le consulten órganos de la administración y particulares. Esta potestad le permite interpretar normas relacionadas con la administración, lo que genera en la realidad jurídica y profesional nuevas reglas novedosas, que no guardan necesariamente relación con el contenido literal de aquellas, como mecanismos de control preventivo. Se estima que en varios casos los dictámenes resuelven controversias sin respetar estrictamente debido proceso.

El máximo órgano de control, además de la potestad contable y de fiscalización financiera, tiene la potestad única de juzgar las cuentas por medio del subcontralor y de un tribunal presidido por el contralor, para establecer responsabilidad civil a los funcionarios, por negligencia o deficiente administración de los recursos públicos.

La Constitución establece los requisitos especiales para ser electo Contralor por acuerdo entre el Presidente y 2/3 partes del Senado; un período de 8 años para el ejercicio del cargo y su posible remoción por acusación constitucional por “notable abandono de deberes” por parte del Congreso.

Otras normas constitucionales incluyen al contralor en el Consejo de Seguridad Nacional y otorgan a la contraloría funciones en materia presupuestaria para refrendar o corroborar leyes que incluyen nuevos gastos si la fuente de recursos es insuficiente.

Propuesta de regulación en el proyecto de Constitución

Los nuevos textos que se proponen en la nueva Constitución³³ relativos al buen gobierno, al control político y para el nuevo diseño de la Contraloría General de la República, son:

El buen gobierno

Se incluye en el proyecto un capítulo V sobre *Buen gobierno y función pública* que contiene los más variados temas sobre la administración pública, su modernización, sus funcionarios, la calidad y universalidad de los servicios públicos y la participación del Estado en la economía y en el mercado, los principios de las finanzas públicas y el

³³ Chile: Convención Constituyente de Chile, *Propuesta Constitución Política de la República de Chile. Capítulos: V, VII y X: Buen Gobierno y Función Pública; Poder Legislativo; Órganos Autónomos Constitucionales*, (Santiago: Convención Constituyente de Chile, 2022).

uso de sus recursos, el desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza, el sostenimiento colectivo de los gastos públicos, etc.

Se incorpora en la Constitución la obligación de los titulares de las funciones públicas cumplir con los principios de probidad, transparencia, rendición de cuentas y la participación activa de las personas y la sociedad civil en la fiscalización, además de otros como los de interculturalidad, enfoque de género, inclusión, no discriminación y sustentabilidad. Se detalla en el texto lo que consiste el principio de probidad y las obligaciones que entraña.

La Constitución asegura a todas las personas la transparencia de la información pública y el más amplio y oportuno acceso a la misma. Se eleva a rango constitucional el Consejo para la Transparencia para promoverla, fiscalizar el cumplimiento de sus normas y garantizar el acceso a la información pública.

Resulta trascendente la declaración constitucional que se formula sobre la Corrupción (artículo 170) como contraria al bien común y atentatoria contra el sistema democrático, por lo que se la debe erradicar tanto del sector público como del privado y tomar medidas eficaces para su prevención, investigación, persecución y sanción administrativa, civil y penal. Por ello, el Estado asegura además protección, confidencialidad e indemnidad al denunciante por infracciones que se cometan en el ejercicio de la función pública.

El control político

El capítulo VII contiene las normas relativas al poder legislativo que se integra por el Congreso de Diputadas y Diputados y por la Cámara de las Regiones, eliminando la figura tradicional del Senado.

La primera atribución que se asigna al Congreso de Diputados es fiscalizar los actos del Gobierno. Esta se realizará mediante: observaciones al Presidente y sus ministros; comisiones de investigación y acusaciones calificadas contra el presidente, ministros, jueces de cortes de apelación y Corte Suprema, Contralor General de la República, generales, almirantes, director de Carabineros; director de la Policía de Investigaciones y gobernadores.

Las acusaciones se presentarán durante el ejercicio de funciones o hasta tres meses después y en el caso del presidente de la República hasta 6 meses. Se requiere la mayoría

de votos del Congreso para que proceda la acusación contra el presidente o un gobernador y la mayoría de los presentes a la sesión para los otros casos. Quienes sean procesados políticamente, salvo el Presidente, quedan suspendidos en el ejercicio de sus funciones mientras se tramita la acusación.

La Cámara de las Regiones conoce como jurado las acusaciones y se limita a declarar si la persona es culpable o no culpable. Se requiere dos terceras partes para declarar la culpabilidad del presidente o de un gobernador regional y en los demás casos la mayoría.

Nuevo régimen para la Contraloría General de la República

En el capítulo X sobre “Órganos Autónomos Constitucionales”, consta que éstos se rigen por el principio de paridad en su conformación y con la implementación de medidas de acción afirmativa se asegura que al menos el cincuenta por ciento de sus integrantes serán mujeres.

Respecto de la Contraloría General de la República, se proponen las siguientes modificaciones:

- Se agrega el carácter de “técnico” al de autónomo del organismo de control y se le encarga de “velar por el cumplimiento de probidad en la función pública”.
- Se suma la potestad de ejercer el “control de constitucionalidad” al de “legalidad de los actos de la administración del Estado en los que se incluyen los gobiernos regionales, comunales y demás entidades, organismos y servicios que determinen la ley”.
- El original examen y juzgamiento de cuentas se transforma en atribución amplia de “fiscalizar y auditar el ingreso, la inversión y el gasto de fondos públicos” y se elimina la competencia de “juzgar cuentas”.
- La contraloría no podrá evaluar el mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, lo cual favorece y apunta el presidencialismo y el ejercicio reglado y discrecional de las competencias de la administración.
- Se elimina la atribución de llevar la “contabilidad general de la Nación”, lo que obviamente será ejercida por el ministerio correspondiente.
- La fiscalización y la auditoría como potestad de control se extiende a todo órgano y sociedad en los que el Estado tenga participación y a las personas

jurídicas que dispongan o manejen recursos fiscales o administren bienes públicos.

- Se mantiene en el texto constitucional la potestad de la contraloría de “toma de razón” en decretos y resoluciones y *actos administrativos* para “representar su ilegalidad”. Si el Presidente con todos sus ministros insisten en la pertinencia de sus actos se les dará curso y se enviará copia al Congreso de Diputados. Si la representación es por inconstitucionalidad no procede insistencia ante la contraloría sino reclamo ante la Corte Constitucional.
- Se incluye con claridad la potestad de la contraloría para emitir dictámenes de efectos obligatorios para toda autoridad, funcionario o trabajador de los órganos de la administración del Estado, de las regiones o comunas, empresas públicas o sociedades en las que tenga participación el Estado. De esta forma se restringe la potestad dictaminadora que pueda ser solicitada por personas privadas y que tenían efectos cuasijurisdiccionales.
- La dirección de la contraloría la ejercerá un contralor general, designado por ocho años por única vez por el presidente de la República con el acuerdo del Congreso de Diputados y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta y por mayoría de sus integrantes. No se establecen los requisitos que antes exigía la Constitución en el ámbito profesional.
- Se dispone como innovación la conformación, conforme a la ley, de un Consejo de la Contraloría como órgano colectivo que se limitará a aprobar el programa de fiscalización y auditoría y los dictámenes que modifiquen la jurisprudencia administrativa. Las atribuciones unipersonales del contralor se mantienen.
- Acorde con la nueva estructura del Estado que establece la nueva Carta Política, la contraloría funcionará desconcentradamente mediante “contralorías regionales” que ejercerán las atribuciones de control de legalidad de la actividad financiera, gestión y resultados de la administración de los recursos públicos en las regiones que conforman el país.

Observaciones finales

Son importantes los nuevos textos que se incluyen en la Constitución sobre transparencia, acceso a la información, probidad y anticorrupción (hay 16 artículos al

respecto). Se amplía la potestad de la contraloría para no sólo ejercer el control de legalidad sino el de constitucionalidad sobre la actividad administrativa.

Sin embargo, contrariando una amplia demanda ciudadana, las normas sobre control no conforman de manera explícita un “sistema integrado de control” que reúna a todos los órganos competentes del Estado para la lucha y prevención de la corrupción. Se deriva a la ley la necesidad de coordinar acciones y mecanismos para el efecto y para perseguir la aplicación de las sanciones administrativas, civiles y penales a quienes estén involucrados en actos de corrupción.

Tampoco, salvo ciertas frases que invocan la participación activa de las personas y la sociedad civil en la fiscalización, se establece un reconocimiento especial, protección y auspicio al control o contraloría social, como soporte organizado de la colectividad para las labores de investigación, prevención y la adopción de decisiones efectivas y eficaces de la institucionalidad estatal contra la corrupción.

También la exigencia de probidad de los funcionarios en sus actuaciones se limita en el texto constitucional a los titulares de las funciones públicas, sin incluir a quienes se desempeñan en empresas estatales, entidades autónomas, servicios y a los responsables en el sector privado.

De igual manera, falta una norma explícita sobre los conflictos de interés que se generan entre el general con el particular o con terceros relacionados.

El nuevo diseño constitucional para la contraloría, que ha recibido el apoyo de sus actuales personeros,³⁴ no cambia sustancialmente su dirección unipersonal pues el Consejo de la Contraloría tendrá la atribución de aprobar el programa anual de fiscalización y auditoría de los servicios públicos y será un órgano consultivo para aprobar dictámenes que cambien su jurisprudencia administrativa.

Las nuevas normas restringen o precisan las crecientes atribuciones que el organismo de control ha acumulado en su historia, especialmente el ejercicio de la potestad dictaminadora y eliminan su potestad jurisdiccional sancionadora. La primera requería ser limitada en el ejercicio de atribuciones de funcionarios públicos, pues era utilizada con frecuencia para saldar también intereses o pretensiones particulares. La

³⁴ Jorge Bermúdez, Contralor General de la República de Chile, (Chile: La Tercera, 13 de mayo de 2022). www.latercera.com/politica/noticia/bermudez

segunda al no quedar explicitada en la Constitución deberá ser regulada necesariamente por la ley, para que puede ser ejercida como competencia judicial contenciosa administrativa o por una jurisdicción especial, que actúe, en todo caso, de manera independiente de las autoridades de la contraloría, a quienes se las consideraba como juez y parte ya que previamente realizan labores de fiscalización y auditoría.

Desde el punto de vista procesal nos parece un retroceso importante el eliminar la potestad jurisdiccional sancionadora de la contraloría ya que estaba destinada a agilizar la imposición de sanciones y la recuperación de activos y recursos públicos.

Sobre las sanciones de control emitidas por la contraloría se podía interponer recurso de casación ante la máxima autoridad judicial. Con el nuevo sistema, la contienda procesal en los tribunales contenciosos administrativos puede ser de larga duración y de resultado ineficaz en la recuperación de recursos públicos, como ocurre en Ecuador, en donde se dilatan interminablemente las impugnaciones y recursos en sede administrativa y mucho más cuando luego son nuevamente planteados en la sede judicial contenciosa administrativa.

Otro vacío importante en el texto de nueva Constitución es la falta de atribuciones a los órganos de control y a otros órganos del Estado para investigar los enormes casos de corrupción ocurridos en la dictadura y luego de ella, no tanto para sancionar a sus responsables, sino fundamentalmente para recuperar para beneficio del pueblo chileno los activos ilícitos usurpados por el dictador Pinochet, sus familiares y cercanos colaboradores y por otros altos funcionarios que aparecen paulatinamente depositados en paraísos fiscales, o invertidos en instituciones financieras o en bienes adquiridos en Chile y diferentes países del mundo.

Reforma y reemplazo de la Constitución

Christian Masapanta³⁵

En las últimas décadas Latinoamérica ha llevado adelante procesos constituyentes innovadores y vanguardistas en cuanto a la protección de personas, colectivos, y la naturaleza; reconociendo derechos de grupos sociales invisibilizados históricamente, e implementando nuevos mecanismos de participación democrática, así como posiciones teóricas en cuanto a la forma clásica de entender el derecho constitucional.

Una muestra de aquello lo vimos plasmado en los procesos constituyentes y posteriores constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, en las cuales se ven implementadas lo que doctrinariamente se ha denominado como el *nuevo constitucionalismo democrático*,³⁶ por medio del cual las constituciones latinoamericanas a diferencia de sus pares europeas gozan de una legitimidad democrática directa al ser su normativa sometida a referéndums aprobatorios por parte del pueblo, garantizándose de esta forma la supremacía constitucional. De ahí que tanto los procesos de emisión de la norma constitucional, así como los procedimientos de reforma de esta deben llevarse a efecto mediante procesos plebiscitarios.

Es por ello, que resulta necesario emprender en un análisis del proceso constituyente chileno en cuanto a la institución de la reforma constitucional, y sus mecanismos de modificación, para determinar si aquella propuesta se enmarca en la corriente teórica del constitucionalismo democrático implementado en los últimos procesos constituyentes de América Latina, o si en su defecto el proceso chileno se aleja de esta posición dogmática.

Para ello, se realizará un estudio comparativo del proyecto normativo de la Convención Constituyente chilena, con las normas que rigen la modificación constitucional en el Ecuador, estableciendo puntos nodales y elementos diferenciadores, que permitirán desde una perspectiva analítica y crítica establecer los aciertos o yerros de la propuesta chilena.

³⁵ Docente investigador del Área de Derechos de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. christian.masapanta@uasb.edu.ec

³⁶ Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, justicia y constitución*, ed, Luis Fernando Ávila Lizan (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 210.

Este ensayo se encuentra estructurada en tres ejes temáticos: 1) Reforma constitucional y mecanismos de modificación de la Constitución; 2) Reforma, nuevo constitucionalismo latinoamericano, y su influencia en el proyecto de Constitución en Chile; y, 3) Modificación constitucional en el proyecto constituyente chileno: Un análisis comparado con la normativa ecuatoriana.

Reforma constitucional y mecanismos de modificación de la Constitución

La reforma constitucional puede ser definida como aquel mecanismo por medio del cual se modifican los textos de las constituciones mediante un procedimiento previamente establecido por parte del constituyente originario, y que tiene por objeto la adaptación de la Constitución a las emergentes necesidades de la sociedad.

De ahí que la modificación de los textos constitucionales sea una constante en la mayoría de estados democráticos. Al respecto desde la doctrina se determina que la reforma de la norma constitucional puede ser entendida desde dos perspectivas: a) como garantía del principio democrático; y b) como garantía de la supremacía constitucional.³⁷ Como garantía del principio democrático permite que el pueblo modifique el texto constitucional para adecuar la normativa a las nuevas necesidades del conglomerado, mientras que como garantía de la supremacía constitucional se establece que el procedimiento de modificación de la Constitución debe ser más complejo que el de una norma infra constitucional.

Autores como Javier Pérez Royo, atribuyen a la reforma como uno de los elementos imprescindibles de las constituciones democráticas manifestando que “Una Constitución sin reforma no es Constitución”, sin embargo, para que aquello opere debe realizársela mediante procedimientos de cambio más agravados que los de las leyes; a esto se conoce en la doctrina como el “paralelismo de las formas”.³⁸

Conjugando estos elementos podemos colegir que las constituciones democráticas son el producto de la voluntad política del conglomerado social expresadas en normas creadas por el constituyente y ratificadas mediante referéndum aprobatorios, dotando al texto constitucional del principio de supremacía, el cual además ve reflejado con procedimientos agravados de reforma constitucional y legitimación plebiscitaria, lo cual

³⁷ Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías – límites al poder constituyente*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 43.

³⁸ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, (Barcelona: Marcial Pons, 2000), 175.

las diferencia ostensiblemente de normas infra constitucionales cuya modificación tiende a ser más flexible y sin el consentimiento directo del soberano.

Reforma, nuevo constitucionalismo latinoamericano y su influencia en el proyecto de Constitución en Chile

El poder constituyente de origen popular es uno de los principales enunciados del denominado constitucionalismo democrático, dicho *covenant*,³⁹ o pacto refleja a la soberanía popular como el fundamento de la mayoría de constituciones del orbe.

Efectivamente, la Constitución a través la historia ha sido entendida como la máxima expresión de la soberanía popular; ⁴⁰ sin embargo, no siempre los textos constitucionales son aprobados mediante democracia directa por el pueblo; una muestra de aquello es constitucionalismo europeo en donde la modificación constitucional está sujeta a procesos agravados y complejos con una actuación preponderante de los órganos políticos, tornando dichas reformas en varias ocasiones como impracticables.⁴¹ De ahí que se cuestione su legitimidad democrática tanto en el ámbito de la producción normativa, así como en el ejercicio de la reforma constitucional.

Ante este panorama en Latinoamérica en los últimos procesos constituyentes se incorpora la corriente del denominado nuevo constitucionalismo democrático, la cual pretende dotar de una legitimidad democrática directa a la producción de la Constitución, así como a sus mecanismos de reforma, siendo los referéndums aprobatorios el mecanismo por el cual se ejerce dicha legitimidad.

Para Viciano y Martínez Dalmau son cuatro las características formales que identifican al nuevo constitucionalismo democrático: “su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos en un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez)”.⁴²

³⁹ Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edición (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013), 179.

⁴⁰ Viciano y Martínez Dalmau, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 210.

⁴¹ Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 128.

⁴² Viciano y Martínez Dalmau, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 222

Conforme se ha destacado estos elementos denotan una visión innovadora desde Latinoamérica con relación a la modificación constitucional, es por ello que es menester determinar si el proyecto de Constitución chilena se encasilla dentro de esta corriente o si se aleja de la misma.

En cuanto a las tres primeras características se observa *prima facie* que el proyecto incorpora elementos innovadores en cuanto a la tutela de derechos constitucionales lo cual se ve plasmado en su propio modelo de Estado cuando proclama a Chile como “un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico”, de igual manera se establece un texto constitucional extenso con 388 artículos, y denota el empleo de un lenguaje asequible a toda la población, cabe además recordar que la propuesta de nueva Constitución chilena será sometida a “plebiscito constitucional” el domingo 04 de septiembre de 2022 denotándose la presencia del constitucionalismo democrático en la aprobación de la nueva Constitución; no obstante en cuanto al proceso de legitimación de reforma constitucional por medio del pueblo el proyecto parecería no encasillarse dentro de esta corriente, debido a que a diferencia de sus pares de la región la propuesta constitucional chilena da un mayor protagonismo a los órganos constituidos por sobre la voluntad popular.

Modificación constitucional en el proyecto constituyente chileno: un análisis comparado con la normativa ecuatoriana

Tanto la Constitución ecuatoriana como el proyecto chileno invocan al pueblo como fuente de legitimidad del texto constitucional, en ambos casos los proyectos elaborados por la Asamblea Constituyente de Montecristi, así como por la Convención Constituyente chilena depositan en la confianza ciudadana la aceptación o el rechazo de una nueva Constitución.

Sin embargo, no solo la aprobación de nuevas constituciones requieren de la fuente de legitimidad popular, sino que dicha legitimación debe extenderse también a los procesos de reformas constitucionales; es así como la Constitución ecuatoriana prevé mecanismos gravados de cambio constitucional a lo cual se suma la posterior legitimación de dicha modificación mediante la obligatoriedad de referéndums aprobatorios (salvo la enmienda constitucional de origen parlamentario); mientras que en el proyecto chileno si bien se establecen mecanismos de cambio constitucional, y su posterior sometimiento a referéndum popular; existen, particularidades por medio de las cuales en la mayoría de

casos no podría contarse con dicha fuente de legitimación lo cual entraría en contradicción con el denominado “constitucionalismo democrático”.

Al respecto el Capítulo IX del proyecto de Constitución chilena denominado “reforma y reemplazo de la Constitución” prevé expresamente dos mecanismos de modificación constitucional como son la “reforma y la asamblea constituyente” a diferencia de la Constitución ecuatoriana que en el capítulo tercero del Título IX establece tres mecanismos de modificación, a saber: *enmienda, reforma parcial, y asamblea constituyente*.

Esta tipología de mecanismos de modificación constitucional en Ecuador obedece a la intensidad de los cambios, estableciéndose procesos como la enmienda (artículo 441) dirigida a cambios menores del texto constitucional; reforma parcial (artículo 442) cuando se requieren cambios profundos a la Constitución; o, un nuevo proceso constituyente (artículo 444) cuando se requiera cambiar toda la Carta Suprema.

En el proyecto chileno se establecen: la propuesta de reforma constitucional (artículos 383, 384 y 385), y la elaboración de una nueva Constitución (artículos 386, 387 y 388). Cabe indicar que, si bien el proyecto de Constitución chilena no habla de la posibilidad de enmienda, se entendería que aquella implícitamente esta inmersa en el cambio parcial de la Carta Suprema, pues en el artículo 383 solo se expresa que el proyecto de reforma constitucional debe contar con las 4/7 partes de integrantes del órgano legislativo; de ahí que a diferencia de la Constitución ecuatoriana en el proyecto no se realiza una distinción en cuanto a una enmienda o reforma constitucional, sino que bajo la denominación de reforma en Chile se puede abordar cualquier modificación parcial del texto de la Constitución ya sea que dicho cambio sea leve o intenso.

A continuación, revisaremos algunos elementos comparativos relacionados con la modificación constitucional en Ecuador, y en el proyecto chileno.

La iniciativa de modificación

En Ecuador la iniciativa de modificación constitucional proviene de tres fuentes: la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional, o la ciudadanía; en el caso de una enmienda el presidente o presidenta podrán presentar de manera directa la propuesta de modificación constitucional a la Corte Constitucional ecuatoriana; mientras que el órgano legislativo requiere de un número no inferior a la tercera parte de sus miembros; y, en el

caso de la iniciativa ciudadana se requerirá el respaldo de al menos el ocho por ciento de personas inscritas en el padrón electoral.

Tratándose de la reforma parcial, el presidente de la República puede presentar la propuesta directamente, la Asamblea Nacional requiere hacerlo mediante resolución legislativa aprobada por la mayoría de sus integrantes; y, la propuesta de iniciativa ciudadana requiere de al menos el uno por ciento de personas inscritas en el registro electoral.

Y en el caso de la convocatoria a una asamblea constituyente deberá realizarse siempre mediante consulta popular, pudiendo solicitarla el presidente de manera directa, las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o al menos el doce por ciento de personas inscritas en el registro electoral.

En el caso de Chile el proyecto determina que la propuesta de modificación podría invocarse por la presidenta o presidente de la República; los diputados o representantes regionales; por iniciativa popular; y, por iniciativa indígena.

Es interesante observar cómo si bien la iniciativa en cuanto a sus actores es similar, en el caso chileno por la forma de configuración de su órgano parlamentario se realiza una distinción entre diputados y representantes regionales, a diferencia de Ecuador en donde todos los legisladores tienen la denominación de asambleístas.

De igual forma en cuanto a la iniciativa ciudadana en Chile se distingue la iniciativa popular de la indígena, llamando la atención esta diferenciación, pues si bien aquello podría entenderse como un mecanismo de acción afirmativa para que las minorías indígenas también puedan activar un proceso de reforma constitucional en asuntos en donde cuantitativamente no cuenten con un respaldo popular mayoritario, en ninguna parte de la normativa del proyecto chileno se establece una diferencia en el porcentaje de firmas exigidas a estos dos sectores poblacionales para que prospere una propuesta de reforma de iniciativa ciudadana (10% de firmas de respaldo del último padrón electoral) ante lo cual esta diferenciación entre iniciativa popular e indígena no tendría asidero, y más bien se constituiría en una diferenciación no justificada en el proyecto chileno.

Adicionalmente se puede observar, que en el proyecto chileno se establece un porcentaje mayor que la Constitución ecuatoriana para emprender en una propuesta de modificación constitucional de iniciativa ciudadana ya que en nuestro país se requiere del ocho por ciento de respaldo para enmienda y el uno por ciento para reforma parcial, frente

al diez por ciento exigido en el proyecto chileno para un cambio parcial de la Constitución.

Con relación al reemplazo total de la Constitución el proyecto chileno en su artículo 386 prevé al igual que la ecuatoriana que solo podrá hacérselo mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente, pudiendo provenir esta iniciativa del presidente de la República mediante decreto el que debe ser aprobado a su vez por las 3/5 partes del parlamento; del legislativo mediante una ley aprobada por los 2/3 de sus integrantes; o por iniciativa ciudadana con el respaldo de al menos el veinticinco por ciento de personas registradas en el padrón electoral correspondiente a la última elección, denotándose al igual que en la reforma parcial un incremento del porcentaje de firmas de respaldo para emprender en un nuevo proceso constituyente cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía.

El objeto de la reforma

En Ecuador el objeto de la enmienda constitucional es la modificación de uno o varios artículos de la Constitución siempre que no se altere tres elementos: la estructura fundamental del Estado, su carácter o elementos constitutivos; que no se establezcan restricciones a derechos y garantías; y, que no se modifique el procedimiento de reforma constitucional. En el caso de una reforma parcial los límites solo se hacen extensivos a las últimas categorías detalladas previamente, es decir, que no restrinjan derechos o garantías, ni que modifiquen el procedimiento de reforma constitucional; y, finalmente en cuanto a la asamblea constituyente no se prevé limitaciones expresas para el cambio constitucional, sin embargo, implícitamente existen elementos que deben respetarse incluso en un proceso tan radical como una nueva Constitución.

En el caso chileno no se establece una limitación como en el Ecuador con relación a las modificaciones parciales del texto constitucional, sin embargo, se señala que dichos cambios deberán someterse a referéndum aprobatorio cuando “alteren sustancialmente el régimen político y el período presidencial; el diseño del Congreso de Diputadas y Diputados o de la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma de Estado Regional; los principios y los derechos fundamentales; y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución”; es decir, *prima facie* no se excluye la posibilidad de realizar dichas modificaciones, y es más en temas que no versen sobre estos aspectos se

podría modificar libremente y sin necesidad de referéndum el texto de la Constitución, de ahí que en la realidad chilena la modificación sería más abierta que en la ecuatoriana.

El procedimiento

En la realidad ecuatoriana se destaca el rol activo de la Corte Constitucional en el proceso de modificación de la Constitución, pues a este organismo le corresponde la determinación de la vía o mecanismo por el cual la propuesta de modificación constitucional tiene que canalizarse, de igual manera deberá ejercer un control de la convocatoria, así como del contenido de la propuesta de cambio constitucional, e inclusive puede realizar un control posterior a las reformas constitucionales.

En el contexto chileno en lo que guarda relación a los mecanismos de cambio constitucional, se otorga un rol protagónico al órgano legislativo, pues en todos los escenarios es al legislador a quien le corresponde aprobar la propuesta de cambio constitucional, pues en todos los casos dicho proyecto de reforma necesita el voto de las 4/7 partes de integrantes del congreso y cámara de las regiones, sin que se establezca como sucede en Ecuador parámetros para que se realice un control respecto a la propuesta de cambio; sin embargo, ha de entenderse que el proyecto chileno, deberá luego normar estos procedimientos mediante regulaciones legislativas postconstitucionales.

El referéndum aprobatorio de las modificaciones constitucionales

En el contexto ecuatoriano, tanto en la enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente las modificaciones a la Constitución o en su defecto las nueva Constitución deben ser aprobadas mediante referéndum por parte del pueblo ecuatoriano, excepto en el caso de la enmienda de iniciativa parlamentaria en donde no se contempla taxativamente este requisito; sin embargo la regla general es el referéndum como fuente de legitimidad, lo cual es acorde con la posición teórica del constitucionalismo democrático como mecanismo de legitimación directa de las reformas constitucionales.

En el proyecto chileno en cambio el artículo 384 determina que el presidente de la República debe convocar a referéndum aprobatorio los proyectos de reforma aprobados por el parlamento no en todos los casos sino exclusivamente cuando “alteren sustancialmente” el régimen político, periodo presidencial, la conformación del parlamento y su duración, la forma de Estado, los principios y derechos fundamentales, y, el capítulo de reforma y reemplazo constitucional, de lo cual se colige que si la propuesta no versare sobre esos casos no se requería de dicho referéndum; e incluso lo

que más llama la atención es que si dicho proyecto de reforma constitucional fuere aprobado por los dos tercios de los diputados y representantes regionales (cualquiera fuere el caso) dichos cambios no serán sometidos a referéndum aprobatorio, lo cual contradice evidentemente a los postulados del denominado constitucionalismo democrático, tornando a diferencia de la realidad ecuatoriana al referéndum aprobatorio en la excepción cuando operen modificaciones parciales al texto de la Constitución chilena.

En este orden de ideas cabe diferenciar la reforma parcial del reemplazo total de la Constitución, pues en esta última situación tanto la convocatoria a una asamblea constituyente como la posterior aprobación de una eventual nueva Carta Fundamental si deben contar obligatoriamente con la aprobación popular de más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos, luego de lo cual se procederá a su promulgación publicación.

A manera de conclusión

Cuando se trate de la expedición de una nueva Constitución los procesos ecuatoriano y chileno serían similares pues en ambos casos se requerirá de legitimación popular directa mediante voto plebiscitario tanto para la convocatoria a una asamblea constituyente, así como para la aprobación de la nueva Constitución, situación que no ocurriría con las modificaciones parciales, lo cual nos permite establecer que el proyecto de Constitución chilena si bien mantiene ciertos elementos de un constitucionalismo democrático en la convocatoria y aprobación de una nueva Carta Fundamental, en lo que tiene que ver con el mecanismo de reforma parcial se aleja del mismo dando un rol protagónico al legislativo, y estableciendo porcentajes más elevados en la iniciativa ciudadana de cambio constitucional.

Es así como uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo latinoamericano como es la legitimación directa mediante voto popular de los textos constitucionales y en su posterior reforma no se vería *prima facie* evidenciada en el proyecto de Constitución chilena, pues conforme se ha expresado el referéndum aprobatorio de dichas modificaciones sería excepcional, *máxime* cuando se prevé expresamente que si el proyecto de modificación parcial es aprobado por los dos tercios de diputadas y diputados y representantes regionales en ejercicio de sus funciones, en ningún caso será sometido a “referéndum ratificatorio”, alejándose en lo que a la reforma

constitucional se refiere de la corriente dogmática del constitucionalismo democrático latinoamericano.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**

Ecuador — *30 años*