La experiencia de transformación constitucional en Chile: distintas perspectivas

CLAUDIO Grossman Guiloff
EDITOR

JURÍDICAS
unam

La experiencia de transformación constitucional en Chile: distintas perspectivas

siete

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró
Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Secretaria Técnica

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación editorial

Alma Itzel López Vázquez
Cuidado de la edición y formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Diseño y elaboración de cubierta

Edith Aguilar Gálvez y José Antonio Bautista Sánchez
Diseño de interiores

Lesli Samanta Muñoz Rojas
Diseño del identificador de la serie

La experiencia de transformación constitucional en Chile: distintas perspectivas

Claudio Grossman Guiloff
Editor

México, 2025

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información

Nombres: Grossman Guiloff, Claudio, editor.

Título: La experiencia de transformación constitucional en Chile : distintas perspectivas / Claudio Grossman Guiloff, editor.

Descripción: Primera edición. | Ciudad de México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2025. | Serie: Serie Enclave de jurídicas ; siete.

Identificadores: LIBRUNAM 2265505 (libro electrónico) | ISBN 9786075874074 (libro electrónico).

Temas: Derecho constitucional -- Chile. | Medio ambiente -- Leyes y legislación -- Chile. | Derechos humanos -- Leyes y legislación -- Chile. | Presidentes -- Chile.

Clasificación: LCC KHF2921 (libro electrónico) | DDC 342.83—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 30 de mayo de 2025

DR © 2025. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México
ISBN (libro electrónico): 978-607-587-407-4

Hecho en México

Contenido

Introducción. IX
Claudio Grossman Guiloff

Capítulo primero
Separación de poderes y sistemas de gobierno. El caso del proyecto de Constitución de Chile de 2023 1
Diego Valadés

Capítulo segundo
El constitucionalismo frente a la cuenta regresiva de la humanidad: reflexiones en torno a la protección del derecho al medioambiente sano y a la naturaleza. 41
Viviana Krsticevic

Capítulo tercero
La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno y las propuestas de Constitución en Chile 2022 y 2023 . . . 139
Carlos Ayala Corao

Capítulo cuarto
Desarrollos en materia de derechos sexuales y reproductivos en el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho comparado 179
Daniela Kravetz

Capítulo quinto
Estado social y democrático de Derecho, subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales: la propuesta de Constitución de Chile. 207
Javier García Roca

Capítulo sexto
El régimen jurídico de protección del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano 249
Claudio Grossman Guiloff

Capítulo séptimo
Debates sobre la incorporación de Derecho internacional de los derechos humanos en el proceso constitucional chileno de 2023 . . 283
Verónica Undurraga Valdés
Bárbara Concha Muñoz

Capítulo octavo
Herramientas para un presidencialismo de coalición. Un examen a las atribuciones del presidente y del Congreso Nacional en los procesos constituyentes chilenos 307
Sebastián Soto Velasco
Simón Pinto Flores

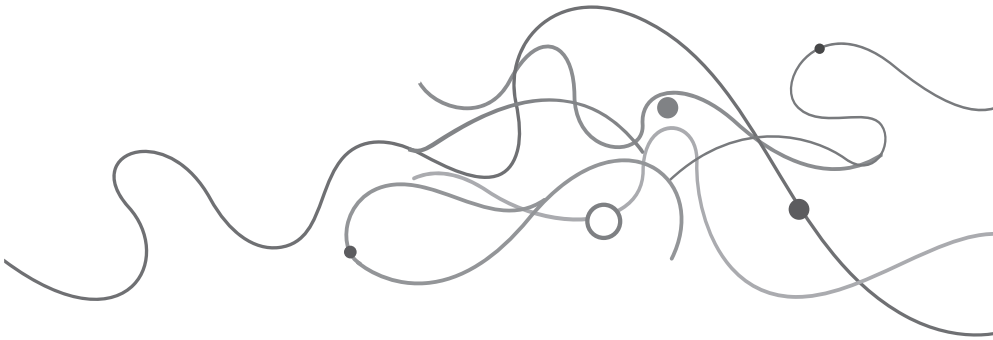
Capítulo noveno
En busca del constitucionalismo dialógico: un modelo para armar. . . . 347
Domingo A. Lovera Parmo
Luis A. Marambio Mancilla

Capítulo décimo
Acuerdo de la Comisión Experta en Sistema Político: ¿más poder para el presidente o para el Congreso? Más bien incentivos para la mutua colaboración. 375
Juan José Ossa Santa Cruz

Capítulo décimo primero
El marco de lo posible, en la búsqueda de una Constitución de cosenso: contenidos y análisis de las limitaciones del mecanismo de creación constitucional utilizado en Chile el año 2023 en el contexto del tercer proceso constituyente. 389
Víctor Manuel Avilés Hernández

Capítulo décimo segundo
Estado social y derechos sociales en el Anteproyecto de la Comisión Experta: un modelo de Estado en perspectiva social 407
Tomás Jordán Díaz

Capítulo décimo tercero
El segundo proceso constitucional chileno: síntesis político-constitucional y algunas reflexiones sobre su desenlace 423
Máximo Pavez Cantillano



Introducción

Claudio Grossman Guiloff*

La presente publicación reúne una serie de artículos que abordan, desde diferentes perspectivas, de autores chilenos como de otras nacionalidades, temas referidos a los procesos constituyentes que han sido objeto de debates en Chile durante los años 2021-2023.[1] En un contexto regional caracterizado por constantes transformaciones sociales, políticas y económicas, los análisis incluidos en esta publicación son una contribución relevante para avanzar en la comprensión del rol del derecho constitucional, y su relación con el poder estatal, la democracia, los derechos fundamentales y la ciudadanía.

En el marco de nuestro proyecto sobre el desarrollo constitucional en Chile, con el apoyo de American University Washington College of Law,

* Abogado y doctor en derecho de la Universidad de Ámsterdam, Holanda; profesor de derecho de American University Washington College of Law; decano emeritus de American University Washington College of Law. R. Geraldson Scholar for International & Humanitarium Law; miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas; ex presidente del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fue miembro del Comité Técnico de Admisibilidad, en el que se desempeñó como vicepresidente. Fue agente de Chile en el caso *Bolivia vs Chile* ante la Corte Internacional de Justicia. Es autor de numerosas publicaciones en derecho internacional, educación jurídica y derechos humanos; ha recibido numerosas distinciones por sus contribuciones al derecho internacional, incluyendo Nelson Mandela Award, otorgado por la asociación de escuelas de derecho de Estados Unidos en enero de 2025.

[1] El Proceso Constitucional 2023, es la forma establecida para redactar una nueva propuesta de Constitución Política de la República de Chile. Esto, tras la firma en diciembre de 2022, del Acuerdo por Chile, compromiso adquirido por una mayoría de las fuerzas políticas del país. El proceso se desarrolló mediante tres organismos: Comisión Experta, que desarrollaría un anteproyecto de texto constitucional, Consejo Constitucional, que aprobaría y podría modificar dicho texto y Comité Técnico de Admisibilidad, que actuaría como árbitro cuando existieran requerimientos sobre propuestas que podrían infringir las normativas o principios establecidos. Proceso constitucional 2023, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl* (fecha de consulta: 4 de febrero de 2025).

y como miembro y vicepresidente del Comité Técnico de Admisibilidad[2] en Chile durante el proceso constitucional 2023, nuestro objetivo ha sido presentar los análisis elaborados por miembros de la Comisión Experta[3] y del Comité Técnico de Admisibilidad, en ese país, para demostrar la riqueza de los conceptos jurídicos y debates ocurridos en Chile. Además, se incorporaron análisis efectuados por expertos internacionales en derecho constitucional comparado, y derecho internacional.

La metodología que culminó en la publicación de este libro tuvo lugar en varias fases. Para seleccionar y profundizar los distintos temas incluidos en la publicación, se celebraron tres reuniones de expertos en la facultad de derecho de *American University Washington College of Law,* y una más en Santiago de Chile; además de numerosas consultas e intercambios entre los participantes de este proyecto.

La primera reunión de expertos se celebró los días 9 y 10 de agosto de 2023, identificando normas internacionales, nacionales y comparadas relacionadas con procesos constitucionales. Asistieron expertos de Canadá, España, México, Venezuela, Argentina y Estados Unidos, entre otros.

[2] El Comité Técnico de Admisibilidad fue uno de los tres órganos establecidos para desarrollar el proceso constitucional en Chile durante el año 2023. Estaba compuesto por catorce integrantes, todos abogados con amplia trayectoria en el ámbito jurídico y académico, especializados en áreas como derecho constitucional, penal, tributario e internacional, con experiencia en docencia y asesoría legislativa. Este Comité fue el encargado de resolver los requerimientos que se interpusieran contra propuestas de normas aprobadas por la Comisión Experta o el Consejo Constitucional que contravinieran las bases institucionales y fundamentales. Se constituyó el 6 de marzo de 2023 en la sede del ex-Congreso Nacional en Santiago, marcando el inicio del proceso de elaboración de una nueva Constitución durante el segundo proceso constitucional en Chile. Comité Técnico de Admisibilidad Proceso Constitucional, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023, disponible en: *https://www.bcn.cl/historiapolitica/ https://www.procesoconstitucional.cl/.* (fecha de consulta: 4 de febrero de 2025).

[3] La Comisión Experta fue de los tres órganos establecidos para desarrollar el Proceso Constitucional durante el año 2023, según lo establecido en la ley N°*21.533* (Ley *No 21.533:* Establece normas para el proceso de nueva Constitución), publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el 17 de enero de 2023. Su objetivo es proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución Política de la República de Chile, el cual sería discutido por los 50 miembros elegidos mediante votación popular. Además, desarrolló un rol de colaboración en la armonización del texto final y la redacción de las normas transitorias. La Comisión Experta estaba constituida por 24 personas; 12 nominadas por el Senado y 12 por la Cámara de Diputadas y Diputados, de carácter paritario, es decir igual número de mujeres y hombres. Proceso constitucional de Chile (s. f.) Comisión Experta–Proceso Constitucional, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl* (fecha de consulta: 4 de febrero de 2025).

La segunda conferencia, tuvo lugar los días 19 y 20 de febrero de 2024, convocando miembros de la Comisión Experta de Chile y académicos de los países identificados en el párrafo anterior. Este evento creó espacios para intercambiar perspectivas y establecer o profundizar conexiones entre los participantes.

La tercera conferencia titulada "Diálogo sobre lecciones aprendidas de los procesos de reforma constitucional chilenos", se celebró el día 27 de febrero de 2024. Participaron, junto con el autor de esta introducción, otros dos miembros del Comité Técnico de Admisibilidad: Tomás Jordán y Víctor Manuel Avilés. La conferencia fue objeto de valiosas intervenciones e intercambios académicos que reafirmaron la importancia de las lecciones aprendidas y las vías para avanzar, que surgieron del proceso constitucional anterior en Chile.

Las contribuciones que efectuaron los distintos ponentes en las conferencias organizadas, así como los intercambios generados durante las mismas, dieron lugar a los estudios que se publican en este libro. Los autores chilenos contribuyeron desde su rol como actores claves en el proceso de reforma constitucional como se señaló anteriormente, ya sea como miembros de la Comisión Experta o del Comité Técnico de Admisibilidad, mientras que los juristas internacionales aportaron una perspectiva externa como expertos en derecho comparado, constitucional e internacional. Estos enfoques permiten a observadores, académicos interesados en diversas áreas del derecho, analizar distintos componentes de los intentos de transformación jurídica en Chile.

Las temáticas abordadas en los artículos reflejan la diversidad y complejidad inherente a los procesos de reforma constitucional en Chile. Algunos textos analizan los mecanismos de reforma constitucional y su impacto en la consolidación democrática, mientras que otros exploran los conflictos entre derechos fundamentales y sus fuentes internas e internacionales (*pacta sunt servanda*), las tensiones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, y los derechos económicos, sociales y culturales que fueron parte del debate. Asimismo, se examinan aspectos como la subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales, junto con los enfoques hacia los derechos reproductivos y ambientales.

Los análisis hacen referencia a limitaciones y desafíos pendientes en el derecho constitucional, tales como la efectiva implementación de los derechos consagrados en las constituciones, el fortalecimiento de las institucio-

nes democráticas y la necesidad de abordar temas estructurales como la desigualdad y la justicia social. Debido a limitaciones de tiempo y extensión, este volumen no cubre todos los temas tratados en las reformas constitucionales que han tenido lugar en Chile. Sin embargo, los tópicos seleccionados y la relevancia de quienes fueron convocados para esta publicación permiten comprender temas principales que fueron objeto de análisis y discusión.

A continuación, se hace referencia a las personas que participaron en este proyecto, como asimismo un breve resumen de sus contribuciones. Este resumen debe ser visto solo como una introducción e incentivo para leer exhaustivamente y comprender cada uno de los artículos que se incluyen en esta publicación. Los expertos que contribuyeron a esta publicación, y los temas que abordaron son los siguientes:

1. *Diego Valadés*

Con su artículo "Separación de poderes y sistemas de gobierno. El caso del proyecto de Constitución de Chile de 2023" reflexiona respecto del anteproyecto de Constitución, y considera que, aunque refleja avances importantes, también enfrenta desafíos y contradicciones. Analiza cómo las temáticas sobre la creación de un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado y el fortalecimiento de las herramientas de control político son pasos positivos, pero el texto debería ser evaluado más a fondo para garantizar que no surjan nuevas tensiones o problemas de concentración del poder que puedan afectar la democracia en el futuro. Así también, destaca el interés con que el constitucionalismo mexicano ha seguido la experiencia chilena y reflexiona en el sentido de que una de las claves del constitucionalismo moderno y contemporáneo consiste en evitar la concentración del poder, ya que de esto dependen, en buena medida, la eficacia del Estado de derecho, la observancia de los derechos fundamentales y la gobernabilidad democrática.

2. *Viviana Krsticevic*

En su artículo "El constitucionalismo frente a la cuenta regresiva de la humanidad: reflexiones en torno a la protección del derecho al medioam-

biente sano y a la naturaleza", reflexiona en qué medida las materias objeto de su análisis se adecuan en el texto constitucional propuesto con las obligaciones internacionales del Estado chileno; y considera que el texto abordó ciertos aspectos clave del derecho a un medio ambiente sano, pero no adaptó de manera integral su contenido al conjunto de obligaciones en materia de derechos humanos. Considera que la inclusión de un capítulo sobre cuestiones ambientales representa un paso hacia adelante en lo que respecta a la protección constitucional otorgada al medioambiente, sin embargo, le parece evidente que varios temas quedaron sin resolver o formulados de manera que restringen la plena protección de los derechos. Por lo cual, plantea que Chile tendrá en un futuro la oportunidad de incorporar los principios más actualizados en la materia, y de actuar con solidez para dejar una carta magna adecuada a partir de un eventual texto constitucional o por su evolución a través de la interpretación constitucional.

3. *Carlos Ayala*

En su artículo "La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno y las propuestas de Constitución en Chile 2022 y 2023" analiza la relación de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y su valor constitucional en los proyectos constitucionales de Chile de 2022-2023. Ayala evalúa diferentes enfoques sobre la integración de los derechos humanos en la Constitución y que, a lo largo de estos procesos chilenos, se destacó la incorporación de los derechos humanos en los tratados ratificados por Chile como parte integral de la Constitución, otorgándoles rango constitucional. Independientemente de la jerarquía de estos tratados en el derecho interno, deja en claro que el Estado está obligado a respetar y garantizar los tratados con base en el principio *pacta sunt servanda.* Refiere que en el anteproyecto de la Comisión Experta se propuso una fórmula similar a la vigente en la Constitución chilena, indicando que la soberanía está limitada por los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados; pero que posteriormente, la propuesta del Consejo Constitucional introdujo una redacción confusa al hablar de "derechos esenciales" y la pauta de interpretación de las normas de derecho interno "considerando" los tratados

sobre derechos humanos. A su parecer, esta ambigüedad podría conducir a interpretaciones contradictorias y afectar la responsabilidad internacional del Estado. Concluye argumentando que las propuestas de reforma constitucional reflejaron un intento de integrar los derechos humanos en la Constitución, aunque las formulaciones variaron en claridad y alcance, lo que generó distintos niveles de incertidumbre jurídica respecto a la jerarquía y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno de Chile.

4. *Daniela Kravetz*

En su artículo "Desarrollos en materia de derechos sexuales y reproductivos en el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho comparado", profundiza los temas que identifica el título. En ella destaca cómo a pesar de los avances, persisten importantes desafíos, poniendo como un ejemplo reciente el proceso constitucional en Chile en relación al alcance e interpretación que los derechos sexuales y reproductivos, al igual que su aplicación en el derecho interno, siguen generando controversia y polarización, donde el rechazo a las propuestas de la reforma constitucional en los plebiscitos de 2022 y 2023 generó un intenso debate sobre materias relacionadas con los derechos de la mujer; uno de ellos fue relativo al derecho a aborto, y otro tema que suscitó discusión fue el alcance de la objeción de conciencia y su posible impacto sobre el acceso a salud reproductiva.

5. *Javier García Roca*

En su artículo "Estado social y democrático de Derecho, subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales: la propuesta de Constitución de Chile", centra el análisis en la interpretación de la cláusula "Estado social y democrático de Derecho". Su estudio desglosa diversos aspectos, comenzando por su anclaje constitucional y los tres elementos que componen esta fórmula: el Estado de Derecho, el Estado democrático y el Estado social, los cuales interactúan de manera recíproca y se limitan mutuamente. El texto también aborda la importancia de estos tres conceptos en el mar-

co constitucional y su interacción con otros principios. Sostiene que el análisis de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y su valor constitucional en los proyectos constitucionales de Chile de 2022-2023, revela diferentes enfoques sobre la integración de los derechos humanos en la Constitución. A lo largo de estos procesos, destaca la incorporación de los derechos humanos en los tratados ratificados por Chile como parte integral de la Constitución, otorgándoles rango constitucional.

6. *El autor de esta introducción, Claudio Grossman*

En su artículo "El régimen jurídico de protección del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano", destaca que la libertad de expresión es uno de los valores fundamentales de la democracia. El autor hace un análisis enfocado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José) identificado los componentes esenciales de ese derecho, que, por haberse desarrollado en un tratado ratificado por Chile, son de cumplimiento obligatorio por ese país. El autor concluye que en general el proyecto constitucional se adecua a las obligaciones internacionales de Chile, pero destaca que los principios y normas de derecho internacional se encuentran en un estado de evolución producto del rol de la tecnología y de los medios de comunicación social. Esto requiere una adaptación constante de la jurisprudencia nacional, de modo que se cumplan con las obligaciones internacionales de Chile.

7. *Verónica Undurraga y Bárbara Concha*

En su artículo "Debates sobre la incorporación de Derecho internacional de los derechos humanos en el proceso constitucional chileno de 2023", analizan los debates en torno a la integración del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno durante los procesos constituyentes. Las autoras consideran que este esfuerzo que culminó con el rechazo de la propuesta en el plebiscito ratificatorio, denota un espíritu de acuerdos transversales; que el anteproyecto de la Comisión Experta mostró un consenso político amplio y representó un avance en el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, con

potencial para mejorar la situación respecto a la Constitución de 1980. Sin embargo, con el inicio de la etapa del Consejo Constitucional, los equilibrios políticos cambiaron drásticamente generando retrocesos. Los procesos de 2022 y 2023 dejaron en evidencia las resistencias ideológicas y políticas al derecho internacional de los derechos humanos, pero también los esfuerzos para encontrar consensos. Destacan que documentar estos debates es clave para futuras discusiones en Chile y otros países con desafíos similares.

8. *Sebastián Soto Velasco y Simón Pinto Flores*

En su artículo "Herramientas para un presidencialismo de coalición: un examen a las atribuciones del presidente y del Congreso Nacional en los procesos constituyentes chilenos": exploran cómo las herramientas propuestas por los procesos constituyentes chilenos pueden fortalecer el sistema político del país, equilibrando las atribuciones del presidente y el Congreso Nacional, para avanzar hacia un presidencialismo de coalición más eficiente y funcional. Argumentan que los procesos constituyentes chilenos propusieron diversas reglas constitucionales que pueden contribuir a mejorar el sistema político del país. Asimismo, destacan que la necesidad de revisar el sistema político chileno fue un acuerdo extendido en la discusión constituyente y que ambos procesos constituyentes, pese a sus diferencias ideológicas, coincidieron en preservar el sistema presidencial, reflejo de la cultura política chilena. Consideran que, ante todo, no debe creerse que hay un solo remedio para los defectos de un sistema político. En general, se trata de fenómenos multicausales y globales.

9. *Domingo Lovera y Luis Marambio*

En su artículo "En busca del constitucionalismo dialógico: un modelo para armar" analizan las propuestas de la Comisión Experta en relación con el control de constitucionalidad y la justicia constitucional dialógica, la cual ofrece una solución a las tensiones entre el control judicial y el autogobierno democrático, al promover un diálogo interinstitucional sobre la interpretación constitucional. Este modelo busca evitar que un solo órgano como el Tribunal Constitucional tenga la última palabra, favore-

ciendo en su lugar un proceso de conversación continua entre instituciones y la ciudadanía, y aborda cómo la doctrina chilena ha comenzado a adoptar elementos de la justicia constitucional dialógica, reconociendo su potencial para mejorar el equilibrio entre el Poder Judicial y las instituciones democráticas, con lo cual, a pesar de que no fue implementado en el proceso constitucional 2023, sigue siendo una herramienta relevante para abordar las tensiones y mejorar la legitimidad del sistema político chileno, y la creación de caminos institucionales para facilitar este diálogo sería clave para fortalecer la democracia y mejorar la calidad de la justicia constitucional en Chile.

10. *Juan José Ossa*

En su artículo "Acuerdo de la Comisión Experta en Sistema Político: ¿más poder para el presidente o para el Congreso? Más bien incentivos para la mutua colaboración", plantea que el sistema de gobierno chileno enfrenta una crisis de representatividad y funcionamiento que no sólo afecta al país, sino también refleja una tendencia global. El autor considera, además, que las propuestas formuladas por la Subcomisión de Sistema Político, Sistema Constitucional y Reforma de Estado[4] representan un esfuerzo significativo para fomentar la colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo, preservando el sistema presidencial característico de Chile; y ofrecen una base sólida para futuras reformas constitucionales y legales. Considera que las propuestas presentan una base para mejorar el sistema político chileno de manera incremental, comenzando por reformas legales y constitucionales inmediatas, lo que podría impactar positivamente en el futuro del país.

11. *Víctor Manuel Avilés*

En su artículo "El marco de lo posible, en la búsqueda de una Constitución de consenso: contenidos y análisis de las limitaciones del meca-

[4] La Comisión Experta se dividió en cuatro subcomisiones para la elaboración del anteproyecto y cada una de ellas está conformada por seis integrantes, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/comision-experta/subcomisiones/* (fecha de consulta: 4 de febrero 2024).

nismo de creación constitucional utilizado en Chile el año 2023 en el contexto del tercer proceso constituyente", plantea que aunque el tercer proceso constituyente no alcanzó todos sus objetivos, en el contexto jurídico y político se lograron avances significativos dentro de las limitaciones impuestas, destacando la importancia de una aproximación evolutiva y pragmática al cambio constitucional en Chile. El autor consistente con su análisis concluye que el tercer proceso constituyente no debe ser considerado un fracaso, ya que logró avances en el marco de lo posible. En efecto, este proceso expuso, entre otras cosas, la necesidad de balancear aspiraciones democráticas y restricciones políticas, sugiriendo que el camino hacia una Constitución de consenso en Chile podría pasar por enmiendas y una evolución progresiva, en lugar de rupturas radicales.

12. *Tomás Jordán*

En su artículo "Estado social y derechos sociales en el Anteproyecto de la Comisión Experta: un modelo de Estado en perspectiva social", plantea que el sistema de derechos sociales acordado por la Comisión Experta en el proceso de cambio constitucional 2023, junto con el establecimiento de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, se instauran como un modelo de Estado en «perspectiva social», caracterizado por el establecimiento en el texto constitucional de la fórmula social de Estado, el establecimiento de derechos sociales, la habilitación al legislador para su desarrollo, la garantía de los derechos y una cláusula de responsabilidad fiscal. Así, tal cuestión permite una interpretación de la Constitución desde los elementos configuradores del Estado social (redistribución y solidaridad), pero por medio de la provisión estatal y privada de los derechos sociales con miras a la corrección de las desigualdades sociales.

13. *Máximo Pavez*

En su artículo "El segundo proceso constitucional chileno: síntesis político-constitucional y algunas reflexiones sobre su desenlace", ofrece una visión general sobre el segundo proceso constitucional chileno de 2023. Analiza las causas del quiebre político que impidió un acuerdo, sus impli-

cancias para el debate constitucional y busca ofrecer una lectura política del proceso. Considera que la Comisión Experta logró su cometido al elaborar un anteproyecto basado en un acuerdo transversal, y el Consejo Constitucional cumplió su función al redactar un texto acorde con las mayorías electorales. Como un segundo objetivo, busca ofrecer una lectura accesible para que un público no especializado pueda comprender qué ocurrió y por qué Chile, a través de este segundo proceso, no logró aprobar una nueva Constitución en democracia.

Los argumentos planteados y los temas escogidos por los autores en esta publicación tienen un significado de gran importancia que debe destacarse. Se trata de contribuciones que provienen desde perspectivas ideológicas diferentes, sobre todo en el caso de los autores chilenos, pero no limitados a ellos. A pesar de dichas diferencias, este proyecto se dio en el marco de una civilidad constante entre todos los participantes. Esto refleja en gran medida los procesos constituyentes que tuvieron lugar en Chile. Aunque dichos procesos reflejaron un amplio espectro de posiciones diversas vividas intensamente por la sociedad, ninguna de las fuerzas políticas que participaron en los procesos constitucionales desconoció o cuestionó su resultado. En fin, fue en toda su extensión, una profunda experiencia democrática para toda la sociedad chilena.

Finalmente, un tema inescapable que fue parte del debate en los procesos constitucionales y constituyentes en Chile incluyó la necesidad de proteger los derechos humanos fundamentales. Esto no solo es crucial para la población en general, sino que también es una condición previa para la protección de las minorías y para garantizar mecanismos que permitan a las minorías convertirse en mayorías.

Además, la discusión constitucional en Chile rebeló la importancia de adoptar una perspectiva de largo plazo al redactar una Constitución para todo el país. Los proyectos constitucionales no deben basarse únicamente en preocupaciones coyunturales ni en el parecer de la mayoría de turno en el poder, sino una Constitución para todos los chilenos y chilenas. La idea no es cambiar una Constitución cada cinco años, ya que esto generaría inestabilidad y agudizaría conflictos. En sociedades polarizadas, existe la tentación de adaptar el texto constitucional a los problemas actuales, lo que puede comprometer principios fundamentales permanentes, incluyendo los derechos humanos. Un enfoque útil es que cada actor político se ponga en el lugar de una futura minoría

política, ya que el poder cambia de manos y la historia ha demostrado la volatilidad de las posiciones de poder.

En este sentido, recomiendo la lectura del libro *The Black Swan* de Nassim Taleb,[5] quien demuestra que muchos de los eventos más significativos de la historia moderna—como el impacto de internet o la caída del Muro de Berlín—fueron imprevistos. La lección es doble: quienes se sienten empoderados en un momento dado deben actuar con cautela, y el proceso constitucional no debe ser visto como una herramienta para aplastar a los adversarios, que son minorías hoy, pero que podrán ser mayorías mañana.

Esperamos que el valioso material que se recoge en esta publicación contribuya a enriquecer los debates constitucionales y fortalezca la noción de que diversidad de opiniones no lleva consigo la imposibilidad de diálogos indispensables para fortalecer la democracia.[6]

[5] Taleb, N. N., *The Black Swan: The impact of the highly improbable*, Random House, 2007.

[6] El autor agradece el apoyo de Claudia Comparini L., abogada chilena, LLM candidate en American University Washington College of Law, en la asistencia para la finalización de este proyecto.

El autor agradece la colaboración de María Agustina Moreno, LLM. candidate en American University Washington College of Law, en la asistencia para la edición de los artículos.

Capítulo primero

Separación de poderes y sistemas de gobierno. El caso del proyecto de Constitución de Chile de 2023

Diego Valadés*

Sumario: I. *Marco general.* II. *Consideraciones sobre el anteproyecto de Constitución en Chile, de 2023*. III. *Reflexión final.* IV. *Fuentes.*

I. Marco general

La democracia constitucional contemporánea es de una complejidad no imaginada hace apenas un siglo. El constitucionalismo del siglo XIX asoció la democracia con los procesos electivos conforme a la matriz helénica. Nuestros primeros constituyentes tuvieron presente la gran experiencia griega; en los elocuentes y eruditos debates protagonizados por los fundadores del constitucionalismo, en nuestra América se escuchaban los nombres de Clístenes, Efialtes y Pericles, acompañados por las categorías políticas de Aristóteles y de Polibio. La democracia, vinculada a la soberanía popular y nacional de los Estados nacientes, era entendida sólo como el derecho del pueblo a elegir con libertad a sus gobernantes.

En nuestra América, los cálculos fallaron y las ilusiones naufragaron porque la suma de inercias coloniales, confesionalismo clerical, caudillismo militar, caciquismo político, intervencionismo extranjero y analfabetismo consolidaron la desigualdad. El discurso de la libertad no bastaba

* Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores; miembro de la Academia Mexicana de la Lengua, del Colegio Nacional, del Colegio de Sinaloa y de la Academia Mexicana de Ciencias.

en sociedades dominadas por comerciantes, curas, militares y terratenientes, afectadas por una desigualdad muy profunda, donde las mujeres, los indígenas y los pobres padecían desventajas de todo orden, incluyendo las jurídicas. Las distorsiones culturales, económicas y étnicas imprimieron un rumbo equivocado al constitucionalismo incipiente e impidieron advertir que la democracia tiene cuatro grandes objetivos: bienestar, igualdad, justicia y libertad.

Se tuvo como ejemplo deslumbrador a la Constitución de Filadelfia, cuyo éxito impedía ver que desde mucho antes de su independencia las colonias ya tenían organización jurídico-política propia, incluyendo asambleas deliberantes; que la colonización británica se traducía en dominación económica y territorial pero no en control dogmático a través del aparato eclesiástico, y que había una sólida clase intelectual y política con aptitudes de gobierno.

El constitucionalismo originario iberoamericano dejó una huella de fracasos sucesivos. De manera paradójica, en la mayor parte de nuestros países las sustituciones incesantes de las normas fundamentales realimentaban la pérdida de confianza en ellas mismas, de manera que la construcción de la democracia tropezó con escollos colosales. El ritmo de desplazamiento de las constituciones no fue igual en todos los Estados latinoamericanos. En algunos casos, los menos, fue posible mantener estándares razonables de confianza en las instituciones, con resultados alentadores para la vida democrática electoral, pero no sucedió lo mismo en la mayor parte de las naciones nacientes.

Se produjo, por consiguiente, una implantación desacompasada de los procesos democráticos. Con el tiempo, las experiencias jurídico-políticas acumuladas, la visibilidad internacional de los problemas nacionales, el laicismo y la terminación de la guerra fría abrieron nuevas oportunidades y hoy han disminuido los casos de sistemas electorales manipulados o ineficientes. En términos generales la democracia electoral ha prosperado entre nosotros, aunque no está exenta de riesgos, en especial los que conllevan la corrupción, la demagogia y la violencia.

Otro aspecto que denota el avance en materia de libertades públicas es la paulatina consolidación de los sistemas representativos. En este punto tampoco ha habido un desarrollo sincrónico en nuestro hemisferio, pero prevalecen los Estados con organismos parlamentarios funcionales. Las libertades, por ende, presentan un panorama prometedor, sin que se

pueda ni deba descuidar su destino, pues aún nos encontramos en una fase de riesgos.

La vertiente de la igualdad, en cambio, deja mucho por desear. Los datos del Banco Mundial con relación al coeficiente de Gini mostraban en 2022 que, de 158 países estudiados, la totalidad de los latinoamericanos figuraba entre los 60 más desiguales. En otras palabras, en el planeta había 98 países menos desiguales que los de América Latina. El proceso constructivo de la igualdad lleva un ritmo más pausado que el de la libertad, entre otras razones porque esta última representa el instrumento central para evitar el uso monopólico o arbitrario del poder, mientras que la igualdad supone mejores normas y políticas redistributivas que tropiezan con intereses muy poderosos.

Hay un hecho que se suele pasar por alto. La esencia del constitucionalismo moderno implicó remplazar al titular de la soberanía, trasladándolo del monarca al pueblo. El argumento más contundente fue el contractualismo, del que J. J. Rousseau es una figura paradigmática. Sin embargo, hay un conflicto conceptual entre la idea de representación política, de oriundez inglesa, y la de voluntad general sustentada por Rousseau. El autor ginebrino acertó en la consideración teórica de esa voluntad, pero luego tuvo que aceptar la pertinencia de la representación cuando examinó la Constitución de Polonia y advirtió que las sociedades políticas muy populosas no tenían forma de ejercer la democracia cotidiana de manera directa. Intuía lo que mucho después demostraron Robert Michels, Gaetano Mosca y Vilfredo Pareto: que los sistemas representativos acaban siendo regidos por élites. En otras palabras, en términos históricos el constitucionalismo sustituyó el poder concentrado en el monarca por el poder compartido por las élites.

Ferdinand Lassalle vio con claridad el problema y formuló su teoría de las constituciones como resultado de las decisiones adoptadas por los factores reales de poder y, desde su posición socialista avanzada, planteó que los militares, los terratenientes y los financieros fueran reemplazados como factores reales de poder por los sindicatos, esto es, por el segmento organizado del pueblo. Muchas de sus tesis fueron puestas en práctica por Otto von Bismarck, no como parte una estrategia igualadora sino como una estratagema para facilitar la gobernabilidad.

El concepto de "pueblo" sigue siendo una categoría inasible, aunque en nombre del pueblo se dispute y se ejerza el poder. Es posible contar con

las libertades que el constitucionalismo ofrece y garantiza, y su beneficio alcanza al conjunto de los integrantes del cuerpo social, pero el bienestar, la igualdad y la justicia siguen siendo un privilegio de las élites, en tanto que todavía no se generalizan ni consolidan los medios constitucionales para su garantía.

A pesar de los casi dos siglos y medio en que se lleva construyendo democracias constitucionales, diversos indicadores muestran que menos del 10% de la población mundial disfruta de sistemas cuyos estándares en cuanto a cultura política, funcionamiento gubernamental, libertades civiles, participación política, pluralismo y procesos electorales, permiten hablar de plenitud democrática. El 93% de la humanidad vive en sistemas constitucionales que van del déficit democrático a la dictadura. Este bajo porcentaje de habitantes de democracias plenas se estrecha todavía más cuando se incluyen otros componentes, de manera que el número de seres humanos que disfrutan a la vez de condiciones de bienestar, igualdad, justicia y libertad es muy reducido con relación al total planetario.

El éxito de los instrumentos constitucionales para garantizar libertades e igualdad depende del diseño institucional, por lo que en muchos casos distan de los objetivos perseguidos. Cuando las asambleas parlamentarias tomaron cuerpo y se diseminaron en los Estados constitucionales a lo largo del siglo XIX, un mal diseño ocasionó el problema que de manera coloquial se identificó como "asambleísmo", para denotar una intervención excesiva de los parlamentos en la toma de decisiones gubernamentales. De manera paulatina se introdujeron correctivos mediante los cuales los sistemas parlamentarios se volvieron funcionales. Era necesario, y fue posible, conciliar las libertades y los controles parlamentarios con gobiernos responsables y eficaces, si bien esto sólo se generalizó en el parlamentarismo de la segunda posguerra mundial. La gobernabilidad democrática de los sistemas parlamentarios ya está resuelta, y ahora se avanza en la concernida con los sistemas presidenciales.

En adición a la armonización entre las potestades parlamentarias y gubernamentales, ha sido crucial la aparición de los tribunales constitucionales para imprimir un elemento que se hacía indispensable en la configuración de la democracia de los modernos: la juridicidad de las constituciones. La función histórica de la justicia es más relevante de lo que se suele admitir. Strayer, por ejemplo, atribuye a la función jurisdiccional medieval en Francia e Inglaterra, haber sido el complemento de

la función financiera para generar la aparición del Estado moderno. De manera paulatina se admitió que la recaudación exigía que los gobernados contaran con representación ante el monarca, en tanto que el acceso a la justicia, entorpecido por los intereses señoriales, implicaba la presencia del monarca entre los gobernados, lo que permitió asimismo una mayor uniformidad de criterios al juzgar.[1]

En nuestro tiempo la actividad jurisdiccional tiene una nueva dimensión. Antes de que se contara con la justicia constitucional, la expansión del contenido de las constituciones tendía a convertirlas catálogos de enunciados indicativos pero no preceptivos. Incluso se llegó a denominar como "programática" a la parte de la Constitución donde figuraban los derechos fundamentales, individuales, colectivos y sociales. Ese contenido programático equivalía a una aspiración, no a un deber ser. En cambio, la jurisdicción constitucional conlleva la vigencia y la validez de la norma fundamental, como fundamento del ordenamiento estatal al completo. El carácter normativo de la Constitución es lo que permite que las disposiciones atinentes al bienestar, la igualdad y la justicia adquieran eficacia.

La supremacía de la Constitución tiene otro efecto en cuanto a la relación entre los órganos del poder, pues confiere a los tribunales constitucionales facultades no imaginadas por Montesquieu ni por otros autores clásicos acerca de la tripartición del poder. En una conceptualización extrema, Bickel planteó la denominada "dificultad contramayoritaria", para significar la paradoja de que hubiera decisiones jurisdiccionales derogatorias de las leyes.[2] Esta hipotética dificultad puede resolverse de otra manera: los jueces constitucionales hacen valer la Constitución sobre las leyes que la contravienen, y con este motivo lo que predomina es la mayoría constituyente sobre la mayoría constituida. Viéndolo así, no habría una dificultad contramayoritaria sino una reafirmación de la mayoría que sustenta a la Constitución misma. Subsiste, empero, otra cuestión muy discutida: que el juez constitucional se pronuncie con relación a la constitucionalidad de la Constitución misma. Este es un asunto acerca del cual ya existen debates teóricos como los que se recogen en la obra de Astudillo y Córdova.[3] Hay

[1] Strayer, Joseph R., *On the medieval origins of the modern State*, Princeton, Princeton University Press, 2016, pp. 49.

[2] Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 16 y ss.

[3] Astudillo Reyes, César Iván, y Córdova Vianello, Lorenzo, (coords.) *Reforma y control de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

consenso en cuanto a que es admisible que los juzgadores se pronuncien acerca del procedimiento seguido para una reforma, pero no hay acuerdo en lo que atañe a determinar si el contenido de una norma de la Constitución es constitucional o no. Por mi parte he sostenido que los tribunales son constitucionales, no constituyentes. La confusión ha sido utilizada por algunos sistemas, como el nicaragüense, para legitimar decisiones políticas como la reelección presidencial a pesar de una disposición constitucional expresa prohibiéndola, apoyándose en que es inconstitucional que la Constitución limite sus derechos políticos a una persona en particular.[4] La discusión es de *iure condendo,* pues no hay Constitución alguna que faculte a sus tribunales para pronunciarse sobre la constitucionalidad de sus propios preceptos, pero muestra qué tanto ha escalado esa figura jurisdiccional y las tensiones que puede llegar a producir.

Regresando a la observación de Bickel, conviene tener presente está referida de manera específica al sistema estadounidense. Como se sabe, La Constitución de Estados Unidos no prevé la facultad que la Corte asumió a partir de 1803; en cambio en los sistemas donde la Constitución regula de manera expresa a los tribunales especializados para controlar la constitucionalidad de las leyes, debe entenderse que la atribución procede de un instrumento jurídico superior a la ley ordinaria y por tanto los jueces son los defensores permanentes del ordenamiento supremo al que obedecen. La asunción de la tesis de Bickel en contextos constitucionales distintos al de Estados Unidos implica una extrapolación, válida como parte de una deliberación académica, aunque no aplicable donde las facultades de los tribunales constan de manera expresa en el texto de la norma suprema.

Empero, tampoco conviene incurrir en la simplificación de considerar que hay instituciones perfectas. De la misma forma que en su fase formativa diversos parlamentos tendieron a bloquear las acciones de go-

[4] La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró que al constituyente derivado le está permitido "ampliar, extender y facilitar" los principios constitucionales y que "*contrario sensu* le está prohibido por cualquier circunstancia limitarlos", por lo que haber introducido en la Constitución una interdicción de reelección resultaba violatorio del principio de igualdad jurídica que la propia Constitución consagra, pues discriminaba a Daniel Ortega por el hecho de ser presidente de la República. Con este argumento la Sala amparó a Ortega en contra del Supremo Consejo Electoral por haberle negado el registro como candidato a la presidencia y declaró inaplicable el artículo 147 de la Constitución que prohibía la reelección sucesiva del presidente u ocupar la presidencia por más de dos periodos. Sentencia 504 del 19 de octubre de 2009.

bierno y se deslizaron hacia un ejercicio irresponsable del poder, dando lugar al ya mencionado asambleísmo, también es posible identificar expresiones excesivas de los tribunales constitucionales que, como analogía con el asambleísmo, podrían ser identificadas como "tribunalismo". El activismo judicial puede desbordar hasta el extremo de decidir si una norma constitucional prevalece sobre otra, o si una adición o reforma constitucional es inválida aun cuando el procedimiento aplicado para tramitar y adoptar la modificación se haya ajustado a lo previsto por la propia Constitución. En otras palabras, se registran casos en los que el tribunal constitucional se convierte, o intenta hacerlo, en tribunal constituyente. Aun cuando este fenómeno es poco frecuente, existe la propensión a extenderlo. Lo que sí ocurre es una creciente generación de normas generales a través de las sentencias, que puede ser calificado como tribunalismo.

Es previsible que las prácticas jurisdiccionales proclives a asumir potestades constituyentes, o a actuar como órganos legiferantes, encuentren una meseta y luego comiencen a declinar, conforme la experiencia permita mejores diseños institucionales. Por lo pronto se dejan sentir efectos adversos a la justicia constitucional, como sucede con las constituciones reglamentarias, pues muchas veces el abigarramiento de los textos constitucionales, saturados de detalles, tiene entre otros objetivos limitar la capacidad interpretativa del juez constitucional.

Para alcanzar los puntos de equilibrio en el diseño de los tribunales constitucionales lo primero que se debe hacer es estudiarlos a fondo y sin concesiones. Conviene identificar y valorar lo que significan para cohonestar los pilares del Estado constitucional: bienestar, igualdad, justicia y libertad, y también lo que puede suceder cuando desvían su objetividad. Los tribunales constitucionales corresponden a una nueva dimensión de la especialización orgánica y funcional del Estado, por lo que la teoría clásica tiene que ser revisada; es asimismo necesario admitir que el juzgador constitucional está dotado de atribuciones legiferantes limitadas sin las cuales su labor sería inviable, pero de cuyo ejercicio debe hacer un uso razonable. Las mejores prácticas jurisdiccionales en materia constitucional se han venido decantando de manera paulatina. Hechas estas salvedades, se impone aceptar que estos tribunales son de hechura más o menos reciente, pues si bien su andadura formal inició hace un siglo, su expansión se ha registrado en etapas posteriores: una primera ola se produjo en la segunda

posguerra mundial y otra, más extendida, a partir del fin de la denominada Guerra Fría.[5]

El proceso evolutivo de estos tribunales no ha concluido. La teoría ha podido resolver la cuestión de enmendar los actos inconstitucionales de todos los órganos del poder, incluidos los jurisdiccionales, pero se ha configurado un órgano cuya supremacía e infalibilidad altera el principio de que el poder controla al poder. El hecho constitucional de que todos los órganos del poder estén sujetos a control, excepto uno, perturba la lógica de los constructos constitucionales elaborados a partir del siglo XVIII. Las respuestas están en ciernes y se harán tanto más necesarias conforme se expanda el activismo judicial.

Al colocar a los tribunales constitucionales en la cúspide de la nueva pirámide institucional, dotándolos de atribuciones inimpugnables y ajenas a cualquier modalidad de control, las teorías de la separación de poderes y de los controles constitucionales, que eran tenidas como auténticos teoremas demostrados por la práctica institucional, pueden devenir en conjeturas si no se encuentra un diseño razonable para lo que ahora es un órgano necesario pero extravagante del poder. Su existencia y su utilidad son inobjetables pero los problemas teóricos que plantean son inocultables. Previendo ese escollo dogmático, el inolvidable maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio explica cómo, en Francia, en aras de la racionalización del poder se ha querido conciliar la tradición roussoniana con la justicia constitucional al adoptar una modalidad de impugnación de las leyes expedidas por el órgano legislativo previa a su promulgación.[6] Esta es una solución atendible pero sólo satisface algunas inquietudes de los actores legislativos, mas no las controversias promovidas por los particulares.

El carácter normativo de las constituciones se vio fortalecido por la presencia de órganos jurisdiccionales encargados de su defensa, pero la teoría clásica de la separación de poderes estaba asentada en la hipótesis de la

[5] La expansión de los tribunales constitucionales en América Latina a partir de la segunda posguerra mundial está documentada con amplitud en las obras monumentales de Ferrer Mac-Gregor y de García Belaunde. Véanse Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003; García Belaunde, Domingo, y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

[6] Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1980, pp. 17 y ss., y 167 y ss.

relación horizontal, complementaria y controlable entre ellos. El cabo que quedaba suelto en cuanto a las potestades jurisdiccionales de los tribunales se podía resolver merced a las facultades de indulto por parte del Ejecutivo y de amnistía por parte del Legislativo, de manera que resultaba posible mantener la racionalidad de la separación de poderes.

La creación de los tribunales constitucionales no significó un problema conceptual para Hans Kelsen al menos por dos razones: fue un crítico de la teoría de la separación de poderes y en su pirámide de las normas figuraba una de orden fundamental.[7] Empero, él mismo abogaba por controles eficientes, y en este caso tampoco indagó acerca de los efectos de tener un órgano incontrolado del poder. Estas cortes han sido un pilar de las democracias constitucionales, y sólo hay que conjurar el riesgo de que su hipertrofia dé lugar a una respuesta política que las desnaturalice. Hasta ahora los órganos constituyentes han optado por incorporar ese tipo de tribunales, si bien ya se registran reacciones adversas por parte del aparato político, que tiende a colonizar los tribunales constitucionales para someterlos a los partidos o a los gobiernos. Cuando esto sucede, al afectar a esos órganos jurisdiccionales se fractura al Estado constitucional.

El diseño constitucional de los tribunales constitucionales tendrá que afinarse, ante la insuficiencia teórica que acople la separación de poderes, los controles del poder y esos tribunales en un sistema coherente de relaciones equilibradas. La presencia de un órgano dotado de poderes absolutos, es decir, soberanos y sin control, escapa a los postulados esenciales del constitucionalismo moderno y contemporáneo.

El constitucionalismo se construyó mediante la invención y el desarrollo de instituciones y procedimientos alineados con los constructos de la soberanía popular y el contrato social, más los estándares de la teoría de la separación de poderes. En cuanto a los tribunales constitucionales, cuya trascendencia es reconocida, caben tres opciones teóricas: mantenerlos como están y con la trayectoria que llevan, lo que implica aceptar los efectos negativos apuntados; neutralizarlos mediante artilugios políticos que los reducirían a aparatos ornamentales en detrimento de la juridicidad de la Constitución y en provecho de formas nuevas o ya conocidas de dominación autoritaria, o encontrar en la lógica de los constructos de la soberanía

[7] Es llamativo que desde 1921 Cardozo llamaba la atención para la figura del juez como legislador. Véase Cardozo, Benjamin, *The nature of judicial process*, New Haven Yale University Press, 1949, pp. 98 y ss. (edición facsímil de la correspondiente a 1921).

popular, del contrato social y de la separación de poderes un diseño imaginativo, racional y funcional.

Una buena teoría se pone a prueba ante problemas de apariencia irresoluble y, si sus postulados permiten sortear los desafíos, justifica la consideración que se tenga de ella. Para solucionar la contraposición de los tribunales constitucionales como instrumentos de control de la constitucionalidad y como titulares de un poder supremo absoluto, incompatible con el constitucionalismo ¿sería posible acudir a la razón jurídico-política del veto? Este elemento del procedimiento legislativo fue previo a la enunciación formal de la teoría de la separación de poderes y subsistió cuando esta teoría ya estaba en plena vigencia a través de construcciones normativas. Como es evidente, el veto supone una excepción al principio general de la separación de poderes, pero es una reiteración del principio complementario de que el poder controla al poder. El jefe de Estado interviene con sus observaciones en el proceso legislativo sin conculcar la facultad legislativa del parlamento; sólo introduce un factor de racionalidad al evitar que actúe como un órgano dotado de un poder absoluto. A este mismo objetivo se orientó el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, si bien no se previó que después de revocar las normas los tribunales constitucionales asumirían un papel proactivo en el sentido de también crear normas.

Como ya señalé, no comparto el criterio de que los tribunales constitucionales actúan contra la mayoría cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma, pues sólo reafirman la voluntad mayoritaria expresada por el constituyente. Además, en la mayor parte de los Estados constitucionales es una función cuyo ejercicio se basa en las atribuciones conferidas por la propia Constitución. Sin embargo, no hay Constitución alguna que faculte a los tribunales para emitir normas de carácter general; más aún, esta sí es una facultad reservada a los congresos y, con excepciones, a los gobiernos. La creación normativa por parte de los tribunales es *paraconstitucional*, en tanto que se ejerce al margen de la Constitución. Aquí sí se presenta una paradoja pues los tribunales constitucionales tienen como finalidad afirmar el sentido normativo de la Constitución y en cierta medida la vuelven nominal cuando ellos mismos asumen una potestad por decisión propia e inatacable.

La actividad legiferante de los jueces es un fenómeno antiguo.[8] Según Mommsen, los pretores romanos desde la época republicana "adquirieron el Poder Legislativo" al "determinar más detalladamente los preceptos de [las] leyes".[9] Si bien durante siglos este fenómeno no volvió a presentarse, su incidencia se ha vuelto cada vez más frecuente con la acción de los tribunales constitucionales, dando lugar a lo que llamo tribunalismo. Este aspecto, sin embargo, es superable pues las normas adoptadas por los tribunales no tienen rango constitucional por lo que el legislador puede asumirlas o modificarlas, con lo cual se vuelve a la normalidad constitucional. El problema que permanece insoluble es la absolutidad de la revocación de las leyes por parte de los tribunales, mediante resoluciones de una sola instancia que no admiten forma alguna de control. Ya Carpizo había advertido que los tribunales constitucionales corrían el riesgo de verse sobrecargados de "funciones y atribuciones" que los podían atrofiar, configurándolos "sin control alguno".[10]

Para contribuir a la solución de ese problema podría pensarse en la propuesta dialógica de Gargarella.[11] En su concepto el modelo de separación de poderes corresponde a la lógica de una democracia mayoritaria cuyo mérito consistía en proveer balances adecuados en el ejercicio del poder y cuyo defecto principal se tradujo en ser "poco favorable a la cooperación política y al diálogo".[12] Comparto su posición en favor de una democracia basada en el diálogo, pero en el caso de la justicia la tesis dialógica tiene un doble efecto: un diálogo entre órganos del poder, y un diálogo entre gobernados y gobernantes. Si por diálogo se entiende argumentar después de escuchar, los tribunales tienden a practicarlo con frecuencia creciente mediante las audiencias públicas. La posibilidad de que las personas que no forman parte de una controversia se acerquen a

[8] En Atenas "los magistrados [en este caso, entendidos como los juzgadores] poseen el mayor poder del Estado [*polis*]". Aristóteles, *Política*, 1275a. El filósofo ya anticipaba, por otra parte, lo que ahora se identifica como "función dialógica en el ejercicio de la democracia": al concebir al ciudadano como quien "tiene el derecho de participar en una actividad deliberativa o judicial", *Ibidem*, 1275b.

[9] Mommsen, Theodor, *Compendio del derecho público romano*, Madrid, La España Moderna, 1899, p. 412.

[10] Carpizo, Jorge, *El tribunal constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009, p. 126.

[11] Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, vol. 14, diciembre de 2013.

[12] *Ibidem*, p. 15.

los tribunales a través del *amicus curiae*. La institución, que en la época moderna inició en Inglaterra a principios del siglo XVII, es muy utilizada en la actualidad. Ofrece la posibilidad de que personas y organizaciones aporten sus puntos de vista jurídicos a los juzgadores y respondan las preguntas o dudas que estos les formulen. Mediante este procedimiento se puede llevar a cabo un diálogo esclarecedor y enriquecedor.

Friedman, a quien Gargarella también cita, muestra que en la justicia constitucional estadounidense existe una interacción entre los jueces y el cuerpo político nacional integrado por ciudadanos que hacen oír su opinión. Sin embargo, también agrega que las características de generalidad del texto constitucional permiten que haya varias opciones interpretativas, incluso divergentes, acerca de los derechos de los justiciables; esa amplitud provee un espacio considerable para que los juzgadores adopten criterios muy variados.[13] La experiencia estadounidense en este sentido ha recorrido un amplio camino a partir de 1803. Este no es el caso de las constituciones latinoamericanas donde la creciente exuberancia verbal acorta las posibilidades interpretativas, de manera que las tensiones entre juzgadores y legisladores se intensifican cuando los primeros crean normas a través de sus sentencias.

El ambiente de reprobación hacia los juzgadores se está enrareciendo. Ya desde 1921 Lambert comenzó a hablar del gobierno de los jueces,[14] para denotar, entre otras cosas, el riesgo de una aristocracia judicial. Una crítica en esa misma dirección. El análisis del comparatista francés se basaba en la circunstancia de que los jueces de su país o permitían que los jueces se pronunciaran con relación a la constitucionalidad de las leyes. Su obra apareció poco después de que Hans Kelsen introdujera el tribunal constitucional en la Constitución de Austria (1920), si bien este acontecimiento jurídico no fue mencionado por Lambert. Su libro fue objeto de un comentario de Hand, jurista erudito y uno de los jueces federales descollantes de Estados Unidos, quien señaló que las enmiendas quinta y decimocuarta habían convertido a la Corte en una tercera cámara, dotada de veto.[15] Este aspecto ya

[13] Friedman, Barry, "Dialogue and judicial review", en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan University, vol. 91, núm. 4, 1993, p. 654.

[14] Lambert, Eduard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Marcel Giard, 1921.

[15] Hand, Learned, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, by Edouard Lambert, Political Science Quarterly*, Oxford University Press, vol. 37, núm. 1, marzo de 1922.

había sido advertido por Tocqueville desde el siglo XIX, por lo que señaló que los jueces norteamericanos tenían el "derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes".[16] El tema ha sido recogido, en nuestros días en este caso con una perspectiva crítica para los juzgadores italianos, por Cassese.[17]

Ese fenómeno ha sido utilizado por los gobernantes, legisladores y dirigente políticos desafectos con la democracia en tanto que la independencia de una judicatura poderosa se convierte en un inconveniente para la discrecionalidad de las decisiones políticas. La radicalización del discurso del poder en contra de la judicatura, de otras instituciones de control e incluso contra las organizaciones sociales, los medios y otros protagonistas críticos de la vida social son hechos políticos propios del talante autoritario. La jurisdicción constitucional muestra también su vulnerabilidad ante el poder. Salazar examina el caso de una consulta popular convocada en México para que los lectores decidieran en las urnas si se enjuiciaba o no a los expresidentes de la República por presuntos actos de corrupción. Con abundancia de argumentos, muestra cómo el poder puede derrotar al derecho.[18] Estas actitudes hostiles existieron en América Latina casi desde el inicio de la vida independiente, pero se enmascaraban exteriorizando posición de falsa tolerancia. Durante siglos lo recurrente fue la radicalización explícita del discurso de los gobernados inconformes con los gobernantes, pero el fenómeno se ha invertido y muchos de quienes gobiernan son quienes desafían a los gobernados. Como actitud política, esto sucede siempre con los regímenes despóticos, sólo que por lo general se había tenido el cuidado de evitar los arrestos verbales y de encubrir la realidad con palabras halagüeñas que ocultaran o al menos paliaran la realidad opresiva.

Para denotar la confusión de planos, tiende a aludirse a la judicialización de la política, y de esta manera contar con una coartada para la politización de la justicia. En este punto Orozco Henríquez nos previene que la expresión "judicialización" de la política admite al menos dos significados: dar un carácter jurisdiccional a lo que había sido objeto de soluciones políticas, y dar poder político a la judicatura. El primer caso

[16] Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1957, p. 107.

[17] Cassese, Sabino, *Il governo dei judici*, Roma, Editori Laterza, 2022.

[18] Salazar, Pedro, *El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2021, pp. 91 y ss.

es el que corresponde a la garantía de los derechos fundamentales, ante lo cual añade que la legitimidad democrática de los representantes políticos no es un argumento para justificar sus eventuales violaciones de los derechos establecidos por la Constitución.[19]

En cuanto al problema de la hegemonía jurisdiccional, que es un hecho contemporáneo difícil de encuadrar en un sistema de relaciones simétricas entre los órganos del poder, ha recibido atención por la doctrina contemporánea. Un ejemplo son las tesis dialógicas, como la de Gargarella, con diversas derivaciones. El eje consiste en atribuir un papel relevante al diálogo entre autoridades, y entre estas y los destinatarios de sus decisiones. El diálogo es una característica necesaria de la democracia constitucional en tanto que contribuye al esclarecimiento de las razones propias y ajenas y puede incluso conducir a un acuerdo; empero las decisiones jurisdiccionales sólo resultan de un entendimiento entre las partes cuando el asunto admite la posibilidad de concesiones recíprocas, pero este no es el caso tratándose de determinar la coincidencia entre la Constitución y una norma inferior a ella.

En todo caso hay un ejercicio dialógico cuando se celebran en las audiencias procesales e incluso cabe la posibilidad de institucionalizar y regular el *amicus curiae* como una etapa previa a la resolución en materia constitucional, para abrir un espacio dialogante razonable. López Ayllón, apoyado en evidencia empírica muy sólida, apunta que el papel de los tribunales no está exento de riesgos por lo que recomienda "una política adecuada de comunicación con la sociedad y con los medios que permita a los ciudadanos entender el marco de acción… en el que se desarrolla la función jurisdiccional". Además, subraya la vinculación creciente entre la justicia nacional y la internacional.[20] En Argentina, México y Perú, por ejemplo, ya se tomaron algunas medidas iniciales que apuntan en ese sentido. Otro tanto sucede, aunque en una jurisdicción distinta, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[21] Aun así, subsiste el problema de absolutidad de

[19] Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006, pp. 332 y ss.

[20] López Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 159 y ss.

[21] En Argentina la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Acordada 28/2004 en el siguiente sentido: "Autorizase la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general".

las sentencias del juzgador constitucional, en tanto que resultan de una sola instancia y son inimpugnables.

El fenómeno de la prevalencia jurisdiccional tiende a ser rechazado desde una perspectiva democrática formal. La *juristocracia*,[22] entendida como la asunción jurisdiccional de decisiones que antes estaban en manos de gobiernos y parlamentos, da la apariencia de ser adversa a la democracia. La divergencia con la democracia sería verdadera si el constitucionalismo democrático fuera ajeno a los derechos fundamentales y si estos a su vez no dependieran de las constituciones normativas. Las constituciones políticas nominales son por definición inoperantes y por ende sus instituciones resultan incapaces de tutelar los derechos fundamentales. Serna afirma que la justicia constitucional entra en sinergia con la democracia para hacer del derecho "una regulación más técnica y eficiente de las relaciones sociales".[23] El constitucionalismo democrático contemporáneo sería incomprensible si no ofreciera garantías sólidas para tales derechos. No hay democracia posible sin libertades, seguridad jurídica e igualdad, y

En México el artículo 68 la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105, constitucional dice: "Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto." La Suprema Corte de Justicia adoptó el Acuerdo General 10/2007 estableciendo los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el tribual pleno. En su considerando séptimo dice: "Con base en las disposiciones constitucionales y legales mencionadas en los considerandos que anteceden, la Suprema Corte Justicia de la Nación tiene atribución de convocar a especialistas en distintas disciplinas para que comparezcan ante ella a emitir su opinión experta sobre temas vinculados con las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y los juicios de amparo cuyo conocimiento y resolución le competen".

En Perú el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional del Perú dice: "Artículo 13-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119, del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados".

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos el artículo 2.3, del Reglamento de la de 2009 dice: "la expresión *amicus curiae* significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia."

[22] *Cfr.* Hirschl, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2004, pp. 169 y ss.

[23] Serna, José María, *Derecho constitucional mexicano en su contexto*, México, Porrúa-UNAM, 2018, p. 371.

estos derechos subjetivos son inviables cuando carecen de órganos y procedimientos de garantía. La consideración de que las decisiones mayoritarias son *per se* democráticas no tiene sustento empírico, pero es muy clara la ausencia de un constructo que resuelva la paradoja de las contradicciones entre los órganos legiferantes y los jurisdiccionales, en la que estos últimos escapan a cualquier forma de control.

La Revolución francesa se decantó por la elección popular de los juzgadores[24] y esta práctica también fue adoptada y quedó establecida en varios estados de la unión americana. Rosanvallon explica que a lo largo del siglo XIX numerosos republicanos franceses postularon la preservación de ese procedimiento electoral para dar legitimidad popular al ejercicio de la judicatura, pero aclara que la experiencia propició la destrucción partidista de las instituciones.[25] Por otra parte, este autor aporta una observación acertada: las decisiones de los juzgadores constitucionales no son finales por necesidad en tanto que la mayoría puede reformar la Constitución.[26] Aun aceptando que la reforma fuera una solución de última ratio, considero que es una medida extrema dificultada por los mecanismos de reforma previstos por la propia norma.

Un opción sería utilizar las facultades interpretativas de los congresos, de manera que por esta vía pudieran introducir en las normas los criterios compartidos con los juzgadores, estableciendo así una modalidad dialógica. En este caso, sin embargo, sería más sencillo sustituir las normas declaradas inconstitucionales, si bien esto tampoco resolvería la cuestión del *tribunalismo*, en la medida en que los congresos habrían carecido de instrumentos para impugnar las decisiones jurisdiccionales.

En un sistema constitucional democrático no tiene cabida un órgano con poder absoluto. Una expresión de absolutidad supone poner en crisis el esquema argumentativo que hasta ahora ha servido para diseñar instituciones ajenas a un poder inobjetable y para garantizar los principios constitucionales de seguridad jurídica y de libertad, mediante la interdicción del poder concentrado y arbitrario. Las desviaciones, muy frecuentes, no son atribuibles a deficiencias de los constructos, a veces son imputables a errores en la configuración de las instituciones, y en un buen número de casos se

[24] Constitución de 1791, cap. V, art. 1o.; Constitución de 1793, art. 95; Constitución de 1795, art. 209; Constitución de 1799 o Constitución del año VIII, art. 60.

[25] Rosanvallon, Pierre, *La legitimité démocratique*, París, Editions du Seuil, 2008, pp. 243 y ss.

[26] *Ibidem*, p. 261.

trata de problemas relacionados con la idoneidad de quienes desempeñan los altos cargos en la estructura del poder.

En cuanto a los instrumentos para buscar relaciones más o menos simétricas entre los órganos del poder, un caso es la experiencia del veto, que busca el equilibrio en la relación entre los órganos legiferantes y de gobierno. Ahora es indispensable encontrar un equilibrio razonable entre los órganos jurisdiccionales constitucionales y los legiferantes.

Además del veto tradicional, en Estados Unidos se experimentó, durante medio siglo, con el veto legislativo, como se verá más adelante. Es un antecedente que podría ser retomado y rediseñado para aplicarse a las relaciones entre los órganos de control de la constitucionalidad y los congresos, como un medio democrático para superar el monopolio jurisdiccional de la verdad, la infalibilidad de los jueces y la presencia de una institución substraída de manera total de la posibilidad de ser controlada.

Para mostrar que siguen vigentes las teorías de la supremacía constitucional y de la separación de poderes, y el principio de que todo poder es controlable, una opción sería analizar que la invalidación de una ley pudiera ser superada por el órgano legislativo si fuera ratificada conforme a un procedimiento dificultado lo más semejante posible al que se siga para la reforma constitucional. De esta manera el legislador tendría una segunda oportunidad de confirmar su decisión, como sucede cuando la objeción procede del gobierno. Se corroboraría así que en un Estado constitucional ningún órgano del poder es absoluto.

La dificultad consistiría en que ese procedimiento implicaría modificar las reglas del procedimiento y las de legitimación para impugnar las leyes reputadas como inconstitucionales. Son las minorías parlamentarias quienes objetan las decisiones de la mayoría que estiman contrarias al ordenamiento constitucional. En esta medida sería imposible que un cambio radical de criterio llevara a componer una mayoría calificada que refrendara la decisión estimada inconstitucional por los jueces. Lo que planteo no es una propuesta sino un ejemplo de que es posible buscar pistas para reflexionar acerca de un problema que además de sus implicaciones teóricas, perturba las relaciones entre los órganos del poder. Más que bosquejar una solución me interesa apuntar un problema que, a más de un siglo de existencia de los tribunales constitucionales, debe ser abordado a la luz de las experiencias nacionales y de la teoría de la Constitución.

En cambio, una posibilidad viable y acorde con la evolución del constitucionalismo sería acudir a la jurisdicción internacional. A los tribunales constitucionales los acompañan ahora tribunales internacionales. La garantía de los derechos humanos cuenta con una instancia supranacional que ha probado su efectividad. Por esto mismo no debe descartarse la posibilidad de que la jurisdicción internacional se expanda y pueda conocer las discrepancias entre los órganos nacionales del poder, derivadas de sentencias en materia constitucional. Ayala Corao apunta una tendencia creciente en el sentido de la internacionalización constitucional,[27] y no es extravagante considerar que los Estados nacionales puedan llevar sus diferencias a una instancia objetiva y neutral que revise las actuaciones del juzgador constitucional nacional. Con esta solución no se vería afectado el principio de soberanía nacional habida cuenta de que la aceptación en el ámbito nacional de las normas de origen internacional es una tendencia en aumento y significa una expresión de voluntad emanada de los órganos internos del poder; de la misma forma la jurisdicción internacional se fundamenta en las determinaciones soberanas del Estado nacional, siempre revocables. La internacionalización y la transnacionalización de la justicia son fenómenos recientes, como apuntan Fix-Zamudio y Fix-Fierro,[28] y por esto mismo es posible considerar nuevos derroteros para un futuro cercano.

Lo que se debe intentar, con esa o con otra solución, es superar un problema conceptual y factual que genera tensiones en el Estado constitucional y que no se adecua, hasta ahora, a las claves del constitucionalismo democrático. El problema de la inconstitucionalidad de las leyes está resuelto, pero la solución generó a su vez una nueva dificultad que también debe ser superada.

II. Consideraciones sobre el anteproyecto de Constitución en Chile, de 2023

Chile llevó a cabo dos intentos por renovar su Constitución en un lustro. Con independencia de los resultados, en ambos casos fueron puestos en

[27] *Cfr*. Ayala Corao, Carlos, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71 y *ss*.

[28] Fix-Zamudio, Héctor, y Fix-Fierro, Héctor, *Introducción al derecho procesal internacional*, México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019, pp. 57 y *ss*.

práctica procedimientos novedosos que corresponden a una eminente vocación democrática. A continuación, examinaré los aspectos relacionados con la separación de poderes, en lo que atañe a la segunda de esas tentativas. Por lo que concierne al primer caso puede consultarse la obra de Jaime Cárdenas[29] que, además del rigor del análisis, muestra el interés con el que el constitucionalismo mexicano ha seguido la experiencia chilena.

1. *Separación de poderes*

A semejanza de la Constitución española, la chilena de 1980 sólo alude al Poder Judicial, en tanto que se refiere a gobierno y congreso cuando regula estos órganos del poder. La propuesta aprobada por el Consejo Constitucional[30] se aleja de la norma vigente en cuanto a que retoma de manera expresa el principio de separación de separación de poderes.[31] No obstante, a lo largo del proyecto reserva el sustantivo "poder" al Judicial, como sucede con la norma vigente.

Esta construcción de la norma propuesta corresponde a la tendencia dominante en el constitucionalismo reciente. La referencia del artículo 3o. se entiende como una reafirmación de que el poder político no se concentra en un órgano. Además, una alusión general a la "separación de poderes", sin precisar su número, se adecua a la posibilidad de que varios órganos ejerzan poderes públicos, sin que por necesidad se circunscriban a la tríada clásica.

Hay, sin embargo, un matiz significativo. La Constitución en vigor utiliza el adjetivo "presidencial" cuando hace referencia a la elección o al periodo del presidente, en tanto que la propuesta lo aplica al régimen de gobierno, como un elemento que matiza la separación de poderes. Al decirse que el gobierno es "con separación de poderes y régimen presidencial", se imprime un sentido específico a esa separación, que podría inducir a una lectura sesgada del texto si en algún momento surgiera una tendencia hegemonista desde la presidencia de la república.

[29] Cárdenas, Jaime, *El proceso constituyente chileno: de la esperanza al rechazo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2023.

[30] Utilizo el texto publicado por en octubre 6 de 2023.

[31] Artículo 3, 1: "Chile adopta para su gobierno la república democrática, con separación de poderes y régimen presidencial".

La calificación de república presidencial resulta problemática cuando además se asocia a la referencia a la separación de poderes, pues en ciertas circunstancias inhibiría el tono de los controles políticos por parte del Congreso, aduciéndose una posible afectación al principio de la separación de poderes.

2. *Sistema presidencial*

Los problemas del presidencialismo que inciden en forma negativa en la vida democrática del Estado están asociados a varios factores: la elección del presidente, la extensión de su periodo, sus atribuciones, la forma de su ejercicio y la relación de control por parte del congreso.

Con relación al personalidad, periodo, elección y atribuciones del presidente, la Constitución vigente y la propuesta del Consejo establecen lo siguiente:

Personalidad. La norma vigente caracteriza al presidente como titular del gobierno y de la administración, y agrega que "su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la república" (artículo 24). Esta misma fórmula, centralizadora del poder, se reproduce en la propuesta (artículo 91), acentuando que además de ser jefe de Estado lo es de gobierno. Esto último concuerda con el sistema presidencial, pero llama la atención que, pese a las múltiples experiencias constitucionales que matizan la concentración del poder presidencial, una nueva Constitución democrática reitere la fórmula del presidencialismo arcaizante.

Periodo. En su versión original la Constitución establecía que el periodo presidencial de ocho años (artículo 25); la reforma de 1994 lo redujo a seis[32] y la de 2005 a cuatro.[33] Mediante estas modificaciones, en veinticinco años la duración del mandato disminuyó a la mitad, con efectos favorables para la democracia. La brevedad entre una elección y otra permite a la ciudadanía evaluar los resultados de la gestión de un jefe de Estado y gobierno, acelera la movilidad en el desempeño de los cargos que dependen de la confianza presidencial y genera mayor participación

[32] Ley 19.295
[33] Ley 20.050

en las urnas. La propuesta mantiene el periodo de cuatro años que, por lo demás, es el prevaleciente en los sistemas constitucionales democráticos.

Elección

Requisitos. La Constitución de 1980 exigía una edad mínima de cuarenta años para ser elegido presidente (artículo 25); en 2005 fue reducida a treinta y cinco, con lo que se facilitó el acceso al poder por parte de generaciones más jóvenes, como sucedió con el presidente Gabriel Boric, elegido en 2021 cuando tenía la edad mínima constitucional. Se propone la misma edad (artículo 92), lo que resulta razonable.

Procedimiento. Desde 1980 se prevé la elección por mayoría absoluta (artículo 26), lo que se mantiene en la propuesta en curso (artículo 93), no obstante los inconvenientes de esa exigencia y los problemas para la gobernabilidad ocasionados por el balotaje.

Reelección. La norma suprema en vigor sólo prohíbe la reelección inmediata (artículo 25), por lo que está abierta la posibilidad de reelección indefinida, siempre que no sea para periodos consecutivos; la norma a discusión limita la posibilidad de reelección a una ocasión (artículo 92.2). Es un avance democrático, pues la experiencia muestra que la posibilidad de reelección discontinua ilimitada es un pretexto para que los expresidentes controlen la vida interna de sus partidos con objeto de mantener latentes sus posibilidades reelectorales, en detrimento de la movilidad y la democracia interna de esas organizaciones políticas.

Atribuciones. Las facultades presidenciales establecidas por la Constitución de 1980 confirieron al presidente una posición hegemónica en la constelación del poder público. Del amplio elenco contenido por el artículo 32, en 1989 fue derogada la fracción V que lo facultaba para disolver la Cámara de Diputados, y en 2005 fue modificada la convocatoria al Congreso para celebrar sesiones extraordinarias, obligándolo a indicar los motivos de esa decisión. En cuanto a las atribuciones de las que dispone el presidente en la actualidad, la propuesta sólo suprime dos: velar por la conducta de los empleados del Poder Judicial y otorgar indultos. En cuanto a las conductas de esos empleados, ahora se propone asignar la función de "velar por el correcto actuar de los jueces" y de los demás funcionarios de ese poder, a las fiscalías judiciales de la Corte Suprema y de las Cortes de Ape-

laciones, y al Tribunal de Conducta, según prevé el artículo 166. Es un avance plausible pues independiza a la judicatura del poder presidencial. En cuanto a los indultos, pasan a ser materia de ley (artículo 75, f), lo que fortalece al sistema representativo. Por lo demás, como puede observarse en el siguiente cuadro, las atribuciones se mantienen, en buena parte incluso con la misma redacción:

Tabla 1. Atribuciones presidenciales

Propuesta de 2023 *Artículo 103*	*Constitución vigente* *Artículo 32*
Son atribuciones especiales del presidente de la República:	Son atribuciones especiales del presidente de la República:
a) Designar a los embajadores y embajadoras, a los jefes de misiones diplomáticas, y a los representantes ante organizaciones internacionales. Estos funcionarios, mientras dure dicha designación, serán de la confianza exclusiva del presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella. En el caso de los embajadores, una vez designados y antes de iniciar su servicio en el extranjero, deberán concurrir, previa citación, a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado con el fin de efectuar una presentación en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. En caso de que dicha comisión no citare al embajador en un plazo máximo de treinta días previo al inicio del servicio en el extranjero, este funcionario puede prescindir de la concurrencia.[34]	8o. Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el N° 7° precedente, serán de la confianza exclusiva del presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella;

[34] Se adiciona la posibilidad de que los embajadores designados sean convocados a una audiencia ante la Comisión competente del Senado, pero subsiste la potestad discrecional del nombramiento por parte del presidente.

Propuesta de 2023 *Artículo 103*	*Constitución vigente* *Artículo 32*
b) Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, y a los jueces letrados, en conformidad al procedimiento dispuesto en el inciso 2 del artículo 164 de esta Constitución.	12o. Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y a los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, respectivamente; a los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponde designar; y a los magistrados y fiscales judiciales de la Corte Suprema y al Fiscal Nacional, a proposición de dicha Corte y con acuerdo del Senado, todo ello conforme a lo prescrito en esta Constitución;
c) Nombrar a los miembros del Tribunal Constitucional, al fiscal nacional y al contralor general de la República, conforme a lo prescrito en esta Constitución.	9o. Nombrar al contralor general de la República con acuerdo del Senado;
d) Designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea en conformidad al artículo 118, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas en la forma que señala el artículo 117.	16o. Designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al general director de carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105;
e) Designar y remover al general director de carabineros de Chile y al director general de la Policía de Investigaciones de Chile y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de carabineros y funcionarios policiales en la forma que señala el artículo 124.	16o. Designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al general director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105;
f) Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, a los subsecretarios, a su representante en cada una de las regiones y provincias, y a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley. La remoción de los demás funcionarios se hará de cuerdo a las disposiciones que esta determine.	7o. Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores; 10o. Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley. La remoción de los demás funcionarios se hará de acuerdo a las disposiciones que ésta determine;

Propuesta de 2023 *Artículo 103*	*Constitución vigente* *Artículo 32*
g) Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas.	1o. Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas;
h) Solicitar, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá celebrarse a la brevedad posible.	2o. Pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá celebrarse a la brevedad posible;
i) Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución.	3o. Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución;
j) Convocar a referendos y plebiscitos en los casos establecidos en esta Constitución.	
k) Declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución.	5o. Declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución;
l) Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la implementación de las leyes.	6o. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;
m) Conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes.	11o. Conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes;
n) Conducir las relaciones políticas con otras naciones y organizaciones internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 60, requiriendo también, y en todo caso, la aprobación del Congreso para denunciar, retirar o terminar de común acuerdo un tratado internacional que ya haya sido aprobado por este. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos podrán ser declaradas reservadas o secretas si el presidente de la República así lo exigiere.	15o. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 Nº 1º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el presidente de la República así lo exigiere;

Propuesta de 2023 *Artículo 103*	*Constitución vigente* *Artículo 32*
ñ) Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad de la Nación.	17o. Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional ;
o) Conducir la defensa nacional y asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas.	
p) Declarar la guerra, previa autorización por ley.	19o. Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional, y
q) Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. El presidente de la República, con la firma de todos los ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad de la Nación o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante traspasos. Los ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este literal serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos.	20o. Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. El presidente de la República, con la firma de todos los ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante traspasos. Los ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos.

Propuesta de 2023 *Artículo 103*	*Constitución vigente* *Artículo 32*
r) Disponer, mediante decreto supremo fundado, suscrito por los ministros a cargo de la Seguridad Pública y de la Defensa Nacional, que las Fuerzas Armadas se hagan cargo de la protección de la infraestructura crítica del país cuando exista peligro grave o inminente a su respecto, determinando aquella que deba ser protegida, de conformidad con lo dispuesto en esta Constituciñon. La protección comenzará a regir desde la fecha de su publicación.	

Fuente: Elaboración propia.

En adición a las anteriores, el presidente está facultado para dictar disposiciones con fuerza de ley (artículo 64), lo que se reproduce en la propuesta (artículo 76).

Las amplias atribuciones conferidas por la Constitución al presidente se vieron extendidas por la disposición transitoria decimocuarta que facultó, en este caso sólo a Augusto Pinochet, para "Decretar por sí mismo los estados de emergencia y de catástrofe", lo que le permitía restringir los derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 39, sin seguir el procedimiento constitucional. También se le facultó para "Designar y remover libremente a los alcaldes de todo el país, sin perjuicio de que pueda disponer la plena o gradual aplicación de lo previsto en el artículo 108". Conforme a este último precepto en la designación debían intervenir el consejo comunal y el consejo regional de desarrollo. Ni siquiera esta mínima expresión participativa se dejó abierta. Por supuesto, esto formó parte del pasado y la disposición fue derogada con antelación.

Se propone un cambio en el orden enunciativo de los órganos del poder que conviene subrayar. En la Constitución vigente el capítulo acerca del gobierno precede al del Congreso, en tanto que en la propuesta que se discute en 2023 esa colocación de los capítulos se ha invertido. Se sigue así el estándar de las constituciones democráticas.

3. *Sistema de controles políticos*

La Constitución en vigor prevé que la Cámara de Diputados puede fiscalizar los actos de gobierno y determinar si hay lugar a las acusaciones contra el presidente de la República, los ministros de Estado, los magistrados y los militares de alta graduación (artículo 48). En el caso del presidente se establece que la acusación procede "por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes". Este precepto no se relaciona con modalidades de control político regular sino con el enjuiciamiento de los altos cargo.

Conforme a la norma en vigor los ministros están facultados para intervenir en los debates congresuales (artículo 37), pero las cámaras carecen de instrumentos para supervisar el desempeño del gabinete, dar seguimiento a los programas de gobierno y preguntar e interpelar a los ministros. Como es evidente, si no se cuenta con esos instrumentos mínimos, tampoco se considera la opción de otorgar o retirar la confianza a quienes integran el gobierno. La propuesta reitera la participación de los ministros en los debates camarales (artículo 106) y añade una fórmula innocua que faculta a las cámaras para citarlos a concurrir a sesiones especiales.

En el contexto de las constituciones democráticas contemporáneas, esta propuesta no se acoge la tendencia general de incorporar instrumentos de control político como los que fueron mencionados más arriba.

4. *Órganos constitucionales*

Son relevantes dos órganos: el Banco Central, previsto como un organismo autónomo de carácter técnico (artículo 97), y la Contraloría General de la República (artículos 87 y siguientes), que también figura en la propuesta (artículos 194 y siguientes) con el carácter de organismo autónomo. Se trata de un ente con un enorme poder. Los cambios propuestos en cuanto a sus funciones se pueden advertir en el cuadro siguiente:

Tabla 2. Contraloría General de la República

Propuesta	*Constitución vigente*
Artículo 194	*Artículos 61, 93, 98, 99*
1. Un organismo autónomo, denominado Contraloría General de la República, ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración del Estado y de la administración regional y local, así como de la probidad en el ejercicio de la función administrativa.	Art. 98. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes;
2. La Contraloría General de la República tiene por funciones:	
a) Controlar la legalidad de los actos de la Administración, pudiendo tomar razón de los decretos y resoluciones, y emitir dictámenes.	
b) Fiscalizar y auditar la legalidad del ingreso, el gasto y la inversión de los fondos públicos, de la Administración del Estado, regional y local, y de los demás organismos y servicios públicos que determinen las leyes.	
Cuando corresponda, la Contraloría podrá fiscalizar a los privados solo respecto de la recepción de fondos públicos para un fin específico, y para el único efecto de determinar si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad.	
c) Informar la gestión financiera y emitir la normativa contable de la Administración.	
d) Examinar y efectuar reparos a las cuentas, de acuerdo con la ley.	(Art. 98)… llevará la contabilidad general de la Nación, …
3. La Contraloría General de la República ejercerá sus atribuciones en cada una de las regiones del país, de acuerdo a lo establecido en la ley institucional. Las contralorías regionales tienen por función principal el control de la administración regional y local del Estado.	

Propuesta	*Constitución vigente*
Artículo 194	*Artículos 61, 93, 98, 99*
4. Los actos de la Contraloría General de la República se regirán por los principios de probidad, transparencia, publicidad, celeridad y rendición de cuentas. El contralor general rendirá cuenta anual al Congreso Nacional en la forma que determine la ley.	
5. Una ley institucional regulará su organización, funcionamiento y otras competencias y determinará las atribuciones que tendrá a nivel regional y local, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo.	(Art. 99) En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.
	(Art. 98)… examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades …
Artículo 195	
1. La Contraloría será dirigida por un contralor general de la República. Será designado por el presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio. Ejercerá su cargo por un período de ocho años, no podrá ser designado para el período siguiente y será inamovible. Con todo, cesará en su cargo al cumplir setenta y cinco años de edad. El proceso de designación deberá iniciarse noventa días antes de que el titular en ejercicio cese en el cargo.	(Art. 98)[35] El contralor general de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.
2. El Contralor General deberá tener a lo menos quince años de título de abogado y contar con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones, así como poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.	(El contralor general de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado,)

[35] Fue reformado mediante la Ley 20.050 de 2005; con anterioridad el Senado aprobaba el nombramiento presidencial por mayoría absoluta, no por mayoría calificada.

Propuesta	*Constitución vigente*
Artículo 196	
1. El contralor general tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad con la ley y mediante una resolución dictada por este, deben tramitarse por la Contraloría General de la República o representará la ilegalidad de que puedan adolecer.	(Art. 64) A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.
2. El contralor general deberá dar curso a los decretos y resoluciones cuando, a pesar de su representación por ilegalidad, el presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia completa de los respectivos decretos a la Cámara de Diputadas y Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.	(Art. 99) En el ejercicio de la función de control de legalidad, el contralor general tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.
3. Le corresponderá, asimismo, tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos[36] cuando ellos excedan o contravengan la respectiva ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.	(Art. 99) Corresponderá, asimismo, al contralor general de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

[36] En la terminología jurídica de Chile "representación" significa "negativa a tomar razón de un decreto o resolución que efectúa la Contraloría General de la República por considerarlo inconstitucional o ilegal, que habilita al presidente de la República, si no se conforma con ese pronunciamiento, a solicitar al Tribunal Constitucional que lo enmiende si la causa fuese la inconstitucionalidad, o a insistir con la firma de todos los ministros de Estado ante la propia Contraloría en que tome razón si el motivo fuese la ilegalidad." Véase *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

Propuesta	*Constitución vigente*
Artículo 196	
4. Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el presidente de la República no tendrá la facultad de insistir. En caso de no conformarse con la representación de la Contraloría General de la República, podrá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, con el fin de que este resuelva la controversia.	(Art. 99) Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.
5. No se tomará razón de ningún decreto o resolución que apruebe desembolsos o que comprometa pecuniariamente en cualquier forma la responsabilidad del Estado, si el gasto no está autorizado por la Ley de Presupuestos o por leyes especiales.	(Art. 100) Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago.
6. El contralor general interpretará en forma obligatoria y vinculante para la Administración la legislación administrativa sobre asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los organismos administrativos y servicios públicos sujetos a su fiscalización. La ley asegurará que el procedimiento para la emisión de los dictámenes sea transparente, garantizando la debida intervención de los interesados.	
7. Todo acto de la Contraloría será impugnable judicialmente a través de las acciones constitucionales y legales.	

Propuesta	*Constitución vigente*
Artículo 196	
8. En el ejercicio de sus competencias, la Contraloría General de la República no podrá pronunciarse acerca del mérito o conveniencia de las decisiones de los sujetos sometidos a su control, ni pronunciarse sobre asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.	
9. Los actos de los gobiernos regionales y locales de efectos generales, y los que irroguen gasto público, estarán afectos a toma de razón, de conformidad a la ley.	
10. La Contraloría, dentro del ámbito de su competencia, establecerá los criterios de actuación de los órganos de control interno de las municipalidades.	
Artículo 197	
Habrá un Tribunal de Cuentas que juzgará los reparos a las cuentas realizadas por la Contraloría General de la República. Su organización, atribuciones y procedimiento son materias de ley institucional.	
Artículo 173	
h) Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el presidente en conformidad con el inciso 4 del artículo 196.	(Art. 82, 6º) Atribuciones del Tribunal Constitucional): Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el presidente en conformidad al artículo 88;

Fuente: Elaboración propia.

Conforme a la Constitución en vigor el presidente se puede inconformar ante el Tribunal Constitucional por las decisiones de la Contraloría; de acuerdo con la propuesta en curso los reparos a las cuentas realizadas por la Contraloría se pueden formular ante el Tribunal de Cuentas (artículo 191),

organismo cuya creación se propone. La Contraloría ve incrementadas sus facultades en la propuesta, si bien aparece un nuevo órgano para evitar excesos. El recurso ante el Tribunal Constitucional procedía cuando se estimaba una violación a la norma suprema, en tanto que la presencia de un Tribunal de Cuentas ofrece mayor seguridad jurídica a los entes de la administración, de tal manera que se conjure la posibilidad de actos sin fundamento legal o arbitrarios. El diseño parece adecuado para contribuir al manejo responsable de los recursos públicos, evitando los excesos potenciales de un órgano dotado de atribuciones exorbitantes y acerca del que no existían medios eficaces de impugnación.

Para entender la función de esta institución, característica del ordenamiento chileno, es necesario tener en cuenta que fue establecida por el decreto ley 400 bis, de 1927. Surgió como parte de las recomendaciones hechas en 1925 por Edwin Kemmerer, economista de la Universidad de Princeton. Concluida la experiencia parlamentarista a la que hice referencia más arriba, el objetivo de la Contraloría se inscribía en la necesidad de reorganizar la administración pública y conjurar la corrupción.[37] Esta decisión era fundamental entre, otras cosas, para acceder al crédito internacional.[38]

Desde su creación se estableció que esa institución sería la oficina central de contabilidad, fiscalización y estadística del Estado, entre cuyas atribuciones estaba "la supervigilancia sobre oficinas públicas, para exigirles el cumplimiento de las leyes, decretos e instrucciones relativos a las materias de su competencia" (artículo 1o.). El objetivo era poner fin a la desorganización en el manejo de los recursos fiscales, que había conducido a una "situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos".

La respuesta institucional a ese estado de cosas se tradujo en la creación de un organismo dotado de gran poder público, cuya incorporación a la Constitución se produjo mediante la ley 7727 de reforma constitucio-

[37] Para un amplio estudio histórico, véase Obando Camino, Iván Mauricio, y Allesch Penailillo, Johan Stefan, "Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile", en *Direito, Estado e Sociedade*, Río de Janeiro, Pontificia Universidade Católica, núm. 46, enero/junio de 2015, pp. 156-191.

[38] *Cfr.* Jocelyn-Holt Letelier, Alfredo, "La Contraloría General de la República: su sentido histórico", en *Estudios Públicos*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, número 137, verano de 2015, pp. 141 y ss.

nal, en 1943. El artículo 21 constitucional fue adicionado para establecer "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñara las demás funciones que le encomiende la ley." Sus características institucionales le han impreso una modalidad de control administrativo del gobierno nacional y de los entes locales. Esta situación ha sido objeto de diversos análisis y planteamientos de reforma, muchos de los cuales se ven recogidos en la propuesta en curso, como es el caso de reforzar el control del desempeño de las administraciones.[39]

La propuesta introduce las modificaciones cotejadas en el cuadro anterior con el texto constitucional vigente, con el propósito de corregir los excesos a los que toda institución se vuelve proclive cuando no se le hacen las adecuaciones que su propia experiencia aconseja. La complejidad de la Contraloría proviene de la amplitud de sus funciones en materias de auditoría, contabilidad, jurisdicción y control jurídico. Esto explica que se proponga la creación de un Tribunal de Cuentas, que coadyuve a la realización de las tareas de la Contraloría. Al frente de la Contraloría ha habido figuras eminentes del servicio público y de la academia; durante casi un siglo de existencia prevalece el reconocimiento de sus resultados con relación a los objetivos previstos.

En cuanto a su nueva configuración considero relevante que el Contralor dé cuenta anual de su actividad al Congreso, pues esto permitirá que los resultados de su trabajo sean utilizados como parte de los controles políticos congresuales. En el marco de un sistema presidencial, este nuevo encuadramiento de la Contraloría puede contribuir a atenuar los efectos de la concentración de facultades presidenciales a las que aludí más arriba.

En un amplio diálogo académico Francisco Zúñiga y Alejandro Vergara apuntaron los puntos vulnerables de la Contraloría y sus propuestas

[39] Véase, por ejemplo, Galli Basili, Juan Francisco, "El rol de la Contraloría en el Estado chileno actual: ¿debería actuar la Cámara de Diputados como su mandante en el ejercicio de la función fiscalizadora?", Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Versión electrónica consultada el 8 de octubre de 2023, disponible en: *https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUET/Modernizacion_y_Regulacion/Rol_de_la_Contraloria_en_el_Estado_Chilenos_actual.pdf.*

de reforma, con anterioridad al proceso constituyente; también se han sugerido modificaciones procedimentales para mejorar la calidad del trabajo de la Contraloría. El tono dominante de las expresiones converge en el reconocimiento de la utilidad de esa institución y de la valoración social positiva que ha recibido.[40]

5. *Balance*

En materia de organización y funcionamiento de los órganos políticos del poder, son pocas y de significación menor las diferencias entre la Constitución de 1980 y la propuesta de nueva Constitución. Cuando la norma vigente fue sometida a plebiscito y luego promulgada por Augusto Pinochet, la suma de potestades conferidas al presidente era parte de un esquema de concentración del poder. Además, el dictador necesitaba instrumentos de apariencia legitimadora, por lo que el transitorio decimocuarto dispuso que "Durante el periodo indicado en la disposición anterior [ocho años, contados a partir del inicio de la vigencia de la Constitución] continuará como presidente de la República el actual presidente, general de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, quien durará en el cargo hasta el término de dicho periodo". Además, el "artículo final", carente de número, ordenó que la Constitución fuese aprobada mediante plebiscito. Con anterioridad recurrió al mismo expediente plebiscitario en 1978, utilizando este mecanismo como una estratagema para para el desempeño de la presidencia. Nunca se sometió a elecciones libres, por lo que no hubo una decisión democrática y, cuando pretendió alterar la prohibición de reelección inmediata de la Constitución, en el célebre plebiscito de 1988, triunfó la opción del "no".

El constitucionalismo chileno tiene una tradición favorable a la elección del presidente por mayoría absoluta. La Constitución de 1925 disponía que, si ningún candidato presidencial obtenía la mayoría absoluta, el Congreso pleno "elegiría entre los ciudadanos que hubiesen obtenido

[40] Vergara, Alejandro, y Zúñiga, Francisco, "Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 35, No. 2, 2008, pp. 371 y ss. Véase también Waissbluth, Mario, y Von Wolfersdorff, Jeannette, "Reestructuración de la Contraloría General de la República. Reflexiones de valor público", Centro de Sistemas Públicos, 2018, consultada el 14 de octubre de 2023 en: *https://www.sistemaspublicos.cl/publicacion/contraloria/*

en empate la más alta mayoría relativa" (artículo 64). La ventaja relativa de este procedimiento consistía en que obligaba a la construcción de una mayoría en el Congreso, que se pronunciaba mediante votación secreta (artículo 65). De esta manera al menos se conformaba una mayoría, así fuera efímera, que ofrecía una base mínima de consenso parlamentario. En contraste, el balotaje tiende a fragmentar a las fuerzas políticas y a dificultar la formación de una mayoría parlamentaria estable que contribuya a la gobernabilidad. El pluralismo es una virtud de la democracia, pero la atomización de las fuerzas políticas genera inestabilidad en las relaciones entre los órganos del poder e impredecibilidad en cuanto a la oportunidad y al sentido de las decisiones. El equilibrio necesario para gobernar, y para salir del esquema presidencialista rígido, hace recomendables instrumentos electorales que auspicien la formación de partidos con la mayor capacidad posible de captación de votos, lo que a su vez propicia una integración congresual menos dividida.

No hay fórmulas electorales infalibles, pero sí existen las que conducen a mejores resultados en cuanto a gobernabilidad. La exigencia de mayoría presidencial absoluta no es relevante en cuanto a la legitimidad de los jefes de Estado y de gobierno, a condición de que los comicios sean libres y transparentes; en cambio, corresponde a la idea de que los presidentes sigan siendo jefes supremos, conforme a un patrón explicable en el siglo XIX, cuando se requería la acción pacificadora desde el poder, pero no en una etapa avanzada de desarrollo cívico, social, cultural e institucional.

Chile tiene una tradición presidencialista sólo interrumpida por un breve ensayo parlamentario. Desde la Constitución de 1833 se estableció que el presidente sería "el jefe Supremo de la Nación" (artículo 59), lo que repitió en términos literales el artículo 60 de la Constitución de 1925. Esta tradición fue recogida por la dictadura de la que emanó la Constitución de 1980 y no es reformada en la propuesta en trámite.

III. Reflexión final

Una de las claves del constitucionalismo moderno y contemporáneo consiste en evitar la concentración del poder. De esto dependen, en buena medida, la eficacia del Estado de derecho, la observancia de los derechos fundamentales y la gobernabilidad democrática.

Para el constitucionalismo se ha vuelto irrelevante hacer o no mención expresa de la separación de poderes e incluso aplicar el nomenclador "poder" a los diferentes órganos del Estado. Lo que cuenta es que el diseño de las instituciones públicas prevea la diferenciación de funciones, sus formas de interacción y los controles adecuados para impedir distorsiones.

La teoría clásica de la separación fue muy inspiradora para los constituyentes; resultó indispensable en la lucha contra el absolutismo y entró en sinergia con los constructos del contrato social y de la soberanía popular y nacional. También tuvo, entre otras limitaciones, un carácter estático que en diversos casos condujo a compartimentar el poder, creando ínsulas que reproducían en menor escala el modelo absolutista. Esta tendencia se dejó sentir sobre todo en los órganos políticos del poder, parlamento y gobierno, dando lugar a una competición que acabó generando efectos que la teoría clásica no previó: poderes hegemónicos, que en muchas ocasiones parecieron un sustituto republicano del absolutismo.

Como factor de temperación, Maquiavelo y luego numerosos autores, entre ellos Montesquieu, aludieron a la virtud del gobernante como una necesidad para el éxito de las instituciones. El constitucionalismo remplazó ese concepto por el de sujeción al derecho; los gobernantes virtuosos dejaron su lugar a los gobernantes responsables. Empero, este sigue siendo un objetivo precario; las experiencias históricas de los Estados dan cuenta de las vicisitudes constitucionales por las que atraviesan o lo han hecho.

Las expresiones hegemónicas menudean, y entre ellas descuellan los personalismos, muchas veces auténticos cesarismos, que dejan una huella amarga en la historia constitucional de todos los continentes. La experiencia demuestra que la sola caracterización formal de la separación significa poco; casi todas las constituciones nominales la contemplan. Lo que cuenta es la dinámica del poder; si la previsión normativa corresponde a un diseño adecuado, la separación del ejercicio de las funciones del poder hace posible que el Estado constitucional dé resultados.

De un diseño acertado depende que los órganos del poder cumplan sus funciones y satisfagan las expectativas de los gobernados. La garantía de los derechos depende de que los órganos del poder actúen dentro de los cauces señalados por la norma. Hacer converger el hecho con el derecho es un propósito presente en todo Estado constitucional. Cualquier desviación, trátese de omisión o de exceso, debe ser corregida de manera oportuna y eficaz, sin que esto signifique paralizar u obstruir la acción de los órganos del po-

der. Conducir la dinámica del poder es la parte más difícil que resuelven los diseños, porque las tensiones y rivalidades políticas entre los protagonistas, los apetitos y las patologías personales, incluso las ineptitudes, son factores que influyen en el desempeño de las instituciones. Ignorar los elementos coyunturales y las externalidades a las que están sometidas las instituciones en su acción cotidiana es una causa de diseños defectuosos.

IV. Fuentes

Aristóteles, *Política*.

Astudillo Reyes, César Iván, y Córdova Vianello, Lorenzo, (coordinadores y coautores) *Reforma y control de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Ayala Corao, Carlos, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2004.

Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.

Cárdenas, Jaime, *El proceso constituyente chileno: de la esperanza al rechazo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2023.

Cardozo, Benjamin, *The nature of judicial process*, New Haven Yale University Press, 1949.

Carpizo, Jorge, *El tribunal constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009.

Cassese, Sabino, *Il governo dei judici*, Roma, Editori Laterza, 2022.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinador y coautor) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003.

Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1980.

Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor, *Introducción al derecho procesal internacional*, México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019.

Friedman, Barry, "Dialogue and judicial review", en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan University, vol. 91, núm. 4, 1993.

Galli Basili, Juan Francisco, "El rol de la Contraloría en el Estado chileno actual: ¿debería actuar la Cámara de Diputados como su mandante en el ejercicio de la función fiscalizadora?", Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Versión electrónica consultada el 8 de octubre de 2023, en: *https://*

www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUET/Modernizacion_y_Regulacion/Rol_de_la_Contraloria_en_el_Estado_Chilenos_actual.pdf.

García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, vol. 14, diciembre de 2013.

Hand, Learned, reseña de la obra de Lambert en *Political Science Quarterly*, Oxford University Press, vol. 37, núm. 1, marzo de 1922.

Hirschl, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2004.

Jocelyn-Holt Letelier, Alfredo, "La Contraloría General de la República: su sentido histórico", en *Estudios Públicos*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, número 137, verano de 2015.

Lambert, Eduard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Marcel Giard, 1921.

López Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

Mommsen, Theodor, *Compendio del derecho público romano*, Madrid, La España Moderna, 1899.

Obando Camino, Iván Mauricio y Allesch Penailillo, Johan Stefan, "Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile", en *Direito, Estado e Sociedade*, Río de Janeiro, Pontificia Universidade Católica, núm. 46, enero/junio de 2015.

Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.

Rosanvallon, Pierre, *La legitimité démocratique*, París, Editions du Seuil, 2008.

Salazar, Pedro, *El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2021.

Serna, José María, *Derecho constitucional mexicano en su contexto*, México, Porrúa–UNAM, 2018.

Strayer, Joseph R., *On the medieval origins of the modern State*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1957.

Vergara, Alejandro y Zúñiga, Francisco, "Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 35, No. 2, 2008.

Waissbluth, Mario y Von Wolfersdorff, Jeannette, "Reestructuración de la Contraloría General de la República. Reflexiones de valor público", Centro de Sistemas Públicos, 2018.

Capítulo segundo

El constitucionalismo frente a la cuenta regresiva de la humanidad: reflexiones en torno a la protección del derecho al medioambiente sano y a la naturaleza

Viviana Krsticevic*

Sumario: I. *Obligaciones derivadas del derecho internacional.* II. *Notas para el desarrollo del derecho a un medioambiente sano basado en el derecho constitucional comparado y el derecho internacional*. III. *Reflexiones sobre el proyecto de texto constitucional chileno*. IV. *Debates sobre el alcance de la protección de los derechos para su conformidad con las obligaciones internacionales*. V. *Bibliografía.*

El derecho a un medioambiente sano tiene un reconocimiento de larga data a nivel regional americano y ha sido recogido con gran interés y consenso a nivel global en los últimos años.[1] En el ámbito internacional, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha reconocido el derecho a gozar de un medio ambiente sano, limpio y sostenible culminando décadas de desarrollo en la temática.[2] En

* La autora agradece el apoyo de Lucía Belen Araque y de Alvaro Montenegro en la asistencia a la investigación y la edición del capítulo. Asimismo, extiende su gratitud a los y las expertos que participaron de los debates de los documentos incluidos en este volumen, al profesor decano emérito Claudio Grossman por su liderazgo en el proceso de reflexión y a Marta Treviño Leyva por su apoyo en todo el proceso.

1 Asamblea General de la ONU, *Resolución 76/22 - El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, 26 de julio de 2022, A/RES/76/300, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F76%2F300&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

2 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 48/13 - El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, 18 de octubre de 2021, A/HRC/RES/48/13, disponible en : *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%-*

su reciente resolución sobre dicha materia reconoce —a nivel global— este derecho como central para el disfrute de los derechos humanos, "[y] observa que está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente".[3]

Adicionalmente, su vínculo ineludible con el desarrollo sustentable —reflejado en los objetivos de desarrollo sustentable (ODS)— ha generado un gran interés en el tema en áreas tan vastas como: la protección de los océanos, los mares y los recursos marinos; el acceso al agua y el saneamiento; la gestión sostenible de los bosques, la detención de la desertificación, y la pérdida de biodiversidad; las ciudades sostenibles; la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus impactos.[4] A ello se suma la conciencia creciente de la emergencia climática en diversos espacios de la política, la ciencia, el derecho y la sociedad, especialmente a partir de los sucesivos informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC),[5] el Acuerdo de París,[6] y la pandemia del Covid-19. Todo ello ha generado una serie de desarrollos sobre el derecho al medioambiente sano plasmados en las reformas constitucionales, y en tratados, jurisprudencia y doctrina internacionales en la materia.[7]

El medioambiente no solo es un tema clave para el presente, sino para los años que vienen y para las generaciones futuras. La trayectoria de la crisis climática y los efectos en el país, la región y el mundo lo hacen un tema ineludible y central para las próximas décadas. De acuerdo con el consenso expresado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre

2F48%2F13&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

3 *Ibidem*, pto. 2.

4 Véase Asamblea General de la ONU, *Resolución 70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, disponible en: *https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

5 Véase IPCC, "IPCC en español", disponible en: *https://www.ipcc.ch/languages-2/spanish/* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). Esta organización internacional elabora informes que contribuyen al avance de los compromisos asumidos en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC). La 21a Conferencia de las Partes (COP21) de la CMNUCC, realizada en París entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015, es la que culmina con el Acuerdo de París.

6 Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015 (e.v. 4 de noviembre de 2016), disponible en: *https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_*.pdf (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

7 Véase CEPAL, "Observatorio del Principio 10 en América Latina y El Caribe", disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/treaties* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

el Cambio Climático (IPCC), nos encontramos en una cuenta regresiva de siete años para evitar un calentamiento global que supere 1,5 grados Celsius de las temperaturas preindustriales.[8] En este período, si no se generan algunos cambios a nivel global que reviertan las tendencias actuales, las consecuencias serán catastróficas para la humanidad; a la vez, serán dispares, porque afectarán en mayor medida al hemisferio sur, a las comunidades y personas en situación de mayor vulnerabilidad;[9] y tendrán efectos palpables para la economía, la naturaleza y la ciudadanía en el país expresados en sequías, inundaciones, temperaturas extremas, suba del nivel del mar, etcétera.

Estos impactos generan importantes consecuencias para los derechos de las personas como dan cuenta numerosos informes científicos, documentos de política ambiental, e informes sobre derechos humanos. Las sequías, inundaciones y otros fenómenos climáticos extremos distorsionan las cadenas alimentarias, generando afectaciones a la salud y la vida, particularmente de las personas en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, los(as) niños(as) y los pueblos indígenas. A su vez, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) proyecta en millones la movilidad forzada vinculada a las consecuencias de la emergencia climática en las próximas décadas.[10] Algunos de los contaminantes de mayor impacto para el calentamiento global como el carbono negro generan cotidianamente enfermedades y muertes tempranas en las poblaciones de megaciudades del continente y de Asia.[11]

[8] Véase IPCC, Calentamiento global de 1,5°C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza, Resumen para responsables de políticas, 2019, p. 6, disponible en: *https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[9] Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 48/14 - Mandato del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático*, 8 de octubre de 2021, A/HRC/RES/48/14, p. 2, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F48%2F14&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[10] ACNUR, "Cambio climático y desplazamiento por desastres", disponible en: *https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[11] Hierro, Lola, "La mitad de los glaciares del Himalaya, en riesgo de desaparecer por calentamiento global", *El País*, 4 de febrero de 2019, disponible en: *https://elpais.com/*

Para dar cuenta de la dimensión de la crisis, notamos que, de acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), estaría en riesgo debido a la crisis climática la sobrevivencia de 1 billón de niños(as) a nivel mundial, casi la mitad del total de 2.200 millones que hay en el mundo.[12] Estos niños y niñas se enfrentan a la combinación letal de estar expuestos a múltiples perturbaciones climáticas y medioambientales, y ser altamente vulnerables debido a la precariedad de los servicios esenciales que reciben, como el agua y el saneamiento, la atención médica, y la educación.

Según el IPCC, focos o "*hotspots* globales de alta vulnerabilidad humana se encuentran sobre todo en América Central y del Sur".[13] En Chile, las consecuencias del cambio climático son palpables en la actualidad y es posible que se agudicen de manera notable en los próximos cincuenta años. Entre ellas se encuentran los ciclos de sequía que azotan al país, los crecientes deshielos en los Andes, y el impacto potencial del aumento de los mares en la población y la economía costera.[14] De acuerdo con fuentes gubernamentales, las implicaciones del cambio climático en el país generan las siguientes consecuencias: mega sequías,[15] aumentos progresivos de temperatura y olas de calor, y erosión de costas.[16]

elpais/2019/01/30/planeta_futuro/1548855988_227740.html (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

12 UNICEF, "1.000 millones de niños están gravemente expuestos a los efectos de la crisis del clima", disponible en: *https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/1000-millones-ninos-gravemente-expuestos-efectos-crisis-del-clima* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

13 IPCC, *Summary for policymakers-Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2022, p. 12, disponible en: *https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024) [traducción propia].

14 United Nations Climate Change, "La megasequía, el deshielo de los glaciares, las precipitaciones extremas y la deforestación acarrean graves efectos en América Latina y el Caribe", 22 de julio de 2022, disponible en: *https://unfccc.int/es/news/la-megasequia-el-deshielo-de-los-glaciares-las-precipitaciones-extremas-y-la-deforestacion-acarrean* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

15 Unidad de Reducción de Riesgo de Desastre del Ministerio de Educación de la República de Chile, "Mega sequía región de Atacama a Región de Los Lagos", disponible en: *https://emergenciaydesastres.mineduc.cl/archivo/859* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

16 Ministerio del Medio Ambiente de la República de Chile, "Chile es un país vulnerable al cambio climático", disponible en: *https://cambioclimatico.mma.gob.cl* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Por su parte, el Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile, citando al IPCC,[17] señala que el cambio climático tendrá estos efectos en el país:

> 1) reducción de las precipitaciones (líquidas y sólidas), 2) disminución de los caudales, 3) aumento de la demanda evaporativa, 4) sequía recurrente y prolongada, 5) caudales máximos que superen los registros históricos (mayor riesgo de inundaciones), 6) mayor ocurrencia y severidad de incendios forestales, 7) disminución de la humedad del suelo, y fuera del rango de valores observados y reconstruidos en el último milenio, 8) disminución en la extensión y duración de la capa de nieve estacional, 9) aumento de la isoterma 0°C, 10) aumento de las temperaturas, 11) proceso de aridificación con una magnitud mayor a la observada en el último milenio, 12) cambios en la trayectoria de las tormentas, y 13) tendencia al enfriamiento de la costa chilena.[18]

Adicionalmente, la protección del medioambiente continúa siendo una prioridad para vastos sectores de la población afectados por la contaminación del aire, la megasequía, las inundaciones, entre otros fenómenos climáticos extremos.[19] Sin lugar a duda, el derecho a un medioambiente sano será parte de la Constitución chilena, pero aún queda pendiente cuál será su alcance y sus resguardos. Como fuera destacado por otros(as) auto-

[17] IPCC, Climate Change 2021: The Physical Science Basis, 2021, disponible en: *https://report.ipcc.ch/ar6/wg1/IPCC_AR6_WGI_FullReport.pdf (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[18] Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile, "Medio ambiente y propuesta constitucional: ¿Avance o retroceso?", 22 de agosto de 2022, disponible en: *https://gobierno.uchile.cl/noticias/189409/medio-ambiente-y-propuesta-constitucional-avance-o-retroceso (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[19] Sobre cómo la emergencia climática agrava las desigualdades ya existentes y acrecienta aún más las vulnerabilidades de ciertos grupos, véase Asamblea General de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático, Ian Fry: Promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de la mitigación del cambio climático, las pérdidas y los daños y la participación*, 26 de julio de 2022, A/77/226, párr. 8 y sección III, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F77%2F226&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). El gobierno de Chile, por su parte, ha reconocido la importancia de adoptar acciones de mitigación del cambio climático que tengan en cuenta "la condición de mayor vulnerabilidad de grupos de la población más expuestos por situaciones de base". República de Chile, Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) de Chile, actualización 2020, p. 12, disponible en: *https://cambioclimatico.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/NDC_2020_Espanol_PDF_web.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

res(as), la Constitución actual lo recoge y una buena parte de las constituciones a nivel mundial incluyen cláusulas ligadas a asuntos ambientales.[20] El texto constitucional dependerá finalmente de una serie de factores que incluyen opciones sobre técnica constitucional, los temas centrales para el país, y las posibilidades de generar procesos de mayor garantía de estos derechos a partir de la carta de derechos, etcétera. Para ello vale la pena tener en cuenta, a modo de telón de fondo, las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado y las experiencias comparadas constitucionales en la materia. En este artículo, en primer lugar, se desarrollan, de manera sucinta las obligaciones internacionales en derechos humanos vinculadas con el derecho a un medioambiente sano (parte I); luego, se analiza el derecho comparado en la temática (parte II); luego, comprende unas reflexiones basadas en la adecuación del texto constitucional propuesto con las obligaciones internacionales del Estado chileno (parte III); y finalmente, concluye con unas reflexiones sobre la protección del derecho a un medioambiente sano.

I. Obligaciones derivadas del derecho internacional

Como en otras ramas del derecho, y en especial de los derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano y los derechos de la naturaleza han avanzado en un gradual reconocimiento. Paulatinamente se han elaborado instrumentos jurídicos de carácter nacional, regional y universal en aras de reconocer derechos, obligaciones, estándares que permitan transitar hacia la preservación del derecho a un medioambiente sano como un habilitante para la vida sana, para el desarrollo sustentable y para la preservación de la naturaleza. Adicionalmente, se ha avanzado en una serie de tratados de carácter medioambiental que generan obligaciones de derechos humanos o poseen un carácter híbrido.[21] A su vez, los consensos

[20] Naciones Unidas Chile, Constitucionalismo Ambiental en América Latina, 2022, disponible en: *https://chile.un.org/sites/default/files/2022-03/Constitucionalismo%20ambiental_21Marzo_OK_0.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[21] Véase Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 5 de junio de 1992 (e.v. 29 de diciembre de 1993), disponible en: *https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989 (e.v. 5 de mayo de 1992), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.*

científicos y políticos sobre el impacto de la emergencia climática para los derechos humanos dejan aún más claro el vínculo entre el derecho a un medio ambiente sano, a la naturaleza y otros derechos fundamentales como la vida y la sobrevivencia, los derechos de los y las niñas, el derecho a la salud, a la alimentación, a la residencia, a la propiedad, a la residencia, a la igualdad y la no discriminación, el acceso a la justicia y la información, la participación y la consulta, entre muchos otros.[22] Adicionalmente, aquellos consensos internacionales señalan las consecuencias sobre el presente, sobre las personas y comunidades en situación de mayor vulnerabilidad y las generaciones futuras, así como la importancia de las acciones de mitigación, adaptación, solidaridad y cooperación para el abordaje de la problemática a nivel nacional, regional y global. En consecuencia, se han creado una serie de protocolos e instrumentos que han sido utilizados para acelerar las respuestas a la emergencia climática a través de compromisos vinculantes o voluntarios, o del otorgamiento de recursos financieros a entidades públicas y privadas comprometidas con el desarrollo sostenible, o a acciones vinculadas a la respuesta a la crisis.[23]

org/es/media/158/download (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, adoptado el 22 de marzo de 1985 (e.v. 22 de septiembre de 1988), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/convenio-viena-la-proteccion-la-capa-ozono (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, adoptado el 16 de septiembre de 1987 (e.v. 1 de enero de 1989), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/protocolo-montreal-relativo-sustancias-que-agotan-la-capa-ozono* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), adoptada el 9 de mayo de 1992 (e.v. 21 de marzo de 1994), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/convencion-marco-naciones-unidas-cambio-climatico* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Protocolo de Kioto, aprobado el 11 de diciembre de 1997 (e.v. 16 de febrero de 2005), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/protocolo-kyoto-la-convencion-marco-cambio-climatico* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). Todos estos tratados han sido ratificados por el Estado de Chile.

22 UN, "Interview: connection between human rights and climate change «must not be denied»", 21 de octubre de 2022, disponible en: *https://news.un.org/en/story/2022/10/1129767* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

23 Tal es el caso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), establecidos en 2015 en la Agenda 2030 como marco de desarrollo global para suceder a los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Véase Asamblea General de la ONU, *Resolución 70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, *cit.* Otros ejemplos son los tratados mencionados en la nota al pie núm. 17, e iniciativas como el Fondo Verde para el Clima, mecanismo financiero de la CMNUCC para ayudar a países en desarrollo a implementar estrategias de mitigación y adaptación al cambio climático. Véase Green

A continuación, se realiza un recuento: en primer lugar, de los instrumentos jurídicos que recogen el derecho a un medioambiente sano; en segundo lugar, se menciona el plexo de derechos conocidos como de acceso y los derechos autónomos vinculados al derecho a un medioambiente sano y los derechos de la naturaleza; y, en tercer lugar, se incluyen algunas consideraciones sobre las pautas de interpretación del alcance de los derechos con especial énfasis en la cristalización del principio precautorio en el derecho internacional.

1. *Derecho al medioambiente sano*

A partir de 1988 con la adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como "Protocolo de San Salvador".[24] A lo largo de las últimas tres décadas, se han adoptado instrumentos jurídicos interamericanos que rescatan de manera directa el derecho a un medioambiente sano como un elemento fundamental para la garantía de los derechos de las personas, el desarrollo sustentable, y la democracia. Cabe mencionar como antecedente a estos desarrollos en el marco interamericano la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América[25] de 1940, que recoge el interés en la protección de parques, monumentos naturales, y fauna y flora en extinción. Dos de los documentos interamericanos recientes hacen referencia expresa a las garantías de acceso al agua potable, sumándose así a los tratados universales que ya hacían referencia al agua y saneamiento. Para culminar, notamos que uno de los hitos en la protección del derecho al medioambiente sano es el reciente Acuerdo

Climate Fund, "About us", disponible en: *https://www.greenclimate.fund/about* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[24] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado el 17 de noviembre de 1988 (e.v. 16 de noviembre de 1999), disponible en: *https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[25] Convención Para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, adoptada el 12 de octubre de 1940 (e.v. 1 de mayo de 1942), disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

de Escazú,[26] adoptado en 2018 en el marco de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Este Acuerdo fue liderado por Costa Rica (sede) y Chile, quienes fueron copresidentes y dirigieron las discusiones.

Pasemos entonces a estudiar en detalle el alcance del derecho a un medioambiente sano según ha sido recogido en cada uno de los instrumentos jurídicos interamericanos.

El *Protocolo de San Salvador* incorpora expresamente el derecho en los siguientes términos: "Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

Luego, la *Carta Democrática Interamericana*,[27] aprobada en 2001, menciona de manera más precisa al vínculo del derecho a un medio ambiente con los derechos humanos y la democracia haciendo especial mención a las generaciones futuras. Así, afirma en su preámbulo que "un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política", y en su artículo 15 que "[e]l ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones".

En 2001 y 2002, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó sucesivas resoluciones que reconocen la relación entre el derecho al medioambiente sano y los derechos humanos,[28] haciendo énfasis en la necesaria visión armónica de los derechos humanos y el impacto de los daños ambientales en el resto de los derechos.

[26] Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, "Acuerdo de Escazú", adoptado el 4 de marzo de 2018 (e.v. 22 de abril de 2021), disponible en: *https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[27] Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Carta Democrática Interamericana"*, aprobada el 11 de septiembre de 2001, AG/RES. 1 (XXVIII-E/01), disponible en: *http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[28] Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Derechos Humanos y Medio Ambiente"*, aprobada el 5 de junio de 2001, AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/ag01/agres_1819.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Derechos Humanos y Medio Ambiente en Las Américas"*, aprobada el 4 de junio de 2002, AG/RES. 1896 (XXXII-O/02),

A su vez, la *Carta Social de las Américas,*[29] aprobada en 2012, reconoce en su preámbulo "que un medioambiente sano es indispensable para el desarrollo integral", y en su texto hace referencia a los desastres naturales, las obligaciones de solidaridad y cooperación, el papel crucial del acceso al agua y al saneamiento, los efectos desiguales del cambio climático, y los derechos de las generaciones futuras. El artículo 20 señala lo siguiente:

> Los Estados miembros reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental y que el acceso no discriminatorio de la población al agua potable y a los servicios de saneamiento, en el marco de las legislaciones y políticas nacionales, contribuye al objetivo de combatir la pobreza.
>
> Los Estados miembros, con base en sus realidades nacionales, se comprometen a continuar trabajando para garantizar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las presentes y futuras generaciones.

El artículo 22 agrega:

> Los desastres naturales y los provocados por el hombre afectan tanto a las poblaciones como a las economías y al medio ambiente. Reducir la vulnerabilidad de los países frente a estos desastres, con especial atención a las regiones y comunidades más vulnerables, incluidos los segmentos más pobres de las sociedades, es esencial para garantizar el progreso de nuestras naciones y la búsqueda de una mejor calidad de vida.
>
> Los Estados miembros se comprometen a mejorar la cooperación regional y a fortalecer su capacidad nacional técnica e institucional para la prevención, preparación, respuesta, rehabilitación, resiliencia, reducción de riesgos, mitigación del impacto y evaluación de los desastres. Los Estados miembros también se comprometen a enfrentar los impactos de la variabilidad climática, incluidos los fenómenos del "Niño" y de la "Niña", y los efectos adversos del cambio climático que representan un aumento de los riesgos para todos los países del Hemisferio, en particular para los países en desarrollo.

disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/ag02/agres_1896.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[29] Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Carta Social de las Américas"*, aprobada el 4 de junio de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2, disponible en: *https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fdocs%2Fpublications%2Fcarta_social_de_las_americas.doc&wdOrigin=BROWSELINK* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Por su parte, el artículo 29 reconoce que "[t]oda persona tiene derecho a disfrutar del patrimonio cultural y natural", y establece que "[l]os Estados miembros se comprometen asimismo a continuar protegiendo el patrimonio natural, teniendo en cuenta la importancia que tiene para el desarrollo sostenible la conservación de esos bienes únicos e irremplazables."

En 2015 fue aprobada la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*[30] como un instrumento pionero a nivel mundial para el reconocimiento de las personas adultas mayores. Entre los derechos humanos que consagra se encuentra el derecho a un medioambiente sano, en el artículo 25:

> La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza. b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.

El *Acuerdo de Escazú* es el instrumento regional más ambicioso en cuanto al reconocimiento del derecho a un medioambiente sano y al desarrollo sostenible de las generaciones presentes y futuras.[31] El mismo se inspira en un esfuerzo similar en al ámbito europeo en la década de los 90 conocido como "Convenio de Aarhus".[32] La estrategia del Acuerdo de Escazú consiste en reafirmar el desarrollo del derecho al medioambiente sano[33] y dar mayor contenido y precisión a tres de los llamados "derechos de acceso", que constituyen pilares para su protección: los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos

[30] Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015 (e.v. 13 de diciembre de 2016), disponible en: *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[31] Acuerdo de Escazú, artículo 1 *in fine*.

[32] Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, "Convenio de Aarhus", adoptado el 25 de junio de 1998 (e.v. 30 de octubre de 2001), disponible en: *https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aahrus.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[33] Acuerdo de Escazú, artículo 4.1 ("Cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo").

de toma de decisión ambiental, y acceso a la justicia en cuestiones ambientales.[34] Adicionalmente, este tratado recoge un cuarto pilar, eje transversal o cimiento: la protección de las personas defensoras del medioambiente y del espacio cívico.[35] De esa manera rescata la experiencia regional y mundial sobre la importancia de vivir en sociedades donde se pueda defender los derechos sin temor a retaliaciones, y de las personas defensoras de los territorios, la naturaleza y el medioambiente.[36]

Pasemos entonces a estudiar el marco de derechos que está vinculado de manera estrecha al derecho a un medioambiente sano.

[34] *Ibidem*, artículo 1 ("El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible"). Véase asimismo *ibidem*, artículos 5-8.

[35] *Ibidem*, artículo 9 ("Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales 1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. 2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico. 3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo").

[36] Sobre personas defensoras de los derechos ambientales, véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C, núm. 196, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de junio de 2022, Serie C, núm. 454, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst*, 3 de agosto de 2016, A/71/281, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F71%2F281&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta 8 de enero de 2024).

2. *La protección del derecho al medioambiente sano y su relación con la protección de otros derechos*

La protección del medioambiente sano y del derecho a un medioambiente sano está íntimamente ligada a la de otros derechos útiles para protegerlo, así como a la de una serie de derechos que son afectados de manera directa o indirecta por su vulneración.

Podemos ilustrar la primera categoría de derechos que habilitan la protección del medioambiente en el desarrollo del articulado del Acuerdo de Escazú, que se erige sobre la base de que una interpretación adecuada del derecho al acceso a la justicia, la información o la participación, tiene implicaciones para la protección del derecho a la justicia, información o participación en temas ambientales. Esta tradición de protección de un derecho a través de derechos llamados "de acceso", que otros autores denominan estrategias de protección "indirecta" o "comprensiva" de los derechos, es muy importante para la defensa de un medioambiente sano.[37]

En segundo lugar, la protección medioambiental puede analizarse como un presupuesto o un factor que afecta la protección de otros derechos. Entre los casos más claros se encuentra la afectación del derecho a la vida y la sobrevivencia, el derecho a la propiedad, el derecho a la residencia, entre otros. De ello dan cuenta numerosos documentos e informes del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante, "sistema interamericano" o "SIDH") y de Naciones Unidas sobre la temática.[38]

[37] En este mismo sentido se desarrolló buena parte de la jurisprudencia de derechos sociales en el sistema interamericano, vinculando aquellos a derechos que apoyan la garantía de los derechos o a interpretaciones comprensivas de derechos civiles. Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso de los "niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); entre otros.

[38] Véase, por ejemplo Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Serie A, núm. 24, párr. 47, disponi-

A estas estrategias para proteger el medioambiente se suma, en tercer lugar, el reconocimiento a nivel nacional e internacional de importantes desarrollos para la protección de diversos derechos de carácter ambiental de manera autónoma, como ocurre, por ejemplo, con los derechos al agua, a la calidad de aire, y a la naturaleza.

Varios tratados ratificados por el Estado chileno y sus interpretaciones reconocen la protección del medioambiente a través de derechos de acceso, derechos afectados por el mismo, y derechos de carácter autónomo con un vínculo estrecho con la protección ambiental. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH" o "Convención Americana"),[39] adoptada en 1969, consagra una serie de derechos cuya salvaguarda es fundamental para la tutela del derecho a un medioambiente sano y que son afectados por diversos fenómenos ambientales. Entre ellos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad personal, a la propiedad, a la residencia, a la información, a la justicia, a la participación, y los derechos de los(as) niños(as). Adicionalmente, el tratado recoge en su artículo 26 el compromiso de desarrollo progresivo de los derechos sociales en los siguientes términos:

> Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos

ble en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Asamblea General de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Ian Fry: Análisis de enfoques para mejorar la legislación en materia de cambio climático, apoyar los litigios climáticos y promover el principio de justicia intergeneracional*, 28 de julio de 2023, A/78/255, párr. 2, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F78%2F255&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Asamblea General de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ambientalmente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Marcos Orellana: Las etapas del ciclo del plástico y su impacto en los derechos humanos*, 22 de julio de 2021, A/76/207, párr. 9, disponible en: *https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a76207-implications-human-rights-environmentally-sound-management-and* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[39] Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969 (e.v. 18 de julio de 1979), disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, del año 1989, reconoce el derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo de los niños(as);[40] el deber de tener en cuenta los peligros y riesgos de la contaminación del medio ambiente, el suministro de agua potable salubre, y la promoción de la cooperación internacional para satisfacer el derecho a la salud de los(as) niños(as);[41] así como el derecho a la educación de los(as) niños(as) teniendo en cuenta el respeto del medio ambiente natural.[42] A esta lista se suma en cabeza de los(as) niños(as) una serie de derechos de acceso, y otros que se vulneran frente a la degradación ambiental.[43]

A continuación, resumimos una serie de desarrollos convencionales y jurisprudenciales que pueden ser relevantes a la hora de entender el marco de protección internacional del derecho al medioambiente sano en el sistema interamericano.

A. *Derechos al medioambiente sano y de la naturaleza*

En el marco del sistema interamericano no hay duda alguna de que el derecho a un medioambiente sano está tutelado internacionalmente. Ello está plasmado en los tratados y documentos antes reseñados, pero también en la doctrina y jurisprudencia del tribunal interamericano.

---

[40] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 (e.v. 2 de septiembre de 1990), artículo 6, disponible en: *https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[41] *Ibidem*, artículo 24 ("1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios; 2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: ... c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente...").

[42] *Ibidem*, artículo 29, e).

[43] Véase, por ejemplo, *ibidem*, artículos 12 (derecho a la participación), 17 (derecho a la información) y 27 (derecho a un nivel de vida adecuado).

Así, la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") pionera en materia ambiental, permite avanzar en el reconocimiento de estándares internacionales en este campo. La Corte IDH reconoce "el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente [en] el sistema interamericano de derechos humanos",[44] y su vínculo ineludible con el goce de otros derechos, llegando al punto de subrayar su carácter de "derecho fundamental para la existencia de la humanidad".[45] Adicionalmente, la Corte IDH sostiene que el derecho a un medio ambiente sano "debe considerarse incluido entre los derechos ... protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana", dada la obligación de los Estados de alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA.[46] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH" o "Comisión Interamericana") ha hecho lo propio en numerosos informes, decisiones, y declaraciones.[47]

Adicionalmente, si bien los derechos de la naturaleza no están expresamente protegidos en los textos convencionales, la Corte IDH se refirió a la protección de los elementos del entorno natural en el marco del reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho autónomo. En sus palabras:

[44] Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 55.

[45] *Ibidem*, párr. 59 *in fine*.

[46] Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada el 30 de abril de 1948 (e.v. 13 de diciembre de 1951), reformada por el "Protocolo de Buenos Aires", del 27 de febrero de 1967 (e.v. 27 de febrero de 1970), el "Protocolo de Cartagena de Indias", del 5 de diciembre de 1985 (e.v. 16 de noviembre de 1988), el "Protocolo de Washington", del 14 de diciembre de 1992 (e.v. 25 de septiembre de 1997), y el "Protocolo de Managua", del 10 de junio de 1993 (e.v. 29 de enero de 1996), disponible en: *https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[47] Véase, por ejemplo, CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 190, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); CIDH, *Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano (Caso 12.354) contra Panamá*, 13 de noviembre de 2012, párr. 233, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.354FondoEsp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); CIDH, *Resolución 3/2021 - Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*, 31 de diciembre de 2021, p. 4, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

> [Es] importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.[48]

De esta manera, el tribunal sugiere un enfoque protectorio no centrado exclusivamente en los impactos directos en las personas.

B. *La relevancia del derecho a la justicia para la protección del derecho al medioambiente sano*

La Convención Americana en su texto y según fuera interpretada por la Corte IDH es muy clara acerca del alcance del derecho a la protección judicial y las garantías del debido proceso frente a todos los derechos, incluidos los ambientales. En este sentido, el artículo 8o. de la CADH protege el acceso a la justicia de manera amplia para todo tipo de derechos.[49] Asimismo, el artículo 25 consagra el derecho a la protección judicial efectiva de los derechos y el derecho al amparo por medio de un recurso sencillo y rápido.[50] En esta misma línea, su doctrina y jurispru-

[48] Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 62.

[49] CADH, artículo 8 ("Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…").

[50] *Ibidem*, artículo 25 ("Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Parte se compro-

dencia, expresada —entre otras decisiones— en la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte IDH, reitera que el acceso a la justicia es una norma imperativa para garantizar los derechos humanos y los Estados deben otorgar los recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.[51]

En la doctrina y jurisprudencia interamericana se desarrollan algunos atributos fundamentales del derecho a la justicia para la protección del derecho al medioambiente. Uno de los más interesantes consiste en destacar los aspectos colectivos del derecho al medioambiente sano que pueden requerir no solo de acciones individuales sino de medidas de carácter colectivo para la protección adecuada de las diferentes dimensiones del derecho.[52]

Adicionalmente, la normativa internacional y la nacional comparada es firme en la necesidad de garantizar legislación, recursos y la implementación de sentencias frente al resarcimiento de los daños ambientales siguiendo el espíritu del Principio 10 de la Declaración de Río.[53]

C. *Derecho a la información-producción y acceso en materia ambiental*

meten: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso").

51 Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 237.

52 Véase, por ejemplo, *ibidem*, párrs. 234-235, y 237. En este espíritu también el ODS 16 (Paz, Justicia e Instituciones sólidas), cuyas metas incluyen "[p]romover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos" (16.3), "[g]arantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades" (16.7), "[g] arantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales" (16.10), entre otras. Véase Asamblea General de la ONU, *Resolución 70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, *cit.*

53 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, A/CONF.151/26/Rev.1, vol. 1, principio 10, disponible en: *https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Tanto la CIDH como la Corte IDH han explorado el alcance de la protección del derecho al medioambiente sano vinculado con el derecho al acceso a la información, dándole mayor especificidad y destacando los aspectos ambientales de este último. En el *Caso Claude Reyes vs. Chile*, la Corte IDH estableció que el Estado chileno había violado los derechos humanos de los demandantes al no proporcionarles acceso a información relevante sobre un proyecto que podría ocasionar daños al medio ambiente, y al no permitir su participación efectiva en el proceso de toma de decisiones.[54]

La Guía para el Acceso a la Información Ambiental en Contextos de Industrias Extractivas de Minería e Hidrocarburos,[55] publicada en 2021 por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, establece que los Estados deben difundir toda la información relacionada a las concesiones mineras, así como la información del posible daño ambiental y del impacto en las comunidades.

A su vez, en el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú se incluyen obligaciones detalladas de transparencia pasiva, producción activa de información, e información a ciertos grupos en situaciones previamente determinadas. Ambos tratados establecen, por ejemplo, que para requerir información, el público no debe invocar un interés particular,[56] y regulan de manera restrictiva las causales específicas para denegar la entrega de información (como la defensa nacional o la seguridad pública).[57]

La Corte IDH en su OC 23/17 es clara en reafirmar la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente.[58] Allí determina que es vital que "infor-

[54] Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151, párr. 77, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024) ("En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» «informaciones», protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención...").

[55] CIDH, *Guía para el Acceso a la Información Ambiental en Contextos de Industrias Extractivas de Minería e Hidrocarburos*, 2021, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ExtractivasESP.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[56] Convenio de Aarhus, artículo 4.1.a); Acuerdo de Escazú, artículo 5.2.a).

[57] Convenio de Aarhus, artículo 4.4; Acuerdo de Escazú, artículo 5.6.

[58] Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párrs. 213-225.

mación sobre la calidad ambiental, en impacto ambiental en la salud y los factores que lo influencian, además de información sobre la legislación y las políticas y asesoramiento sobre cómo obtener esa información"[59] esté al alcance de la población, ya que el derecho de acceso a la información es fundamental para consolidar empoderamiento en las poblaciones para que puedan exigir que se cumplan las obligaciones estatales, garantizando así la veeduría social y de la prensa.[60]

A su vez, de la jurisprudencia sostenida de la Corte IDH se deriva, no solo un deber de transparencia vinculado al acceso a la información sino un deber de producción, recolección y difusión de datos relevantes para la protección del derecho a la vida, a la integridad personal, y a la salud. En numerosas oportunidades el tribunal ha ordenado a los Estados el diseño e implementación de sistemas de recopilación de datos sobre casos de violencia contra las mujeres,[61] violencia contra periodistas y violencia de género contra mujeres periodistas,[62] violencia contra personas defensoras de derechos humanos,[63] violencia contra personas LGBTI+,[64] muertes en

59 *Ibidem*, párr. 223.

60 *Ibidem*, párr. 226.

61 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205, párrs. 508-512, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso Barboza de Souza y otros vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2021, Serie C, núm. 435, párr. 193, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm. 362, párr. 349, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

62 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Bedoya Lima y otra vs Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de agosto de 2021, Serie C, núm. 431, párr. 193, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/seriec_431_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

63 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*, *cit.*, párr. 178.

64 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C, núm. 402, párr. 252, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de marzo de 2021, Serie C, núm. 422, párr. 179, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

manos de fuerzas policiales,[65] entre otros fenómenos; así como la publicación de informes para garantizar que toda la población tenga acceso a esta información.

De ahí que sea posible deducir que, en la medida en la que afecte aquellos derechos, la interpretación autorizada de la normativa internacional requiere acciones positivas de producción de información medioambiental. Su contenido debe determinarse en virtud de algunos factores generales explicitados en documentos de carácter general medioambiental y adecuarse al contexto y vulnerabilidades potenciales del país como, por ejemplo, la existencia de vastas zonas costeras, la presencia de bosques y glaciares, etcétera.[66]

D. *La centralidad de la protección de las personas defensoras del medioambiente*

Existe un consenso a nivel global y regional sobre la importancia de las personas defensoras del medioambiente en la protección de este derecho, de la naturaleza y de las comunidades afectadas.[67] La protección del derecho al medioambiente sano, la respuesta a la emergencia climática, la lucha contra la contaminación o la tala ilegal y muchas otras causas de

[65] Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C, núm. 424, párr. 183, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_424_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[66] Convenio de Aarhus, artículo 5; Acuerdo de Escazú, artículo 6.

[67] Véase Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst*, *cit.* Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Defensores de los Derechos Humanos establece la responsabilidad de los Estados de proteger a las personas defensoras de derechos humanos, y garantizar que puedan llevar a cabo sus actividades sin sufrir violencia, intimidación ni represalias. Asamblea General de la ONU, *Resolución 53/144 - Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, aprobada el 8 de marzo de 1999, A/RES/53/144, disponible en: *https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-human-rights-defenders/declaration-human-rights-defenders#:~:text=La%20Declaración%20estipula%20la%20necesidad,situación%20prácticas%20de%20los%20defensores* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). La Declaración de Río también menciona la importancia de la participación ciudadana en la protección del medio ambiente y destaca el papel de quienes defienden derechos humanos en la promoción de prácticas ambientales sostenibles. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *cit.*

justicia ambiental dependen primordialmente de la capacidad de las personas, la ciudadanía, la comunidad científica, y las comunidades de alzar su voz, denunciar, proponer soluciones, interponer acciones, cabildear y movilizarse por sus derechos.

Sin embargo, este consenso contrasta con la realidad de nuestra región. Numerosos(as) relatores(as) especiales sobre la situación de las personas defensoras de derechos humanos de Naciones Unidas han llamado la atención sobre los persistentes obstáculos para la defensa de derechos en el continente americano, y en América Latina especialmente.[68] Entre estas barreras se encuentran las amenazas, los homicidios, y la impunidad que rodea a las agresiones,[69] así como la criminalización y estigmatización como métodos para silenciar a las personas activistas;[70] las demandas civiles millonarias (denominadas "litigios estratégicos contra la participación pública" o "*SLAPPs*", por sus siglas en inglés);[71] el hostigamiento y la discriminación interseccional a la que están sometidas las mujeres defensoras de la naturaleza.[72]

La protección de personas defensoras y de un espacio habilitante, constituyen un presupuesto necesario para la protección de los derechos

[68] Véase, por ejemplo, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst*, *cit.*, párrs. 1-2; Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Mary Lawlor: Última advertencia: los defensores de los derechos humanos, víctimas de amenazas de muerte y asesinatos*, 24 de diciembre de 2020, A/HRC/46/35, párr. 44, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F46%2F35&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[69] Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, *cit.*; Corte IDH, *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*, *cit.*; entre otros.

[70] Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 40... - Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible*, adoptada el 20 de marzo de 2019, A/HRC/40/L.22/Rev.1, pág. 3, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F40%2FL.22%2FRev.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[71] Corte IDH, *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2021, Serie C, núm. 446, párr. 95, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.*pdf (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[72] Global Witness, Última Línea de Defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente, 2021, p. 13, disponible en: *https://www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

humanos en general y de los derechos a un medioambiente sano y al desarrollo sostenible en particular. Es por ello que el Acuerdo de Escazú lo incluye como uno de sus pilares fundamentales o un cimiento de los derechos de acceso:

> Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. 1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. 2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.[73]

Así, destacamos la importancia de proteger expresamente a las personas defensoras de los derechos humanos en asuntos ambientales, y la relevancia para lograrlo de brindar un entorno seguro para que puedan realizar su labor. Que los Estados respeten y garanticen sus derechos de asociación, reunión, opinión, y expresión, y que tomen medidas efectivas para prevenir y sancionar ataques en su contra, es igualmente relevante.

E. *Derechos de los pueblos indígenas*

La Corte IDH ha reconocido el vínculo estrecho que existe entre la protección del derecho a un medioambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas en la medida que sus territorios y el acceso a los recursos naturales son fundamentales para su supervivencia y vida como pueblos.[74] El tribunal ha señalado que los pueblos indígenas son uno de los grupos en situación de vulnerabilidad que pueden sufrir mayores afectaciones

[73] Acuerdo de Escazú, artículo 9.
[74] Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párrs. 48 y 113.

por las consecuencias de la emergencia climática.[75] A su vez, una buena parte de la literatura considera a aquellos como colectivos fundamentales para la protección del medioambiente, los territorios y la lucha contra la deforestación; entre otras razones, se subraya que por su ubicación y las prácticas sustentables de uso de sus territorios, los pueblos indígenas se erigen como actores fundamentales para el equilibrio ecológico mundial.[76] Adicionalmente, se señala la relevancia de los territorios indígenas para la sobrevivencia de estos pueblos y la preservación de su cultura.[77]

La jurisprudencia sostenida de la Corte IDH requiere que los pueblos indígenas sean consultados de manera "libre, previa e informada" frente a proyectos con posibles efectos sobre su propiedad y otros derechos.[78] Cuando se trate de planes de desarrollo e inversión a gran escala que puedan afectar la integridad de sus territorios y recursos naturales, la obligación estatal no solo es de consultar sino también de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.[79] En relación con estos derechos[80] es necesario tomar en cuenta la conexión que los pueblos indígenas poseen,

[75] *Ibidem*, párr. 67; véase, en el mismo sentido, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, 15 de enero de 2009, A/HRC/10/61, párr. 51, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F10%2F61&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[76] Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párrs. 166 y 197.

[77] *Ibidem*, párrs. 48, 113 y 169.

[78] Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245, párrs. 159 y ss, disponible en: *https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 138. Además, esta consulta debe ser culturalmente adecuada, llevarse a cabo en el marco de una comunicación constante entre las partes, en un clima de confianza mutua y de buena fe, sin coerción por parte del Estado o terceros, con miras a alcanzar un consenso entre las partes. Véase *ibidem*, párrs. 177 y 185-186; Véase asimismo Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 133, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[79] Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *cit.*, párr. 134.

[80] Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, "Convenio 169 de la OIT", adoptado el 27 de junio de 1969 (e.v. 5 de septiembre de 1991), artículo 6, disponible en: *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

históricamente con sus territorios, relación que cuenta con protección interamericana.[81]

Es necesario subrayar que la falta de garantía y resolución de la temática territorial y de derechos ha tenido consecuencias graves para los pueblos indígenas, para la protección de la naturaleza y el Estado de Derecho; por ello, la jurisprudencia de la Corte IDH requiere que existan las mencionadas protecciones efectivas para los derechos de estas comunidades y se atiendan las causas de violencia y conflicto en los territorios.

F. *El derecho al agua*

El derecho al agua es un derecho humano fundamental reconocido internacionalmente, y el acceso al agua es un presupuesto de la vida digna.[82] En el ámbito universal, la preocupación por dicho derecho ha dado lugar al establecimiento de la Relatoría Especial sobre el Derecho al Agua y al Saneamiento por parte de Naciones Unidas en 2008.[83] Ya en 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) reconocía el derecho al agua en su Observación General número 15.[84] En este documento se hace referencia a los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y se establece que el derecho al agua es una condición previa indispensable para que pueda darse el reconocimiento de otros derechos. Desde entonces se reconocía que más de 1 mil millones de personas carecían de acceso al agua.

A su vez, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer consagra en su artículo 14 la obligación estatal de garantizar a las mujeres derechos iguales, entre ellos el acceso al

[81] Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 169.

[82] *Ibidem*, párr. 117.

[83] Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 7/22 - Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, 28 de marzo de 2008, A/HRC/RES/7/22, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRes%2F7%2F22&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[84] Comité DESC, *Observación General núm. 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11, disponible en: *https://www.undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=e%2Fc.12%2F2002%2F11&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

agua potable.[85] La preocupación por el agua y el saneamiento se ha expresado asimismo en numerosas declaraciones y compromisos internacionales incluidos los vinculados con los objetivos de desarrollo sustentable.[86] El Consejo de Derechos Humanos, por su parte, ha establecido que el derecho al agua es uno de los derechos más afectados por la emergencia climática.[87]

En el marco del SIDH, el derecho al agua ha sido reconocido en textos convencionales, declaraciones, y en la jurisprudencia del tribunal interamericano.[88]

[85] Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979 (e.v. 3 de septiembre de 1981), artículo 14, disponible en: *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[86] Por ejemplo, en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en 1995, se reconoció el derecho al agua y al saneamiento como esencial para el desarrollo. Véase Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995) 19 de abril de 1995, A/CONF.166/9, pp. 15, 23, 45 y 53, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCONF.166%2F9&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). Además, tanto los Objetivos de Desarrollo del Milenio como como los ODS buscan garantizar la disponibilidad y gestión sostenible del agua y el saneamiento para todas las personas. Véase Asamblea General de la ONU, *Resolución 55/2 - Declaración del Milenio*, 13 de septiembre de 2000, Objetivo III.19, A/RES/55/2, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F55%2F2&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Asamblea General de la ONU, *Resolución 70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, *cit.*, Objetivo 6.

[87] Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 35/... - Los derechos humanos y el cambio climático*, 19 de junio de 2017, A/HRC/35/L.32, p. 2, disponible en: *https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/35/L.32* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John h. Knox*, 1 de febrero de 2016, A/HRC/31/52, párrs. 9 y 23, disponible en *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F31%2F52&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024); Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, *cit.*, párrs. 18 y 24; Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente*, 16 de diciembre de 2001, A/HRC/19/34, párr. 7, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F19%2F34&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[88] Para un recuento de la normativa y jurisprudencia del SIDH en esta temática hasta 2015, véase CIDH, *Informe anual 2015. Capítulo IV.A: Acceso al agua en las Américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano*, 17 de mar-

G. *Principios de interpretación relevantes con un énfasis en la precaución*

Otro de los puntos de entrada a la protección de los derechos vinculados con el medioambiente sano y la naturaleza en el contexto de la emergencia climática es el desarrollo de los principios de interpretación del alcance de los derechos y deberes en los textos convencionales de derechos humanos y ambientales. Tradicionalmente, los tratados de derechos humanos incluyen cláusulas generosas de protección de las personas como el *principio pro persona* o *pro homine*, que rescata la regla de interpretación que permita la mayor y mejor protección de las personas.[89]

Adicionalmente, dichos acuerdos rescatan de manera sostenida las obligaciones de prevención y el principio de igualdad y no discriminación, que también son importantes articuladores de acciones frente a los derechos humanos y ambientales.[90] En este sentido, la *Corte IDH reafirma* esta función de *la obligación de prevención*[91] en relación con la protección de los derechos humanos frente a posibles daños generados por razones ambientales o a daños al medioambiente sano. Esta obligación general se deriva del artículo 1.1 de la CADH; y en su dimensión ambiental también tiene fundamento en el derecho internacional consuetudinario.[92] Aquella se extiende a la obligación de prevenir los daños "dentro o fuera del territorio del Estado de origen"[93] que tengan un impacto significati-

zo de 2016, parte I.D, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). Para desarrollos más recientes, véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C, núm. 400, párrs. 222-230, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

89 Véase CADH, artículo 29.

90 Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 22.

91 *Ibidem*, párrs. 127-145.

92 *Ibidem*, párr. 129. Asimismo, en el *Caso Lhaka Honhat vs. Argentina* la Corte afirma que el principio de prevención de daños ambientales es parte del derecho internacional consuetudinario. Así, el tribunal ha señalado que "en virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente". Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, *cit.*, párr. 142.

93 Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párrs. 133 y 103.

vo.[94] Y, por último, la obligación de prevención *debe tener en cuenta medidas adecuadas y proporcionales que contemplen el grado de riesgo del daño ambiental en función de las actividades o los ecosistemas afectados.*

Más aún, las cuestiones ambientales son de gran relevancia para el derecho a la igualdad frente a comunidades, grupos o naciones en situación de mayor vulnerabilidad, y generan importantes discusiones sobre las dimensiones de la igualdad intergeneracional. Así, la Corte IDH ha tenido en cuenta que diversos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales, y que ello "puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad", entre los que se encuentran los pueblos indígenas y "las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, [como] las áreas forestales o los dominios fluviales".[95] Por lo dicho, "con base en «la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación»".[96] En relación con este punto, la Corte IDH analiza además tanto las dimensiones individuales como colectivas del derecho a un medio ambiente sano. "En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras...".[97]

A su vez, teniendo en cuenta los principios de derecho ambiental y su intersección con la protección de los derechos humanos, tanto el Acuerdo de Escazú como la doctrina de la Corte IDH en su Opinión Consultiva 23/17 desarrollan, además de la obligación de prevención, el principio precautorio, y profundizan la relación entre derechos humanos y derecho de la naturaleza como marco de referencia de los Estados de las Américas.

El *principio de precaución* en materia ambiental es otro articulador de las acciones estatales, para "casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente".[98] La Corte se hace eco del criterio del Tribunal Internacional del Derecho del Mar que ha señalado que:

---

94 *Ibidem*, párr. 140.
95 *Ibidem*, párr. 67.
96 *Idem.*
97 *Idem.*
98 *Ibidem*, párr. 175.

> el enfoque de precaución ha iniciado una tendencia a formar parte del derecho internacional consuetudinario. Además, ha indicado que el enfoque precautorio es parte integral de la obligación general de debida diligencia, la cual obliga al estado de origen a tomar todas las medidas apropiadas para prevenir el daño que pueda resultar de actividades que realice.[99]

De esta forma, se puede entender que, como se ha observado, el reconocimiento al derecho ambiental es progresivo, y las formas de mitigar la crisis climática dependen en gran medida de los avances científicos, que a veces se dan en tiempos impredecibles, por lo que es prioritario que se tomen decisiones para proteger los derechos ambientales aun en situaciones de incertidumbre en las que será necesario tomar partido por la precaución.

En suma, los principios *pro-persona*, de prevención, de igualdad y no discriminación y de precaución juegan un papel clave en la protección internacional de los derechos al medioambiente sano y de la naturaleza.

II. Notas para el desarrollo del derecho a un medioambiente sano basado en el derecho constitucional comparado y el derecho internacional

Teniendo en cuenta el papel central del derecho al medioambiente sano para el desarrollo sustentable, la sobrevivencia de la humanidad, la protección de derechos de nuestras sociedades y de las generaciones futuras, no sorprende que aquel haya sido incorporado de manera consistente en una parte significativa de los textos constitucionales en las últimas décadas. Así, el derecho constitucional comparado rescata la protección del derecho al medio ambiente sano, equilibrado y que permite el desarrollo humano en buena parte de las constituciones latinoamericanas y numerosas a nivel mundial.[100] Como sosteníamos más arriba, es interesante mirar la expe-

[99] *Ibidem*, párr. 177.

[100] Véase Anexo I. Asimismo, algunas constituciones sostienen el reconocimiento a los derechos de las generaciones futuras, o establecen —como las de Republica Dominicana y Guatemala— la reforestación como una prioridad nacional. Otras también dan relevancia —como la de México— a la educación de carácter ambiental, y otras le dan aún mayor preponderancia al vínculo de los pueblos indígenas con las tierras y el cuidado ecológico.

riencia comparada y los desarrollos internacionales para sopesar las alternativas para el desarrollo del derecho a nivel constitucional o legal.

Así, en esta sección resumiremos algunas de las líneas desarrolladas por el constitucionalismo y plantearemos sobre la base de la experiencia comparada y el marco normativo nacional e internacional una serie de posibles desarrollos o consideraciones a tener en cuenta en el articulado constitucional chileno.

Ahora bien, algunas de los(as) constituyentes han ido más allá de enunciar el derecho al medioambiente sano por razones de técnica, decisiones nacionales, o consistencia con su tradición jurídica, doctrina nacional u obligaciones internacionales. Como resultado de ello, en las últimas décadas, algunas constituciones han profundizado diversos aspectos, entre ellos, los derechos de la naturaleza, el derecho al agua y al saneamiento, las obligaciones de solidaridad con las generaciones futuras, la prohibición de albergar desechos tóxicos o nucleares de otros países en el territorio nacional, entre otros.

1. *Sobre el alcance del derecho al medioambiente sano*

Entre los desarrollos más interesantes están los textos que ponen al derecho al medioambiente sano y equilibrado como central para las personas, el desarrollo humano, los recursos naturales de la nación, y la preservación de la naturaleza. La redacción de las diferentes constituciones varía con mayor o menor amplitud en los adjetivos vinculados con el derecho al medioambiente, las razones que lo sustentan, las personas o grupos beneficiarios, y las consecuencias de su protección.

En este sentido, las referencias al medioambiente "sano", "limpio", "adecuado", "equilibrado" son utilizadas alternativa o complementariamente por varios textos internacionales y constitucionales.[101] Ejemplos de ello son la Constitución de Brasil (1988), la de Argentina (1994), la de Ecuador (2008), la de España o la de República Dominicana. Ellas contrastan con la redacción actual de Chile, que plantea el reconocimiento del derecho de manera expresa pero enfocándose no en el objetivo a alcanzar o

[101] *Idem.*

mantener (como el medioambiente limpio) sino en la situación a evitar: la contaminación.

Adicionalmente, algunas de las constituciones plantean el derecho al medioambiente sano vinculándolo o fundándolo en diversos supuestos, entre ellos, su importancia para la salud, su relación con el desarrollo sustentable, con los recursos para el desarrollo, con la importancia de la biodiversidad para la actualidad y el futuro, o con la relevancia del balance equilibrado o armonioso de la vida humana y la naturaleza. Por ejemplo, entre otras, las constituciones de México, Noruega y Francia. Algunos textos tienen mayor foco en la naturaleza, otros rescatan la importancia de un equilibrio y armonía para garantizar un desarrollo sustentable bajo el principio del "buen vivir" (como las constituciones boliviana y ecuatoriana).

En numerosos textos constitucionales se rescata el derecho al medioambiente no sólo en su dimensión individual sino también en lo que hace a sus aspectos colectivos teniendo en cuenta su relevancia para a grupos específicos, y para las generaciones presentes o futuras. De esta manera se destaca la importancia social del derecho y su relevancia para la sociedad en su conjunto, así como para aquellas personas que nos sucedan. En esa línea, por ejemplo, se encuentran las constituciones de Brasil, Noruega, Sudáfrica, Kenia, y Argentina, entre otras. Un desarrollo novedoso y complementario en este sentido es considerar a la propia naturaleza como sujeto de derecho, como ocurre en la Constitución del Ecuador[102] y en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en Colombia,[103] entre otros.

La calificación del derecho, la determinación de las razones que lo sustentan, las personas o grupos beneficiarios del mismo, sus dimensiones

[102] Véase Melo Cevallos, Mario, "Derechos de la Pachamama: un paradigma emergente frente a la crisis ambiental global", *Aportes Andinos*, Quito, núm. 27, disponible en: *https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2560* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[103] Véase, entre muchas otras, las siguientes sentencias: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016, disponible en: *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024) (reconocimiento del Río Atrato como sujeto de derechos); Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Radicado No. 11001- 22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018, disponible en: *https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 20224) (reconocimiento de la Amazonía colombiana como sujeto de derechos).

individuales y colectivas, el alcance de las obligaciones del Estado y otros, van a ser factores importantes en determinar el alcance de la protección que el texto constitucional chileno o la interpretación jurisprudencial otorgará al medioambiente.

2. *Sobre la incorporación de un componente ambiental y de derechos humanos al texto constitucional*

Como expusimos *ut supra*, tanto a nivel internacional como constitucional y legal, numerosos derechos reconocidos en las constituciones de larga data permiten avances en la protección de los derechos humanos y ambientales, entre otros, los llamados derechos de acceso; y a ellos se suman otros de cuño más reciente. En esa clave, los desarrollos constitucionales sobre una serie de temas vinculados, por ejemplo, con las consideraciones plasmadas en el preámbulo constitucional, los desarrollos de derechos, los principios de interpretación, o los mecanismos legales para reclamar derechos ambientales, pueden ser de gran relevancia para la eventual protección del derecho al medioambiente sano de manera directa e indirecta. A su vez, varios de estos progresos permiten armonizar los textos constitucionales con las obligaciones internacionales del Estado y fortalecer las herramientas para su protección efectiva.

Por ello, a continuación, señalamos algunos de estos desarrollos constitucionales de gran relevancia para la efectiva protección del derecho al medioambiente sano y de los derechos humanos asociados a su tutela. Si bien las dimensiones ambientales pueden incluir un amplio rango de derechos, vamos a destacar lo que podría considerarse para fortalecer el texto constitucional chileno. La selección no es exhaustiva sino que prioriza algunos aspectos de relevancia en la expectativa que cada uno de los artículos y capítulos constitucionales pueda someterse a un test que permita evaluarlos a la luz de los compromisos internacionales de carácter humano y ambiental.

En ese espíritu realizamos algunas reflexiones sobre los fundamentos constitucionales, la democracia, los derechos de acceso, el derecho al agua, y los principios de interpretación constitucional, temáticas que por su relevancia pueden tener un alto impacto en la consistencia y armonización de la tutela nacional e internacional de los derechos y su eficacia, sumando la

Constitución a las herramientas que permitan que el país esté en mejores condiciones para enfrentar los desafíos para garantizar el bienestar, la dignidad, la libertad y la igualdad de quienes habitan el territorio en un contexto mundial de emergencia climática y erosión democrática.

3. *Sobre los fundamentos de la Constitución*

Los preámbulos constitucionales incluyen generalmente compromisos con valores, principios, y objetivos nacionales. Generalmente, de manera explícita o implícita los textos constitucionales recogen las lecciones de la historia, el compromiso presente y una mirada sobre el futuro común de la nación. En ese sentido, y teniendo en cuenta el importante vínculo de la protección de derechos presentes y futuros con la democracia, la naturaleza, la vida digna, la prosperidad y la igualdad, es posible considerar aspectos importantes de aquellos como guías entre las consideraciones iniciales de una Constitución.

En la medida que estas consideraciones iniciales guían parte de la interpretación última del sentido de las constituciones, valdría la pena incluir un lenguaje que refleje el compromiso social con los derechos de quienes habitan el territorio nacional y las generaciones futuras, la preservación de la riqueza natural de la nación, el bienestar a nivel nacional y mundial, basadas en consideraciones de igualdad, sostenibilidad, libertad y democracia. Algunos textos constitucionales en el histórico y en los desarrollos más modernos incluyen consideraciones de este tipo y referencias explicitas a estos objetivos, principios, situaciones y derechos. Entre ellas, por ejemplo, las constituciones de Estados Unidos, Argentina, Colombia, Sudáfrica, Bolivia, República Dominicana, y Ecuador.

A. *Sobre la democracia y la protección del espacio cívico*

Adicionalmente, es interesante notar el creciente reconocimiento de la importancia de la democracia, de la participación social y de la protección del espacio cívico, así como la labor de quienes alzan la voz para la defensa de los derechos, entre aquellos derechos que son fundamentales

para el sustento de la protección del medioambiente sano y los derechos humanos.

Varios documentos internacionales que contaron con la participación y liderazgo de Chile dan cuenta de la relevancia de los compromisos nacionales y regionales para la democracia, y el vínculo estrecho que existe entre democracia, Estado de derecho, y protección de los derechos humanos y ambientales.[104] Ello no sorprende en nuestro continente cuya historia reciente y textos constitucionales han sufrido y reaccionado frente a los embates de autoritarismos y dictaduras de las que Chile no ha estado al margen. Así, el compromiso con la democracia se refleja en diversos acápites de los textos constitucionales de varias naciones[105] y es importante que permee los textos constitucionales o la interpretación jurisprudencial que de ellos se deriva.

Otro de los aspectos fundamentales para la garantía de los derechos humanos y ambientales consiste en el refuerzo de los compromisos de protección de derechos de participación, propuesta y reclamo de la ciudadanía de manera individual y colectiva. Ello puede expresarse no solo a través del lenguaje sobre protección de la democracia y su reconocimiento como derecho, sino plasmando constitucionalmente el compromiso de protección de los derechos a través de la garantía de los derechos de las personas defensoras de derechos humanos de manera individual y colectiva sin discriminación en términos similares a los expresados en el Convenio de Escazú. Por ejemplo, recogiendo en la Constitución que el Estado "garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos… puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad"[106] o, en un lenguaje positivo, que el Estado debe garantizar un entorno propicio y seguro donde las personas, grupos y organizaciones que los promueven puedan hacerlo con libertad y seguridad; adicionalmente, el texto puede recoger la obligación estatal de tomar "las medi-

[104] Véase Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Carta Democrática Interamericana"*, *cit.*, y su predecesora, *Resolución titulada "Democracia representativa"*, 5 de junio de 1991, AG/RES. 1080 (XXI-O/91), disponible en *https://www.oas.org/juridico/spanish/res-1080.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[105] Entre ellos, las cláusulas para prohibir las reelecciones indefinidas, para generar garantías adicionales frente a los golpes de Estado, para fortalecer los derechos políticos, etcétera.

[106] Acuerdo de Escazú, artículo 9.1.

das adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos…"[107] incluyendo a las(os) defensores(as) ambientales.

B. *Sobre los derechos de acceso*

Los llamados derechos de acceso tienen una larga trayectoria en los textos constitucionales a nivel mundial y en nuestra región, en particular los derechos a la libertad de expresión y a la justicia. Asimismo, varias constituciones rescatan de larga data el derecho de petición, de participación, y los derechos de los pueblos indígenas a la participación y consulta. Los derechos de acceso que cumplen un gran papel en el desarrollo constitucional de los derechos humanos y ambientales por su relevancia para la democracia, la transparencia, el buen gobierno, la igualdad, el medioambiente y la sostenibilidad.

Por ello, esta es un área donde las dimensiones ambientales de dichos derechos pueden ser rescatadas plasmando constitucionalmente algunos compromisos que derivan de normas infra legales o internacionales.

En este sentido, por ejemplo, el reconocimiento del *derecho al acceso a la información pública* puede incluir aquella relevante para el desarrollo de las políticas sociales, económicas y ambientales. Así, en el texto constitucional sería posible, a la par del reconocimiento del *derecho a la libertad de expresión*, plasmar el derecho de las personas a acceder a información pública como se establece en documentos internacionales y otras cartas magnas. Como vimos más arriba, el Acuerdo de Escazú, otros convenios ambientales, y la jurisprudencia interamericana, desarrollan en mayor medida diversos temas en los que la producción de datos es obligatoria frente a situaciones específicas, políticas públicas e información clave para la garantía del medioambiente; y brindan pautas acerca de a quién y cómo informar recogiendo obligaciones relativas a personas y grupos afectados o en riesgo, etcétera.

Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y ambientales requieren que el Estado produzca cierta información necesaria para la elaboración de políticas públicas razonables en las áreas clave para

[107] *Ibidem*, artículo 9.2.

la protección de los derechos, incluidos los derechos a la vida, la igualdad, la propiedad, y el medioambiente sano. Ahora bien, parte de esta información puede ser sujeta a procesos de transparencia activa donde se pone a disposición del público en general o de ciertos grupos, o pueda estar disponible frente a solicitudes específicas (transparencia pasiva). Esta obligación alcanza al gobierno nacional y sus dependencias, pero también a entidades regionales, provincias, ciudades, entre otras.

Teniendo en cuenta estas obligaciones, el texto constitucional puede incluir de manera más específica la obligación de informar sobre el estado de los recursos naturales y del medioambiente de la nación a la luz de la obligación de protección de la naturaleza y la respuesta a la emergencia climática; las políticas para responder a su preservación, la protección del medioambiente sano, la protección de los bosques, los glaciares, los océanos, la biodiversidad, entre otras; las emisiones de gases de efecto invernadero; la evaluación del impacto ambiental y otras licencia o permisos otorgados por autoridades públicas; los mecanismos de fiscalización de obligaciones ambientales y su cumplimiento a nivel nacional e internacional; los derechos de las personas o grupos afectados en mayor medida por eventos o procesos de deterioro ambiental incluido el de ser informadas de una manera sencilla y adecuada en el idioma apropiado para este grupo dentro del país.[108] Adicionalmente, puede reconocer constitucionalmente el principio de máxima publicidad y transparencia frente a la información (incluida la ambiental) en la línea de las pautas de buen gobierno.[109] Así como limitaciones a la aplicación de cláusulas de seguridad nacional para limitar el acceso a la información sobre el estado de los recursos naturales de la nación y las políticas establecidas para su uso, preservación y de respuesta a la emergencia climática.[110]

Igualmente, el *derecho a la justicia, al debido proceso, a la protección judicial efectiva, al* habeas corpus *y al amparo* están incluidos en las constituciones con diferente alcance, aunque sin necesariamente recoger algunas

[108] Véase Acuerdo de Escazú, artículo 5; CIDH, *Guía para el Acceso a la Información Ambiental en Contextos de Industrias Extractivas de Minería e Hidrocarburos*, *cit.*, parte III.

[109] CIDH, *Guía para el Acceso a la Información Ambiental en Contextos de Industrias Extractivas de Minería e Hidrocarburos*, *cit.*, p. 13 ("El derecho de acceso a la información ambiental comprende aquella información que sea necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, la cual debe ser suministrada de forma oportuna, accesible y completa").

[110] *Idem*.

dimensiones importantes para la protección del medioambiente sano y los derechos asociados al mismo, incluido el acceso a la información, la vida digna, la igualdad, los derechos de los(as) niños(as), la propiedad, entre otros.

Entre los aspectos de impacto ambiental del *derecho a la justicia* es importante rescatar las medidas de reclamo colectivo y expedito frente a derechos de grupos y situaciones urgentes. Así, varias constituciones, como las de Brasil y Colombia, incluyen en su texto recursos para garantizar derechos colectivos como los vinculados al medioambiente y el patrimonio histórico. La inclusión constitucional de procesos colectivos expeditos con una legitimación activa amplia permite añadir capacidades para la fiscalización estatal del cumplimiento de la ley reforzando los derechos de las comunidades y los individuos, así como la eficacia de la gestión estatal.

En esa misma línea, las medidas de acceso a la información de manera expedita para información de impacto ambiental sobre los individuos y grupos reflejadas en los recursos de protección, amparos o *habeas data*. Más aun, la inclusión constitucional de la figura de las medidas cautelares, urgentes o interinas puede sumar a la tutela de derechos humanos y ambientales en aplicación de los principios *pro persona*, de prevención, y de precaución.

Notamos que varias constituciones incluyen procesos constitucionales para el cumplimiento de decisiones internacionales que sirven asimismo para reforzar las garantías de derechos. Entre las más destacadas en este sentido se encuentra la Constitución de Ecuador.

C. *Sobre derechos ambientales autónomos*

Una temática que se rescata en numerosas constituciones y tratados de derechos humanos (varios ratificados por Chile, como el PIDESC) es el *derecho al agua y al saneamiento*. Como hemos señalado con anterioridad, el derecho humano al agua, indispensable para la vida y supervivencia de las personas y del medioambiente, ha sido respaldado a nivel internacional por la Resolución 64/292 de 2010 de la Asamblea General de la ONU.[111]

[111] Asamblea General de la ONU, *Resolución 64/292 - El derecho humano al agua y el saneamiento*, 3 de agosto de 2010, A/RES/64/292, disponible en: *https://www.refworld.org/*

Varios países latinoamericanos, incluidos Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela, reconocen explícitamente el derecho al agua potable en sus constituciones.[112] La Constitución de Uruguay se refiere al derecho de aguas como una política nacional vinculada a la conservación del medio ambiente.[113]

D. *Sobre los principios de interpretación constitucional*

Un aspecto fundamental para los derechos humanos, la justicia ambiental y la emergencia climática consiste en la incorporación de los principios vinculados a la interpretación de obligaciones constitucionales incluyendo, entre otras, las obligaciones de prevención para garantizar el goce de los derechos, el principio precautorio, el principio *pro persona*, y el principio de igualdad incluyendo sus dimensiones grupales e intergeneracionales.

En ese sentido, las constituciones de Ecuador, Bolivia o República Dominicana desarrollan estos preceptos ya que las reformas han sido más actualizadas y se utiliza un lenguaje que evoca a los tratados y convenios internacionales. Ecuador reconoce el principio *in dubio pro natura*, que sostiene que las normas ambientales deben ser interpretadas en el "sentido más favorable a la protección de la naturaleza" (artículo 395).[114] Francia, por su parte, establece la Carta Ambiental 2004 en donde confirma sus compromisos internacionales.

III. Reflexiones sobre el proyecto de texto constitucional chileno

El 30 octubre de 2023, el Consejo Constitucional, en lo que fue su última sesión plenaria, aprobó el texto final de la propuesta de nueva Constitu-

cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cc9270b2 (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

112 Naciones Unidas Chile, *cit.*, p. 5.

113 Artículo 47, Constitución de la República Oriental del Uruguay, disponible en: *https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024). Véase Anexo I.

114 Naciones Unidas Chile, *cit.*, p. 6.

ción de Chile[115] (en adelante el Proyecto o el Proyecto constitucional), que sería luego plebiscitado y rechazado el 17 de diciembre de ese mismo año. En lo que respecta al tema de este estudio, el texto constitucional propuesto se caracterizó por avanzar en la protección de algunos aspectos clave del derecho a un medioambiente sano sin adecuar de modo comprensivo el conjunto del texto al conjunto de las obligaciones en derechos humanos. Así, desde una lectura integral de la protección del derecho a un medioambiente sano y los elementos necesarios para adecuar el texto constitucional a lo requerido para enfrentar la emergencia climática, es importante subrayar que se dejaron varios temas irresueltos o plasmados con un texto que limita la protección de derechos. A continuación, destacamos los aspectos más relevantes de la propuesta en relación con el derecho a un medioambiente sano y los derechos asociados a este, y ofrecemos algunas reflexiones al respecto.

El proyecto incluye numerosos reconocimientos del alcance del derecho y otros asociados en una serie de artículos y un capítulo especializado en relación con el texto constitucional vigente que solo refiere al medioambiente en tres oportunidades (artículos 8, 20 *in fine* y 24 *in fine*) en los que plasma un derecho de alcance más limitado.

El artículo 10 del Proyecto constitucional incluye la protección del medioambiente de manera amplia, vinculándola a la preservación de la naturaleza y al desarrollo, en términos de obligación estatal. Así, señala: "[e]s deber del Estado la protección del medio ambiente, velando por el cuidado y conservación de la naturaleza, su biodiversidad y promoviendo la sustentabilidad y el desarrollo". En el artículo 16.21 se consagra expresamente "[e]l derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, que permita la sustentabilidad y el desarrollo." El 1) establece en cabeza del Estado la obligación de velar por que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, mientras que el 2) indica que podrán establecerse restricciones legales específicas al ejercicio de determinados derechos para proteger al medioambiente. Aquí el texto propuesto permite entender el papel del medioambiente sano y

[115] Consejo Constitucional, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

la naturaleza para la sustentabilidad y el desarrollo avanzando en el texto constitucional.

Además, el artículo 37, en sus incisos 2 y 3, impone a todas las personas los deberes de conservar el patrimonio ambiental, así como de proteger el medioambiente, teniendo en cuenta las generaciones futuras, y de prevenir daños al medio ambiente, respectivamente. De esta manera se liga en el Proyecto a la protección de derechos no solo de las personas que habitan el país en la actualidad, sino también consideran los derechos de las generaciones futuras. A su vez, el 3) también consagra la responsabilidad por daño ambiental, y el deber de reparación.

Adicionalmente, como mencionábamos anteriormente, la inclusión de un capítulo sobre cuestiones ambientales (capítulo XVI, titulado "Protección del medio ambiente, sustentabilidad y desarrollo") representa un paso hacia adelante en lo que respecta a la protección constitucional otorgada al medioambiente. El artículo 206 reafirma el vínculo de la tutela del medioambiente como habilitante del ejercicio de otros derechos al sostener que aquella debe estar "orientad[a] al pleno ejercicio de los derechos de las personas".

En cuanto a los derechos autónomos y de acceso vinculados a la protección del medioambiente sano y la naturaleza podemos destacar algunos avances en el reconocimiento de derechos sustantivos y limitaciones en algunos de los derechos de acceso.

El artículo 207, del Proyecto, por su parte, brinda amplias garantías para la protección del medio ambiente vinculado a la sustentabilidad y al desarrollo, mientras que el artículo 208 lista, siguiendo al Acuerdo de Escazú, los derechos de acceso —a la justicia, a la información y a la participación ciudadana— aplicados a lo ambiental. Esto último viene a complementar los artículos respectivos sobre estos temas.[116]

[116] Sobre acceso a la justicia, véase, entre otros, artículo 16, inciso 6. Por otro lado, la propuesta de nueva Constitución refiere a los principios de transparencia, rendición de cuentas, y acceso a la información como guías de la conducta estatal. El artículo 8o., inciso 2, asegura el "acceso efectivo, oportuno y permanente a la información pública", cuya entrega solo puede ser denegada por un número restringido de causales allí expresadas. El artículo 16, inciso 15, consagra el "derecho a acceder, buscar, solicitar, recibir oportunamente, así como a difundir información pública de cualquier órgano del Estado", con las limitaciones establecidas en la Constitución. También de conformidad con los estándares interamericanos en la materia se encarga la promoción y fiscalización

Otras facetas de la protección del derecho a un medioambiente sano incluidas en este capítulo son la promoción de la educación ambiental por parte del Estado (artículo 210), y la necesidad de compatibilizar el desarrollo en general y ciertas actividades económicas en particular con la protección del medioambiente (artículos 210 y 211). Asimismo, en el artículo 212 se afirma el compromiso estatal de implementar —de manera oportuna, racional y justa— medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, espejando el contenido de las obligaciones asumidas por Chile en el plano internacional en relación con esta temática. Este artículo también señala que el Estado "promoverá la cooperación internacional para la consecución de estos objetivos". Por último, el artículo 213 contempla la creación por ley de instituciones administrativas y judiciales en materia ambiental, y el establecimiento de procedimientos de evaluación ambiental de carácter técnico y participativo.

El artículo 16, inciso 30 del proyecto reconoce el "derecho al acceso al agua y saneamiento", así como el deber estatal correlativo de garantizarlo tanto a las generaciones actuales como a las futuras. Recogiendo los desarrollos a nivel global y regional, esta redacción da cuenta de la dimensión colectiva de los derechos ambientales, destacando su importancia para las sociedades de hoy y las del futuro. En este inciso también se establece la obligación del Estado de "promover la seguridad hídrica, acorde a criterios de sustentabilidad", mientras que en el inciso 35.i se cristalizan los derechos de aprovechamiento de las aguas. Estas disposiciones se complementan con el deber estatal de adoptar "medidas adecuadas" para la realización del derecho al agua y al saneamiento que surge del artículo 24. Aquellas dan mayor guía y propósito al tratamiento del derecho al agua y al saneamiento que la Constitución vigente.

El texto propuesto tutela derechos de acceso —como la libertad de expresión (artículo 16, inciso 14), el derecho de reunión (artículo 16, inciso 16), el de asociación (artículo 16, inciso 17) y el de participación— pero no avanza en su alcance en materia ambiental. No se contemplan mecanismos participativos diseñados para grupos en situación de especial vulnerabilidad a las problemáticas ambientales y la protesta (uno de los medios por excelencia para la reivindicación y realización de derechos

del derecho en cuestión a un órgano autónomo y especializado. En lo que respecta a la participación ciudadana, véase, por ejemplo, artículos 2o., inciso 1, y 16, inciso 18.

ambientales); el derecho de reunión está protegido de manera restrictiva; los derechos específicos de los pueblos indígenas a la consulta en conformidad con las obligaciones internacionales del Estado están ausentes. Adicionalmente, en el Proyecto no se incluyen disposiciones protectorias de las personas defensoras de los derechos humanos en general, ni de los(as) activistas ambientales en particular, pese al papel fundamental que cumplen en la protección del medioambiente.

Cabe notar asimismo una mirada restrictiva sobre el "derecho a vivir en un entorno seguro" (con un alcance limitado al deber estatal de garantizar la protección efectiva contra la delincuencia, especialmente contra el terrorismo y la violencia criminal organizada) sin las referencias al espacio habilitante para el ejercicio de derechos reconocido en la esfera internacional.

En lo que respecta en general a los pueblos indígenas (PPII) —reconocidos protectores del medioambiente, y a la vez, una de las poblaciones más afectadas por los daños ambientales— el texto propuesto los reconoce "como parte de la Nación chilena, que es una e indivisible") en contraposición con las posiciones de reconocimiento de la plurinacionalidad o la calidad de pueblos originarios de otras constituciones) pero afirma la importancia del diálogo intercultural. Asimismo, el Proyecto señala que "el Estado respetará y promoverá sus derechos individuales y colectivos" consagrados a nivel constitucional, legal e internacional (artículo 5o., inciso 1). Sin embargo, no se enumeran estos derechos, ni se establecen mecanismos específicos para su protección como los consagrados en otras constituciones de la región y del mundo, y por el derecho internacional (consulta y consentimiento previo, libre e informado, que resultan herramientas particularmente relevantes para proteger el derecho a la propiedad y otros derechos de los PPII así como el derecho al medioambiente). Ahora, dadas las pautas de interpretación de la Constitución y el énfasis especifico en este tema en el artículo sobre la temática, posiblemente llevaría a una interpretación del texto constitucional que recoja los derechos colectivos e individuales de los PPII no plasmados en el texto constitucional pero si reconocidos en los tratados de derechos humanos a dichos pueblos o sus miembros.

En este sentido, el artículo 3o. del Proyecto considera la restricción de la soberanía nacional en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado (inciso 1), y establece la interpretación de las normas internas

considerando a los tratados de derechos humanos ratificados por el país (inciso 2). Complementariamente, el texto hace numerosas referencias a principio de igualdad, pero no se plasman en el texto algunos principios de interpretación que fortalecerían al texto como el reconocimiento específico del principio precautorio. El texto del artículo 3o., del Proyecto en su interpretación más generosa permite nutrir el contenido y alcance del derecho a un medioambiente sano y los derechos fundamentales para su protección ya consagrados en el texto constitucional con los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos.[117]

Adicionalmente, el artículo 1o. del Proyecto enumera los fundamentos del orden constitucional, e incluye entre estos a la promoción del "desarrollo progresivo de los derechos sociales" mediante entidades públicas y privadas, "con sujeción al principio de responsabilidad fiscal". Si bien no hay una mención expresa a los derechos ambientales, esta redacción parece hacerse eco del principio de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y de la responsabilidad estatal y de particulares en su respeto y garantía, reconocidos y tutelados efectivamente en los tratados ratificados por sistemas universal e interamericano.

Para cerrar, una revisión integral del texto en cuestión pone de manifiesto la importancia de adoptar un enfoque de análisis que considere no solo el reconocimiento del derecho a un medioambiente sano, sino también los avances o retrocesos respecto de las garantías de acceso (información, participación, justicia); los derechos ambientales autónomos; la protección del espacio cívico; y la tutela de los grupos que sufren de manera desproporcionada los efectos de la degradación ambiental.

Pese al liderazgo de la República de Chile en el proceso de celebración del Acuerdo de Escazú y en otros espacios de creación y promoción del derecho internacional de los derechos humanos,[118] la propuesta de nueva norma fundamental carece de desarrollos específicos y/o integrales so-

[117] El texto del artículo 3o. podría ser más claro y categórico sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional y la necesidad de interpretar el texto constitucional conforme a los compromisos adquiridos en los tratados de derechos humanos.

[118] A modo de ejemplo, Chile, junto con Colombia, presentó la solicitud de opinión consultiva sobre derechos humanos y emergencia climática ante la Corte IDH. Véase, República de Colombia y República de Chile, Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile, 9 de enero de 2023,

bre producción de información ambiental; garantías para la fiscalización como las vinculadas con el alcance de la participación y la consulta; y derechos de los pueblos indígenas y personas defensoras del medioambiente. Asimismo, se observan algunos tintes restrictivos en la mirada plasmada en el texto sobre algunas áreas clave para la protección efectiva del medioambiente como los derechos a la participación pública y a la protesta.

IV. Debates sobre el alcance de la protección de los derechos para su conformidad con las obligaciones internacionales

A modo de conclusión, y retomando lo establecido más arriba, dados los desarrollos a nivel nacional, internacional y comparado, la inclusión del derecho al medio ambiente sano, saludable y sostenible en el texto constitucional o el desarrollo jurisprudencial chileno es ineludible. Lo que está en cuestión es su alcance teniendo en cuenta los compromisos nacionales, que pueden nutrirse del estudio comparado. Chile tendrá en un futuro la oportunidad de incorporar los principios más actualizados en la materia, y de actuar con solidez para dejar una carta magna adecuada a partir de un eventual texto constitucional o por su evolución a través de la interpretación constitucional.

El reto será crear un modelo con miras al presente y futuro, inclusivo, que permita adoptar medidas que aseguren a nivel nacional y global sociedades democráticas y sostenibles basadas en la libertad, los derechos humanos, y la igualdad. Chile puede convertirse entonces en un ejemplo para otros países si logra conjugar de manera inteligente el desarrollo con el cuidado ambiental en su articulado constitucional o la interpretación jurisprudencial.

La ciencia ha sido clara y enfática al mostrar los efectos del cambio climático, al igual que el derecho internacional al explicar las consecuencias diferenciadas de un abordaje que fortalezca el estado de derecho, la igualdad, la justicia, y los derechos humanos. Para adecuarse al momento histórico, toda reformulación de las normas fundacionales de un Estado deberá hacer uso de las obligaciones internacionales asumidas soberanamente para

disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

proteger no solo los derechos vinculados al ambiente de quienes habitan hoy su territorio, sino también la vida de las generaciones futuras en nuestro planeta. Para ello se requieren mecanismos para salvaguardar estos derechos y avanzar en los objetivos compartidos, y una Constitución que asegure la eficacia de los compromisos internacionales, y sirva de guía del accionar del Estado para las próximas décadas.

V. Bibliografía

Acnur, "Cambio climático y desplazamiento por desastres", disponible en: *https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015 (e.v. 4 de noviembre de 2016), disponible en: *https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_*.pdf (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, "Acuerdo de Escazú", adoptado el 4 de marzo de 2018 (e.v. 22 de abril de 2021), disponible en: *https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Carta Democrática Interamericana"*, aprobada el 11 de septiembre de 2001, AG/RES. 1 (XXVIII-E/01), disponible en: *http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Carta Social de las Américas"*, aprobada el 4 de junio de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2, disponible en: *https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fdocs%2Fpublications%2Fcarta_social_de_las_americas.doc&wdOrigin=BROWSELINK* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Democracia representativa"*, 5 de junio de 1991, AG/RES. 1080 (XXI-O/91), disponible en *https://www.oas.org/juridico/spanish/res-1080.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Derechos Humanos y Medio Ambiente"*, aprobada el 5 de junio de 2001, AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/ag01/agres_1819.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la OEA, *Resolución titulada "Derechos Humanos y Medio Ambiente en Las Américas"*, aprobada el 4 de junio de 2002, AG/RES. 1896 (XXXII-O/02), disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/ag02/agres_1896.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático, Ian Fry: Promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de la mitigación del cambio climático, las pérdidas y los daños y la participación*, 26 de julio de 2022, A/77/226, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F77%2F226&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Ian Fry: Análisis de enfoques para mejorar la legislación en materia de cambio climático, apoyar los litigios climáticos y promover el principio de justicia intergeneracional*, 28 de julio de 2023, A/78/255, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F78%2F255&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ambientalmente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Marcos Orellana: Las etapas del ciclo del plástico y su impacto en los derechos humanos*, 22 de julio de 2021, A/76/207, disponible en: *https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a76207-implications-human-rights-environmentally-sound-management-and* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Resolución 53/144 - Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, aprobada el 8 de marzo de 1999, A/RES/53/144, disponible en: *https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-human-rights-defenders/declaration-human-rights-defenders#:~:text=La%20Declaración%20*

estipula%20la%20necesidad,situación%20prácticas%20de%20los%20defensores (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Resolución 55/2 - Declaración del Milenio*, 13 de septiembre de 2000, A/RES/55/2, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F55%2F2&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Resolución 64/292 - El derecho humano al agua y el saneamiento*, 3 de agosto de 2010, A/RES/64/292, disponible en: *https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cc9270b2* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Resolución 70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, disponible en: *https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Asamblea General de la ONU, *Resolución 76/22 - El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, 26 de julio de 2022, A/RES/76/300, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F76%2F300&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada el 30 de abril de 1948 (e.v. 13 de diciembre de 1951), reformada por el "Protocolo de Buenos Aires", del 27 de febrero de 1967 (e.v. 27 de febrero de 1970), el "Protocolo de Cartagena de Indias", del 5 de diciembre de 1985 (e.v. 16 de noviembre de 1988), el "Protocolo de Washington", del 14 de diciembre de 1992 (e.v. 25 de septiembre de 1997), y el "Protocolo de Managua", del 10 de junio de 1993 (e.v. 29 de enero de 1996), disponible en: *https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile, "Medio ambiente y propuesta constitucional: ¿Avance o retroceso?", 22 de agosto de 2022, disponible en: *https://gobierno.uchile.cl/noticias/189409/medio-ambiente-y-propuesta-constitucional-avance-o-retroceso (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Cepal, "Observatorio del Principio 10 en América Latina y El Caribe", disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/treaties* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

CIDH, *Guía para el Acceso a la Información Ambiental en Contextos de Industrias Extractivas de Minería e Hidrocarburos*, 2021, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ExtractivasESP.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

CIDH, *Informe anual 2015. Capítulo IV.A: Acceso al agua en las Américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano*, 17 de marzo de 2016, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

CIDH, *Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano (Caso 12.354) contra Panamá*, 13 de noviembre de 2012, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.354FondoEsp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

CIDH, *Resolución 3/2021 - Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*, 31 de diciembre de 2021, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Comité DESC, Observación General núm. 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11, disponible en: *https://www.undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=e%2Fc.12%2F2002%2F11&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo Constitucional, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009, A/HRC/10/61, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F10%2F61&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Mary Lawlor: Última advertencia: los defensores de los derechos humanos, víctimas de amenazas de muerte y asesinatos*, 24 de diciembre de 2020, A/HRC/46/35, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F46%2F35&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst*, 3 de agosto de 2016, A/71/281, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F71%2F281&Language=E&DeviceType=-Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 35/... - Los derechos humanos y el cambio climático*, 19 de junio de 2017, A/HRC/35/L.32, disponible en: *https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/35/L.32* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 40... - Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible*, adoptada el 20 de marzo de 2019, A/HRC/40/L.22/Rev.1, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F40%2FL.22%2FRev.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 48/13 - El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, 18 de octubre de 2021, A/HRC/RES/48/13, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F48%2F13&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 48/14 - Mandato del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático*, 8 de octubre de 2021, A/HRC/RES/48/14, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F48%2F14&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Resolución 7/22 - Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, 28 de marzo de 2008, A/HRC/RES/7/22, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRes%2F7%2F22&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente*, 16 de diciembre de 2001, A/HRC/19/34, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F19%2F34&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John h. Knox*, 1 de febrero de 2016, A/HRC/31/52, disponible en *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F31%2F52&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de Haití, disponible en: *https://cepei.org/wp-content/uploads/2020/01/Constitución-de-Haití-1987.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de Kenia, disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010?*lang=*es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la Nación Argentina, disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República de Honduras, disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Honduras/Leyes/constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República de Lituania, disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Lithuania_2019?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República de Nicaragua, disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República del Paraguay, disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República Francesa, disponible en: *http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/CEDIL/Dossier%2043-2018/43-.Regimen%20Disciplinario%20Legislador/Europa%20II_C/Francia_bi/Constitución/Constitución%20de%20la%20República%20Francesa%20-%20Asamblea%20Nacional.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República Oriental del Uruguay, disponible en: *https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de la República Portuguesa, disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de Noruega, disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución de Sudáfrica, disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Española, disponible en: *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Federal de la Confederación Suiza, disponible en:_*https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/che* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de Colombia, disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República de Chile, disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República de Costa Rica, disponible en: *http://www.asamblea.go.cr/sd/Publicaciones%20a%20Texto%20Completo%20%20Revistas/Constitución%20Política%20de%20la%20República%20de%20Costa%20Rica,Reglamento%20de%20la%20Asamblea%20Legislaiva.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República de Ecuador, disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República de Guatemala, disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Guatemala.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República de Panamá, disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República Dominicana, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7328.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política de la República Federativa del Brasil, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Constitución Política del Perú, disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969 (e.v. 18 de julio de 1979), disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015 (e.v. 13 de diciembre de 2016), disponible en: *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), adoptada el 9 de mayo de 1992 (e.v. 21 de marzo de 1994), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/convencion-marco-naciones-unidas-cambio-climatico* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convención Para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, adoptada el 12 de octubre de 1940 (e.v. 1 de mayo de 1942), disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979 (e.v. 3 de septiembre de 1981), disponible en: *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 (e.v. 2 de septiembre de 1990), disponible en: *https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989 (e.v. 5 de mayo de 1992), disponible en: *https://ob-*

servatoriop10.cepal.org/es/media/158/download (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, adoptado el 22 de marzo de 1985 (e.v. 22 de septiembre de 1988), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/convenio-viena-la-proteccion-la-capa-ozono (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, "Convenio de Aarhus", adoptado el 25 de junio de 1998 (e.v. 30 de octubre de 2001), disponible en: *https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aahrus.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 5 de junio de 1992 (e.v. 29 de diciembre de 1993), disponible en: *https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, "Convenio 169 de la OIT", adoptado el 27 de junio de 1969 (e.v. 5 de septiembre de 1991), disponible en: *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016, disponible en: *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm* (fecha de consulta. 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C, núm. 402, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

Corte IDH, *Caso Barboza de Souza y otros vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2021, Serie C, núm. 435, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Bedoya Lima y otra vs Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de agosto de 2021, Serie C, núm. 431, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/seriec_431_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C, núm. 400, párrs. 222-230, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso de los "niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C, núm. 424, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_424_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C, núm. 196, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

Corte IDH, *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm. 362,

disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2021, Serie C, núm. 446, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.*pdf (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de junio de 2022, Serie C, núm. 454, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024);

Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de marzo de 2021, Serie C, núm. 422, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Serie A, núm. 24, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245, disponible en: *https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Radicado No. 11001- 22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018, disponible en: *https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 20224).

Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995) 19 de abril de 1995, A/CONF.166/9, disponible en: *https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCONF.166%2F9&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. 1), disponible en: *https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Global Witness, Última Línea de Defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente, 2021, disponible en: *https://www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Green Climate Fund, "About us", disponible en: *https://www.greenclimate.fund/about* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Hierro, Lola, "La mitad de los glaciares del Himalaya, en riesgo de desaparecer por calentamiento global", *El País*, 4 de febrero de 2019, disponible en: *https://elpais.com/elpais/2019/01/30/planeta_futuro/1548855988_227740.html* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

IPCC, "IPCC en español", disponible en: *https://www.ipcc.ch/languages-2/spanish/* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

IPCC, Calentamiento global de 1,5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza, Resumen para responsables de políticas, 2019, disponible en: *https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

IPCC, Climate Change 2021: The Physical Science Basis, 2021, disponible en: *https://report.ipcc.ch/ar6/wg1/IPCC_AR6_WGI_FullReport.pdf (*fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

IPCC, Summary for policymakers - Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022, disponible en: *https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Melo Cevallos, Mario, "Derechos de la Pachamama: un paradigma emergente frente a la crisis ambiental global", *Aportes Andinos*, Quito, núm. 27, disponible en: *https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2560* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Ministerio del Medio Ambiente de la República de Chile, "Chile es un país vulnerable al cambio climático", disponible en: *https://cambioclimatico.mma.gob.cl* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Naciones Unidas Chile, Constitucionalismo Ambiental en América Latina, 2022, disponible en: *https://chile.un.org/sites/default/files/2022-03/Constitucionalismo%20ambiental_21Marzo_OK_0.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado el 17 de noviembre de 1988 (e.v. 16 de noviembre de 1999), disponible en: *https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Protocolo de Kioto, aprobado el 11 de diciembre de 1997 (e.v. 16 de febrero de 2005), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/protocolo-kyoto-la-convencion-marco-cambio-climatico* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, adoptado el 16 de septiembre de 1987 (e.v. 1 de enero de 1989), disponible en: *https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/protocolo-montreal-relativo-sustancias-que-agotan-la-capa-ozono* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

República de Chile, Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) de Chile, actualización 2020, disponible en: *https://cambioclimatico.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/NDC_2020_Espanol_PDF_web.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

República de Colombia y República de Chile, Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile, 9 de enero de 2023, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

UN, "Interview: connection between human rights and climate change «must not be denied»", 21 de octubre de 2022, disponible en: *https://news.un.org/en/story/2022/10/1129767* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

UNICEF, "1.000 millones de niños están gravemente expuestos a los efectos de la crisis del clima", disponible en: *https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/1000-millones-ninos-gravemente-expuestos-efectos-crisis-del-clima* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Unidad de Reducción de Riesgo de Desastre del Ministerio de Educación de la República de Chile, "Mega sequía región de Atacama a Región de Los Lagos", disponible en: *https://emergenciaydesastres.mineduc.cl/archivo/859* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

United Nations Climate Change, "La megasequía, el deshielo de los glaciares, las precipitaciones extremas y la deforestación acarrean graves efectos en América Latina y el Caribe", 22 de julio de 2022, disponible en: *https://unfccc.int/es/news/la-megasequia-el-deshielo-de-los-glaciares-las-precipitaciones-extremas-y-la-deforestacion-acarrean* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Anexo I

Textos constitucionales seleccionados (disposiciones relevantes)

1. *Constitución de la Nación Argentina (1994)*[119]

Artículo 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un *ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano* y para que las actividades

[119] Disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la *obligación de recomponer*, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la *utilización racional* de los recursos naturales, a *la preservación del patrimonio* natural y cultural y de la *diversidad biológica,* y a la *información y educación ambientales*.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegitimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.

2. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2008)*[120]

Artículo 30.

I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradició histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución *las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:*

A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.

Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este *derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones,* además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, *está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente*, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

Artículo 342. Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el *equilibrio del medio* ambiente.

Artículo 343. La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente.

Artículo 345. Las políticas de gestión ambiental se basarán en:

1. La planificación y gestión participativas, con control social.
2. La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental y el control de calidad ambiental, sin excepción y de manera transversal a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recur-

[120] Disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

sos naturales y al medio ambiente.

3. La responsabilidad por ejecución de toda actividad que produzca daños medioambientales y su sanción civil, penal y administrativa por incumplimiento de las normas de protección del medio ambiente.

Artículo 346. El patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La ley establecerá los principios y disposiciones para su gestión.

Artículo 347.

El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente, y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales.

Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales.

3. *Constitución Política de la República Federativa del Brasil (1988)*[121]

Artículo 20. Son bienes de la Unión:

I. *los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así como los terrenos marginales y las playas fluviales;*

Artículo 21. Compete a la Unión:

IX. *elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social;*

XII. *explotar directamente o mediante autorización, concesión o licencia*:

[121] Disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

b) los servicios e instalaciones de energía eléctrica y el *aprovechamiento energético de los cursos de agua, en coordinación con los Estados donde se sitúen las centrales hidroenergéticas*;

Artículo 22. Compete privativamente a la Unión legislar sobre:

IV. *aguas,* energía, informática, telecomunicaciones y radiodifusión;

Artículo 26. Se incluyen entre los bienes de los Estados:

I. *las aguas superficiales o subterráneas, fluyentes emergentes y en depósito*, salvo, en este caso, en la forma de la ley, las derivadas de obras de la Unión;

Artículo 43. A efectos administrativos la Unión podrá articular su acción en un mismo complejo geoeconómico y social, tendiendo a su desarrollo y a la reducción de las desigualdades regionales.

2. Los incentivos regionales comprenderán, además de otros, en la forma de la ley:

IV. la prioridad para el aprovechamiento económico y social de los ríos y de las masas de agua represadas o represables en las regiones de baja renta sujetos a sequías periódicas.

3. En las áreas a que se refiere el 2, IV, la Unión incentivará la recuperación de las tierras áridas y cooperará con los pequeños y medianos propietarios rurales para el establecimiento en sus tierras de fuentes de agua y de pequeños regadíos.

Artículo 170: El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios:

VI. defensa del medio ambiente;

Artículo 186. La función social se cumple cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, según los criterios y los grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos:

I. utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente;

Artículo 200. Al sistema único de salud le corresponde, además de otras atribuciones, en los términos de la ley:

I. *controlar y fiscalizar procedimientos, productos y sustancias de interés para la* salud y participación en la producción de me-

dicamentos, equipamientos, inmunobiológicos, hemoderivados y otros insumos;

II. *ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria y epidemiológica*, así como las de la salud del trabajador;

III. ordenar la formación de recursos humanos en el área de salud;

IV. *participar en la formulación de la política y de la ejecución de las acciones de saneamiento básico;*

V. incrementar en su área de actuación y desarrollo científico y tecnológico;

VI. fiscalizar e inspeccionar alimentos, incluyendo el control de su valor nutritivo, así como bebidas y aguas para consumo humano;

VII. *participar en el control y fiscalización de la producción, transporte, guarda y uso de substancias y productos psicoactivos, tóxicos y radiactivos;*

VIII. *colaborar en la protección del medio ambiente*, incluyendo el de trabajo.

Artículo 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación, bajo cualquier proceso o vehículo no sufrirán ninguna restricción observándose los dispuesto en esta Constitución.

3. Corresponde a la ley Federal:

II. *Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión* que contraríen lo dispuesto en el art. 221, así como de la publicidad de productos, prácticas y *servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente*.

Artículo 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

1. Para asegurarla efectividad de este derecho, incumbe al poder público:

I. *preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales* y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas;

II. preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;

III. definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección;

IV. *exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental,* al que se dará publicidad;

V. *controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente;*

VI. *promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza* y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente;

VII. *proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica*, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad.

2. *Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado*, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley.

3. *Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas,* independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

4. *La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional,* y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo re referente al uso de los recursos naturales.

5. Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales.

6. *Las fábricas que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en ley federal*, sin la cual no podrán instalarse.

4. *Constitución Política de la República de Costa Rica*[122]

Artículo 6o. El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios. (Así reformado por Ley No. 5699 del 5 de junio de 1975).

Artículo 46. Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias. (Así reformado por Ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996.)

[122] Disponible en: *http://www.asamblea.go.cr/sd/Publicaciones%20a%20Texto%20Completo%20%20Revistas/Constitución%20Política%20de%20la%20República%20de%20Costa%20Rica,Reglamento%20de%20la%20Asamblea%20Legislaiva.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Artículo 50. El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. (Así reformado por Ley No. 7412 del 3 de junio de 1994).

5. *Constitución Política de Colombia (1991)*[123]

Artículo 79. Todas las personas tienen *derecho a gozar de un ambiente sano.* La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. *Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones* en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Artículo 81. Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio *nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos*. El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional.

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. *Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.* Para tales efectos,

[123] Disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

6. *Constitución Política de la República de Chile (1994)*[124]

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

"*Numeral 8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.* Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.o, 2.o, 3.o inciso cuarto, 4.o, 5.o, 6.o, 9.o inciso final, 11.o, 12.o, 13.o, 15.o, 16.o en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.o, 21.o, 22.o, 23.o, 24.o y 25.o podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Artículo 24. La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. *Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional.* El presidente de la Repú-

[124] Disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

blica podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;

7. *Constitución Política de la República de Ecuador (2008)*[125]

Artículo 3o. Son deberes primordiales del Estado:

Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.

Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.

Artículo 12. El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida

Artículo 14. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un *ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.*

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Artículo 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía

[125] Disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

Artículo 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

6. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.

20. El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, *agua potable*, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios.

Artículo 32. Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley. El Estado estimulará los programas de vivienda de interés social.

Artículo 42. El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, *por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico,* el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

Artículo 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Artículo 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Artículo 86. El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Se declaran de interés público y se regularan conforme a la ley:

1. *La preservación del medio ambiente*, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.
2. *La prevención de la contaminación ambiental,* la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.
3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Artículo 87. La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, *por las acciones u o misiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.*

Artículo 88. Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual esta será debidamente informada. La ley garantizará su participación.

Artículo 89. El Estado tomará medidas orientadas a la consecución de los siguientes objetivos:

1. *Promover en el sector público y privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes.*
2. Establecer *estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas.*
3. Regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados.

Artículo 90. Se prohíben la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. *El Estado normará la producción, importación, distribución y uso de aquellas sustancias que,* no obstante su utilidad, *sean toxicas y peligrosas para las personas y el medio ambiente.*

Artículo 91. El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución. Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño.

Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.

Artículo 97. Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley:

16. *Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable.*

Artículo 233. (Extracto) *El Consejo Provincial representará a la provincia y, además de las atribuciones previstas en la ley, promoverá y ejecutará obras de alcance provincial en vialidad, medio ambiente,* riego y manejo de las cuencas y microcuencas hidrográficas de su jurisdicción. Ejecutará obras exclusivamente en áreas rurales.

Artículo 246. El Estado promoverá el desarrollo de empresas comunitarias o de autogestión, como cooperativas, talleres artesanales, *juntas administradoras de agua potable* y otras similares, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad o a las personas que trabajan permanentemente en ellas, usan sus servicios o consumen sus productos.

Artículo 247. Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, *incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.*

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.

Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.

Artículo 248. El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales. Su conservación y utilización sostenible se hará con participación de las poblaciones involucradas cuando fuere del caso y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Artículo 249. Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.

Artículo 396. El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

Artículo 397. En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. *Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos,* sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.
2. *Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y* de manejo sustentable de los recursos naturales.
3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.
4. *Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas,* de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

5. *Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales,* basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

8. *Constitución Política de la República de Guatemala (1985)*[126]

Artículo 96. Control de calidad de productos. El Estado controlará la calidad de los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y de todos aquellos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes. *Velará por el establecimiento y programación de la atención primaria de la salud, y por el mejoramiento de las condiciones de saneamiento ambiental básico de las comunidades menos protegidas.*

Artículo 97. Medio ambiente y equilibrio ecológico. El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación.

Artículo 121. Bienes del Estado. Son bienes del estado:

> *b. Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;*

Artículo 122. Reservas territoriales del Estado. El Estado se reserva el dominio de una faja terrestre de tres kilómetros a lo largo de los océanos, contados a partir de la línea superior de las mareas; de doscientos metros alrededor de las orillas de los lagos; de cien metros a cada lado de las riberas de los ríos navegables; de cincuenta metros alrededor de las fuentes y manantiales donde nazcan las aguas que surtan a las poblaciones.

[126] Disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Guatemala.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Artículo 126. Reforestación. Se declara de urgencia nacional y de interés social, la reforestación del país y la conservación de los bosques. La ley determinará la forma y requisitos para la explotación racional de los recursos forestales y su renovación, incluyendo las resinas, gomas, productos vegetales silvestres no cultivados y demás productos similares, y fomentará su industrialización. La explotación de todos estos recursos, corresponderá exclusivamente a personas guatemaltecos, individua les o jurídicas.

Los bosques y la vegetación en las riberas de los ríos y lagos, y en las cercanías de las fuentes de aguas, gozarán de especial protección.

Artículo 127. Régimen de aguas. Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia.

Artículo 128. Aprovechamiento de aguas, lagos y ríos. El aprovechamiento de las aguas de los lagos y de los ríos, para fines agrícolas, agropecuarios, turísticos o de cualquier otra naturaleza, que contribuya al desarrollo de la economía nacional, está al servicio de la comunidad y no de persona particular alguna, pero los usuarios están obligados a reforestar las riberas y los cauces correspondientes, así como a facilitar las vías de acceso.

9. *Constitución de Haití (1987)*[127]

Artículo 52-1. Los deberes cívicos son el conjunto de obligaciones morales, políticas, sociales y económicas del ciudadano con el Estado y a la Patria. Estas obligaciones son:

8. respetar y proteger el medio ambiente;

Artículo 253: Puesto que el medio ambiente es el marco natural de vida de la población*, las prácticas susceptibles de perturbar el equilibrio ecológico están formalmente prohibidas.*

Artículo 253-1: Mientras que la cobertura forestal sea inferior al 10% del territorio nacional, *se tomarán medidas de excepción con el fin de reestablecer el equilibrio ecológico.*

Artículo 254: El Estado fomentará los sitios naturales, asegurará su protección y los hará accesibles a todos.

Artículo 255: Con el fin de proteger las reservas forestales y ampliar la cobertura vegetal, el Estado fomentará el desarrollo de formas de energía limpia: solar, eólica y otras.

Artículo 256: En el marco de la protección al medioambiente y de la educación pública, el Estado tiene por obligación proceder a la creación y el mantenimiento de jardines botánicos y zoológicos en ciertos puntos del territorio;

Artículo 256-1: El Estado podrá declarar una zona de utilidad ecológica, si se demuestra la necesidad de ello;

Artículo 257: La ley determinará las condiciones de protección de la fauna y de la flora, y sancionará a los infractores;

Artículo 258: Nadie puede introducir en el país desechos o residuos de proveniencia extranjera, sea cual sea naturaleza.

10. *Constitución de la República de Honduras (1982)*[128]

Artículo 145: Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

[127] Disponible en: *https://cepei.org/wp-content/uploads/2020/01/Constitución-de-Haití-1987.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[128] Disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Honduras/Leyes/constitucion.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Es deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad.

El Estado conservará el *medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.*

11. *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917)*[129]

Artículo 3o. Toda persona tiene derecho a la educación. El Estado-Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios-impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación inicial, preescolar, primaria y secundaria, conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias, la educación superior lo será en términos de la fracción X, del presente artículo. La educación inicial es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia.

Los planes y programas de estudio tendrán perspectiva de género y una orientación integral, por lo que se incluirá el conocimiento de las ciencias y humanidades: la enseñanza de las matemáticas, la lecto-escritura, la literacidad, la historia, la geografía, el civismo, la filosofía, la tecnología, la innovación, las lenguas indígenas de nuestro país, las lenguas extranjeras, la educación física, el deporte, las artes, en especial la música, la promoción de estilos de vida saludables, la educación sexual y reproductiva y el *cuidado al medio ambiente*, entre otras.

Artículo 4o. Toda persona tiene *derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar*. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. (DOF 28-06-1999. Reformado Párrafo adicionado DOF 08-02-2012).

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad pro-

[129] Disponible en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

tege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

"Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente".

12. *Constitución de la República de Nicaragua (1987)*[130]

Artículo 60: Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable, así como la obligación de su preservación y conservación. El bien común supremo y universal, condición para todos los demás bienes, es la madre tierra; ésta debe ser amada, cuidada y regenerada. El bien común de la Tierra y de la humanidad nos pide que entendamos la Tierra como viva y sujeta de dignidad. Pertenece comunitariamente a todos los que la habitan y al conjunto de los ecosistemas. La Tierra forma con la humanidad una única identidad compleja; es viva y se comporta como un único sistema autorregulado formado por componentes físicos, químicos, biológicos y humanos, que la hacen propicia a la producción y reproducción de la vida y que, por eso, es nuestra madre tierra y nuestro hogar común. Debemos proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas, con especial preocupación por la diversidad biológica y por todos los procesos naturales que sustentan la vida. La nación nicaragüense debe adoptar patrones de producción y consumo que garanticen la vitalidad y *la integridad de la madre tierra, la equidad social en la humanidad, el consumo responsable y solidario y el buen vivir comunitario.* El Estado de Nicaragua asume y hace suyo en esta Constitución Política el texto íntegro de la Declaración Universal del Bien Común de la Tierra y de la Humanidad.

Artículo 89. Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica. Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

130 Disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

Artículo 102. Recursos naturales y medio ambiente. Los recursos naturales son patrimonio nacional. *La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado;* éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera.

Artículo 105. Servicios públicos. Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.

13. *Constitución Política de la República de Panamá (1972)*[131]

Artículo 110. En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

2. *Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.*
1. *Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable* y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población.

Artículo 118. Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el

[131] Disponible en: *https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana.

Artículo 119. El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.

Artículo 120. El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.

Artículo 121. El correcto uso de la tierra agrícola es un deber del propietario para con la comunidad y será regulado por la Ley de conformidad con su clasificación ecológica a fin de evitar la subutilización y disminución de su potencial productivo.

Artículo 126. Para el cumplimiento de los fines de la política agraria, el Estado desarrollará las siguientes actividades:

1. Dotar a los campesinos de las tierras de labor necesarias y *regular el uso de las aguas.* La Ley podrá establecer un régimen especial de propiedad colectiva para las comunidades campesinas que lo soliciten;

Artículo 257. Pertenecen al Estado:

> 6) Las salinas, las minas, *las aguas subterráneas y termales,* depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal.

Artículo 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y *las aguas lacustres y fluviales,* las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.

2. Las tierras y *las aguas destinadas a servicios públicos* y a toda clase de comunicaciones.
3. Las tierras y *las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.*
4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y *el subsuelo del mar territorial.*
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público.

   En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado.

Artículo 259. Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, *se inspirarán en el bienestar social y el interés público.*

14. *Constitución de la República del Paraguay (1992)*[132]

Artículo 6o. De la calidad de vida. La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad.

El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes.

Artículo 7o. Del derecho a un ambiente saludable. Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental.

Artículo 8o. De la protección ambiental. Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.

[132] Disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, *la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos.* La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales.

El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

Artículo 38. Del derecho a la defensa de los intereses difusos. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

Artículo 66. De la educación y la asistencia. El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. *Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental,* la explotación económica y la alienación cultural.

Artículo 115. De las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural. La reforma agraria y el desarrollo rural se efectuarán de acuerdo con las siguientes bases:

6) la defensa y la preservación del ambiente;

15. *Constitución Política del Perú (1993)*[133]

Artículo 2o. Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho.

> 22) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a *gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.*

Artículo 67. Política Ambiental. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 192. Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios pú-

[133] Disponible en: *https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

blicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y *medio ambiente*, conforme a ley.

16. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)*[134]

Artículo 15. El Estado tiene la responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, *la diversidad y el ambiente,* de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales, una Ley Orgánica de Fronteras determinará las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad.

Artículo 107. La educación ambiental es obligatoria en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal. Es de obligatorio cumplimiento en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, la enseñanza de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano.

Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, *protección del ambiente u otras de interés social.* El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

[134] Disponible en: *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, *el agua,* los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Artículo 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento.

Artículo 129: Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

Artículo 153. La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados interna-

cionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

Artículo 304. Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

17. *Constitución Política de la República Dominicana (2010)*[135]

Artículo 15. Recursos hídricos. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. El consumo humano del agua tiene prioridad sobre cualquier otro uso. El Estado promoverá la elaboración e implementación de políticas efectivas para la protección de los recursos hídricos de la Nación.

Artículo 17. Aprovechamiento de los recursos naturales. Los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general, los recursos naturales no renovables*, sólo pueden ser explorados y explotados por particulares, bajo criterios ambientales sostenibles,* en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, en las condiciones que determine la ley. Los particulares pueden aprovechar los recursos naturales renovables de manera racional con las condiciones, obligaciones y limitaciones que disponga la ley. En consecuencia:

1) Se declara de alto interés público la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional y en las áreas marítimas bajo jurisdicción nacional;

[135] Disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7328.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

2) *Se declara de prioridad nacional y de interés social la reforestación del país*, la conservación de los bosques y la renovación de los recursos forestales;
3) *Se declara de prioridad nacional la preservación y aprovechamiento racional de los recursos vivos* y no vivos de las áreas marítimas nacionales, en especial el conjunto de bancos y emersiones dentro de la política nacional de desarrollo marítimo;
4) Los beneficios percibidos por el Estado por la explotación de los recursos naturales serán dedicados al desarrollo de la Nación y de las provincias donde se encuentran, en la proporción y condiciones fijadas por ley.

Artículo 50. Libertad de empresa. El Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes.

3) El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas *adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental*.

Artículo 61. Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia:

1) *El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable,* el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, *el saneamiento ambiental,* así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran;

Artículo 63.- Derecho a la educación. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. En consecuencia:

9) *El Estado definirá políticas para promover e incentivar la investigación, la ciencia, la tecnología y la innovación que favorezcan el desarrollo sostenible,* el bienestar humano, la competitividad, el fortalecimiento institucional y la preservación del medio ambiente. Se apoyará a las empresas e instituciones privadas que inviertan a esos fines;

Artículo 66. Derechos colectivos y difusos. El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia protege:

1) *La conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora;*

2) *La protección del medio ambiente;*

3) La preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

Artículo 67. Protección del medio ambiente. Constituyen deberes del Estado prevenir la contaminación*, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones.* En consecuencia:

1) *Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza;*

2) *Se prohíbe la introducción, desarrollo, producción, tenencia, comercialización, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y de agroquímicos vedados internacionalmente, además de residuos nucleares, desechos tóxicos y peligrosos;*

3) *El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías y energías alternativas no contaminantes;*

4) En los contratos que el Estado celebre o en los permisos que se otorguen que involucren el uso y explotación de los recursos naturales, se considerará incluida la *obligación de conservar el equilibrio ecológico,* el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado;

5) Los poderes públicos prevendrán y controlarán los factores de deterioro ambiental, impondrán las sanciones legales, la

responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente y a los recursos naturales y exigirán su reparación. Asimismo, cooperarán con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre.

Artículo 75. Deberes fundamentales. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes:

11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando la conservación de un ambiente limpio y sano;

Artículo 217. Orientación y fundamento. El régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y *la sostenibilidad ambiental,* en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad.

Artículo 265. Estado de Emergencia. El Estado de Emergencia podrá declararse cuando ocurran hechos distintos a los previstos en los artículos 263 y 264 *que perturben o amenacen* perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social, *medioambiental del país*, o que constituyan calamidad pública.

18. *Constitución Española (1978)*[136]

Artículo 45

1. *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente,* apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su

[136] Disponible en: *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

19. *Constitución de la República Francesa (1958)*[137]

Preámbulo

Los franceses proclaman solemnemente su compromiso con los Derechos Humanos y los principios de soberanía nacional definidos en la Declaración de 1789, confirmados y completados por el preámbulo de la Constitución de 1946, y *los derechos y deberes definidos en la Carta Ambiental 2004.*

En virtud de estos principios y de la libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los territorios de ultramar que expresan la voluntad de adherirse a ella nuevas instituciones basadas en el ideal común de libertad, igualdad e igualdad. fraternidad y diseñada para su evolución democrática.

Artículo 11: El presidente de la República, a propuesta del gobierno durante las sesiones o en una moción conjunta de los dos conjuntos, publicado en el Diario Oficial, *someter a referéndum cualquier proyecto de ley sobre la organización de los poderes públicos, con las reformas relativas a la política económica, social o ambiental Nación* y los servicios públicos que contribuyen a la misma, o autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contraria a la Constitución, afectaría al funcionamiento de las instituciones.

Artículo 34. La ley establece las reglas concernientes a:

— la preservación del medio ambiente;

Artículo 69. El Consejo Económico, Social y Medioambiental, incautado por el Gobierno, emite su opinión sobre los proyectos de leyes, ordenanzas o decretos, así como sobre las propuestas legislativas que se le presentan.

El Consejo puede designar a un miembro del Consejo Económico, Social y Medioambiental para que presente a la Asamblea Parlamentaria la opinión del Consejo sobre los proyectos o propuestas que se le presenten.

[137] Disponible en : *http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/CEDIL/Dossier%2043-2018/43-.Regimen%20Disciplinario%20Legislador/Europa%20II_C/Francia_bi/Constitución/Constitución%20de%20la%20República%20Francesa%20-%20Asamblea%20Nacional.pdf* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

El Consejo Económico, Social y Ambiental puede ser solicitado bajo las condiciones establecidas por una ley orgánica. Después de examinar la petición, informa al gobierno y al Parlamento de la acción que propone emprender.

Artículo 70. El Consejo Económico, Social y Ambiental puede ser consultado por el Gobierno y el Parlamento sobre cualquier problema económico, social o ambiental. El gobierno también puede consultarlo sobre el proyecto de ley de programación que define las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas. Cualquier plan de programación económica, social o ambiental o proyecto de ley se somete a la opinión.

Carta del medio ambiente 2004

Los franceses, en vista de

Que los recursos y los equilibrios naturales han condicionado el surgimiento de la humanidad;

Que el futuro y la existencia misma de la humanidad son inseparables de su entorno natural;

Que el medio ambiente es patrimonio común de los seres humanos;

Ese hombre tiene una influencia creciente en las condiciones de la vida y en su propia evolución;

Que la diversidad biológica, la realización personal y el progreso de las sociedades humanas se ven afectados por ciertos patrones de consumo o producción y la explotación excesiva de los recursos naturales;

Que la preservación del medio ambiente debe buscarse de la misma manera que los otros intereses fundamentales de la Nación;

Que para garantizar el desarrollo sostenible, las opciones para satisfacer las necesidades del presente no deben comprometer la capacidad de las futuras generaciones y otros pueblos para satisfacer sus propias necesidades;

Proclama:

Artículo 1o.

Todos tienen derecho a vivir en un ambiente equilibrado que respeta la salud.

Artículo 2o.

Todos tienen el deber de participar en la preservación y mejora del medio ambiente.

Artículo 3o.

Toda persona debe, en las condiciones definidas por la ley, prevenir los ataques que probablemente traerá al medio ambiente o, en su defecto, limitar las consecuencias.

Artículo 4o.

Toda persona debe contribuir a la reparación del daño que causa al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley.

Artículo 5o.

Cuando la ocurrencia del daño, aunque incierta en el estado del conocimiento científico, pueda afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente, las autoridades públicas garantizarán, mediante la aplicación del principio de precaución y en sus ámbitos de competencia, la implementación de procedimientos de evaluación de riesgos y la adopción de medidas provisionales y proporcionales para hacer frente a la ocurrencia del daño.

Artículo 6o.

Las políticas públicas deben promover el desarrollo sostenible. Con este fin, concilian la protección y la mejora del medio ambiente, el desarrollo económico y el progreso social.

Artículo 7o.

Toda persona tiene derecho, en las condiciones y dentro de los límites definidos por la ley, a acceder a la información ambiental en poder de las autoridades públicas y participar en el desarrollo de las decisiones públicas que afecten el medio ambiente.

Artículo 8o.

La educación y capacitación ambiental contribuirán al ejercicio de los derechos y deberes definidos por esta Carta.

Artículo 9o.

La investigación y la innovación deben apoyar la preservación y la mejora del medio ambiente.

Artículo 10

Esta Carta inspira acción europea e internacional en Francia.

20. *Constitución de la República de Lituania (1992)*[138]

Artículo 47. El subsuelo, las aguas nacionales interiores principales, bosques, parques, caminos, los sitios históricos, arqueológicos y culturales pertenecerán, en derecho de propiedad exclusiva, a la República de Lituania.

[138] Disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Lithuania_2019?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

La República de Lituania tiene derechos exclusivos de propiedad del espacio aéreo sobre su territorio, su plataforma continental y la zona económica del mar Báltico.

Las entidades extranjeras pueden adquirir la propiedad de la tierra, de las aguas interiores y de los bosques en la República de Lituania de acuerdo con una ley constitucional.

Parcelas de terreno pueden pertenecer a un Estado extranjero en propiedad para el establecimiento de sus misiones diplomáticas y puestos consulares de acuerdo con el procedimiento, los términos y las condiciones establecidas por la ley.

Artículo 53. El Estado cuidará de la salud de sus ciudadanos y garantizará la asistencia y los servicios médicos en caso de enfermedad. El procedimiento para proporcionar la asistencia médica gratuita a los ciudadanos en instituciones de salud estatal estará establecido en la ley.

El Estado promoverá la educación física de la sociedad y apoyará los deportes.

El Estado y cada individuo ha de proteger el medio ambiente de efectos dañinos.

Artículo 54. El Estado asegurará la protección del medioambiente natural, la fauna y la flora, los objetos individuales de las áreas protegidas y naturales y supervisará el uso sostenible de los recursos naturales, su renovación y su recuperación.

La devastación de la tierra y el subsuelo, la contaminación de las aguas y del aire, el impacto radiactivo en el medio ambiente así como el agotamiento de la fauna y la flora estarán prohibidos por la ley.

21. *Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo (1868)*[139]

Artículo 11bis. El Estado garantiza la protección del medio ambiente humano y natural, trabajando por el establecimiento de un equilibrio duradero entre la conservación de la naturaleza, en particular su capacidad de renovación, y la satisfacción de las necesidades de las *generaciones presentes y futuras.*

[139] Disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

22. *Constitución de Noruega (1814)*[140]

Artículo 112. Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un ambiente que asegure la salud y a un ambiente natural cuya capacidad productiva y diversidad sean preservadas. Los recursos naturales serán utilizados partiendo de consideraciones integrales y de largo plazo, que salvaguarden este derecho también para generaciones venideras.

Para salvaguardar su derecho de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo precedente*, los ciudadanos tienen derecho a recibir información sobre el estado del entorno natural* y sobre los efectos de cualquier invasión a la naturaleza que se planee o que haya comenzado.

23. *Constitución de la República Portuguesa (1976)*[141]

Artículo 9. Misiones fundamentales del Estado:

Proteger y realzar la herencia cultural portuguesa, defender la naturaleza y el medio ambiente, preservar los recursos naturales y asegurar un correcto ordenamiento del territorio;

Artículo 52. Derecho de petición y Acción popular

3) Todos tienen el derecho a ejercer la acción popular, incluyendo el derecho a recurrir por la compensación apropiada para las partes agraviadas, en los casos y términos establecidos por la ley, bien personalmente o por medio de asociaciones que apoyen la defensa de los intereses en cuestión. Tal derecho será ejercido, particularmente, en orden a:

— Promover la prevención, cese o procedimiento judicial de delitos contra la salud pública, los derechos de los consumidores, la calidad de vida, o la *preservación del medio ambiente* y la herencia cultural.

Artículo 64. Salud

Todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

---

[140] Disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

[141] Disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

El derecho a la protección de la salud, se realiza:

A través de un servicio nacional de salud universal y general que, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, será tendencialmente gratuito;

Mediante la creación de las condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales que garanticen específicamente la protección de la infancia, la juventud y la vejez, y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo y por las prácticas de vida saludable.

Artículo 66. Medio ambiente y calidad de vida.

Todos tienen derecho a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.

Para asegurar el derecho al medio ambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios con la vinculación y la participación de los ciudadanos:

Prevenir y controlar la polución y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión.

Ordenar y promover la ordenación del territorio, de manera que haya una correcta localización de las actividades, un desarrollo socio-económico equilibrado, y la protección del paisaje.

Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de manera que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico y artístico.

Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica con respeto al principio de solidaridad entre generaciones;

Promover en colaboración con los gobiernos locales, la calidad medioambiental de las poblaciones y de la vida urbana, particularmente en el plano arquitectónico y en la protección de las zonas históricas.

Promover la integración de objetivos medioambientales en las diferentes políticas de ámbito sectorial;

Promover la educación medioambiental y el respeto por los valores del medio ambiente;

Asegurar que la política fiscal compatibilice el desarrollo con la protección del medio ambiente y la calidad de vida.

Artículo 90. Objetivos de los planes.

Los planes de desarrollo económico y social tienen por objetivo promover el crecimiento económico, el desarrollo harmonioso e integrado de sectores y regiones, el justo reparto individual y regional del producto nacional, la coordinación de la política económica con las políticas social, educativa y cultural, la defensa del mundo rural, la preservación del equilibrio ecológico, la defensa del medio ambiente y de la calidad de vida del pueblo portugués.

24. *Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999)*[142]

Artículo 2. Objetivo

1. La Confederación protege la libertad y los derechos del pueblo y garantiza la independencia y seguridad del país.
2. Promueve la prosperidad común, *el desarrollo duradero,* la cohesión interna y la diversidad cultural del país.
3. Vela por la igualdad de oportunidades posible entre los suizos y las suizas.
4. *Se compromete a favor de la conservación duradera de las condiciones de vida naturales y de un pacífico y justo Orden Internacional.*

Artículo 65. Estadísticas

La Confederación recopilará los datos estadísticos necesarios sobre la situación y las tendencias de la población, la economía, la sociedad, la educación, la investigación, la tierra y *el medio ambiente en Suiza.*

Artículo 73. Desarrollo sostenible. La Confederación y los cantones se esforzarán por *lograr una relación equilibrada y sostenible entre la naturaleza y su capacidad de renovarse* y las exigencias que le impone la población.

Artículo 74. Protección del medio ambiente y la natural

1. La Confederación legislará sobre la protección de la población y de su medio ambiente natural contra daños o molestias.

Artículo 86. Impuestos de consumo sobre carburantes y otros tributos sobre el tráfico.

[142] Disponible en: *https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/che* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

1. La Confederación podrá establecer un impuesto sobre el consumo de carburantes.
2. Impondrá una tasa por la utilización de la red de carreteras nacionales a los vehículos a motor y sus remolques que no estén sometidos a la tasa sobre vehículos pesados.
3. Utilizará la mitad del producto neto de los derechos sobre el consumo de carburantes y el producto total de las tasas por la utilización de la red de carreteras nacionales para financiar los gastos y trabajos relacionados con el tráfico por carretera:

b. contribuciones a la construcción de elementos de seguridad contra los elementos naturales y de las medidas de protección del medio ambiente y del paisaje que la circulación vial hace necesarias;

Artículo 89. Política energética

1. Dentro de los límites de sus respectivas competencias, la Confederación y los cantones se comprometerán a *promover un aprovisionamiento energético suficiente, diversificado, seguro, eco nómicamente óptimo y respetuoso del medio ambiente*, así como a una utilización económica y racional de la energía.

25. *Constitución de Kenia*[143]

Preámbulo: Respetuosos del medioambiente, que es nuestra herencia, y determinados a conservarlo para el beneficio de generaciones futuras.

Artículo 42. Medioambiente.

Todas las personas tienen derecho a un medioambiente limpio y saludable, que incluye el derecho:

1. A tener un medioambiente protegido para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante medidas legislativas o de otra clase, en especial mediante las contempladas en el artículo 69, y
2. A que las obligaciones relativas al medioambiente se cumplan según lo dispuesto en el artículo 70.

Artículo 43. Todas las personas tienen derecho:

b. *A agua limpia y potable en cantidad adecuada.*

[143] Disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010?*lang=*es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

56. Minorías y grupos marginados.

El Estado pondrá en marcha programas de acción afirmativa diseñados para garantizar que las minorías y los grupos marginados:

e) Tienen un acceso razonable al agua, los servicios de salud y la infraestructura.

26. *Constitución de Sudáfrica (1996)*[144]

Artículo 24. Medio ambiente.

Toda persona tiene derecho:

1. a un medio ambiente que no sea dañino para su salud o bienestar; y
2. a tener el medio ambiente protegido, para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, a través de la legislación y otras medidas que:
   — impidan la contaminación y la degradación ecológica;
   — promuevan la conservación; y
   — aseguren un desarrollo ecológicamente sostenible y el uso de los recursos naturales mientras se promueve un desarrollo económico y social justificable.

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a acceder a:

b) suficiente alimento y agua; y

Artículo 184. Funciones de la Comisión de Derechos Humanos.

1. La Comisión de Derechos Humanos debe:
3. Cada año, la Comisión de Derechos Humanos debe requerir a los órganos correspondientes del Estado para que provean a la Comisión con *información de las medidas tomadas para la realización de los derechos de la declaración de derechos que afecten* a la vivienda, cuidado de la salud, alimentos, agua, seguridad social, educación y *medio ambiente*.

144 Disponible en: *https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=es* (fecha de consulta: 8 de enero de 2024).

Capítulo tercero

La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno y las propuestas de Constitución en Chile 2022 y 2023

Carlos Ayala Corao*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Rango Supraconstitucional*. III. *Rango Constitucional.* IV. *Rango Supralegal.* V. *Rango Legal.* VI. *La jerarquía y el valor constitucional de los derechos humanos.*

I. Introducción

Los derechos humanos son objeto de estudio tanto por el Derecho constitucional (interno) como por el Derecho internacional. En el Derecho constitucional, se estudia el tema de los derechos humanos, dentro del capítulo que Bidart Campos denominó el "Derecho constitucional de los derechos humanos".[1] Mientras que en el Derecho internacional público, el tema de los derechos humanos ha adquirido una proyección tal, que su evolución ha permitido consolidar la formación de una nueva rama denominada el "Derecho internacional de los derechos humanos".[2]

Afortunadamente, los constitucionalistas no hemos dejado o abandonado el tema de los derechos humanos al tratamiento exclusivo de los internacionalistas. Ello ha permitido la elaboración doctrinaria del tema desde

* Profesor titular de Derecho constitucional; ex presidente de la CIDH; vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas.

1 Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

2 Nikken, Pedro, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 72. Caracas, 1989; y Piza R., Rodolfo E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, 1989.

ambas perspectivas. Sin embargo, ya se advierte que el tema de los derechos humanos no puede ser abordado exclusivamente por el Derecho internacional ni por el Derecho constitucional, sino por un método multidisciplinario por las razones que expondremos en el presente trabajo. La especificidad de los derechos humanos requiere así de un tratamiento singular, que en los próximos años debe permitir la formación de un "Derecho de los derechos humanos" como disciplina y rama jurídica autónoma.

Conforme al Derecho internacional, y en particular bajo el Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos (convencionales) internacionales.[3] Por lo cual, si el ejercicio de esos derechos no estuviere garantizado por las disposiciones legislativas o de otro "carácter" (como son las disposiciones constitucionales), los Estados deben adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las exigencias de los instrumentos internacionales, las medidas legislativas o de otro "carácter" que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos.[4] Entre estas medidas legislativas y de otro carácter, se incluyen las disposiciones y normas constitucionales.

En consecuencia, se trata de una obligación *erga omnes*, completa y comprensiva, que abarca a todo el ordenamiento jurídico del Estado, es decir, todo el Derecho interno, comenzando con la propia Constitución. En este sentido, bajo el Derecho internacional e incluso como un principio de *ius cogens*, los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).[5] Por lo cual, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su Derecho interno, incluida su Constitución, para pretender justificar el incumplimiento de un tratado.[6]

En ese sentido, en el ámbito interamericano, los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) deben cumplir con sus obligaciones internacionales de respeto, garantía y protección, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH. De allí que todos los po-

[3] CADH, art. 1.1 y PIDCP, art. 2.1.

[4] CADH, art. 2 y PIDCP, art. 2.2.

[5] CVDT, art. 26:
Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

[6] CVDT, art. 27:
Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

deres públicos del Estado tienen la obligación de abstenerse de dictar actos contrarios a la CADH; y en caso de que se encuentren frente a uno de esa naturaleza, deben adoptar las medidas necesarias, de conformidad con sus competencias constitucionales y legales, para privarlo de sus efectos —a fin de que el mismo no sea aplicado—. De lo contrario, en caso de la aplicación de actos jurídicos incompatibles con el tratado que cause daños no reparados internamente, se generará la responsabilidad internacional del Estado por la expedición del acto; así como la responsabilidad por su aplicación; y por su no anulación, derogación, revocatoria o anulación, según el caso.

En consecuencia, si el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en tratados, como la CADH, no estuviere garantizado por sus disposiciones constitucionales, los Estados se comprometen a adoptar —con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las exigencias de los instrumentos internacionales—, las medidas constitucionales que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos.[7]

El control de la convencionalidad de las Constituciones en materia de derechos humanos se lleva a cabo en sede judicial internacional por los tribunales regionales de derechos humanos, mediante vías y modalidades no exactamente iguales (aunque en algo similares) a los mecanismos domésticos de control de la constitucionalidad.[8] Como veremos en detalle, la Corte IDH como tribunal internacional es competente para controlar la convencionalidad de las Constituciones de los Estados, a través de un control judicial concentrado por vías directas y por vías incidentales, mediante: (i) un control consultivo abstracto o general; (ii) un control consultivo específico y (iii) un control contencioso.

Dicho control de convencionalidad se justifica, además, como dijimos, en los principios del Derecho internacional general de buena fe y

[7] CADH, art. 2.

[8] Véase también, Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Instituto de Derecho Comparado, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1961 y Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1966; Fix-Zamudio, Héctor, *25 años de Evolución de la Justicia Constitucional*, México, UNAM, 1968; Brewer Carías, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*, San Cristóbal, 1994; y Brewer Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989; Ayala Corao, Carlos, *Reflexiones sobre la Jurisdicción Constitucional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello (mimeografía), 1986 y Ayala Corao, Carlos, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela", *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad del Externado, 1996.

pacta sunt servanda (art. 26), así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".[9]

En consecuencia, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, los Estados están obligados a cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que se desprenden de ellos, sin que puedan invocar como excusa su ordenamiento interno, incluida su Constitución.

Ahora bien, desde el punto de vista exclusivo del Derecho interno, las Constituciones suelen determinar su ubicación de los tratados en la jerarquía de las fuentes. Así, en términos generales, en Derecho comparado las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor en el Derecho interno: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) supralegal; y 4) legal. En momentos en los cuales se ha propuesto un apoyo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resulta interesante destacar las modalidades de jerarquía que tienen los tratados sobre derechos humanos en el Derecho interno; y cómo aquéllos pueden priorizarse de manera de vincular al resto del ordenamiento jurídico.[10] Pero, como quedó dicho *supra* e insistimos una vez más, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, los Estados están obligados a cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que se desprenden de aquéllos, sin que puedan invocar como excusa su ordenamiento interno, incluida su Constitución.

En todo caso, la regla de interpretación de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales, es que ésta debe llevarse a cabo conforme al principio de progresividad o *pro persona*. En ese sentido, la interpretación que se haga en el Derecho interno siempre debe seguir como base o mínimo la interpreta-

[9] Al respecto, Corte Internacional de Justicia, Avis du 26 avril 1988, *Accord de siège États Unis-Onu*.

[10] Seguimos en este trabajo lo expuesto por nosotros en Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. II, Caracas, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA Asociación Venezolana de Derechos Constitucional, 1996 y en Ayala Corao, Carlos, *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

ción común realizada por el órgano internacional autorizado, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).[11]

II. Rango Supraconstitucional

Conforme a este sistema, los tratados internacionales prevalecen aún respecto a la Constitución del propio Estado. Como ejemplo de este sistema, suele citarse la Constitución de los Países Bajos de 1956, cuyo artículo 63 estableció: "Si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución".

Dicha Constitución fue modificada en 1983, en cuyo artículo 91 se exige para la aprobación de tratados que contradigan la Constitución, ⅔ de los votos escrutados. El artículo 94 de dicha Constitución vigente establece en consecuencia, que las normas jurídicas del reino no serán aplicables, cuando ésta sea incompatible con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones internacionales.

En América Latina, Piza Rocafort ha considerado que los casos de Guatemala y Honduras, resultan asimilables, de alguna manera, al sistema de rango supraconstitucional de los instrumentos internacionales.[12] La Constitución de Guatemala, respecto a los instrumentos internacionales, establece en su artículo 46, el principio general de que (solo) en materia de derechos humanos los tratados y convenciones tienen preeminencia sobre el derecho interno: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".

Esta fórmula genérica de preeminencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sobre el derecho interno, podría dar lugar a dudas sobre si en ella está claramente comprendida la Constitución. Sin embargo, dicha duda puede aclararse al conocerse que el origen de la norma se debe, al impacto de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana

[11] Nikken, Pedro, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 72, Caracas, 1989.

[12] Rodolfo E. Piza R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, 1989.

de Derechos Humanos OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, en la cual la Corte estableció que un país no puede, aunque su Constitución se lo permita (como era el caso de Guatemala), "aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna".[13]

En el caso de Honduras, el artículo 16 establece que los tratados celebrados con otros Estados, forman parte del Derecho interno; y el artículo 18, consagra la preeminencia de los tratados sobre las leyes, en caso de conflicto. Pero además de esos principios generales y ordinarios, la propia Constitución en su artículo 17 permite los tratados internacionales contrarios a ella, en cuyo caso exige su aprobación por el procedimiento de reforma constitucional: "Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo".

Una fórmula similar a la de Honduras está contenida en la Constitución de Perú de 1993, en su artículo 57: "Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el presidente de la República".

En esos casos pareciera operar en la práctica una reforma de la Constitución por vía de un tratado internacional, que adquiere el carácter de una "ley constitucional" capaz de modificar el texto fundamental, en virtud de la autorización expresa o delegación del poder constituyente. De lo contrario, en caso de no efectuarse la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, el mismo resultaría inconstitucional.

En España, la fórmula utilizada tiene la lógica inversa, al exigir como condición previa para la aprobación de un tratado contrario a la Constitución, la previa revisión de la misma; en cuyo caso, los órganos legitimados pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción:

> Artículo 95:
>
> 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

[13] Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A No. 3.

2. El gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Con lo cual resulta evidente que en España, si un tratado a celebrarse contiene disposiciones contrarias a la Constitución, su celebración no puede concluirse, sino hasta que o en caso de que, la propia Constitución se reforme para adaptar sus normas a las del tratado. De lo contrario, el tratado celebrado sin ese paso previo resultaría inconstitucional.

III. Rango Constitucional

Conforme a este sistema, los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales tienen rango constitucional, adquiriendo la *supremacía y en consecuencia la rigidez* propias de la Constitución.

Modelo de este sistema lo configura la Constitución de Perú de 1979, derogada por la que fue aprobada en 1993 que entró en vigencia en 1994. El artículo 105 de la referida Constitución de 1979, establecía: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

La reforma de la Constitución de Argentina de 1994, si bien le da a los tratados en general una jerarquía "superior a las leyes"; a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos que enumera expresa y taxativamente en el artículo 75, inciso 22, les otorga la "jerarquía constitucional"; y los demás tratados sobre derechos humanos, podrán gozar de la "jerarquía constitucional", en caso de que luego de ser aprobados por el Congreso se les imponga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Dicha norma expone el siguiente contenido:

> Artículo 75.Corresponden al Congreso:
>
> …
>
> 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la leyes.

> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en la condiciones de su vigencia *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. *Sólo podrán ser denunciados* en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
>
> *Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos,* luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la *jerarquía constitucional*. (Resaltados añadidos).

Con lo cual, conforme a dicha norma, los tratados sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución. Por ello, esos tratados solo pueden ser denunciados previo cumplimiento de un procedimiento agravado, previsto en la Constitución: la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Siguiendo esa tendencia, la Constitución de Venezuela de 1999, estableció la jerarquía constitucional —únicamente— de los tratados sobre derechos humanos, permitiendo que incluso prevalezcan en el orden interno frente a la Constitución en la medida en que contengan normas más favorables:

> Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen *jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución* y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. (Resaltados añadidos).

Desafortunadamente, el secuestro político del Estado de Derecho en Venezuela incluida la justicia y, en particular, la jurisdicción constitucional, ha convertido a la Constitución, incluida esta norma, en letra muerta, llegando incluso a desdecir lo que ella misma dispone.[14]

El caso singular de Costa Rica, donde la Constitución le otorgó a los tratados una jerarquía *supralegal*, pero la jurisprudencia le ha asignado una jerarquía *constitucional*, será analizado en el próximo acápite.

La incorporación al bloque de la Constitucionalidad

La incorporación de la CADH y la jurisprudencia interamericana al bloque de la constitucionalidad ha facilitado a los tribunales constitucionales y cortes supremas de justicia de Latinoamérica, ejercer la jurisdicción constitucional aplicando directamente la interpretación de los derechos conforme a la jurisprudencia internacional.

Las Constituciones de varios países latinoamericanos han otorgado a los tratados sobre derechos humanos *jerarquía constitucional* (por ejemplo Argentina, Venezuela, Brasil, República Dominicana y Ecuador).[15] Otra técnica comúnmente utilizada también es la asignación de la categoría de "derechos de rango constitucional" a los contenidos en los instrumentos internacionales.[16] En otros casos, con o sin las características anteriores, se han incorporado expresa o implícitamente los tratados sobre derechos humanos —incluida la jurisprudencia de la Corte IDH— al Bloque de la constitucionalidad. Ello ha permitido, que en variadas vías procesales de la jurisdicción constitucional, tanto la CADH como la jurisprudencia de la Corte IDH jueguen un rol determinante.

[14] Ver Ayala Corao, Carlos, "Del Estado de Derecho al Estado de Facto: La destrucción de la Democracia Constitucional en Venezuela", en *El Falseamiento del Estado de Derecho*, World Jurist Association, World Jurist Foundation, Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, 2021; y Ayala Corao, Carlos, *Libro Homenaje a Cecilia Sosa*, t. I, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2021.

[15] Ver Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias,* México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Funda), 2004.

[16] *Idem*.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana en diversos casos, ha venido conformando el bloque de la constitucionalidad, primero, incorporando a los tratados sobre derechos humanos, y segundo, a la jurisprudencia internacional. En este sentido, la Corte Constitucional en el caso *demanda de Inconstitucionalidad contra Las Expresiones "Grave" (Artículos de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal)*,[17] reiteró su doctrina sobre un bloque de constitucionalidad, integrado por: "(i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos («Constitución Política» artículo 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias". La Corte Constitucional colombiana ha incorporado de una manera progresiva al bloque de la constitucionalidad las decisiones de los organismos internacionales creados por esos tratados de derechos humanos, en virtud de lo cual, evidentemente ha incluido la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en el *Caso Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez,*[18] esa Corte se expresó en los siguientes términos:

> Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, *el bloque de constitucionalidad* relativo a la libertad de expresión ha de estar *integrado por las normas internacionales*, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *la Corte Interamericana de Derechos Humanos* y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues *la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.[19] (Resaltados añadidos).

En sentido similar, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana[20] afirmó la existencia de un *bloque de la constitucionalidad* de doble fuente, integrado por la Constitución y los tratados sobre derechos

[17] Corte Constitucional de la República de Colombia, *caso demanda de Inconstitucionalidad contra Las Expresiones "Grave" (Artículos de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal*, Sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005.

[18] Corte Constitucional de la República de Colombia, *Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez,* Sentencia T-1319/01 de 7 de diciembre de 2001.

[19] Corte Constitucional de la República de Colombia, *Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez,* Sentencia de 7 de diciembre de 2001.

[20] Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Resolución No. 1920-2003 de 13 de noviembre de 2003.

humanos, incluida la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual es de "carácter vinculante":

> Atendido, a que la República Dominicana, *tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional,* formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y *b) la internacional,* compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *fuentes normativas que en su conjunto*, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el *bloque de constitucionalidad*, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.
>
> Atendido, que, en consecuencia, *es de carácter vinculante para el Estado dominicano*, y, por ende, *para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana* sobre Derechos Humanos *sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales*, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.[21] (Resaltados añadidos).

Esa misma alta Corte dominicana, ha ratificado la incorporación de la jurisprudencia de la Corte IDH al *bloque de la constitucionalidad*, en los siguientes términos:[22]

> … al referirse a la primacía de la Constitución y los tratados en el sentido de que éstos "prevalecen siempre sobre la ley", de lo que se infiere que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por *la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, lo que se ha dado en denominar *bloque de constitucionalidad,* que reconoce igual rango a las normas que lo componen.[23] (Resaltados añadidos).

[21] Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Resolución de 13 de noviembre de 2003.

[22] Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Sentencia de 9 de febrero de 2005.

[23] Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Sentencia de 9 de febrero de 2005.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver *la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma,*[24] reiteró su jurisprudencia sobre la jerarquía constitucional de los instrumentos sobre derechos humanos, al sostener que éstos "tienen no solamente un *valor similar* a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, *priman por sobre la Constitución*" (resaltados añadidos). En sentido similar, en el ya citado caso relativo a la *Acción de Inconstitucionalidad contra el Artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas,*[25] la Corte costarricense expresó que resultaba "inexplicable" que habiendo ese Estado acudido "hace más de diez años" a la Corte IDH a solicitar la Opinión Consultiva No. 5,[26] "la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia".

Por lo cual, a fin de darle una lógica sistemática, la Corte costarricense reconoció el carácter vinculante no sólo a las sentencias en los casos contenciosos sino a las opiniones consultivas, particularmente con relación al Estado solicitante, "otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional". Con base en ese razonamiento, invocando el valor de la interpretación realizada por la Corte IDH en su OC-5,[27] terminó declarando la inconstitucionalidad de la norma relativa a la colegiación obligatoria de periodistas, añadiendo que "no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no sólo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación".[28]

[24] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma, *Resolución 2000-09685* (expediente 00-008325-007-CO) de 1 de noviembre de 2000 y ver sentencia No. 2313-95.

[25] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *Caso de la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas,* Sentencia de 9 de mayo de 1995.

[26] Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas,* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

[27] Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas,* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

[28] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *Caso de la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas,* Sentencia de 9 de mayo de 1995.

La misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, en la *Consulta Preceptiva de Constitucionalidad en relación al Proyecto de Reforma al Inciso 5 del Artículo 14 de la Constitución Política,*[29] relativo al tema del trato sin discriminación por razones de sexo, que había sido objeto de la Opinión Consultiva No. 4[30] de la Corte IDH solicitada por el propio Estado de Costa Rica, expresó que la recepción de la interpretación de la Corte IDH "constituye un deber del Estado costarricense, puesto que se origina primero en un mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la Opinión Consultiva No. OC-4/84,[31] al conocer una consulta del gobierno de Costa Rica sobre reformas constitucionales en lo referente a la "naturalización".

En sentido similar, el Tribunal Constitucional peruano, ha declarado la inconstitucionalidad de una norma del Código Procesal Constitucional (art. 5, numeral 8), que impedía el ejercicio de acciones de amparo constitucional contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. Para ello, en el citado *Caso Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República,*[32] el Tribunal peruano invocó el "carácter vinculante" de la jurisprudencia de la Corte IDH, incluidas sus opiniones consultivas, pero en especial el caso contencioso sobre derechos políticos en *Yatama vs. Nicaragua.*[33]

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el citado *Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Jorge Rafael,*[34] declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto de indulto presidencial, por resultar violatorio de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la CADH, que tienen *jerarquía constitucional* (art. 75, inciso 22), invocando para ello diversos casos de la Corte IDH y en especial el *Caso Barrios Altos vs. Perú.*[35] Igualmente se pronunció dicha Corte argentina en el *Caso*

[29] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Consulta Preceptiva de Constitucionalidad en relación al Proyecto de Reforma al Inciso 5 del Artículo 14 de la Constitución Política,* Consulta 98-005381-007-CO-S- de 11 de agosto de 1998.

[30] Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (Serie A No. 4).

[31] Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización,* Opinión Consultiva OC-4/84.

[32] Tribunal Constitucional del Perú, *Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República,* Sentencia de 19 de junio de 2007 (00007-2007-PI/TC-19).

[33] Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005.

[34] Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *Caso Jorge Rafael Videla,* Sentencia 21 de agosto de 2003.

[35] Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Simón, Julio Héctor y otros[36] antes citado, en el cual declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida,[37] haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH (Caso *Barrios Altos vs. Perú*),[38] como una "pauta imprescindible de interpretación" que es "imperativa" aplicar.

Otra modalidad en la cual algunos tribunales constitucionales latinoamericanos han incorporado los tratados sobre derechos humanos incluida la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH al *bloque de la constitucionalidad*, ha sido de manera implícita o inherente, mediante las declaratorias sobre la constitucionalidad de actos y leyes, haciendo mención a las normas de los instrumentos internacionales o indirectamente a la jurisprudencia internacional.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, al declarar la inconstitucionalidad de varias normas contenidas en las llamadas "leyes antiterroristas" (Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880 y sus normas complementarias y conexas),[39] acordó que la interpretación de la Constitución peruana (art. 73) en materias de justicia militar debía hacerse, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, y en concreto, los criterios anteriormente expresados por la Corte IDH en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú.*[40]

Así mismo, el anterior Tribunal Constitucional boliviano, en el caso *Defensor del Pueblo (Waldo Albarracín)*[41] al declarar la inconstitucionalidad de varias normas del Reglamento de Seguridad Social por invadir la reserva legal para limitar los derechos en materia de afiliación de beneficiarios del seguro social, invocó la interpretación constitucional conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH realizada en la Opinión Consultiva No. 6[42] y el artículo 30 de la CADH.

---

36 Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *Caso Simón, Julio Héctor y otros,* Sentencia de 14 de junio de 2005.

37 Leyes 23.492 y 23.521 respectivamente.

38 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

39 Tribunal Constitucional del Perú, *Inconstitucionalidad de las "Leyes antiterroristas",* Sentencia de 3 de enero de 2003.

40 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Serie C No. 52).

41 Tribunal Constitucional de Bolivia, caso *Defensor del Pueblo (Waldo Albarracín),* Sentencia de 5 de abril de 2006.

42 Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 (Serie A, No. 6).

La Corte Suprema de Justicia chilena, en su casación en el *Caso Manuel Tomás Rojas Fuentes*,[43] sin citar expresamente la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *Barrios Altos vs. Perú* y *Almonacidd Arellana vs. Chile*, ha despojado de los efectos jurídicos a la ley de amnistía, al establecer:

> Trigésimo sexto. Que, al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas...
>
> En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley No. 2.191, sobre amnistía de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

La Corte Suprema de Justicia guatemalteca en el *Caso Francisco Velásquez López* relativo a un recurso de casación,[44] se refirió a la errónea interpretación del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al no darle la "preeminencia debida" a la CADH, ni al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales,[45] los cuales obligan al Estado al respeto debido de los métodos y las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas, por parte de los tribunales y autoridades del Estado que deben pronunciarse en materia penal para juzgar los delitos que cometen sus miembros".

Por su parte, la anterior Corte Suprema de Justicia venezolana, había comenzado a desarrollar bajo la Constitución de 1961 en el marco de sus funciones como órgano jurisdiccional de control concentrado de la constitucionalidad, la tesis de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son un "parámetro de constitucionalidad".[46] En el caso

[43] Corte Suprema de Chile, *Manuel Tomás Rojas Fuentes,* Sentencia de13 de marzo de 2007.

[44] Corte Suprema de Guatemala, *Francisco Vlásquez López,* Sentencia No. 218-2003 de 7 de octubre de 2004.

[45] Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

[46] Véase Ayala Corao, Carlos, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*, *op. cit*.

contra la *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas,*[47] la Corte declaró la inconstitucionalidad de dicha Ley que había sido dictada por su Asamblea Legislativa estatal sin consultar con las comunidades indígenas afectadas. A pesar de que el derecho a la participación política directa no estaba consagrado expresamente en la Constitución venezolana, la Corte lo consideró un derecho constitucional implícito, en virtud de estar reconocido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos:[48]

> Ahora bien, tales presupuestos de la mencionada ley, se reitera, requieren de la participación ciudadana-política. En este sentido, el artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada en *Gaceta Oficial*, número 2146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero de 1978 prevé el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Disposiciones similares se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23), instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano. Esta normativa fue consagrada expresamente en la propia Constitución del Estado Amazonas en su artículo 15: "La Asamblea Legislativa promoverá la realización de referendos en las comunidades para la modificación de los elementos relativos a la organización municipal en la jurisdicción estadal.[49]

Finalmente, la Corte venezolana concluyó que dicha situación configuraba una "lesión constitucional" y, con base en ello, declaró la nulidad absoluta de la ley impugnada, por violar el derecho humano constitucionalizado de participación ciudadana en la fase de su formación:

> Según lo expuesto, se circunscribe, la presente decisión a la lesión constitucional de los derechos de las minorías, previstos en la Carta Magna y en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, situación que permite, con fundamento en el artículo 46 del Texto

[47] Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas,* Sentencia de 5 de diciembre de 1996.

[48] Ver texto de la sentencia en Ayala Corao, Carlos, "Jurisprudencia Constitucional en Venezuela. El derecho a la participación política de los pueblos indígenas", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997, pp. 348 y ss.

[49] Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas,* Sentencia de 5 de diciembre de 1996.

> Fundamental: "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo", ANULAR el acto impugnado, en sus disposiciones lesivas de los mencionados derechos, con prescindencia del análisis de violaciones de rango legal. Así se declara, conforme al artículo 215 ordinal 4o. de la Carta Magna y el artículo 42 ordinal 3o., en concordancia con el artículo 43 de la Ley.[50]

Dicha jurisprudencia se fortaleció y profundizó en el caso contra la *Ley sobre Vagos y Maleantes,*[51] en el cual, la Corte venezolana al declarar su inconstitucionalidad, fundó su razonamiento en argumentos que incluyeron los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En el capítulo IV del fallo, titulado "Violación de los Derechos Humanos", señaló que la Ley impugnada:

> omite las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Así lo establecen los artículos 9o. y 14 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7o. y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[52]

De manera tajante, esa Corte afirmó que los derechos humanos están constitucionalizados en Venezuela, por lo que los instrumentos internacionales que los consagran adquieren la jerarquía constitucional; convirtiéndose, como en el caso concreto de la Convención Americana, en "parámetro para el control de la constitucionalidad". En palabras de la Corte:

> Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera "Ipso jure" convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional.
>
> La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro derecho interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad.

---

[50] Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas,* Sentencia de 5 de diciembre de 1996.

[51] Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley sobre Vagos y Maleantes,* Sentencia de 14 de octubre de 1997.

[52] *Idem*.

> Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales.[53]

Esta evolución jurisprudencial resultó finalmente "constitucionalizada" al incorporase en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 —a propuesta nuestra— una norma que consagra expresamente la *jerarquía constitucional* de los tratados relativos a los derechos humanos. No obstante, como veremos más adelante, contradictoriamente, a partir de 1999, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha sido *regresiva* en esta materia.

Por su parte, la Sala Constitucional salvadoreña ha sido creativa, al incorporar indirectamente ("por vía refleja") los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad*. En efecto, en el caso *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras,*[54] dicho Tribunal si bien reconoció que en ese país dichos instrumentos no forman el bloque de constitucionalidad, ello no es óbice para invocarlos como "complemento de la pretensión" constitucional. En el caso concreto, se declaró la inconstitucionalidad de una norma de dicha ley, por violar no sólo la Constitución sino la Convención de los Derechos del Niño: "La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos".

> *La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos,* pues es preciso tomar en cuenta que la *misma Constitución confiere a los tratados internacionales de derechos humanos mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria,* estableciendo que no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias —[artículos] 1o. y 144, [inciso] 2—…
>
> Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; *incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes* prescritos por el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución]…

---

[53] Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley sobre Vagos y Maleantes,* Sentencia de 14 de octubre de 1997.

[54] Sala Constitucional de El Salvador, *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras,* Sentencia de 1 de abril de 2004 (Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003).

> En definitiva, el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], conectado con la concepción personalista del Estado —[artículo] 1o. y Preámbulo—, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina *la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos…*
>
> Por tanto, *si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras.*[55] (Resaltados añadidos).

En contravía con todo este desarrollo del diálogo jurisprudencia, muchas veces creativo e innovador por las altas jurisdicciones latinoamericanas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en ejecución del artículo 23 de la Constitución, ha reconocido el bloque de la constitucionalidad integrado por los tratados sobre derechos humanos, aunque de seguidas ha desnaturalizado dicho concepto, afirmando que la interpretación de esos instrumentos la debe realizar autónomamente dicha Sala.[56] Ello es, sin seguir las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte IDH, este Tribunal venezolano ha rechazado las sentencias de la Corte IDH por ser supuestamente "intervencionistas" e "imperialistas", afirmando además, que las mismas sólo están sometidas a su propio control de constitucionalidad ("pasavante"); llegando incluso a declararlas "inejecutables" y a solicitar al Ejecutivo Nacional que denuncie la propia CADH[57].

IV. Rango Supralegal

En este sistema, las normas de Derecho internacional tienen un valor superior a las normas de Derecho interno —aunque no pueden modificar

[55] Sala Constitucional de El Salvador, *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras,* Sentencia de 1 de abril de 2004.

[56] *Cfr.* Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia de 10 de agosto de 2007, No. 1746/2007 y Sala Constitucional, Sentencia de 19 de febrero de 2002, No. 278/2002.

[57] Sobre dicha polémica ver, Ayala Corao, Carlos *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009),* Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2010.

la Constitución—. Es decir, los tratados prevalecen en este caso, sobre las leyes nacionales.

Dicha fórmula es la consagrada en la Constitución de Alemania, en cuyo artículo 25 se establece que las normas generales del Derecho internacional público constituyen parte integrante del Derecho federal, y se sobreponen a las leyes: "Las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del Derecho Federal. Tienen primacía sobre las leyes y producen derechos y obligaciones inmediatos para los habitantes del territorio federal".

La Constitución de Italia utiliza una fórmula sencilla en el encabezamiento del artículo 10, al expresar: "El orden jurídico italiano se adecua a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas".

En el mismo sentido, la Constitución de Francia establece en su artículo 55, la supremacía de los tratados internacionales sobre las normas legales ordinarias, al mismo tiempo que los subordina a las normas constitucionales: "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

A semejanza del caso español antes citado, el texto fundamental francés establece en su artículo 54, que si el Consejo Constitucional declara que un acuerdo internacional contiene una disposición contraria a la Constitución, "la autorización de ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución".

Una fórmula *sui generis* fue utilizada en la Constitución Española (artículo 96.1) al establecerse una cláusula que solo permite derogar, modificar o suspender los tratados, en la forma prevista en éstos o conforme al Derecho Internacional: "Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

En América Latina, el sistema de jerarquía supralegal de los tratados, ha sido acogido por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Colombia.

En el caso de Costa Rica, el artículo 7 (incorporado en 1968) establece el rango superior de los tratados sobre las leyes, (pero se entiende, in-

ferior a la Constitución), al expresar: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

La Constitución de El Salvador establece expresamente, artículo 144, que un caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado:

> Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.
>
> La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Asimismo, la Constitución salvadoreña aclara expresamente el rango infraconstitucional de los tratados, al disponer en su artículo 145: "No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República".

En el caso de Guatemala, conforme al artículo 46 de la Constitución antes citado, en materia de derechos humanos, los tratados "tienen preeminencia sobre el derecho interno". Por lo cual, independientemente de su ubicación supraconstitucional, en todo caso, los tratados sobre derechos humanos, tienen una jerarquía superior a las leyes y demás normas del Derecho interno.

Conforme a la Constitución de Honduras, también en todo caso, el tratado prevalece sobre la ley artículo 18: "En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley, prevalecerá el primero".

Por su parte, la Constitución Colombiana declara en su artículo 93, que los tratados sobre Derechos Humanos prevalecen en orden interno:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
>
> Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En Venezuela, a pesar de que como se verá *infra*, el sistema es el del rango legal de los tratados, curiosamente, en materia de Derecho Internacional Privado, el Código de Procedimiento Civil reconoce la jerarquía superior de los tratados sobre el Derecho Interno (artículo 8).

V. Rango Legal

Conforme a este sistema, se confiere a los tratados internacionales el mismo rango que a la ley interna. Este sistema que coloca en igualdad jerárquica a los tratados y a las leyes es el más difundido entre los Estados.

El sistema del rango legal de los tratados es el contenido en la Constitución de Estados Unidos, con la fórmula tradicional consagrada en el artículo VI. 2., al expresar que todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán la ley suprema del país. Dicha expresión ha sido recogida por la jurisprudencia anglosajona bajo la expresión *"Internacional Law is part of the Law of the Land"*.

La Constitución de México, consagra una fórmula similar a la de Estados Unidos, al disponer en su artículo 133:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ellas y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Otras Constituciones latinoamericanas, tampoco consagran normas expresas sobre el rango de los tratados, pero su jerarquía legal se infiere, de normas que ubican a éstos en el mismo rango de la ley.

La Constitución de Uruguay, aun cuando en su artículo 6o. hace referencia a los tratados internacionales y al Derecho Internacional, no dispone expresamente su rango o jerarquía en el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a concluir, que en esos casos los tratados tienen rango de ley.[58]

[58] Jimenez de Arechaga, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Enero/Junio 1988, San José, p. 28 y Gros Espiell, Héctor "Los Tratados sobre

VI. La jerarquía y el valor constitucional de los derechos humanos

En el constitucionalismo moderno existe una tendencia a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, a otorgarle a los derechos humanos internacionales, el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución.

Lo importante de este fenómeno de "constitucionalización de los derechos humanos", es que el mismo se lleva a cabo, con independencia del problema anteriormente planteado, acerca de la jerarquía en sí de los tratados que los consagran. En consecuencia, el problema jurídico-formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material su objeto o contenido (los derechos humanos), va a equipararse al mismo rango de los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos humanos, por esta vía, son igualados a los derechos de la Constitución. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales, y por tanto el de la Constitución misma.

Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas: por vía de someter la interpretación de los derechos a los instrumentos sobre derechos humanos; por vía de declarar el reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales; y por vía de las cláusulas abiertas (no taxativas) de los derechos constitucionales. Pero las Constituciones no siempre utilizan con claridad estas técnicas, y a veces utilizan más de una de ellas simultáneamente.

1. *La técnica de interpretación conforme*

Esta técnica consiste en incorporar en la Constitución una cláusula conforme a la cual, las normas sobre los derechos que la propia Cons-

Derechos Humanos y el Derecho Interno", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1987.

titución reconoce explícitamente, deben interpretarse de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De esta manera, el Estado a través de sus distintos órganos del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, u otros), se encuentra vinculado para interpretar los derechos constitucionales conforme al contenido de los derechos humanos. Ello permite así, la incorporación de los derechos humanos por vía interpretativa al rango y valor de los derechos constitucionales.

La Constitución española representa este modelo, al consagrar en su artículo 10.2. el siguiente principio: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En el caso de España, los derechos humanos adquieren además consagración propia y expresa en el Preámbulo de la Constitución, al reconocerse que los mismos constituyen una proclamación de voluntad de la Nación española, de "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos...".

En este mismo sentido, la Constitución de Portugal establece en su artículo 16.2: "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre".

Así mismo, la Constitución de Colombia contiene una cláusula interpretativa de los derechos constitucionales, pero referida más ampliamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dicha norma está contenida en el único aparte del artículo 93, el cual establece: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

2. *La técnica declarativa*

Esta técnica consiste en declaraciones constitucionales de reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instru-

mentos internacionales. En otras palabras, con prescindencia de normas sobre el rango de los tratados y demás instrumentos internacionales, esta técnica incorpora cláusulas en la Constitución, que declaran el reconocimiento expreso de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La técnica declarativa tiene dos modalidades: A) las declaraciones de reconocimiento de los derechos humanos contenidas en los Preámbulos de las Constituciones; y B) las declaraciones contenidas en el texto del articulado de las Constituciones.

A. *Declaraciones contenidas en los Preámbulos*

La mayoría de las Constituciones de la postguerra que contienen Preámbulos, suelen hacer declaraciones de propósito y de reconocimiento universal de los derechos, y algunas de ellas hacen mención expresa a los derechos humanos.

Tal es el caso de la Constitución de Venezuela (1999), la cual declara entre sus propósitos, "la garantía universal e indivisible de los derechos humanos" (Preámbulo).

La Constitución de Guatemala declara expresamente en su Preámbulo como finalidad de dicha Carta: "impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho".

B. *Declaraciones contenidas en el articulado*

La técnica declarativa en el articulado es utilizada en las Constituciones de Chile, México, Nicaragua y Brasil.

En el caso de Chile, la cláusula declarativa fue incorporada a la Constitución de 1980 en las modificaciones añadidas en 1989, entre las cuales, se agregó al final del artículo 5o. (II) la siguiente disposición

> El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como lo ha expresado Cançado Trindade en relación con esa norma, "de este modo los derechos garantizados por aquellos tratados pasaron a equipararse jerárquicamente a los garantizados por la Constitución chilena reformada".[59]

En el caso de México, es necesario referirse a la reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011. En efecto, ese año se aprobaron varias reformas a la Constitución mexicana muy importantes en materia de derechos humanos, entre las cuales se modificó el artículo 1o. constitucional (en sus párrafos primero y quinto y adicionado con dos párrafos —segundo y tercero—), el cual quedó aprobado de la siguiente manera:

> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales* de los que el Estado mexicano sea parte, *así como de las garantías para su protección*, cuyo ejercicio *no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*
>
> *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán* de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia *favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los *principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.* En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los término que establezca la ley…
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.[60] (Resaltados añadidos).

[59] Cançado Trindade, Antonio, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un Enfoque a partir de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993, pp. 238 y 239.

[60] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cit.*

Se trata de una reforma constitucional que introdujo nuevos paradigmas al reconocer los derechos humanos y sus garantías en los tratados internacionales; así como la pauta de interpretación conforme de las normas relativas a los derechos humanos acorde con la Constitución y con los tratados internacionales, con base, entre otros, en el principio de progresividad y de la norma más favorable. A pesar de estos avances normativo-constitucionales en materia de derechos humanos y la potencialidad de su desarrollo jurisprudencial,[61] alguna jurisprudencia ha interpretado algunas normas del mismo artículo constitucional en forma gramatical, limitada y aislada, dando lugar a resultados inconstitucionales o al menos claramente inconvencionales. Nos referimos en concreto, a la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) —como juez constitucional— de algunos párrafos de dicho artículo 1o. constitucional, que establecen que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse ni suspenderse, "salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece"; y que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán "de conformidad con esta Cons-

[61] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Se trata de la primera sentencia que de manera trascendental estableció de manera obligatoria para todas los jueces del país, que (1) a partir de la referida reforma constitucional, las normas de derechos humanos de fuente internacional forman parte del *parámetro de regularidad constitucional*, por lo que ya no se relacionan con las normas constitucionales en términos jerárquicos, sino a partir del principio *pro persona;* y (2) la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los jueces del país, siempre que sea más favorable para las personas. Véase también, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2012, el 14 de julio de 2011, sobre las obligaciones para el Poder Judicial derivadas de la sentencia de la Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs México* y con anterioridad, Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011. Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.), actos de tortura, cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haberlos sufrido, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, t. 2, p. 1107. Ver, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Stainer, Christian (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana,* México, IIJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Fundación Konrad Adenauer, 2013, t.1. y Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos*: *El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa/IIJ-UNAM, 2011.

titución" y con los tratados internacionales. El artículo 1o. constitucional en forma alguna supone la derogación del principio jerárquico de la supremacía constitucional, ya que las normas de tratados sobre derechos humanos han sido incorporadas en el Derecho interno y por ello tienen formalmente el mismo rango que las de los tratados.[62] Por lo cual, no podemos hablar de una relación jerárquica entre ellas, sino como lo advierte la propia Constitución: en virtud del principio de progresividad, deberá prevalecer la norma que contenga la protección más amplia y favorable al goce y ejercicio de los derechos.[63]

Sin embargo, la misma sentencia de la contradicción de tesis 293/2011de la SCJN que de manera trascendental estableció que la referida reforma constitucional de 2011 introdujo a los derechos humanos de fuente internacional los cuales no se relacionan con las normas constitucionales en términos jerárquicos, sino a partir del principio *pro-persona*, desafortunadamente también sostuvo que, cuando existan restricciones constitucionales a los derechos, éstas surtirán efectos por encima de las normas internacionales sobre derechos humanos más favorables. En ese sentido, la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011de la SCJN estableció, entre otros, los siguientes criterios jurisprudenciales:

> Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que *cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional*…
>
> Sexto. *Criterios obligatorios.* De acuerdo con lo anterior**,** deben prevalecer con carácter de jurisprudencia los criterios establecidos por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:
>
> Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, *pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al*

[62] Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, IIJ/UNAM, 2012, pp. 305 y ss.

[63] Caballero Ochoa, José Luis, *La Interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, pp. 120 y ss.

ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional...[64] (Resaltados añadidos).

Como fue expuesto por el jurista mexicano y ex-juez (ministro) de la SCJN, José Ramón Cossío ante la Corte IDH, estos criterios jurisprudenciales mediante los cuales se dispuso la prevalencia de las restricciones constitucionales sobre las normas internacionales de derechos humanos, son obligatorios para todos los jueces mexicanos. Por lo tanto, esos criterios impiden que los jueces puedan plantear su desavenencia o cuestionar los criterios del Pleno o las salas de la propia Suprema Corte sobre las materias de arraigo y prisión preventiva oficiosa, so pena de ser sancionados. Ello, según Cosío, hace ineficaz a los mecanismos judiciales de protección como el amparo, para lograr obtener la tutela judicial efectiva frente a las figuras del arraigo y la prisión preventiva oficiosa establecidas en la Constitución mexicana, al no ser posible en esos casos la aplicación del principio *pro-persona*. Así, en palabras de la Corte IDH:

> 176. Lo anterior resulta aún más problemático debido a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México en la *contradicción de tesis 293/2011*, por medio de la cual *aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución Nacional desplazaban a las normas internacionales,* entre las cuales se encuentra las de la Convención Americana y las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, según indicó el perito José Ramón Cossío Díaz, *"los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación están obligados a acatar lo resuelto* en la contradicción de tesis 293/2011 y en el expediente varios 1396/2011, *so pena de ser sancionados*, sin que puedan plantear su desavenencia o cuestionar los criterios del Pleno o las salas de la propia Suprema Corte". Además, según ese perito, al aceptarse que las restricciones constitucionales prevalecen frente a los derechos de fuente convencional y a la jurisprudencia y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "se hace nugatoria la posibilidad de avanzar en el criterio que fortaleciera el principio pro-persona… *Lo anterior, genera que los alcances de la tutela judicial en México en los mecanismos de control de detención, revisión por vías ordinarias y mediante juicio de amparo de las detenciones impuestas bajo las figuras de arraigo y prisión preventiva oficiosa, sean ineficaces al no ser posible aplicar de manera adecuada el principio pro-persona".* En ese sentido y de conformidad con esa interpretación, el Estado mexicano podría estar incumpliendo

[64] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 293/2011, *cit*.

> obligaciones internacionales que se comprometió a acatar al firmar y ratificar los instrumentos internacionales como la Convención Americana y las decisiones de la Corte Interamericana que son de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte.[65] (Resaltados añadidos).

Afortunadamente, la Corte IDH tuvo la oportunidad de juzgar la inconvencionalidad de esa interpretación regresiva de los derechos dada por la SCJN, y declarar la inconvencionalidad de las restricciones constitucionales inconvencionales contenidas en las normas del *arraigo* y la *prisión preventiva oficiosa.*[66]

Por su lado, la Constitución de Nicaragua utiliza una modalidad propia de la técnica declarativa al integrar en la enumeración constitucional de derechos, para fines de su "protección", aquellos consagrados en una serie de instrumentos internacionales que se mencionan expresamente. En efecto, el artículo 46 de dicha Constitución establece:

> En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos".

El problema de la enumeración expresa de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no es sólo su desactualización frente a nuevos instrumentos, sino las dificultades interpretativas que pudieran originar las exclusiones o no inclusiones expresas de determinados instrumentos. No obstante ello, una cláusula de esta naturaleza debe interpretarse en su proyección progresiva, en el sentido de que las enumeraciones de instrumentos son a título meramente enunciativo y no taxativo. Ello resulta evidente

---

[65] Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C No. 482, párr. 176.

[66] Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México, cit*. y Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otro vs. México,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C No. 470.

como se verá *infra*, máxime cuando la norma en cuestión declara además en términos generales, el reconocimiento de los "derechos inherentes a la persona humana".

En el caso de Brasil, la Constitución proclama que el Estado se rige en sus relaciones internacionales por el principio *inter alia* de la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4o. (II)). Así el Estado brasileño se configura en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana (artículo 1o. (III)). Específicamente en relación al tema que nos ocupa, el artículo 5o.(2) de la Constitución de Brasil establece: "Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte".

De esta manera, como lo ha afirmado Cançado Trindade, la Constitución brasileña "se inserta en la nueva tendencia de Constituciones latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados".[67] Más adelante agrega dicho autor,

> … si para los tratados internacionales en general, se ha exigido la intermediación del Poder Legislativo, de acto con fuerza de ley de modo que otorgue a sus disposiciones vigencia u obligatoriedad en el plano del ordenamiento jurídico interno, distintamente en el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en que el Brasil es Parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno.[68]

C. *La técnica de las cláusulas enunciativas*

Esta técnica consiste en las cláusulas constitucionales que declaran como derechos (constitucionales) a todos aquellos que sean "inherentes a

[67] Cançado Trindade, Antonio, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un Enfoque a partir de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 238 y 239.

[68] Cançado Trindade, Antonio, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", loc. cit., pp. 239 y 240.

la persona humana", aunque no figuren expresamente en el texto fundamental. En otras palabras, se trata, desde el punto de vista filosófico, de una recepción del Derecho natural, conforme al cual los derechos son anteriores al Estado; y éste no los crea sino que simplemente los reconoce. Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse como meramente enunciativa ("*numerus apertus*"), y no limitativa o taxativa. En consecuencia, son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales.

Las Constituciones de diversos Estados latinoamericanos consagran cláusulas en este sentido. Ejemplo de ello es la Constitución de Venezuela, en cuyo artículo 22 establece: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

En este mismo sentido, el artículo 5o.(2) de la Constitución de Brasil antes citado, establece: "Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte".

Un ejemplo más elaborado de estas cláusulas constitucionales, es la consagrada en el artículo 94 de la Constitución de Colombia, el cual incluye además de los derechos enumerados en ella, los contenidos en los convenios internacionales: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

La consecuencia de esta técnica constitucional de cláusulas enunciativas o incluyentes, es que tanto los derechos explícitos en el texto fundamental, como los derechos implícitos (que sean "inherentes a la persona humana"), adquieren el rango y valor de derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno. Como lo ha expresado Nikken sobre este particular,

> Los derechos humanos reconocidos en tratados en los que participa Venezuela tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos

> constitucionales. Esta conclusión es independiente que la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana.[69]

La consecuencia de dicha tesis doctrinal y jurisprudencial es, que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, gozan del atributo de ser derechos "inherentes a la persona humana", y por ende, deben ser considerados implícitamente como derechos humanos constitucionales.

Como hemos señalado *supra*, esa jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, permite afirmar directamente su rango y valor constitucional, independientemente de las diversas posiciones estudiadas, sobre el rango de los tratados sobre la materia en el Derecho Interno.

Ese impacto o influencia del Derecho constitucional en el Derecho internacional de los derechos dumanos, permite a su vez la recepción directa del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional. Este fenómeno, el cual hemos denominado "constitucionalización de los derechos humanos", refuerza el valor y la protección de éstos en el Derecho Interno, a través de los mecanismos de la jurisdicción constitucional.

VI. La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y el valor constitucional de los derechos humanos en los proyectos constitucionales de Chile 2022-2023

Entre los años 2022 y el año 2023 se presentaron a referendo aprobatorio en Chile (plebiscito), sendos proyectos de nuevas constituciones, los cuales resultaron rechazados en las consultas populares respectivas.

A tales fines, previamente se introdujeron las reformas constitucionales que en ambas oportunidades permitieron la elección de una suerte de asambleas nacionales constituyentes, a fin de que prepararan y adoptaran los proyectos de constitución, que serían luego sometidos a consulta popular para

[69] Nikken, Pedro, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *loc. cit.*, p. 44.

su aprobación o rechazo. En la primera oportunidad, a fin de permitir el proceso constituyente, el Congreso adoptó una reforma constitucional que resultó aprobada en el plebiscito celebrado el 25 de octubre de 2020. Esta reforma marcó el inicio del proceso para elegir en 2021 una "Convención Constitucional" responsable de elaborar una propuesta de nueva Constitución. Aunque no forma parte de este breve trabajo, solo mencionaremos que entre las novedades de la elección de los constituyentes que previeron las normas de reforma constitucional, se estableció el principio de paridad de género. Así, en la primera oportunidad, se eligió una Convención Constitucional que elaboró directamente el proyecto de Constitución durante un año entre 2021 y 2022.

En la segunda oportunidad, el nuevo mandato para elaborar una nueva Constitución adoptado en el año 2023, se encontraba limitado expresamente por ciertos principios o bases (institucionales y fundamentales) que podríamos denominar "supraconstitucionales", cuyo control se encomendó a un "Comité Técnico de Admisibilidad". Entre estas bases, destaca en materia de derechos humanos: "3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes…". De esa forma, el segundo anteproyecto de Constitución fue elaborado por una Comisión Experta nombrada por la Cámara de Diputadas y Diputados y el Senado; y esa propuesta fue luego considerada, modificada y finalmente aprobada por el Consejo Constitucional, la cual fue igualmente rechazada en el año 2023 en la consulta popular. Por ello, con relación al segundo proceso de 2023 haremos referencia también a la propuesta elaborada por esa Comisión Experta.

A. *La propuesta de la Convención Constitucional de 2022*

La propuesta de Constitución de la Convención Constitucional de 2022 proponía en su artículo 15 que los derechos humanos establecidos en los tratados en la materia formasen parte integral de la Constitución y por ende, gozarían de rango constitucional:

> Artículo 15. 1. *Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos* ratificados y vigentes en Chile, los

> principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia *forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional*… (Resaltados añadidos).

Se trata como vemos de una *constitucionalización de los derechos humanos* reconocidos en los tratados. Es decir, una integración de los derechos humanos de fuente convencional internacional en la propia Constitución, otorgándoles por tanto, rango constitucional.

Conforme hemos expuesto *supra*, no se trata de un modelo de asignarles a los "tratados" sobre derechos humanos, *per se*, rango y jerarquía constitucional, lo cual tendría una serie de consecuencias jurídicas; sino de darle ese rango a los "derechos" y "obligaciones" que están contenidos en esos tratados.

Como hemos visto, los Estados tienen la obligación jurídica internacional de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en los tratados; y de adoptar en su Derecho interno las medidas necesarias para darles plena vigencia, es decir, efecto útil. Esta obligación internacional es independientemente del rango que se le otorguen a los tratados en el Derecho interno. Sin embargo, como vimos, estas fórmulas como la de constitucionalización de los derechos humanos, ciertamente facilitan la implementación de las obligaciones internacionales en el Derecho interno.

El resto del articulado de la propuesta constitucional de 2022, lo que hizo fue reiterar y repetir en 15 oportunidades, que los derechos de determinados grupos o materias también se rigen por "los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile": artículos 26.1 (derechos de los niños), 28.1 (personas con discapacidad), 29 (personas neurodivergentes), 33.1 (personas mayores), 98 (ciencias y tecnologías), 109.1 (proceso razonable y justo), 111.1 (internación de adolescentes), 123 (Defensoría del Pueblo), 126.1 (Defensoría de los Derechos de la Niñez), 307.1 (sistemas de justicia), 309.1 (sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas), 322.2 (personas indígenas ante los tribunales), 336.1 (personas condenadas o sujetas a medidas de seguridad), 337.2 (personas privadas de libertad), y Disposición Transitorias Quincuagésima Cuarta (no prescripción de delitos y penas por graves violaciones a los derechos humanos). Ciertamente, estas últimas disposiciones son una repetición innecesaria, ya que la norma del artículo 15 que había declarado a todos los derechos humanos reconocidos en tratados como parte

integrante de la Constitución y por ende con rango constitucional. Y, además, podríamos decir que es inconveniente, porque podría dar lugar a alguna confusión de por qué unos determinados derechos y materias expresamente se rigen por los tratados y otros no.

B. *El anteproyecto de la Comisión Experta de 2023*

La propuesta de Constitución de la Comisión Experta de 2023 proponía en su artículo 5o. una fórmula muy parecida a la contenida en la Constitución Política de Chile vigente, al afirmar que el ejercicio de la soberanía tiene como límite (la dignidad de la persona humana y) los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile que se encuentren vigentes. Además, incorporaba expresamente el principio —visto *supra*— de la *interpretación conforme* de las normas de Derecho interno con los tratados sobre derechos humanos; dejando a salvo en todo caso, la prevalencia de la pauta interpretativa del principio de progresividad: la solución más progresiva o más favorable a la persona (*pro persona*):

> Artículo 5. 1.
>
> El ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y *los derechos humanos reconocidos* en esta Constitución y *en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.*
>
> 2. *Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.*
>
> 3. La ley determinará la forma y el procedimiento en que el Estado cumplirá las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción ha reconocido. (Resaltados añadidos).

Reiteramos nuestros comentarios formulados *supra*, en el sentido de que la propuesta de la Comisión Experta de 2023 se trata como de una *constitucionalización de los derechos humanos* reconocidos en los tratados. Es decir, una integración de los derechos humanos de fuente convencional internacional en la propia Constitución, otorgándoles por tanto, rango constitucional. Igualmente, conforme hemos expuesto *supra*, no se trata de un modelo de asignarles a los "tratados" sobre derechos humanos,

per se, rango y jerarquía constitucional, lo cual tendría una serie de consecuencias jurídicas; sino de darle ese rango a los "derechos" y "obligaciones" que están contenidos en esos tratados.

En términos algo similares al proyecto de 2022, aunque no tanto, el resto del articulado de la propuesta constitucional de la Comisión Experta de 2023, lo que hizo fue reiterar y repetir en tres oportunidades, que los derechos de determinados grupos o materias también se rigen por "los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile": artículos 7o. (pueblos indígenas), 42 (partidos políticos) y 122 (límites a la suspensión, restricción o limitación de los derechos y garantías).

C. *La propuesta del Consejo Constitucional de 2023*

La propuesta de Constitución del Consejo Constitucional de 2023 se apartó parcialmente de la propuesta de la Comisión Experta, introduciendo algunos cambios. En cuanto a su artículo 3o., siguió una fórmula algo muy parecida a la propuesta de la Comisión Experta (artículo 5o.), pero introduciéndole algunos cambios. En efecto, la nueva norma propuesta afirmaba que el ejercicio de la soberanía tiene como límite los derechos "esenciales" reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Además, incorporaba en dicho artículo 3o. una fórmula confusa de interpretación de las normas de Derecho interno de forma "compatible" con la Constitución, "y considerando" las disposiciones referidas a derechos de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La confusión aumenta, cuando la norma constitucional propuesta añadía a continuación, que a tales efectos interpretativos, en todo caso, se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante:

> Artículo 3.
>
> 1. La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los *derechos esenciales* que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los *tratados internacionales ratifi-*

cados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos.

2. *Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible* con la Constitución, y considerando las disposiciones referidas a derechos y libertades de los *tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.*

3. La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias. (Resaltados añadidos).

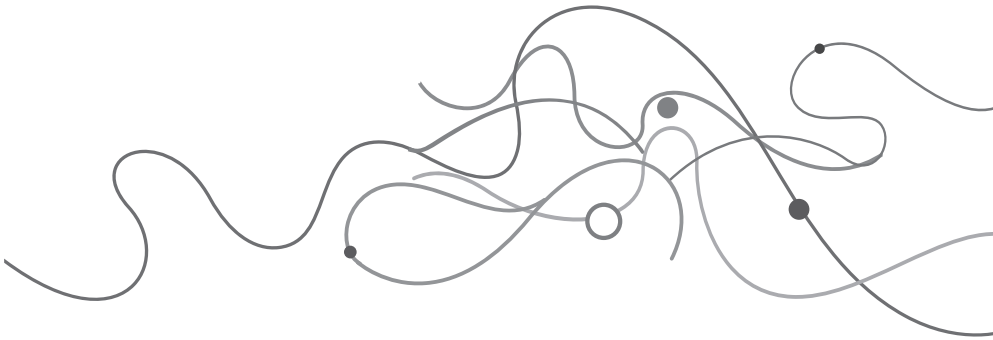
Reiteramos nuestros comentarios formulados *supra*, con relación al artículo 5o. de la propuesta de la Comisión Experta de 2023, que se trataba de una *constitucionalización de los derechos humanos* reconocidos en los tratados. Sin embargo, la norma del artículo 3o. de la Constitución del Consejo Constitucional de 2023, está formulada en términos confusos y hasta contradictorios. En primer lugar, porque el término "derechos esenciales" no es un término de Derecho Constitucional ni de los tratados sobre derechos humanos. Por lo cual, lo normal es que se haya utilizado el término común de "derechos" para no pretender una acepción restrictiva o excluyente con el término "esenciales". En segundo lugar, la norma del artículo 3.2 al pretender cerrar la interpretación autárquica de las normas del Derecho interno al sistema constitucional estrictamente considerado ("deberán") y sugerir en un plano secundario ("y considerando") a los tratados sobre derechos humanos, se corre el peligro de llegar a conclusiones contrarias o por debajo del estándar mínimo obligatorio de los tratados sobre derechos humanos. La confusión y el peligro aumenta, cuando la norma del artículo 3.2 añade que se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante: ello puede resultar contrario al Derecho internacional y podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no prohíbe expresamente las amnistías de los crímenes por graves violaciones a los derechos humanos, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como intérprete autorizado de dicho tratado, ha

establecido que esas amnistías son incompatibles con dicho tratado.[70] Y con posterioridad, la Corte IDH ha condenado a los Estados que no han aplicado un control de convencionalidad en su Derecho interno, para dejar sin efecto las leyes de amnistía y hacer justicia, como ocurrió en el *Caso Almonacid Arellano vs. de Chile*.[71] De tal manera, que las obligaciones internacionales de los Estados bajo los tratados de derechos humanos deben cumplirse en los términos que han sido interpretados válidamente por los órganos internacionales autorizados por dichos instrumentos.

Por último, en términos algo similares al proyecto de la Comisión Experta de 2023, el resto del articulado de la propuesta constitucional del Consejo Constitucional de 2023 lo que hizo fue reiterar y repetir en 4 oportunidades, que los derechos de determinados grupos o materias también se rigen por "los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile": artículos 5o. (pueblos indígenas), 16 (refugio, asilo o protección), 41.1 (partidos políticos), y 122 (límites a la suspensión, restricción o limitación de los derechos y garantías).

[70] Así lo estableció, a partir del caso "Barrios Altos" en Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75.

[71] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs*. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.



Capítulo cuarto

Desarrollos en materia de derechos sexuales y reproductivos en el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho comparado

Daniela Kravetz

Sumario: I. *Introducción*. II. *El derecho a la salud incluye el goce del nivel más alto posible de salud sexual y reproductiva sin discriminación*. III. *El derecho a la vida protege a las mujeres en su vida sexual y reproductiva*. IV. *El derecho a la autonomía y a una vida privada libre de injerencias arbitrarias del Estado se extienda a las decisiones relativas a la autonomía sexual y reproductiva*. V. *El derecho a la salud sexual y reproductiva está íntimamente ligado a las garantías que protegen la integridad física y mental de las personas*. VI. *Conclusión*. VII. *Referencias.*

I. Introducción

El 17 de diciembre de 2023, más de un 55% de electores y electoras en Chile votaron en contra de la propuesta de nueva Constitución. Se trataba del segundo plebiscito de reforma constitucional en dicho país tras el rechazo al texto de reforma constitucional en el plebiscito de septiembre de 2022. Varios aspectos del proyecto constitucional dieron lugar a debate sobre materias relacionadas con los derechos de la mujer. Uno de ellos fue el relativo al derecho a aborto. Si bien el proyecto de Constitución no incluía ninguna mención expresa respecto del aborto, consagraba, en su artículo 16(1), la protección de la vida "de *quien* está por nacer".[1] Esa

[1] Art. 16(1), Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2023, disponible en: *https://www.diarioconstitucional.cl/2023/10/31/te-invitamos-a-leer-la-propuesta-de-nue-*

mención contenía un matiz respecto del texto de la Constitución actual, donde se señala que "la ley protege la vida del que está por nacer", y esta diferencia de redacción generó profundas diferencias interpretativas.[2] Un punto clave de debate fue si el nuevo texto podría entrar en conflicto con la ley de aborto en tres causales que rige en Chile desde 2017[3] y así dar lugar a restricciones en materia reproductiva. Otro tema que suscitó discusión fue el alcance de la objeción de conciencia y su posible impacto sobre el acceso a salud reproductiva. En el artículo 16(13), el proyecto de reforma constitucional consagraba la objeción de conciencia como parte del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión, y establecía que una ley determinaría como se iba a ejercer. Una propuesta previa incluía además la objeción de conciencia institucional, aunque no quedó plasmada en el texto final. Hasta ahora, la ley regula la objeción de conciencia en la ley de aborto en tres causales.[4] Cabe señalar que, al confirmar la constitucionalidad de dicha ley, el Tribunal Constitucional de Chile ya había aclarado que la objeción de conciencia es de carácter personal, y que en ningún caso puede ser invocada por una institución.[5]

Los derechos sexuales y reproductivos abarcan diversas garantías fundamentales que están ampliamente reconocidas por instancias e instrumentos internacionales y nacionales. Estas garantías se basan en el derecho básico de toda persona de adoptar decisiones relativas a la sexualidad y reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. Al centro de este reconocimiento están los derechos a la dignidad humana y a la igualdad de género como principios transversales que se aplican

va-constitucion-aprobada-por-el-consejo-constitucional/ (fecha de consulta: 5 de enero de 2024).

2 Véase, por ejemplo, Sanhueza, Ana María, "*Las chilenas, en alerta por los riesgos de retrocesos de sus derechos en la nueva Constitución*", 2 de octubre de 2023, *El País*, disponible en: *https://elpais.com/chile/2023-10-02/las-chilenas-en-alerta-por-los-riesgos-de-retrocesos-de-sus-derechos-en-la-nueva-constitucion.html* (fecha de consulta: 5 de enero de 2024). Véase también, Pizarro, Gabriela, *"¿Avanzan o retroceden los derechos de las mujeres con la propuesta constitucional?*", 5 de diciembre de 2023, *Ciper Chile*, disponible en: *https://www.ciperchile.cl/2023/12/05/avanzan-o-retroceden-los-derechos-de-las-mujeres-con-la-propuesta-constitucional/* (fecha de consulta: 5 de enero de 2024).

3 Dicha ley permite la interrupción del embarazo en caso de peligro de vida de la madre, malformación fetal y violación. Véase Ley 21.030 de 23 de septiembre de 2017.

4 Esta beneficia al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo, por alguna de las tres causales ya señaladas, y al equipo profesional que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.

5 Sentencia de 28 de agosto de 2017, Tribunal Constitucional, Chile, ROL N° 3729(3751)-17-CPT, pp. 221-227.

a todos los ámbitos de la salud y autonomía reproductiva, y que tienen como finalidad última la eliminación de las desigualdades estructurales para las mujeres y las personas gestantes.[6]

Sin embargo, como lo demuestra el ejemplo reciente de Chile, el alcance e interpretación de los derechos sexuales y reproductivos y su aplicación en el derecho interno siguen generando intenso debate, controversia y polarización. Una tendencia observada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a principios de 2023 fue que, a pesar de que se ha avanzado en la protección de estos derechos en la región latinoamericana, se siguen observando retrocesos importantes.[7] Entre ellos están la adopción de medidas, tanto materiales como formales, que impiden u obstaculizan el ejercicio de esta categoría de derechos libre de toda forma de violencia y discriminación, como las restricciones en el acceso a servicios de salud para la interrupción del embarazo a pesar de estar permitido por ley y la criminalización del aborto. A esto se suma la falta de priorización de políticas públicas integrales en materia de planificación familiar y de prevención del embarazo, las cuales deberían garantizar un acompañamiento integral de aquellas personas que deseen cursar un embarazo como de aquellas que no lo deseen.

A continuación, se examinan los desarrollos en materia de derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparando. Cabe aclarar que este artículo no pretende zanjar los debates actuales sobre el alcance del derecho a la vida y respecto de la libertad de elección de la mujer en materia reproductiva. Más bien, a través del análisis de distintos dictámenes y sentencias, se busca demostrar que el reconocimiento de los de derechos sexuales y reproductivos está firmemente arraigado en el derecho internacional de los derechos humanos, dada su conexidad con otros derechos fundamentales, como los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y vida privada, y a la integridad física y mental, los cuales necesariamente conllevan componentes relativos al ejercicio autónomo de la reproducción e integridad reproductiva.

[6] Los desarrollos que aquí se examinan se aplican tanto respecto de las mujeres como de las personas gestantes.

[7] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "CIDH llama a avanzar en el reconocimiento y en la protección de los derechos reproductivos en la región", 31 de enero de 2023, disponible en: *https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp/* (fecha de consulta: 5 de enero de 2024).

II. El derecho a la salud incluye el goce del nivel más alto posible de salud sexual y reproductiva sin discriminación

1. *Alcance del derecho a la salud en materia sexual y reproductiva*

El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud.[8] Comprende un estado de bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedades, en todo lo relacionado con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.[9] Implica además un conjunto de libertades y derechos, incluyendo el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva.[10] Igualmente comprende el reconocimiento de que las personas deben estar en capacidad de llevar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de tomar decisiones respecto a si desean procrear y en qué momentos, y de contar con información necesaria si deciden hacerlo.[11]

[8] La salud sexual y la salud reproductiva son distintas. La salud sexual es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". La salud reproductiva "se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables" e incluye "el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductiva". Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), Observación General Nº 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, E/C.12/GC/22 2 de mayo de 2016 (en adelante "Observación General Nº 22"), párrs. 1, 6 y 11; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), Recomendación general Nº 24 sobre la Mujer y la Salud, 2 de febrero de 1999 (en adelante "Recomendación general Nº 24"), párr. 1. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Artavia Murillo y otros* ("*Fecundación in vitro*") *vs. Costa Rica,* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 257, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (en adelante "Caso *Artavia Murillo y otros*"), párr. 148; Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*,* Serie C Nº 329, Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (en adelante "*Caso I.V. vs. Bolivia*")*,* párr. 157.

[9] ONU, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, A/CONF.171/13/Rev.1, 1994, párr. 7.2. Véase Comité DESC, Observación General Nº 22. Véase también ONU, Objetivos de desarrollo sostenible, 5.6, 2015.

[10] Comité DESC, Observación General Nº 22, párrs. 5 y 10. Véase también Comité DESC, *SC y GP Vs. Italia*, 7 de marzo de 2019, CESCR E/C.12/65/D/22/2017 (en adelante "caso *SC y GP Vs. Italia*"), párr. 8.1.

[11] ONU, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, A/CONF.171/13/Rev.1, 1994, párr. 7.2.

La salud reproductiva tiene implicancias particulares para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto.[12] Por este motivo, la obligación de no discriminar en materia de salud tiene alcances específicos respecto de ellas, pues requiere que se tome en cuenta que las necesidades de las mujeres son distintas a las de los hombres, y se brinden los servicios apropiados para ellas.[13] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) ha recordado que los Estados deben brindar la atención médica necesaria y sin discriminación para las mujeres que lo requieran.[14] En este sentido, las obligaciones bajo el artículo 3o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre la igualdad entre hombres y mujeres, leído junto con el articulo 12 sobre el derecho a la salud, requieren que el Estado adopte, entre otras medidas, reformas que eliminen las restricciones legales en materia de salud reproductiva que impactan el acceso a la salud para las mujeres.[15]

Existe trato discriminatorio cuando un Estado se niega a prestar determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales.[16] Si bien el negar a las mujeres el acceso a la atención médica necesaria es inherentemente discriminatorio, esta discriminación se agrava cuando las mujeres se encuentran en situación de vulnerabilidad, marginalidad, o pobreza, están privadas de libertad, en contextos migratorios irregulares, o sufren violencias basadas en el género.[17] Por tanto, las leyes,

[12] Corte IDH, *Caso Manuela y Otros vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 441, Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (en adelante "*Caso Manuela y Otros*), párr. 193; Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 157.

[13] Corte IDH, *Caso Manuela y Otros*, párr. 193. Véase también Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*, Comunicación Nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008, 10 de agosto de 2011, párrs. 7.6 & 7.7 (donde se destaca que la falta de servicios apropiados de salud materna que no satisfacen las necesidades de salud específicas de las mujeres viola no solo sus derechos a salud y a la vida, sino también los derechos a igualdad y no discriminación).

[14] Comité DESC, Observación General Nº 22, párr. 25.

[15] Comité DESC, Observación General Nº 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 29.

[16] Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24, párr. 11 (donde se indica que "[l]a negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria").

[17] Véase Corte IDH, *Caso Manuela y Otros vs. El Salvador*, párr. 194 (indicando que "la presunta comisión de un delito por parte de un paciente bajo ningún supuesto pue-

las políticas y las prácticas que mantengan la desventaja inherente que experimentan las mujeres en el ejercicio de su derecho a la salud reproductiva y que las afectan desproporcionadamente contravienen la obligación del Estado de promover la igualdad de género en materia de salud.

El derecho a la salud reproductiva incluye el derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre cualquier tratamiento médico al que pueda someterse una persona y que puede afectar su salud sexual o reproductiva, por lo que las intervenciones médicas involuntarias, coercitivas o forzadas contravienen dicho derecho.[18] Por este motivo, prácticas tales como los embarazos forzados, las esterilizaciones forzadas, y las intervenciones médicas que no garantizan el consentimiento informado de la paciente, violan este derecho.[19]

Diversos mecanismos de las Naciones Unidas han llamado la atención respecto de las consecuencias que las leyes penales referentes al aborto tienen sobre el derecho a la salud. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha destacado que "las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones" representan obstáculos al acceso de la mujer a una atención adecuada médica.[20] Así también el Comité DESC ha enfatizado que la

de condicionar la atención médica que dicho paciente necesita"). Véase también ONU, Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, Opinión Nº 68/2019, A/HRC/WGAD/2019/68, 4 de marzo de 2020, párr. 100 (observando que "la prohibición absoluta del aborto en El Salvador ha llevado a que se criminalice sistemáticamente a mujeres que sufren emergencias obstétricas, la gran mayoría de ellas en situación de pobreza"). Véase también Sentencia C-55/22, Corte Constitucional, Colombia, 21 de febrero de 2022, párr. 210 (señalando que las barreras estructurales de acceso al procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo afectan de manera desproporcionada a las mujeres en situación de marginalidad, incluyendo a las mujeres rurales, de escasos recursos y en situación migratoria irregular).

18 Comité DESC, *Caso SC y GP vs. Italia*, párr. 10.1.

19 Véase Comité DESC, *Caso S.C. y G.P Vs. Italia*, párr. 12.1 (donde se condenó al Estado por haber vulnerado el derecho a la salud de una mujer al obligarla a someterse, en contra de su voluntad, a la transferencia uterina de un embrión, que finalmente perdió debido a un aborto espontáneo). Véase también CIDH, *María Mamérita Mestanza Chávez, / Perú*, Informe Nº 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, 10 de octubre de 2003 (donde se examinó la responsabilidad del Estado al someter a una mujer campesina de manera forzada a un procedimiento quirúrgico de esterilización, que finalmente ocasionó su muerte).

20 CEDAW, Recomendación general Nº 24, párr. 14. Véase también Comité CEDAW, *L.C. Vs. Perú*, CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011 (donde se indica que la denegación de una cirugía y un aborto terapéutico a una adolescente que intentó

criminalización de las mujeres que se someten a un aborto y la denegación de acceso a los servicios y medicamentos necesarios para disfrutar de la salud sexual y reproductiva constituyen violaciones de la obligación de respetar el derecho a la salud sexual y reproductiva.[21] Por su parte, el relator especial de las Naciones Unidas en materia de salud ha expresado preocupación por los posibles impactos negativos para la salud de las leyes penales que castigan y restringen el aborto, "al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental".[22] El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, ha indicado que las leyes que penalizan la interrupción voluntaria del embarazo infringen el derecho a la salud de la mujer, exponiéndola a riesgos para su salud y vida y privándolas de autonomía sobre su propio cuerpo.[23]

La experiencia demuestra que la criminalización del aborto impacta negativamente en el derecho a la salud de las mujeres, ya que lleva a la práctica de abortos inseguros y clandestinos, lo que se traduce en alzas en las tasas de mortalidad materna.[24] Ante esta realidad, diversos países de la región latinoamericana han despenalizado el aborto consentido en base

suicidarse luego de ser violada y quedar embarazada, constituyó una violación a su derecho a la salud).

21 Comité DESC, Observación General Nº 22, párrs. 40 y 57.

22 ONU, Informe provisional del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/66/254, 3 de agosto de 2011, párr. 21.

23 ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016, párrs. 77 y 79.

24 Véase, por ejemplo, Fondo de Población de las Naciones Unidas, *Panorama de la Situación de la Morbilidad y Mortalidad Maternas: América Latina y El Caribe*, diciembre 2017, pág. 11 (donde se estima que, en 2016, hubo unos 3.6 millones de embarazos en adolescentes en la región, de los cuales 1.4 millones (39%) terminaron en aborto, en su mayoría de carácter clandestino e inseguro, y se indica que las causas de mortalidad materna han aumentado desproporcionadamente debido a la falta de atención en salud reproductiva); Organización Mundial de la Salud, *Tendencias de la mortalidad materna de 2000 a 2020: estimaciones de la OMS, UNICEF, UNFPA, el Grupo del Banco Mundial y UNDESA/División de Población,* 2023, p. 45. Véase también Sentencia C-055/22, Corte Constitucional, Colombia, 21 de febrero de 2022, párrs. 286-288 (donde se señala que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo empuja a la práctica de abortos inseguros en los que peligra la salud, integridad y vida de las mujeres, niñas y personas gestantes) y párr. 289 (donde se destaca la importancia de que el legislador considere el uso de medidas alternativas jurídicas, distintas a la penal, para garantizar la protección de la vida en gestación de manera más efectiva y menos lesiva para los derechos de la mujer).

a distintas condiciones, plazos o causales.[25] Por otra parte, cabe señalar que garantizar la salud reproductiva de la mujer requiere además de un conjunto de otras medidas positivas, tales como la adopción de políticas públicas integrales orientadas a reducir las brechas de acceso y cobertura universal en materia de salud sexual y reproductiva, el acompañamiento integral de la maternidad en todas sus etapas, el acceso a medios anticonceptivos y a educación sexual, y las medidas encaminadas a reducir la mortalidad materna.

2. *El alcance de la objeción de conciencia en materia de aborto*

El derecho a la objeción de conciencia a la prestación de servicios de salud implica que los profesionales de salud tienen derecho a negarse a proporcionar ciertos servicios de salud por considerarlos contrarios a sus convicciones personales.[26] Sin embargo, su ejercicio no puede implicar una restricción u obstáculo en el goce de los derechos humanos de las mujeres. Existe amplio consenso en el derecho internacional de que el Estado debe garantizar que las mujeres reciban los cuidados de salud reproductiva que requieran. El Comité CEDAW ha afirmado en reiteradas ocasiones que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que el ejercicio de objeciones de conciencia por profesionales de la salud no limite el goce efectivo de los derechos reproductivos de las mujeres, así como el acceso a servicios de aborto.[27] Al respecto, la CIDH ha afirmado que el derecho a la objeción de conciencia a servicios de salud no es un derecho absoluto en cuanto no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.[28] Así también, en su jurisprudencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha

[25] Véase Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, *Leyes sobre aborto*, CEPAL, disponible en línea: *https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-sobre-aborto* (fecha de consulta: 5 de enero de 2024).

[26] CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. doc. 61, 22 de noviembre de 2011, párr. 95.

[27] Véase, por ejemplo, CEDAW, Recomendación general Nº 24, párrs. 11 y 27; Comité CEDAW, Observaciones finales: Hungría, CEDAW/C/HUN/CO/7-8, 1 de marzo de 2013, párr. 31; Comité CEDAW, Observaciones finales: Polonia, CEDAW/C/POL/CO/6, 2 de febrero de 2007, párr. 25.

[28] CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. doc. 61, 22 de noviembre de 2011, párrs. 93 y 99.

determinado que no se admite la objeción de conciencia, por ejemplo, como justificación para no vender anticonceptivos en farmacias[29] y que, en todo caso, los sistemas de salud deben asegurar que el ejercicio de la libertad de conciencia de los profesionales de la salud no impida el acceso de los pacientes a servicios de salud.[30]

Diversas Altas Cortes nacionales han adoptado una interpretación consistente con los órganos internacionales de derechos humanos, al sostener que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud no puede interpretarse de manera que menoscabe o impida la calidad o el acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva. Por ejemplo, al examinar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en tres causales, el Tribunal Constitucional de Chile aclaró que la objeción de conciencia debe ejercerse dentro de los protocolos específicos del sector salud y con respeto a los derechos generales del paciente, y no autoriza a discriminar.[31] Además, confirmó que la objeción de conciencia no opera si una mujer embarazada requiere de una atención médica inmediata e impostergable por riesgo vital y no existe otro médico cirujano que pueda realizar la intervención, pues de caso contrario se vulneraria la ética profesional, y que tampoco opera si es inminente el vencimiento del plazo máximo para realizar la interrupción del embarazo en el caso de violación.[32] En Colombia, la Corte Constitucional estimó pertinente referirse a la objeción de conciencia al examinar el derecho al aborto e indicó que, en los eventos en los que se presente un caso de objeción de conciencia por parte del personal médico, es deber de estos remitir a la mujer a aquel que pueda llevar a cabo el procedimiento.[33] Por su parte, al interpretar el alcance de una disposición que contempla la objeción de conciencia médica respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, el Tribunal

[29] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Pichon y Sajous vs. Francia*, Aplicación Nº 49853/99, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

[30] TEDH, *R.R. vs. Polonia*, Aplicación Nº 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011.

[31] Sentencia de 28 de agosto de 2017, Tribunal Constitucional, Chile, ROL N° 3729(3751)-17-CPT, pp. 218-221.

[32] Véase *ibid.*, pp. 54 y 55, 234 y 235.

[33] La Corte afirmó además que la objeción de conciencia es un derecho que sólo puede ser reconocido a personas naturales, y que no pueden ser titulares personas jurídicas o El Estado, y que, en todo caso, el ejercicio de la objeción de conciencia "no puede constituirse en un mecanismo de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres". Sentencia T-209/08, Corte Constitucional, Colombia, 28 de febrero de 2008, párrs. 4.5-4.7. Véase también Sentencia C-355, Corte Constitucional, Colombia, 10 de mayo de 2006.

Constitucional de España señaló que las administraciones públicas sanitarias deben adoptar medidas organizativas necesarias para garantizar la prestación de servicios de interrupción voluntaria del embarazo, con la finalidad de compatibilizar el ejercicio de derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios con el derecho de la mujer a acceder a tal prestación.[34]

Distintas instancias nacionales han reconocido además que las normas que regulen la objeción de conciencia requieren de claros criterios delimitadores. Por ejemplo, al resolver una acción de inconstitucionalidad sobre una norma que regulaba la objeción de conciencia del personal médico, la Corte Suprema de Justicia de México consideró que la objeción de conciencia no tiene un carácter absoluto ni ilimitado, y no puede ser interpretada de forma tan amplia que restrinja la aplicación de otros derechos fundamentales, entre ellos, a la salud, a la integridad personal, a la vida, y a los derechos sexuales y reproductivos.[35] De esta manera, dictaminó que una norma que regula la objeción de conciencia debe ser lo suficientemente específica para brindar certeza sobre su aplicación tanto al personal sanitario como a las personas que pueden beneficiarse de los servicios de salud.[36]

III. El derecho a la vida protege a las mujeres en su vida sexual y reproductiva

El derecho a la vida protege a las mujeres durante su embarazo. El Comité de Derechos Humanos ha destacado que la "expresión «el derecho a la vida es inherente a la persona humana» no puede entenderse de manera restrictiva", y que la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas, tales como medidas para aumentar la espe-

[34] Véase Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, Sentencia 44/2023, Tribunal Constitucional, España, 9 de mayo de 2023, Boletín Oficial del Estado Nº 139, párr. 9 (*Motivos de impugnación en relación con el art. 19.2 párrafo primero de la Ley Orgánica 2/2010: objeción de conciencia de profesionales de la administración sanitaria*).

[35] En caso de que un centro de salud no cuente con personal médico o de enfermería no objetor, debe garantizarse que exista un mecanismo eficaz y adecuado para la prestación de los servicios de salud en las mejores condiciones para las personas que tienen derecho a recibirlos. Acción de Inconstitucionalidad 107/2019, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia del 7 de julio de 2022, párrs. 51-52 y 82.

[36] *Ibid*., párr. 83.

ranza de vida.[37] Al examinar el alcance del derecho a la vida en su Observación General 36, dicho Comité indicó que, si bien los Estados pueden regular y reglamentar el acceso al aborto, estas regulaciones no se deben resultar en la violación del derecho a la vida de la mujer embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el PIDESC. Por lo tanto, las restricciones que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto "no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores, sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7o. del Pacto".[38] Según el Comité, los Estados parte deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable.[39]

En repetidas ocasiones, los mecanismos y procedimientos de derechos humanos de las Naciones Unidas han señalado que las leyes penales altamente restrictivas en materia de interrupción voluntaria del embarazo y las leyes penales que prohíben por completo el aborto pueden impactar negativamente en la vida de la mujer e incluso constituir violaciones a su derecho a la vida.[40] Por ejemplo, el Comité DESC ha indicado que la falta

[37] Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 6 sobre el derecho a la vida, HRI/GEN/1/Rev.7, 30 de abril de 1982**,** párr. 5.

[38] Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 36 sobre el derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 30 de octubre de 2018, párr. 8.

[39] *Ibid*.

[40] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/3, 29 de abril de 2013, párr. 13 (expresando preocupación "por la criminalización del aborto, inclusive cuando sea consecuencia de una violación o incesto, lo cual obliga a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro sus vidas y su salud"); Comité CEDAW, Observaciones finales: Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 25 de noviembre de 2016, párr. 33(c) (instando al Estado parte que vele por que "las mujeres tengan acceso a servicios de aborto legal y sin riesgo y de atención posterior, y que se definan y apliquen requisitos estrictos de justificación para prevenir el uso general de la objeción de conciencia por los médicos que se niegan a practicar abortos, en particular en casos de embarazo como consecuencia de violación o incesto que pueden equivaler a tortura"); Comité contra la Tortura, CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero de 2013, párr. 15 (expresando preocupación que "los abortos ilegales sean una de las principales causas de la alta tasa de mortalidad materna en el Estado Parte y que la interpretación de qué constituye aborto terapéutico y legal en caso de necesidad por razones médicas sea demasiado restrictiva y poco clara, lo cual lleva a las mujeres a abortar clandestinamente en condiciones de inseguridad"); Comité de Derechos del Niño, CRC/C/BRA/CO/2-4, 30 de octubre de 2015, párr. 59 (señalando preocupación ya que

de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar un aborto puede constituir una violación del derecho a la vida de la madre, ya que muchas veces causan su muerte.[41]

Por otra parte, la tutela del derecho a la vida no puede interpretarse en detrimento de los derechos de la mujer embarazada. Al examinar el alcance de la protección al derecho a la vida bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, las instituciones de derechos humanos europeas han señalado de manera reiterada que la expresión "toda persona" del artículo 2o. de la Convención no puede interpretarse como una protección del derecho a la vida intrauterina de manera absoluta, ni como una protección de los intereses del feto.[42] Así, debe existir una proporcionalidad entre la protección del feto y la protección de otros derechos, en particular los derechos de las mujeres y su autonomía reproductiva, ya que los derechos del feto están "inextricablemente ligados" a los de la madre.[43] En particular, el TEDH ha señalado que, dada la falta de consenso respecto de cuando comienza la protección a la vida bajo el artículo 2o., le compete a cada Estado Parte determinar el alcance de dicha protección en su normativa interna.[44] Una vez que el legislador haya decidido autorizar la interrupción voluntaria del embarazo, el Estado tiene una obligación positiva de crear un marco normativo y los mecanismos de ejecución necesarios

la penalización del aborto, excepto en tres causales, hace que "muchas niñas recurran a abortos clandestinos y peligrosos que ponen en riesgo su vida y su salud").

41 Comité DESC, Observación General Nº 22, párr. 10.

42 Véase, por ejemplo, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Paton vs. Reino Unido*, 3 E.H.R.R. 408 Aplicación Nº 8416/78, 13 de mayo de 1980, párrs. 20-23; TEDH, *Vo vs. Francia*, Aplicación Nº 53924/00, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 77. Véase también TEDH, *Evans vs. Reino Unido*, Aplicación Nº 6339/05, 10 de abril de 2007.

43 TEDH, *R.R. vs. Polonia*, Aplicación Nº 27617/04. Sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 186 (señalando que, dado que los derechos reivindicados en nombre del feto y los de la madre están inextricablemente interconectados, el margen de apreciación otorgado en la protección del no nacido por el Estado se traduce necesariamente en un margen de apreciación para ese Estado en cuanto a cómo equilibra los derechos en conflicto de la madre). Véase también TEDH, *A, B, C vs. Irlanda*, Aplicación Nº 25579/05, 16 de diciembre de 2010, párr. 237; TEDH, *Vo vs. Francia*, Aplicación Nº 53924/00, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 75-80.

44 Al respecto, el TEDH ha señalado que, a falta de consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, la cuestión sobre en qué momento comienza el derecho a la vida se encuentra dentro del margen de apreciación que el Tribunal considera que, en general, los Estados deberían gozar en este ámbito. Vease TEDH, *Vo vs. Francia*, Aplicación Nº 53924/00, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 82; TEDH, *A, B, C vs. Irlanda*, Aplicación Nº 25579/05, 16 de diciembre de 2010, párr. 185. Véase también TEDH, *Evans vs. Reino Unido*, Aplicación Nº 6339/05, 10 de abril de 2007.

para permitir que la mujer embarazada pueda ejercer dicho derecho, en respeto a su derecho a la vida privada.[45] En todo caso, aunque la Convención Europea no regula expresamente el derecho a aborto, las medidas restrictivas en materia de salud reproductiva pueden ser consideradas lesivas para los derechos fundamentales de la mujer.[46]

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que un Estado no puede imponer restricciones desproporcionadas a otros derechos bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida del no nacido. Al resolver el *Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica,*[47] la Corte IDH examinó el alcance de la protección "a partir del momento de la concepción" bajo el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana). Luego de revisar las tendencias en el Derecho internacional sobre el estatus legal del embrión, la Corte concluyó que no existe una regla que exija que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.[48] Agregó que, "en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar, la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertadas reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".[49] La Corte concluyó que, el embrión no puede ser considerado persona para los efectos del articulo 4.1 de la Convención, y que "la concepción" para los efectos de esta norma tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero.[50]

[45] TEDH, *A, B, C vs. Irlanda*, Aplicación Nº 25579/05, 16 de diciembre de 2010, párr. 245; TEDH, *R.R. vs. Polonia*, Aplicación Nº 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 116; *Tysiac vs. Polonia*, Aplicación Nº 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007, párrs. 116-118.

[46] TEDH, *M.L. v Polonia*, Aplicación Nº 40119/21, 14 de diciembre de 2023, párr. 154. Para un análisis de esta sentencia, véase Katsoni, Sissy, "*How to Maneuver around Acknowledging the Right to Access Abortion: Some Thoughts on the ECtHR's Judgment in M.L. v Poland*", 11 de enero de 2024, EJIL:Talk!.

[47] El caso examinó el impacto de la prohibición de la fertilización *in vitro* en Costa Rica respecto de la obligación de respeto y garantía de los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros*.

[48] *Ibid*., párr. 253.

[49] La Corte aclaró que, "En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos. *Ibid*., párrs. 258-259.

[50] Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros*, párr. 264. El artículo 4.1 de la Convención Americana establece que el derecho a la vida está protegido, *en general*, a partir del comento de la concepción. La Corte aclaró que, "es posible concluir de las palabras "en

En el *Caso Beatriz y Otros vs El Salvador* actualmente ante la Corte IDH, se espera que la Corte examine en más detalle el alcance del derecho a la vida, específicamente en relación al acceso al aborto terapéutico en situaciones de riesgo para la vida e integridad de la madre.

Distintas jurisdicciones nacionales se han pronunciado respecto de la protección del derecho a la vida del no nacido en el ámbito constitucional y han indicado que dicha protección implica proteger a la mujer, ya que la concepción ocurre dentro de su cuerpo.[51] En Chile, el Tribunal Constitucional señaló que el mandato constitucional de proteger al no nacido no puede significar un mandato para desproteger a la mujer, destacando que la maternidad es un acto voluntario que no puede ser impuesto por el Estado a cualquier costo.[52] En un sentido similar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México sostuvo que, "ninguna protección de la

general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general". *Ibid*. Cabe señalar que la Convención de Derechos del Niño no establece la protección de la vida del menor desde su concepción, ya que, durante el proceso de elaboración de la Convención, no hubo consenso sobre este tema. Véase Comisión de Derechos Humanos, Informe de borrador de la Convención de Derechos del Niño, E/CN.4/1349, 17 de enero de 1980, art. 1; ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el borrador de la Convención de Derechos del Niño, E/CN.4/1989/48, 2 de marzo de 1989, párrs. 75-85.

51 Véase, por ejemplo, Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia de 28 de agosto de 2008, p.15 (indicando que "[s]ostener que una vez que se produce la fecundación, las personas que intervinieron en ella dejan de tener libertad de decisión y sólo poseen el derecho a que nadie interrumpa su condición de futuros padres, implica la negación de la libertad reproductiva después de la fecundación y la sujeción del cuerpo de la mujer a los intereses del producto de la concepción y al derecho de procreación del hombre, lo que se traduce en un trato discriminatorio prohibido por el artículo 1o. constitucional."); Acción directa de inconstitucionalidad Nº 3.510, Supremo Tribunal Federal, Brasil, 29 de mayo de 2008, p. 6 (indicando que, para que al embrión–in vitro le fuese reconocido el pleno derecho a la vida, sería necesario reconocerle el derecho a un útero).

52 Sentencia de 28 de agosto de 2017, Tribunal Constitucional, Chile, ROL N° 3729(3751)-17-CPT, p. 85 (donde se señala que "…la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio"). Véase también p. 103 y 104 (donde se señala que la protección del no nacido no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer).

vida desde la concepción puede motivar restricciones en los derechos de las personas ya nacidas o ejecutarse acudiendo a la ficción jurídica que separe lo inseparable: el embrión de la persona embarazada. Esta protección sólo ocurrirá—de forma constitucionalmente aceptable—a través de la persona embarazada y sin intervenciones arbitrarias del Estado en su vida privada o en su autonomía reproductiva…".[53] Así también, al examinar la constitucionalidad de una norma que garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, el Tribunal Constitucional de España afirmó que el legislador tiene el deber de proteger la vida prenatal, en cuanto a bien jurídico constitucionalmente protegido, de manera compatible con la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.[54] Señaló además que, cuando se legisla en materia de interrupción voluntaria del embarazo, las mujeres que solicitan dicha prestación tienen derecho a que se garanticen sus derechos fundamentales, incluyendo su derecho a la vida, a la integridad personal y a la privacidad.

Algunas Altas Cortes han destacado además que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino gradual e incremental, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. En Ecuador, la Corte Constitucional examinó un recurso de inconstitucionalidad relativo a los artículos del Código Penal que sancionaban el aborto consentido de víctimas de violación que no padecen una discapacidad mental.[55] La Corte estimó

[53] Acción de Inconstitucionalidad Nº 106/2018 y su Acumulada 107/2018, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia del 9 de septiembre de 2021, párr. 97. Véase también párr. 98, el cual sostiene que, para proteger la vida en gestación, las acciones públicas a cargo del Estado deben encaminarse a proteger efectivamente los derechos de las mujeres y de las personas gestantes, por ejemplo, "ocupándose en la continuidad de los embarazos deseados, asegurando atención prenatal a todas las personas bajo su jurisdicción, proveyendo partos saludables; adoptando medidas efectivas de compatibilidad de la maternidad-paternidad con los intereses laborales y educativos; abatiendo la mortalidad materna o garantizando a las mujeres igualdad de acceso a oportunidades educativas y laborales".

[54] Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, Sentencia 44/2023, Tribunal Constitucional, España, 9 de mayo de 2023, Boletín Oficial del Estado Nº 139, párr. 8 (*Motivos de impugnación en relación con el art. 12 de la Ley Organiza 2/2010. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*). Véase también, Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, Tribunal Constitucional, España, 11 de abril de 1985, párr. 11 (afirmando que, en casos de aborto terapéutico, cuando se plantea un conflicto entre la vida de la madre y la vida del no nacido, no se puede proteger esta última de manera incondicional pues se menoscabaría el derecho a la vida de la madre).

[55] En el caso en cuestión, la Corte examinó el artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal —que penalizaba el aborto, salvo en casos de embarazo producto de violación "en una mujer que padezca de discapacidad mental"— y determinó que dicha frase

que "aun cuando la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos" en dicha Carta, incluyendo los derechos de las mujeres que han sido violadas.[56] La Corte afirmó que, en estos casos, corresponde balancear y encontrar un equilibrio entre los derechos, teniendo en cuenta que la violación de mujeres, niñas y adolescentes es un acto atentatorio contra su integridad en todas sus dimensiones, y que su derecho a la integridad también está protegido por la Constitución.[57] La Corte Constitucional de Colombia adoptó una posición similar al señalar que, "la vida es un bien jurídico que se debe proteger en todas las etapas de su desarrollo, pero no necesariamente con la misma intensidad", por lo que la protección de la vida en gestación como finalidad constitucional también deba ser gradual e incremental.[58]

IV. El derecho a la autonomía y a una vida privada libre de injerencias arbitrarias del Estado se extienda a las decisiones relativas a la autonomía sexual y reproductiva

El derecho a la autonomía individual incluye la capacidad de conducirse libre de injerencias arbitrarias del Estado en las decisiones de la vida privada, lo cual se extiende a las decisiones relativas a la autonomía sexual y reproductiva. Así lo ha señalado el Comité CEDAW, al afirmar que el derecho a la autonomía reproductiva consagrado en el artículo 16(e) de la Convención CEDAW[59] es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.[60] El Comité DESC ha identificado que las leyes que penalizan el aborto y las leyes que lo restringen constituyen ejemplos de leyes, políticas y prácticas

era inconstitucional. Caso Nº 34-19-IN y Acumulados, Corte Constitucional, Ecuador, Sentencia de 28 de abril de 2021.

56 *Ibid.*, párr. 122.

57 *Ibid.*, párrs. 122 y 130.

58 Sentencia C-055/22, Corte Constitucional, Colombia, 21 de febrero de 2022, párr. 266.

59 Dicha norma señala que las mujeres tienen derecho a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

60 Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24, párrs. 21 y 31 (b).

que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva.[61]

El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica también ha destacado los aspectos discriminatorios de las leyes que criminalizan la interrupción del embarazo, observando el impacto que tienen estas leyes al privar a las mujeres "de autonomía en la adopción de decisiones sobre su propio cuerpo".[62]

La Corte IDH se ha referido al estrecho vínculo entre los derechos reproductivos y el derecho a la vida privada, en la medida en que ésta se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva.[63] Así, ha señalado que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva, y que existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.[64] También ha afirmado que en virtud del derecho a la vida privada y del derecho a la salud, las personas tienen derecho a que la atención médica sea confidencial y a la protección de los datos de salud sexual y reproductiva.[65] Por su parte, el TEDH ha concluido que las restricciones al acceso a información de una paciente sobre su salud reproductiva[66] y la falta de mecanismos adecuados para que una mujer acceda a un aborto legal cuando peligra su salud,[67] constituyen violaciones al derecho a la vida privada y autonomía en materia reproductiva. Más recientemente, en el *Caso M.L. vs Polonia*, el TEDH determinó que la prohibición de aborto en caso de no viabilidad del feto, cuando el aborto se solicita por motivos de salud y bienestar, restringe de manera injustificada el derecho al respecto a la vida privada.[68]

Si bien el tema de la autonomía en materia reproductiva ha sido objeto de análisis en distintas jurisdicciones nacionales, dos decisiones

[61] Comité DESC, Observación General Nº 22, párr. 34.
[62] ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016, párr. 79.
[63] Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros*, párr. 146.
[64] *Ibid*., párrs. 147-148.
[65] Corte IDH, *Caso Manuela y Otros*, párr. 216.
[66] TEDH, *R.R. vs. Polonia*, Aplicación Nº 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011, párrs. 197-214.
[67] TEDH, *Tysiac vs Polonia*, Aplicación Nº 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007, párr. 119-130.
[68] TEDH, *M.L. vs Polonia*, Aplicación Nº 40119/21, 14 de diciembre de 2023, párr. 152.

recientes de Altas Cortes en México y Brasil reflejan la esencia del debate en la materia. La primera fue dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y aborda el vínculo entre la salud sexual y reproductiva y la autonomía individual al examinar una acción de inconstitucionalidad presentada en relación a una norma que tutela el derecho a la vida de una persona "desde el momento de la concepción".[69] Una pregunta central del caso fue determinar si las decisiones relacionadas con la capacidad reproductiva de las mujeres corresponden al ámbito privilegiado de su autonomía individual y si la norma impugnada representaba una intervención estatal indebida respecto de este derecho. En su análisis, la Corte afirmó que el cuerpo de una persona es parte de su identidad y, por ende, goza de inmunidad frente a la interferencia indebida del Estado. En particular, señaló que:[70]

> Es bastante común aceptar un esquema de "colisión de derechos" donde los derechos del feto y los de la mujer "compiten" por la preeminencia. Esta ficción jurídica ha resultado útil para tomar decisiones constitucionales, legislativas o judiciales que involucran el derecho a la interrupción del embarazo. Por más que ese esquema se haya inclinado las más de las veces por los derechos de las mujeres, es importante deconstruir este imaginario y entender que las decisiones autónomas de las mujeres deben respetarse porque el embarazo es un proceso que ocurre en su cuerpo y en medio de esta absoluta indivisibilidad. La protección de la vida desde la gestación cuando se presenta como antagónica a los derechos de las mujeres siempre implica la idea de que el cuerpo de la mujer es un espacio de debate o un bien público disponible, y alimenta la visión de que las mujeres quieren "destruir" al feto y que el Estado y la comunidad se erigen como sus verdaderos protectores... El embarazo, como proceso biológico, ocurre en ese recinto de identidad, en esa esfera de intimidad profunda de las mujeres y las personas gestantes.

[69] La acción de inconstitucionalidad fue presentada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y una minoría parlamentaria en relación a un artículo de la Constitución del Estado de Sinaloa, sobre la base que dicha norma no se ajusta a la interpretación de la Corte IDH del art. 4(1) de la Convención Americana. La norma impugnada establece lo siguiente: "Artículo 4o. bis A. Las personas son titulares de los siguientes derechos y libertadas reconocidos por esta Constitución: 1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas…". Acción de Inconstitucionalidad Nº 106/2018 y su Acumulada 107/2018, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia del 9 de septiembre de 2021.

[70] *Ibid*., párrs. 40-41.

> Entonces, las decisiones que las mujeres y personas gestantes toman respecto de lo que "pasa en su cuerpo" serán decisiones contenidas en el ámbito de privilegio protegido por la autonomía.

La Corte agregó que las intervenciones estatales indebidas respecto del derecho de autonomía reproductiva nulifican a las personas y atentan contra su posibilidad de definir su plan de vida, y que, en todo caso, el Estado siempre tiene obligaciones de garantía en materia de prestaciones de servicios de salud reproductiva.[71]

Por su parte, el Supremo Tribunal Federal de Brasil se pronunció respecto de la autonomía reproductiva al abordar la criminalización del aborto en el derecho interno.[72] El Tribunal señaló que la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante los primeros tres meses de gestación era incompatible con los derechos fundamentales de las mujeres e inconstitucional, y, por lo tanto, revocó una orden de detención preventiva dictada en contra de personal y pacientes de una clínica clandestina de aborto. En particular, dicho Tribunal resaltó que[73]

> La penalización del aborto viola, en primer lugar, la autonomía de la mujer, núcleo esencial de la libertad individual, protegida por el principio de dignidad humana… Un aspecto central de la autonomía de la mujer es el poder de controlar su propio cuerpo y de tomar decisiones tales como poner fin o no a su embarazo. ¿Cómo puede el Estado —a través de un delegado de la policía, un operador de justicia o de un juez— imponer a una mujer, durante las primeras semanas de gestación, que lleve a término su embarazo, como si se tratara de un útero al servicio de la sociedad, y no de una persona autónoma, en el goce de la plena capacidad de ser, pensar y vivir su propia vida?

Estos precedentes destacan la necesidad de examinar el contenido y la aplicación de normas internas en materia de salud reproductiva desde la perspectiva de las desigualdades y la discriminación estructural que impactan de manera desproporcionada a las mujeres y dificultan su ejercicio de autonomía y autodeterminación, especialmente en relación con sus cuerpos. Además, subrayan la necesidad de incorporar los principios de igual-

[71] *Ibid*., párr. 42.
[72] Habeas corpus Nº 124.306, Supremo Tribunal Federal, Brasil, 9 de agosto de 2016 (traducción propia).
[73] *Ibid*., párrs. 24-25.

dad y no discriminación en el ejercicio interpretativo del alcance y contenido de dichas normas, en línea con los avances en la materia en el derecho internacional de los derechos humanos.

V. El derecho a la salud sexual y reproductiva está íntimamente ligado a las garantías que protegen la integridad física y mental de las personas

Diversos mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas han manifestado que el derecho a la salud sexual y reproductiva comprende la garantía a la integridad física y mental de las personas. Al respecto, el relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU ha afirmado que el derecho internacional de los derechos humanos "reconoce en grado creciente que los abusos y los malos tratos infligidos a mujeres que tratan de obtener servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivo de género…".[74] El relator especial ha identificado además que diversas vulneraciones a la salud sexual y reproductiva pueden constituir malos tratos e inclusive tortura, como por ejemplo, la esterilización forzada, el denegar el acceso al aborto seguro, las prácticas abusivas en entornos sanitarios y educativos, y el someter a personas a tratamientos hormonales, a intervenciones quirúrgicas y a terapias de "conversión" debido a su orientación sexual o identidad de género.[75] Tanto el Comité de Derechos Humanos[76] como el Comité contra la Tor-

[74] El relator agregó que las mujeres son vulnerables a la tortura y los malos tratos cuando buscan asistencia médica por su disconformidad real o aparente con las funciones que determina la sociedad para cada sexo. ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párr. 42.

[75] ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párrs. 43 y ss.

[76] Véase, por ejemplo, los siguientes dictámenes del Comité de Derechos Humanos: *Whelan vs. Irelanda*, CCPR/C/119/D/2425/2014, 11 de julio de 2017, párrs. 7.3-7.7 (donde se concluye que la criminalización del aborto en casos de no viabilidad del feto constituye una violación de la prohibición de tratos crueles e inhumanos); *Mellet vs. Irlanda*, CCPR/C/116/D/2324/2013, 17 de noviembre de 2016, párr. 7.4 (donde se aclaró que el hecho que una conducta o acción concreta sea legal con arreglo al derecho interno, tales como las leyes que penalizan el aborto, no significa que no pueda violar la prohibición en el artículo 7o. del Pacto de derechos civiles y políticos (PIDCP)); *V.D.A.*

tura[77] también se han expresado en esta línea, afirmando su preocupación por las restricciones severas a los derechos reproductivos que violan la prohibición de tratos crueles e inhumanos y de la tortura. De manera similar, el Comité DESC ha destacado que, entre otras causas, "la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes".[78] El Comité CEDAW ha señalado que las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.[79] Algunos ejemplos de estas violaciones son la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre la salud, entre otras.[80]

En esta materia, el TEDH ha reiterado la obligación positiva de los Estados de garantizar el respeto efectivo del derecho a la integridad física y psicológica de todos y todas en materia salud reproductiva.[81] Esta obligación puede implicar la adopción de medidas, incluida la provisión de un

vs. Argentina, CCPR/C/101/D/1608/2007, 28 de abril de 2011, párr. 9.2 (donde se considera que la omisión del Estado de garantizar un aborto terapéutico a una niña con una discapacidad intelectual, que quedó embarazada al ser violada por su tío, le causó un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7o. del PIDCP); *K.L. vs. Perú*, CCPR/C/85/D/1153/2003, 22 de noviembre de 2005 (donde se examinó el sufrimiento moral grave causado a una joven de 17 años que fue forzada a llevar un embarazo a término y a amamantar al bebé por cuatro días, que había sido diagnosticado con anencefalia).

77 Véase, por ejemplo, Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales: Paraguay*, CAT/C/PRY/CO/4-6, 14 de diciembre de 2011, párr. 22; Comité contra la Tortura, *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura-Perú*, CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006, párrs. 23 y 24.

78 Comité DESC, Observación general Nº 22, párr. 10.

79 Comité CEDAW, Recomendación general Nº 35, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017 (en adelante "Recomendación general Nº 35"), párr. 18. El Comité se ha pronunciado explícitamente por la eliminación de las medidas punitivas contra las mujeres que abortan. Véase, por ejemplo, Comité CEDAW, Observaciones finales: Perú, CEDAW/C/PER/CO/7-8, 24 de julio de 2014, párr. 36 (c); Comité CEDAW, Observaciones finales: Angola, CEDAW/C/AGO/CO/6, 1 de marzo de 2013, párr. 32(g).

80 Comité CEDAW, Recomendación general Nº 35, párr. 18.

81 TEDH, *R.R. vs. Polonia*, Aplicación Nº 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 185.

medio eficaz y accesible de proteger el derecho al respeto de la vida privada mediante la adopción de un marco regulatorio para proteger derechos individuales en el contexto del aborto.[82] El TEDH ha concluido que prácticas tales como la esterilización forzada de una mujer[83] y la denegación de acceso al aborto seguro a una víctima de violencia sexual[84] constituyen violaciones a la prohibición contra la tortura y los tratos crueles o degradantes. En decisiones recientes, el Tribunal ha sostenido además que el aborto forzado o sin consentimiento constituye, en ciertas circunstancias, una forma de trato inhumano y degradante debido a sus consecuencias graves y duraderas,[85] reconociendo de esta manera la importancia del consentimiento informado en procedimientos que impactan las decisiones en materia reproductiva.

VI. Conclusión

En 2024, se cumplen treinta años desde la adopción del Programa de Acción de El Cairo, el cual marcó la hoja de ruta para el desarrollo de políticas públicas en temas de salud sexual y reproductiva. A nivel regional, se cumplen también treinta años desde la adopción de la Convención de Belem do Pará, un instrumento regional que ha contribuido al desarrollo de estándares importantes en materia de violencia y discriminación de género contra la mujer. Desde la adopción de estos y otros instrumentos, hemos avanzando en el reconocimiento de la autonomía y libertad en materia sexual y reproductiva como un tema de salud pública que acarrea

[82] *Ibid*. Véase además TEDH, *A, B, C vs. Irlanda*, Aplicación Nº 25579/05, 16 de diciembre de 2010, párr. 245.

[83] TEDH, *V.C. vs. Eslovaquia*, Aplicación Nº 18968/07, Sentencia de 8 de noviembre de 2011, párrs. 106 y 120.

[84] TEDH, *P and S vs. Polonia* Aplicación Nº 57375/08, Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 168.

[85] TEDH, *S.F.K. vs. Rusia*, Aplicación Nº 5578/12, 11 de octubre de 2022, párr. 80 (donde se concluyó que la práctica de aborto forzado constituyó una forma de trato inhumano y degradante con consecuencias profundas para la víctima); TEDH, *G.M y Otros vs. Moldova*, Aplicación Nº 44394/15, 22 de noviembre de 2022, párrs. 134 y 141 (refiriéndose a la práctica de aborto forzado en personas con discapacidad). Para más detalle sobre estas sentencias, véase Smyth, Rebecca, "*S.F.K. v. Russia and G.M. and Others v. Moldova: the Promise and Pitfalls of ECtHR Forced Abortion Jurisprudence*", 17 de febrero de 2023, Strasbourg Observers, disponible en linea: *https://strasbourgobservers.com/2023/02/17/s-f-k-v-russia-and-g-m-and-others-v-moldova-the-promise-and-pitfalls-of-ecthr-forced-abortion-jurisprudence/* (fecha de consulta: 5 de enero de 2024).

la responsabilidad del Estado para con las mujeres en base a derechos ampliamente reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Los precedentes y dictámenes que han sido abordados aquí sirven de guía y de soporte normativo para promover un consenso legal entorno a la protección plena del derecho de toda mujer a gozar y ejercer sus libertades fundamentales de forma autónoma, indiscriminada y libre de violencias. Sin embargo, un desafío importante que persiste es como consolidar los avances y evitar los retrocesos. Un ejemplo a destacar es la anulación del precedente *Roe vs Wade* por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 2022,[86] el cual protegía el acceso al aborto, y la posterior adopción por diversos estados de leyes restrictivas o prohibitivas del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.[87]

Pese a que en la región latinoamericana también observamos retrocesos preocupantes en este campo, el balance no es del todo desalentador. Los derechos sexuales y reproductivos se han abierto paso en la región, como lo confirman las decisiones de Altas Cortes latinoamericanas que se han examinado anteriormente. En suma, constatamos que existe hoy en día una mayor comprensión, desde el campo jurídico, de que dificultar o restringir el acceso a la salud sexual y reproductiva de las mujeres no salva vidas, sino las pone en riesgo.

VII. Referencias

Legislación nacional

Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2023.
Ley 21.030 de 23 de septiembre de 2017, Chile.

[86] Véase *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization et al.*, Corte Suprema, Estados Unidos, 142 S. Ct. 2228 (2022).

[87] Véase, por ejemplo, Nash, Elizabeth, "*Six months Post-Roe, 24 US States have banned abortion or are likely to do so*", Guttmacher Institute, 10 de enero de 2023, disponible en línea: *https://www.guttmacher.org/2023/01/six-months-post-roe-24-us-states-have-banned-abortion-or-are-likely-do-so-roundup* (fecha de consulta: 5 de enero de 2023). Véase también Associated Press, "Where abortion laws stand in every state a year after the Supreme Court overturned Roe", 21 de junio de 2023, disponible en línea: *https://apnews.com/article/abortion-status-list-state-protection-ban-4466aefe6141745b71c824522aac47b9* (fecha de consulta: 5 de enero de 2023).

Comité contra la Tortura, CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero de 2013.

Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales: Paraguay*, CAT/C/PRY/CO/4-6, 14 de diciembre de 2011.

Comité contra la Tortura, *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura-Perú*, CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), Observación General Nº 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, E/C.12/GC/22 2 de mayo de 2016.

Comité DESC, *SC y GP Vs. Italia*, 7 de marzo de 2019, CESCR E/C.12/65/D/22/2017.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 36 sobre el derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 30 de octubre de 2018.

Comité de Derechos Humanos, *Whelan vs. Irelanda*, CCPR/C/119/D/2425/2014, 11 de julio de 2017.

Comité de Derechos Humanos, *Mellet vs. Irlanda*, CCPR/C/116/D/2324/2013, 17 de noviembre de 2016.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/3, 29 de abril de 2013.

Comité de Derechos Humanos, *V.D.A. vs. Argentina,* CCPR/C/101/D/1608/2007, 28 de abril de 2011.

Comité de Derechos Humanos, *K.L. vs. Perú*, CCPR/C/85/D/1153/2003, 22 de noviembre de 2005.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 6 sobre el derecho a la vida, HRI/GEN/1/Rev.7, 30 de abril de 1982.

Comisión de Derechos Humanos, Informe de borrador de la Convención de Derechos del Niño, E/CN.4/1349, 17 de enero de 1980.

Comité de Derechos del Niño, CRC/C/BRA/CO/2-4, 30 de octubre de 2015.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), Recomendación general Nº 35, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

Comité CEDAW, Observaciones finales: Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 25 de noviembre de 2016.

Comité CEDAW, Observaciones finales: Perú, CEDAW/C/PER/CO/7-8, 24 de julio de 2014.
Comité CEDAW, Observaciones finales: Hungría, CEDAW/C/HUN/CO/7-8, 1 de marzo de 2013.
Comité CEDAW, Observaciones finales: Angola, CEDAW/C/AGO/CO/6, 1 de marzo de 2013.
Comité CEDAW, *L.C. Vs. Perú*, CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 de noviembre de 2011.
Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*, Comunicación Nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008, 10 de agosto de 2011.
Comité CEDAW, Observaciones finales: Polonia, CEDAW/C/POL/CO/6, 2 de febrero de 2007.
Comité CEDAW, Recomendación general Nº 24 sobre la Mujer y la Salud, 2 de febrero de 1999.
Fondo de Población de las Naciones Unidas, *Panorama de la Situación de la Morbilidad y Mortalidad Maternas: América Latina y El Caribe*, diciembre 2017.
Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, *Leyes sobre aborto*, CEPAL.
ONU, Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, Opinión Nº 68/2019, A/HRC/WGAD/2019/68, 4 de marzo de 2020.
ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016.
ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016.
ONU, Objetivos de desarrollo sostenible, 2015.
ONU, Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/66/254, 3 de agosto de 2011.
ONU, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, A/CONF.171/13/Rev.1, 1994.
ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el borrador de la Convención de Derechos del Niño, E/CN.4/1989/48, 2 de marzo de 1989.

Organización Mundial de la Salud, *Tendencias de la mortalidad materna de 2000 a 2020: estimaciones de la OMS, UNICEF, UNFPA, el Grupo del Banco Mundial y UNDESA/División de Población,* 2023.

Dictámenes e informes de organismos regionales de derechos humanos

Comisión Europea de Derechos Humanos, *Paton vs. Reino Unido*, 3 E.H.R.R. 408 Aplicación Nº 8416/78, 13 de mayo de 1980.

CIDH, "CIDH llama a avanzar en el reconocimiento y en la protección de los derechos reproductivos en la región", 31 de enero de 2023.

CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. doc. 61, 22 de noviembre de 2011.

CIDH, *María Mamérita Mestanza Chávez/Perú*, Informe Nº 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, 10 de octubre de 2003.

CIDH, *Caso Manuela y Otros vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 441, Sentencia de 2 de noviembre de 2021.

CIDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 329, Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

CIDH, *Caso Artavia Murillo y otros* ("*Fecundación in vitro*") *vs. Costa Rica,* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N0 257, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

TEDH, *M.L. v Polonia*, Aplicación Nº 40119/21, 14 de diciembre de 2023.

TEDH, *G.M y Otros vs. Moldova*, Aplicación Nº 44394/15, 22 de noviembre de 2022.

TEDH, *S.F.K. vs. Rusia*, Aplicación Nº 5578/12, 11 de octubre de 2022.

TEDH, *R.R. vs. Polonia*, Aplicación Nº 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011.

TEDH, *A, B, C vs. Irlanda*, Aplicación Nº 25579/05, 16 de diciembre de 2010.

TEDH, *Evans vs. Reino Unido*, Aplicación Nº 6339/05, 10 de abril de 2007.
TEDH, *Tysiac vs. Polonia*, Aplicación Nº 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007.
TEDH, *Vo vs. Francia*, Aplicación Nº 53924/00, Sentencia de 8 de julio de 2004.
TEDH, *Pichon y Sajous vs. Francia*, Aplicación Nº 49853/99, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

Sentencias de jurisdicciones nacionales

Acción de Inconstitucionalidad 107/2019, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia del 7 de julio de 2022.
Acción de Inconstitucionalidad Nº 106/2018 y su Acumulada 107/2018, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia del 9 de septiembre de 2021.
Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Sentencia de 28 de agosto de 2008.
Acción directa de inconstitucionalidad Nº 3.510, Supremo Tribunal Federal, Brasil, 29 de mayo de 2008.
Caso Nº 34-19-IN y Acumulados, Corte Constitucional, Ecuador, Sentencia de 28 de abril de 2021.
Dobbs v. Jackson Women's Health Organization et al., Corte Suprema, Estados Unidos, 142 S. Ct. 2228 (2022).
Habeas corpus Nº 124.306, Supremo Tribunal Federal, Brasil, 9 de agosto de 2016.
Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, Sentencia 44/2023, Tribunal Constitucional, España, 9 de mayo de 2023, Boletín Oficial del Estado Nº 139.
Sentencia C-55/22, Corte Constitucional, Colombia, 21 de febrero de 2022.
Sentencia T-209/08, Corte Constitucional, Colombia, 28 de febrero de 2008.
Sentencia C-355, Corte Constitucional, Colombia, 10 de mayo de 2006.

Sentencia de 28 de agosto de 2017, Tribunal Constitucional, Chile, ROL N° 3729(3751)-17-CPT.

Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, Tribunal Constitucional, España, 11 de abril de 1985.

Artículos y prensa

Associated Press, "Where abortion laws stand in every state a year after the Supreme Court overturned Roe", 21 de junio de 2023.

Katsoni, Sissy, "How to Maneuver around Acknowledging the Right to Access Abortion: Some Thoughts on the ECtHR's Judgment in M.L. v Poland", *EJIL:Talk!*, 11 de enero de 2024.

Nash, Elizabeth, "Six months Post-Roe, 24 US States have banned abortion or are likely to do so", *Guttmacher Institute*, 10 de enero de 2023.

Pizarro, Gabriela, "¿Avanzan o retroceden los derechos de las mujeres con la propuesta constitucional?", *Ciper Chile*, 5 de diciembre de 2023.

Sanhueza, Ana María, "Las chilenas, en alerta por los riesgos de retrocesos de sus derechos en la nueva Constitución", *El País*, 2 de octubre de 2023.

Smyth, Rebecca, "S.F.K. v. Russia and G.M. and Others v. Moldova: the Promise and Pitfalls of ECtHR Forced Abortion Jurisprudence", *Strasbourg Observers*, 17 de febrero de 2023.

Capítulo quinto

Estado social y democrático de Derecho, subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales: la propuesta de Constitución de Chile

Javier García Roca*

Sumario: I. *La exégesis de la cláusula Estado social y democrático de Derecho*. II. *El principio de subsidiariedad en un Estado social: iniciativas públicas y privadas*. III. *Progresividad de los derechos sociales, proporcionalidad, responsabilidad fiscal o estabilidad presupuestaria*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía.*

I. La exégesis de la cláusula Estado social y democrático de Derecho

1. *Anclaje constitucional*

La Base 5a. del Acuerdo por Chile establecía:

> Chile es un *Estado social y democrático de Derecho*, cuya finalidad es promover *el bien común*; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el *desarrollo progresivo* de los derechos sociales, con sujeción al principio de *responsabilidad fiscal*; y a través de *instituciones públicas y privadas*.

Por su parte, el artículo 1.2 del *anteproyecto* de Constitución redactado por la *Comisión de Expertos* desarrollaba esta base afirmando: "Chile se organiza en un Estado social y democrático de Derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas".

El posterior artículo 2.1 de la *propuesta* aprobada por el Consejo Constitucional aseveraba: "El Estado de Chile es social y democrático de Derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales, *deberes constitucionales* y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas".

Finalmente, la propuesta de Constitución política sometida a referéndum ubicó este precepto, con idéntico texto al precedente, en el artículo 1.3, acaso subrayando su importancia como norma de apertura.

Los cuatro textos son prácticamente idénticos y hacen un desarrollo casi literal del Acuerdo con el añadido de la mención a los "deberes constitucionales" en las dos últimas versiones.

2. *Una síntesis de tres elementos en interacción recíproca*

Origen del precepto: influencias. La Base 5a. del Acuerdo por Chile de 2023 parece emanar del artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que define igualmente al Estado español como "un Estado social y democrático de Derecho". Se ha señalado a su vez la visible influencia en el precepto español de los artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, el primero afirma que "La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social", el segundo sostiene que "El orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental". Igualmente el artículo 2o. de la Constitución portuguesa reconoce un "Estado democrático basado en el Derecho". Sin embargo, es patente que la cláusula que usa la Constitución chilena procede de la Constitución de España, ya que la síntesis de estos tres calificativos es original de ésta. La categoría tiene, pues, raigambre alemana y sus ingredientes han sido muy estudiados allí, así como por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Rigidez constitucional y cláusula constitucional de apertura. El artículo 1.1. CE está ubicado dentro de la parte de la Constitución española, el Titulo Preliminar, dotada de una mayor rigidez por el artículo 168 CE

mediante un procedimiento de reforma agravado. Pablo Lucas Verdú lo caracterizó como "la norma constitucional de apertura" por su ubicación en el primer artículo, lo que es un indicio de su relevancia. Es importante subrayar que el precepto establece un *contexto* desde el que debe comprenderse el resto de la Constitución que le sigue. En el *Diario de Sesiones del Senado* (nº 39, pp. 1570), se calificó como "la pieza básica de la arquitectura constitucional".

En este mismo sentido, la propuesta de Constitución política de Chile ubica la fórmula que nos ocupa al iniciar el capítulo I (artículo 1.3) sobre "Fundamentos del orden constitucional". Mientras el texto aprobado por el Consejo Consultivo lo llevaba algo más atrás al artículo 2.1, y podía pensarse en un intento de quitar relevancia hermeneútica al precepto, pero no se desprende necesariamente esta postergación mediante una interpretación sistemática. Finalmente la propuesta de Constitución política lo ubicaba en el artículo 1.3, lo que cierra el debate, y asimismo establecía de manera muy significativa que la finalidad del Estado es promover "el bien común" creando las condiciones sociales necesarias (artículo 1.5).

Norma de principios y fines: una síntesis de tres componentes inseparables. La fórmula que analizamos recoge una "norma de principios o de fines" ya que asume uno de los fines fundamentales del Estado. Manuel García Pelayo, primer presidente del Tribunal Constitucional español, explicó —de manera clásica— que esta fórmula expresa "una totalidad compuesta por tres momentos o componentes inseparables en una interacción recíproca" a saber: "el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder, y la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho". Parece plausible pensar que esta explicación posee validez también en Chile. Para su exposición, pueden separarse de forma analítica las tres cosas, pero su verdadero valor hermenéutico emana de esa relación dialéctica entre distintos ingredientes que se limitan y contrapesan recíprocamente: los momentos jurídicos, democrático y social. Esta es la idea central. Heinrich Triepel sostuvo, en 1931, que el Estado de Derecho puede ser atemporal, pues agregando nuevos adjetivos, y los calificativos que emplean la Constitución española y la propuesta chilena, actualizan ese concepto. En suma, la recepción constitucional del Estado social y democrático de Derecho debe comprenderse como un mandato del constituyente de interpretar las demás normas fundamentales desde este contexto.

Es el primer componente de la fórmula y uno de los principios que en el mundo occidental ha logrado mayor fortuna pese a su ambigüedad o elasticidad, que suele reclamar calificativos.

Orígenes de la idea y pertenencia a la cultura global del constitucionalismo. La idea aparece vinculada al pensamiento liberal y de la Ilustración. Más tarde, a la tradición del constitucionalismo anglosajón que crea la idea de *Rule of Law* en las elaboraciones de Albert V. Dicey en "Una introducción al Derecho de la Constitución", quien construye y acuña ese término y populariza el principio a finales del siglo XIX (1885). Sus ideas tuvieron un gran eco y ha vuelto a ellas recientemente otro clásico británico contemporáneo, el juez Tom Bingham cuyas ideas han tenido influencia en Europa. Conecta asimismo con las elaboraciones del primer positivismo jurídico alemán (*Rechtsstaat*) en Robert Von Mohl, y con la tradición francesa de división de poderes y *prééminance du Droit*. El Estado de Derecho tiene distintas raíces europeas, con diversos matices, pero pertenece ya a la cultura global del constitucionalismo, también del iberoamericano, y es razonable alcanzar interacciones recíprocas entre todas ellas, buscando una unidad de sentido.

La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y el valor de los principios constitucionales. La idea de Estado de Derecho responde a la lógica ilustrada de que los hombres son gobernados por las leyes y no por otros hombres. De este postulado se deriva la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE), en otras palabras, el Estado de Derecho consagra los *principios de constitucionalidad y legalidad*. Pero garantiza además una *amplia gama de principios constitucionales* como son: jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, o responsabilidad de los poderes públicos. Unos principios recogidos expresamente en al artículo 9.2 CE, que deben conectarse mediante una interpretación sistemática con el Estado de Derecho del artículo 1.1 CE. Estimo que todos estos principios, codificados en la Constitución española pero inmanentes al Estado de Derecho, pueden conectarse con el artículo 1.3 de la propuesta de Constitución.

En efecto, con un sentido análogo, subrayaré las siguientes *normas de principios* de la propuesta final de Constitución político. El sometimiento de la acción de los órganos del Estado a la Constitución, y la vinculación a la misma, u obligatoriedad para cualesquiera órganos, personas o grupos, determinando que sean sancionadas las infracciones (artículo 6o.). La actuación de los órganos del Estado dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley y la nulidad de los actos que lo contravengan (artículo 7o.). Los principios de probidad, transparencia, rendición de cuentas, publicidad y acceso a la información (artículo 8o.).

Existen asimismo un conjunto de *derechos fundamentales*, —normas más precisas que los principios constitucionales—, ligados a la idea de Estado de Derecho y recogidos en el extensísimo artículo 16 del Proyecto de Constitución chilena: la libertad y seguridad personales (apartado 4); la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (apartado 5); el acceso a la justicia y el derecho a la defensa (apartado 6); el derecho a un proceso debido; que comprende el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, predeterminado por la ley (apartado 7); las garantías constitucionales en los procesos penales (apartado 8); o lo que en Europa se llama el "derecho a una buena administración" y recoge la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea y aquí se califica de "derecho a un trato digno y servicial por parte de los órganos de la Administración del Estado" (apartado 9). Estos derechos fundamentales y otros relacionados, junto a los principios constitucionales antes señalados, construyen la arquitectura jurídica de un Estado de Derecho en cualquier lugar, pues es un concepto global de la cultura del constitucionalismo.

El Estado de Derecho es una caja de herramientas (tool box) repleta de principios. En efecto, los principios jurídicos, y los constitucionales entre ellos, son inmanentes a las normas y categorías constitucionales, se crean por la doctrina y la jurisprudencia (así lo desarrolló Joseph Esser en el Derecho privado), y no necesariamente deben estar expresos en normas escritas. De la idea de Estado de Derecho pueden deducirse una serie de principios que integran una cultura jurídica ilustrada del constitucionalismo liberal democrático. Efectivamente, el Estado de Derecho suele decirse en la Unión Europea y el Consejo de Europa que es "*a tool box*", una caja de herramientas, repleta de principios jurídicos que poseen gran utilidad en un Estado constitucional para resolver conflictos e interpretar las leyes. Es, por tanto, difícil resumir todos los contenidos y herramientas

que identificamos con esta denominación y ésta versatilidad es parte de la utilidad del concepto. Por eso el Preámbulo de la Constitución española manda a los poderes públicos "consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular". Una norma de fines del Estado.

Principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, es inmanente el principio de proporcionalidad, que no está expresamente consagrado en la Constitución española de 1978, pero impregna transversalmente el Estado de Derecho a la hora de hacer restricciones o interferencias en los derechos fundamentales, y de efectuar un juicio de constitucionalidad o de convencionalidad de las leyes.

Actualmente, la proporcionalidad se recoge en el más moderno artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del 2000 que, al regular el alcance de los derechos garantizados, establece:

> 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el *principio de proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Con una misma finalidad, la propuesta de Constitución política chilena (artículo 23), al igual que el texto de la Comisión de expertos y el del Consejo Constitucional, al regular la garantía de los derechos y libertades establece: que la ley podrá regular o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, que en ningún caso podrán ser afectados en su esencia, se recoge la idea alemana y española de "contenido esencial"; y manda que sus *límites* "sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática" (apartado 2o.). Este último inciso, donde se menciona la razonabilidad recuerda la frase "medida necesaria en una sociedad democrática" que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH) utiliza como última fase de su juicio escalonado de proporcionalidad que se asemeja —pero no es igual— al juicio de razonabilidad, algo menos exigente y frecuente en Iberoamérica. También la Corte Interamericana de Derechos Fundamentales usa cada vez más frecuentemente

el principio de proporcionalidad. En suma, el artículo 23 de la propuesta de Constitución consagraba los importantes principios de legalidad de los derechos, respeto al contenido esencial de los derechos al limitarlos o delimitarlos, y el uso del juicio de razonabilidad o proporcionalidad. Unos ingredientes a reservar.

No hay Estado de Derecho ni democracia sin división de poderes ni derechos fundamentales ni garantías constitucionales. Un verdadero Estado de Derecho reclama una división de poderes para ser también un Estado constitucional. Es un principio esencial e indefectible que tiende un puente entre esta categoría y la democracia (García Roca 2000): no hay Estado de derecho sin democracia, ni democracia sin Estado de Derecho, y ni una cosa ni la otra sin una división de poderes. Supone también un reconocimiento de derechos fundamentales de los individuos y de los grupos, y la incorporación de unas garantías: institucionales, normativas y jurisdiccionales pues pueden ser utilizadas por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional y la justicia electoral. La división de poderes viene reconocida de forma clásica como ingrediente central de una Constitución en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que sigue siendo una referencia clásica, y, en nuestros días, en muchas Constituciones de forma expresa.

La propuesta de Constitución política de Chile respondía a esta lógica e introducía *derechos fundamentales y una división de poderes rígida o presidencial*. Reconocía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y ordenaba que se intepretaran de forma compatible con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 3o., apartados 1 y 2). Pero reenvíaba a la ley para determinar la forma y el procedimiento para dar cumplimiento que a las sentencias dictadas por los tribunales internacionales cuya jurisdicción se haya reconocido (artículo 3.3); una previsión mucho más controvertida y que podía haber sido objeto de un desarrollo restrictivo y contrario al sistema interamericano de derechos humanos, pero también estimo que era susceptible de una interpetación compatible con la Convención Americana. Asimismo, disponía que las leyes y sus desarrollos adoptaran las medidas adecuadas para promover derechos sociales como son los derechos a la salud, la vivienda, al agua, al saneamiento, la seguridad social y la educación, atendiendo a un desarrollo progresivo para lograr su efectividad (artículos 24 y 25). Afirmaba también que se adoptaba como forma de

gobierno una "república democrática, con separación de poderes y régimen presidencial", y que la soberanía reside en el pueblo y se ejerce a través de elecciones y mecanismos de participación de hombres y mujeres (artículo 2o.).

Asimismo, diseñaba una clásica *división horizontal de poderes*: un Congreso Nacional, integrado por la Cámara de Diputados y el Senado (capítulo IV); un presidente de la República y un gobierno (capítulo V); un Poder Judicial independiente con órganos imparciales (capítulo IX); un Tribunal Constitucional (capítulo X); una Justicia Electoral como tribunal especial (capítulo XIII) y una Contraloría General de la Republica (capítuloXIV), que es un órgano tradicional en Chile.

Por otro lado, se diseñaba un *Estado unitario y descentralizado* (articulo 4o.), reconociendo a los pueblos indígenas y la interculturalidad de la nación chilena (artículo 5o.), una e indivisible; y se creaba una división vertical del poder con gobiernos y administraciones regionales y locales (capítulo VIIII) que una ley institucional debía ordenar en sus competencias y otros extremos.

Principio de legalidad, reserva de ley, calidad de ley, seguridad jurídica, y autoridad o racionalidad. Un Estado de Derecho reclama un principio de legalidad en su varios ámbitos y una reserva de ley para ciertas materias. Supone una forma de entender la "calidad de ley", y la seguridad jurídica o certeza normativa y la preferencia de ley frente a otras fuentes. Las leyes deben ser "previsibles y ciertas" como proclama el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y el viejo aforismo romano *lex stricta, praevia, certa*. Las leyes no pueden ser ambiguas. La vaguedad o indeterminación de la ley debe ser proscrita y puede configurar incluso un vicio de inconstitucionalidad, a partir de cierto grado, y en todo caso un grave defecto de técnica legislativa que transgrede varios principios constitucionales.

"Una ley radicalmente oscura es incompatible con la Constitución", porque supone una violación del principio de legalidad y de la misma separación de poderes, sostiene la Corte Constitucional italiana, Sentencia n. 110 del 5 de junio de 2023. Mucho más restrictivo ha sido el Tribunal Constitucional español, que todavía mantiene que los defectos de técnica legislativa no configuran un vicio de inconstitucionalidad v.gr. respecto de las enmiendas que no son accidentales de la ley (SSTC 119/2011, 136/2011, 34/2023), una mala jurisprudencia ha permitido una situación de constantes abusos en leyes y decretos leyes de objeto múltiple: las

llamadas "leyes ómnibus". Se consagra un principio formal —el rango y forma de ley parlamentaria— junto a unos contenidos materiales que integran una reserva de ley. Esta idea de legalidad y seguridad jurídica como certeza normativa están presente en todas las *check-lists* sobre el Estado de Derecho elaboradas por la Unión Europea y el Consejo de Europa a las que luego me referiré.

La propuesta de Constitución chilena reflejaba también este entendimiento del *principio de legalidad*. Los órganos del Estado deben actuar válidamente en la forma prevista en las leyes (artículo 7o.). Existe un derecho a la igualdad ante la ley y de prohibición de discriminación o diferencias arbitrarias (artículo 16.3). También una prohibición de detención o de sometimiento a prisión preventiva sin estar facultada la autoridad por la ley (artículo 16.4. letras d y e). Los órganos judiciales deben estar predeterminados en las leyes (artículo 16.7). Un férreo principio de legalidad penal entre las denominadas "grantías mínimas" (artículo 16.8). Un principio de legalidad de los derechos fundamentales que abarca sus regulaciones y restricciones (artículo 23). Un deber constitucional de todas las personas de "observar fiel y lealmente la Constitución y la ley" (artículo 37). Un principio de legalidad tributaria (artículo 16. 31) y otros del Dereho administrativo sancionador (artículo 16. 9.b). Un principio de legalidad electoral (artículos 53 y 54). Una reserva general de ley que incluye un largo elenco de materias (artículo 74), y la previsión complementaria de que el presidente de la República puede solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre materias que correspondan a ese dominio mediante una ley de delegación (artículo 75). Una detallada ordenación del procedimiento legislativo (artículo 79 y ss) que completa con un concepto procedimental o formal esta idea material de ley.

De forma más controvertida, la propuesta prevé la inclusión de *leyes que interpreten preceptos constitucionales* y se aprueben con el mismo quórum de la reforma constitucional (artículo 79). Unas leyes directamente interpretativas de la Constitución que pueden ser problemáticas, que no son tan frecuentes en Derecho Comparado y que prohibió el Tribunal Constitucional español (los precedentes de la STC 76/1983, caso de la LOAPA, y la STC 31/2010, caso del Estatuto de Cataluña), para impedir que el legislador ocupe el lugar del poder de reforma constitucional o el del intérprete supremo de la Constitución que es el propio Tribunal Constitu-

cional. La ley puede interpretar la Constitución mediante regulaciones y ejercicios concretos, pero es muy discutible que pueda hacerlo de manera abstracta y general, y no al hilo de una regulación específica, sin sustituir al poder de reforma constitucional.

Por último, el concepto de ley en un Estado de Derecho implica una conexión de sentido entre la discrecionalidad del legislador, o libertad de configuración normativa, y la racionalidad o *auctoritas* que es propia del Estado de Derecho y el imperio de la ley, y no basta sólo con *imperium* o una mayoría parlamentaria (véase Carl Schmitt y Gustavo Zagrebelsky). Las leyes deben ser razonables y cabe un *control de constitucionalidad y de convencionalidad* de muchos ingredientes de las leyes arbitrarias que aprueben las mayorías.

Queda en todo caso corroborado que el principio de legalidad y la reserva de ley, como ingredientes del Estado de Derecho, informaban el anteproyecto y la propuesta de Constitución chilena.

La justicia ordinaria y la jurisdicción constitucional perfeccionan el Estado de Derecho y su diferencia en competencias es una convención reflejada en las normas. Un Estado de Derecho tiene entre sus virtudes expandir la juridicidad, y por ello permite a jueces y tribunales resolver las pretensiones de los justiciables, e impide la existencia de zonas inmunes del poder. Incluso los actos políticos y discrecionales pueden tener elementos reglados sometidos a controles jurisdiccionales según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo español. La jurisdicción constitucional, en el gran número de países donde existe, controla también las actuaciones de los poderes públicos en su adecuación a la Constitución, y es un ingrediente que "perfecciona el Estado de Derecho" (García Pelayo). La diferenciación entre las competencias de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, del Poder Judicial, y de la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional, es una convención, según razonó Hans Kelsen en un trabajo clásico. Por ello las diferencias varían de unos países a otros según las normas y los diversos modelos de justicia constitucional. Son la Constitución y las leyes de procedimiento las que tienen que identificar las competencias y atribuciones de los órganos judiciales y del Tribunal Constitucional. El concepto de jurisdicción constitucional no es universal.

Esta pautas se siguen en la propuesta de Constitución chilena que atribuía a la *función jurisdiccional* conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo juzgado. Una función, juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado, que se otorga exclusivamente a los jueces establecidos por las leyes (artículo 155), sin que puedan ejercer otras potestades, creando un monopolio de jurisdicción; y se sientan unos principios que informan su ordenación (artículo 156).

Como órgano jurisdiccional autónomo, encargado de garantizar la supremacía de la Constitución, se crea asimismo un *Tribunal Constitucional* (capítulo X) y se encomienda a una ley institucional su regulación (artículo 168.2), completando las atribuciones que la da la Constitución; de manera que —entiendo— puede tener competencias que le de la Constitución o la ley institucional. La doctrina científica y la jurispudencia constitucional en España han estudiado bien la cómo se articula la análoga reserva constitucional a la ley orgánica del Tribunal Constitucional que hace el artículo 165 CE.

Derecho de acceso a la justicia y control judicial. Es común la presencia de este requisito. Resaltaré entre los precedentes europeos, el importante *Caso Golder contra el Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, donde pronto el TEDH afirmó que es inconcebible un detallado sistema de garantías de los justiciables en los procesos, como hace el artículo 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin proteger lo que les hace posibles beneficiarios de estas garantías: el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo del derecho de defensa, elementos sin los que no puede concebirse un Estado de Derecho. También en el *Caso Klass vs Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, el TEDH subrayó que el *Rule of Law,* proclamado en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que las interferencias del ejecutivo en los derechos de los individuos requieren un "efectivo e independiente control judicial". Asimismo, el *Caso Pleso vs Hungría*, de 12 de enero de 2013, reclamó unos "procedimientos justos y apropiados" y previstos en las leyes para efectuar detenciones legales. La jurisprudencia es interminable y últimamente centrada en la independencia judicial y el nombramiento o la revocación arbitrarios de los jueces (v.gr. *Advance Pharma contra Polonia*, de 3 de febrero de 2022).

La técnica de las listas de verificación en el Derecho de la Unión y del Consejo de Europa: una solución orientativa y no taxativa. Es, sin embargo, cierto que el concepto de Estado de Derecho es una cláusula tan abierta y transversal que reclama de adjetivos y especificaciones, y por eso la Unión Europea y el Consejo de Europa, ante las recientes amenazas creadas por los populismos y las *illdemocracies*, —Polonia, Hungría, Rumanía—, unas

democracias iliberales y falsas, han seguido la técnica de elaboraciones de listas de concretos elementos que se estiman indefectibles en un Estado de Derecho: las denominadas *check-list*, que podemos traducir como "listas de verificación". La recepción de fondos europeos de resiliencia y recuperación económica —llamados *Next Generation*— por los Estados miembros de la Unión puede condicionarse —así se está haciendo— al respeto de las exigencias del Estado de Derecho y, en particular, a la independencia judicial.

En el mismo sentido, Cass Sunstein (2023) ha argumentado que el concepto de Estado de Derecho se invoca para muchos propósitos diversos y se solapa con otras ideas como son la democracia, elecciones libres, libertad de mercado, derechos de propiedad, etcétera. Por eso propone identificar el *Rule of Law* en una *lista de siete principios*: a) publicidad y acceso general a normas predeterminadas; b) efectos prospectivos antes que retroactivos; c) conformidad entre las leyes y la realidad social; d) derecho a ser oído y garantías en los procesos; e) separación entre el poder de hacer las leyes y el poder de aplicarlas e interpretarlas; f) interdicción de cambios legales bruscos o cautelas de transitoriedad; g) ausencia de contradicción e incoherencias en las leyes. Pero reconoce que muchos entienden el *Rule of Law* de una manera distinta y más amplia. Sin embargo, estimo que es más amplio y omnicomprensivo el concepto de "Estado social y democrático de Derecho". Los principios que enuncia Sunstein son elementos formales de este concepto, pero no lo agotan y son precisos otros contenidos materiales.

Son muchos los instrumentos internacionales que acuden a la técnica de la *check-list*. Sin ánimo de exhaustividad, mencionaré el *Report on the Rule of Law,* aprobado por la Comisión de Venecia los días 25 y 26 de marzo de 2011, que se inspira en la Resolución 1594 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. El informe intenta buscar un entendimiento equivalente entre las ideas de *Rule of law*, *Rechtsstaat* y *prééminance de Droit* que refejan matrices conceptuales diversas con sentidos diferenciables. Se repasan sus orígenes históricos en las obras de A. V. Dicey (1885) y Robert Von Mohl (1831), así como diversas normas de Derecho Internacional. Se expone luego la definición por lista de Tom Bingham: accesibilidad a las leyes, es decir, claridad y predictibilidad; legalidad e interdicción de la arbitrariedad; igualdad ante la ley; derechos humanos; medios de resolución de conflictos; procesos equitativos; cumplimiento de las layes nacionales y de las obligaciones internacionales.

Con claro influjo de Bingham, el Informe adopta su propia lista, bien es verdad que es muy parecida: a) legalidad, que incluye transparencia y un proceso democrático razonable; b) seguridad jurídica; c) prohibición de arbitrariedad, d) acceso a la justicia y revisión de la actuación administrativa ante tribunales independientes e imparciales; e) respeto a los derechos humanos; f) prohibición de discriminación e igualdad ante la ley. Hay otro informe de la *Comisión de Venecia* del 11 y 12 de marzo de 2016.

Obsérvese que el concepto de Bingham y el semejante que sigue el Informe expuesto de la Comisión de Venecia son más amplios que el de Sunstein y se aproximan más a la comprensión que aquí se defiende de Estado social y democrático de Derecho, pero que es todavía más amplio y no se contenta con ingredientes sólo formales.

Debe traerse a colación el *Informe del Secretario General del Consejo de Europa*, aprobado en *Reyjavick* el 16 y 17 de mayo de 2023, por los jefes de Estado y de Gobierno, *State of democracy, human rights and the Rule of Law*, que se lamenta de los retrocesos democráticos en varios países de Europa y el mal uso en ellos de las leyes contra las libertades y el Estado de Derecho. Los puntos clave del informe demandan satisfacer los siguientes requisitos. Tribunales eficientes, imparciales e independientes. Libertad de expresión. Libertades de reunión y asociación. Instituciones políticas democráticas y elecciones libres. Integridad de las instituciones con arreglo a estándares de conducta y rendición de cuentas y responsabilidad política (*accountability*). Dignidad humana y protección de derechos. Normas antidiscriminatorias e inclusivas. Participación democrática y educación para la democracia. Cáigase en la cuenta de que los Estados miembros del Consejo de Europa siguen un concepto de Estado de Derecho más material y omnicomprensivo, que posee mayor utilidad para nuestros fines.

No obstante, el debate en la práctica se ha centrado sobre todo en la importancia dentro de estos criterios de la *independencia judicial* que es quizás donde mayores amenazas existen en nuestros días en Europa e Iberoamérica, ligando el principio de legalidad con la independencia judicial como componente fundamental del Estado de derecho (véase Paul Craig y las síntesis de las jurisprudencias del TJUE y el TEDH que hace Rafael Bustos). El Estado de Derecho debe ser capaz de guiar la vida de las personas para que puedan planificar su proyecto de vida y garantizar la seguridad jurídica, y un Poder Judicial independiente que resuelva los conflictos con justicia es una condición explícita para ello.

Tiene también interés el *Estudio del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo* "*L'État de droit, une perspective comparé"* de marzo de 2023, donde se repasa la evolución histórica del concepto, y se recogen las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos más ligadas y alguna de la jurisprudencia más pertinente. Mayor actualidad tiene la singularización de algunos de sus *desafíos,* en particular, derivados de los regímenes populistas y las democracias liberales y su nuevas amenazas al Estado de Derecho.

Por otra parte, la *Comunicación de la Comisión Europea* de 2104 (COM/2014/0158 final), *Reforzamiento del Estado de Derecho en la Unión*, se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y deja claro que el respeto al Estado de Derecho está intrínsecamente ligado al respeto de los derechos fundamentales y de la democracia. La misma idea está en la *Comunicación de la Comisión de 2019* (COM/2019, 343 final, de 17 de julio). El respeto permanente del Estado de Derecho en los Estados miembros es un requisito efectivo para la aplicación del Derecho de la Unión y el respeto mutuo entre ellos. En esta Comunicación se crea un *ciclo de revisión del Estado de Derecho* sobre problemas sistémicos como son: el incumplimiento de la separación de poderes, la protección de la independencia judicial, o la lucha contra la corrupción.

Otra obligación positiva, que constituye un núcleo del Estado de Derecho, es *garantizar el ejercicio de sus derechos* por los ciudadanos sobre lo que existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del TEDH.

4. *Estado democrático*

Éste es el segundo ingrediente de la cláusula "Estado social y democrático de Derecho". La expresión pone en conexión la fórmula constitucional con una serie de normas que conforman una democracia y construyen un "principio democrático". No cabe un Estado de Derecho, meramente formal y desprovisto de contenidos sustantivos, sin consolidar una democracia. Tampoco cabe una democracia constitucional sin satisfacer la cultura del Estado de Derecho y el imperio de la ley. Pues no basta con la regla de la mayoría en un Estado de Derecho, deben respetarse los derechos de la minorías, y diversas reglas de procedimiento democrático. Este es el sentido de la síntesis entre democracia y Estado de Derecho.

Son elementos del principio democrático en la Constitución española, que tienen equivalentes en otras constituciones europeas, los siguientes. La soberanía popular (artículo 1.3 CE), el pluralismo político y la constitucionalización de los partidos políticos (artículos 1.1 y 6o. CE). Pues todo Estado democrático es también un *Estado de partidos*. El derecho de sufragio activo y pasivo (artículo 23) de los ciudadanos como corazón del principio republicano. La igualdad real y ante la ley (artículo 9.2 y 14 CE). Las libertades de expresión e información (artículo 20) que garantizan una comunicación libre por distintos soportes y la creación de una opinión pública. El derecho de asociación (artículo 22 CE) en sus diversas variantes, ya que un Estado constitucional es también un *Estado de asociaciones*, que garantiza la existencia de grupos intermedios entre los ciudadanos y el Estado (Alexis de Tocqueville), por eso, se consagran asimismo los sindicatos de trabajadores y las organizaciones empresariales (artículo 7o. CE). Por último, un Estado democrático de Derecho es un *Estado de cultura* donde los poderes públicos deben promover el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho (artículo 44 CE).

Con un sentido semejante se encuentran numerosos preceptos que articulan el principio democrático en la propuesta de Constitución política de Chile, que eran en el tema que nos ocupa: homologables con el entorno europeo e iberoamericano a diferencia de otros asuntos. Mencionaré algunos: Residencia de la soberanía en el pueblo, creación de una república democrática y convocatoria de elecciones regulares y periódicas; acceso igualitario de los ciudadanos a los mandatos electorales y cargos electivos y garantía de la participación política de las mujeres (artículo 2o.). Deber del Estado de asegurar la participación de la población en la vida nacional (articulo 9.1). La libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 16.13). Las libertades de expresión e información sin censura previa por cualquier medio, y el derecho a la creación de medios de comunicación social en diversos soportes, vedando un monopolio estatal (artículo 16. 14). El derecho a asociarse sin permiso previo y para una pluralidad de fines, así como de crear asociaciones o salirse de ellas (artículo 16. 17). El derecho de petición sobre asuntos de interés público o privado (artículo 16. 18). El derecho de acceso a las funciones y empleos públicos con los requisitos previstos en las leyes (artículo 16. 19). El derecho a una educación de calidad en el contexto de una sociedad democrática y con asignación de recursos públicos (artículo 16. 23). La libertad de en-

señanza (artículo 16. 24). El derecho a la cultura (artículo 16.25) que el Estado debe promover y facilitar para la realización de las personas en una comunidad, colaborando el Estado y la sociedad civil. La libertad sindical y a la negociación colectiva y a la huelga (artículo 16. 27). El deber constitucional de honrar la tradición republicana y preservar la democracia (artículo 37), que en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, se llama *principio republicano* (artículo 1o. de la Constitución italiana).

Todo un capítulo III destinado a ordenar la *representación política y la participación* en los asuntos públicos, contemplando el derecho de sufragio, los referendos y plebiscitos. Se recoge allí la constitucionalización de los partidos políticos como personas jurídicas de derecho público que expresan el pluralismo político, son instrumento fundamental para la participación política, y canalizan la participación ciudadana, contribuyendo a la integración nacional (artículo 41). Es patente la influencia en este precepto del artículo 6 CE y de las ideas de Giovanni Sartori. La garantía del pluralismo político (artículo 43), y el derecho de los ciudadanos a asociarse libremente en partidos (artículo 43), y de estas asociaciones a presentar candidaturas electorales y a recibir financiación (artículo 44).

Subrayaré la habilitación constitucional a una ley institucional que establezca *mecanismos de participación ciudadana* (artículos 45 y ss), que la propuesta contemplaba con variedad de técnicas: la iniciativa legislativa popular, la inclusión de audiencias y consultas públicas en los procesos de elaboración de las normas generales, o los foros de deliberación ciudadana para la resolución de un debate público con un alcance consultivo. La propuesta de Constitución era rica en este extremo. Si bien en la propuesta de la Comisión Constitucional desapareció el referendo abrogatorio de leyes, y era menos generosa en este extremo que el texto de la Comisión de Expertos.

Democracia representativa y su complemento participativo. La democracia española es, por el contrario, férreamente representativa, viene fundada en elecciones libres y regulares y la libertad de mandato de los representantes normalmente elegidos en listas de partidos. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege básicamente la democracia representativa mediante elecciones libres y regulares por motivos de autocontención y prudencia (artículo 3o. al Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, la decisión política española sólo se debe a razones ligadas a la transición a la democracia, que ya no

son tan ciertas actualmente: el temor a que pequeños partidos radicales manipulasen estos instrumentos, así como la experiencia autoritaria del abuso de los plebiscitos durante la larga dictadura del general Franco. Por eso los españoles tenemos pocas instituciones de democracia participativa de los ciudadanos en la toma de decisiones y se miran con recelo: iniciativa legislativa popular, varios tipos de referendos, jurado popular, y concejo abierto.

Por el contrario, la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea de la OEA el 11 de septiembre de 2001, protege una idea de democracia participativa como un acertado complemento de la democracia representativa. Igualmente, el anteproyecto y la posterior propuesta de Constitución de Chile se insertaban en esta perspectiva participativa y enriquecedora. La práctica totalidad de las herramientas que se recogen y se han mencionado existen en otros países, me parece un riesgo medido que merece la pena afrontar. Una apuesta de la constituyente por experimentar mecanismos de participación directa, complementarios de la indefectible y central democracia representativa, que no deben ser objetada.

5. *Estado social*

Este es el tercer ingrediente de la cláusula "Estado social y democrático de Derecho". Es el asunto más complicado de definir y admite *diversas exégesis* según las ideologías que inspiren las direcciones políticas gubernamentales que especifiquen o desarrollen las normas constitucionales siendo posible hacerlo de diversas maneras. Parece también ser el más controvertido en su entendimiento en Chile según las diversas fuerzas políticas y se ha discutido su relación con el principio de subsidiariedad que ya estaba reconocido en el ordenamiento. Son varios los ingredientes que definen un Estado como social.

El Estado social como contexto hermenéutico. Como primera afirmación, el Estado social dista de ser "una noción inútil", según sostuvo provocadoramente el maestro Massimo Severo Giannini en 1977. La clásula no recoge una afirmación retórica: los enunciados constitucionales no pueden estar desprovistos de sentido normativo y tampoco las normas de principios. Es una interpretación constitucional inadmisible. Por el contrario, de este concepto se deriva un contexto —ya se ha dicho— des-

de el cual deben comprenderse el resto de las normas constitucionales, y orientar o inspirar las acciones de los poderes públicos y los poderes privados en muchas materias, v. gr. la ordenación de los servicios públicos, la intensidad de las regulaciones de las actividades económicas en una "economía social de mercado", y las relaciones entre las iniciativas públicas o privadas.

Estado social versus una "sociedad sin Estado": un Estado regulador y un Estado empresario. En efecto, no es lo mismo un Estado social que *a Stateless society*: una sociedad con un pequeño Estado como en el primer liberalismo. Una forma política típica de los siglos XVIII y XIX y organizada con un muy reducido aparato estatal, lo que no es propio de la organización constitucional moderna compuesta por amplias administraciones públicas. Tampoco se confunde un Estado social con otro fundado en la ideología de la desregulación y en la absoluta confianza en el juego del mercado y la iniciativa privada, —el clásico *laissez faire laissez passer*… de los fisiócratas—, entendido como la más absoluta libertad para ordenar la economía, excluyendo la iniciativa pública. Puede en esas otras sociedades consagrarse un intenso principio de subsidiariedad, que, por un lado, limite al mínimo la regulación estatal de la economía, maximice la iniciativa privada, y obligue a una intensa y excepcional justificación de la misma intervención del Estado mediante empresas públicas; y, por otro, haga casi innecesaria la regulación de las actividades económicas, desregulándolas. Pero no es así en un Estado que se proclama social y, en consecuencia, reclama una "economía social de mercado" y es por ello un "Estado regulador" y un Estado empresario". Cualquier forma de razonable regulación de la economía, fijando algunos límites sociales, no puede confundirse con un modo de producción socialista y estatalizado, como han defendido algunos *think tank* o laboratorios republicanos de ideas en los Estados Unidos. Una situación que se aleja mucho de la categoría de Estado social que entraña un modelo abierto y respetuoso con el mercado y precisamente por eso lo regula. Un mercado no es el fruto de la naturaleza sino del Derecho.

Economía social de mercado: garantía estatal de los derechos sociales y acciones de instituciones privadas o públicas. Iniciativa privada y pública deben coordinarse adecuadamente en una economía social de mercado según los diversos sectores y la buscando la conciliación entre el interés general y los intereses privados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) utiliza como un criterio del juicio de proporcionalidad

el justo equilibrio entre los intereses generales y privados: no basta con invocar intereses sociales de cualquier tipo para producir un vaciamiento o ablación de los legítimos derechos e intereses privados. En la misma línea, el artículo 38 CE establece que "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" y la "defensa de la productividad", pero también se invoca allí mismo "las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación" (véase García Vitoria). Hay leyes de defensa de la competencia y abundante jurisprudencia constitucional sobre el contenido de la libertad de empresa, la libertad de organización empresarial, y las limitaciones derivadas del interés público y contenidas en las regulaciones estatales o autonómicas según los diversos sectores económicos. La Constitución española igualmente se refiere a promover las condiciones para un progreso social y económico, a una distribución de la renta regional y personal más equitativa, y a una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1). Asimismo, proclama la "subordinación al interés general" de toda la riqueza del país, "sea cual fuere su titularidad"; y reconocen numerosos derechos con contenidos sociales: educación, seguridad social, sanidad, vivienda, etcétera. Es pues una libertad de empresa y una iniciativa privada atemperada por las exigencias de la economía general y por la función social que la propiedad debe cumplir, un carácter social que delimita estructural e internamente este derecho (artículo 33 CE). La función social de la propiedad habilita intervenciones legales para salvaguardar otros derechos, intereses y bienes constitucionales, por ejemplo, la calidad del medio ambiente (artículo 45 CE), o el derecho a disfrutar de una vivienda digna (artículo 47 CE) y la protección de una vivienda familiar (artículo 39.1 CE) que pueden llevar a medidas para la ordenación del suelo y el urbanismo. El Estado social es un límite a ciertos entendimientos radicales o exagerados de la subsidiariedad.

En un sistema análogo de normas constitucionales con sensibilidad social, propias del Estado social que proclama, la propuesta de Constitución chilena mandaba promover el "desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones públicas y privadas" (artículo 1.3). Reclamaba crear "condiciones sociales" que permitan una "mayor realización espiritual y material" y el pleno respeto de los derechos (artículo 1.5); y remover "obstáculos" que impidan o dificulten la igualdad y libertad real de las personas (artículo 1.6, con inspiración en el artículo 3.2 de la Constitución italiana y el artículo

9.2 CE). Establecía el deber del Estado de proteger a las familias y propender a su fortalecimiento (artículo 1.2). Ordenaba promover el desarrollo entre las regiones (artículo 4). Prohibía la existencia de personas o grupos privilegiados (artículo 16.3). Se constitucionalizaba el carácter inclusivo del derecho a una educación de calidad (artículo 16.23), y su carácter gratuito o financiado según los niveles, así como se asegura una enseñanza estatal y otra privada reconocida oficialmente (artículo 16.23). Se garantiza un derecho al trabajo decente y a unas condiciones laborales equitativas (artículo 16.26). Es interesante la constitucionalización del derecho a la Seguridad Social con unas prestaciones básicas y uniformes, ya sea a través de instituciones públicas o privadas (artículo 16.28), asunto que originó una controversia sobre sus diversos entendimientos. Así como la promoción del derecho a la vivienda adecuada para su "satisfacción progresiva" (artículo 16.29) también a través de instituciones públicas o privadas, y la garantía del derecho al agua y al saneamiento (artículo 16.30). El derecho de propiedad venía delimitado por su función social (artículo 16.35), etcétera.

Debe subrayarse que se consagra el derecho a la protección de la salud (artículo 16.22) de una manera significativa. Se establece un deber preferente del Estado de garantizar las acciones de salud y de proteger un acceso libre e igualitario al derecho. Esto son las que se llaman "obligaciones positivas de protección" por parte de los poderes públicos en las palabras del TEDH, Además, se impone al Estado que garantice —sostenga y coordine— el derecho mediante acciones por medio de "instituciones públicas o privadas" y la creación de una red de establecimientos de salud. La propuesta parece opta por un modelo, no sólo para la salud sino también para otros derechos, donde los servicios públicos pueden ser prestados por instituciones privadas, lo que originó una polémica. No obstante, así ocurre también con los colegios privados y concertados en España que reciben financiación estatal, o con las entidades privadas colaboradoras de la seguridad social. Si bien el Estado deba garantizar los derechos sociales. Sobre este problema de la convivencia de las iniciativas públicas y privadas y el principio de subsidiariedad se dedicará un epígrafe específico más adelante.

Estado de bienestar o de procura social. No obstante, conviene no olvidar que un Estado social supone un "Estado de bienestar" preocupado por las necesidades de los ciudadanos y por satisfacerlos mediante servi-

cios públicos, lo que se llama "una procura asistencial". Pero, ya hemos visto, que el desarrollo progresivo de los derechos sociales que tanto el anteproyecto como la propuesta mandan promover, puede alcanzarse mediante iniciativas públicas y privadas que cooperen con diversas formas jurídicas en la prestación de servicios públicos. De suerte que los poderes públicos deban intervenir donde no baste con la autonomía individual, y las dimensiones de la tarea excedan de la subsidiariedad, para proteger positivamente los derechos fundamentales y, en particular, los derechos sociales, económicos y culturales y, sobre todo, garantizar los servicios públicos esenciales: sanidad, educación, asistencia social y seguridad social. El *status positivus socialis* de la ciudadanía contemporánea viene ligado no sólo a la participación política en una comunidad sino también a la consecución de unos objetivos sociales que la Constitución proclama como fines de la acción estatal y debe promover.

Muchos de estos objetivos se recogen como principios rectores en el capítulo III, del Título I, de la Constitución española —y en muchas otras Constituciones— o directamente como *derechos sociales* y conviene enumerarlos para obtener una panorámica: el acceso de todos a la educación, la asignación equitativa de los recursos públicos, la función social del derecho de propiedad, la remuneración suficiente del trabajo, la defensa de una economía social de mercado, la protección de las familias y los niños, una distribución de la renta personal y regional más equitativa, prestaciones sociales suficientes y un sistema público de seguridad social ante situaciones de necesidad como el desempleo, el derecho a la salud, el acceso a la cultura y la protección de sus manifestaciones, el deber de conservar el medio ambiente y el patrimonio artístico y cultural, el derecho a disfrutar de una vivienda digna, etcétera. No puede ser igual un Estado social que alberga unas obligaciones positivas de protección y aseguramiento de todos estos principios que otro que puede desentenderse de ellos y confiar en la estricta autodeterminación individual de las personas. En este sentido, debe interpretarse la Base 5a. del Acuerdo.

Servicios públicos, igualdad real y efectiva, regulación y economía social de mercado. Por eso un Estado social es también un "*Estado de prestaciones*", ocupado en proveer una serie de servicios públicos. Es también un Estado que busca la *igualdad real* y efectiva en el ejercicio de todos los derechos y prohíbe las discriminaciones. Un Estado donde la riqueza del país está subordinada al interés general, lo que justifica límites sociales a la

propiedad privada y la libertad de empresa y de iniciativa privada y permite imponer tributos como deberes constitucionales, siempre que estos límites y obligaciones sean razonables y proporcionados. Asimismo, un Estado social es un Estado regulador y puede disciplinar las actividades económicas para impedir los excesos, irregularidades o fallos del mercado o tutelar otros bienes constitucionales: una economía social de mercado.

6. *Validez dialéctica de la síntesis*

García Pelayo nos enseñó que cada uno de estos elementos que se han descrito dejado a su propio desarrollo podría concluir en un claro antagonismo con alguno de los otros, excluyendo su eficacia. La cláusula constitucional "Estado social y democrático de Derecho" impide estos excesos, facilitando al intérprete un contexto constitucionalmente adecuado desde el que interpretar los conflictos desde un adecuado equilibrio.

Un concepto material de Estado de Derecho. Así una concepción formalista del Estado de Derecho, aislada del resto de los ingredientes de la fórmula de la Base 5a., podría llevar a una situación donde no se protegieran las necesidades de la población con menos recursos y se orillaran las políticas sociales. Fue así en tiempos del Estado liberal y la industrialización en el siglo XIX cuando no existía una legislación social y los individuos y los grupos vulnerables estaban desprotegidos en las relaciones laborales; un Estado de Derecho sin contenidos sociales. Debe desecharse además una situación que se contente con una visión "administrativizada" del Estado de Derecho que no garantice la participación política y los derechos de los ciudadanos como es propia de un Estado democrático. Tener una jurisdicción contencioso-administrativa, que revise las actuaciones de las Administraciones públicas no es razón suficiente para proclamar la existencia de un Estado de Derecho, como algunos autores pretendieron durante la dictadura del general Franco. Un Estado de Derecho es un Estado democrático y recoge los principios de representación y participación política.

Una democracia engastada o ubicada en el Estado de Derecho. Insistiré en que tampoco cabe democracia constitucional sin Estado de Derecho: *Democracy embeded in the Rule of Law* le gusta decir al TEDH, expresando con rotundidad que no cabe una cosa sin la otra. La invocación de la

democracia o de los derechos democráticos no puede hacerse desentendiéndose de las leyes y desde la desobediencia de las normas. El incumplimiento de las leyes no es democracia sino que, por el contrario, se identifica desde antiguo con la tiranía. En una democracia constitucional, las leyes pueden cambiarse y las Constituciones reformarse, pero no pueden incumplirse desde el libre albedrío de cada uno, porque esto implica la violación de los derechos de otros y de la paz social, y la transgresión del principio de la mayoría. No cabe democracia constitucional sin respeto al Estado de Derecho.

Principio de mayoría y participación de las minorías: *la democracia como reglas de procedimiento.* Por último, debe desecharse un entendimiento simplista y estadístico de la democracia —muy extendido— que la identifique únicamente con el principio de mayoría, lo que podría producir serios abusos.. La democracia constitucional demanda el respeto de un conjunto de reglas de procedimiento, muchas de ellas caracterizadas como derechos fundamentales: un procedimiento razonable e inclusivo de decisión. El mero juego de la regla de la mayoría, sin ataduras, puede llevar a la tiranía. Las decisiones de la mayoría no pueden olvidar la participación en los procedimientos democráticos y los derechos políticos de las minorías. Un abuso de la idea de mayoría impediría el autogobierno de los entes territoriales y el mismo Estado descentralizado que la propuesta de Constitución introducía; y produciría la constante violación de derechos fundamentales ya que juegan frecuentemente como garantías contramayoritarias. No cabe un antagonismo entre liberalismo y democracia. La democracia constitucional, la tradición occidental del constitucionalismo, es la de democracias liberales y sociedades abiertas. Por eso las *illdemocracies*, fundadas sólo en la regla de la mayoría, que no respetan las libertades e impiden la independencia judiciales y los controles de la mayoría por la oposición política, y obstaculizan la alternancia democrática y el rol de la oposición, son sistemas de gobiernos gravemente enfermos. Sin libertades públicas y oposición política no existe una democracia asentada en un Estado de Derecho.

Una jurisdicción constitucional como garantía contramayoritario. Precisamente, el decisivo papel de una jurisdicción constitucional es dictar pronunciamientos potencialmente contramayoritarios en defensa de la Constitución, y revisar las leyes aprobadas por la mayoría en el Parlamen-

to, para que preserven las normas constitucionales y las garantías de un Estado de Derecho.

Los contenidos sociales de un verdadero Estado de Derecho. Tampoco cabe un verdadero Estado de Derecho sin integrar los derechos sociales como califica la Base 5a. del Acuerdo por Chile. No basta con una democracia formal que excluya, en la realidad, a la mayor parte de los ciudadanos del goce efectivo de sus derechos sociales, e incluso políticos, al desentenderse de las condiciones reales para su ejercicio v.gr. de los más pobres, de los colectivos con rezagos sociales, o de los grupos aislados y vulnerables que no pueden defenderse por sí mismos ni hacer valer sus derechos. Por otra parte, es cierto que un Estado social puede ser un Estado autoritario y paternalista si no existen contrapesos. De hecho, la dictadura franquista organizó una educación pública y un sistema de salud y seguridad social que la democracia ha heredado y transformado seriamente, generalizándolo o universalizándolo.

Alguna jurisprudencia constitucional española sobre el Estado social y democrático de Derecho. Obligaciones positivas de garantía. Mencionaré algunos pronunciamientos judiciales y al hilo de los mismos se harán algunos razonamientos complementarios. La temprana STC 86/1982 sostuvo que esta fórmula "Estado social y democrático de Derecho" supone que los derechos fundamentales no tienen un mero alcance negativo, como en el período del Estado liberal, y se contentan con la mera abstención de los poderes públicos, ya que han de ser garantizados por *prestaciones sociales* a cargo del Estado. Existen, pues, unas obligaciones positivas de garantía por parte de los poderes públicos de todos los derechos fundamentales según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que es coincidente con la del TEDH, mucho más activo en la construcción de esta tipo de obligaciones de protección con diversas variantes.

Reconocimiento de los conflictos socioeconómicos y de medidas de conflicto. También se ha dicho que un Estado social no excluye los conflictos socioeconómicos, pero debe procurar los instrumentos o cauces institucionales para resolverlos (STC 11/1981) tanto judiciales como extrajudiciales. Las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho no excluyen medidas de conflicto como son la huelga, la actividad sindical y la negociación colectiva. Podemos concluir que el conflicto laboral es inherente a las sociedades industriales y debe desdramatizarse.

Los derechos sociales rigen en las relaciones privadas y los contratos de trabajo. Es muy importante subrayar que en un Estado social y democrático de Derecho, la celebración de un contrato de trabajo no implica para el trabajador la privación de sus derechos fundamentales, pues las empresas no forman mundos separados del resto de la sociedad, y la libertad de empresa no legitima manifestaciones de feudalismo industrial (STC 88/1985). Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del TEDH que protege la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la idea alemana de la *Dritwikung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares en las relaciones entre trabajadores y empresas.

Pensiones adecuadas y suficientes en situaciones de necesidad. Debe relacionarse la cláusula social con el artículo 50 CE, que prescribe pensiones adecuadas y suficientes para la tercera edad (STC 19/1982). Un Estado social debe prever pensiones suficientes en situaciones de necesidad y contingencia que las leyes prescriban. He desarrollado estas ideas en un estudio sobre los principios constitucionales del derecho a la seguridad social al que reenvío.

No todos los derechos son de prestación ni deben prestarse por poderes públicos. Sin embargo, el Estado social y democrático de Derecho no obliga necesariamente a que todos los derechos fundamentales sean de prestación (STC 86/1982, sobre la supresión de los viejos medios de comunicación social de titularidad del Estado durante el franquismo). Muchos derechos pueden ser de libertad y contentarse con la abstención del Estado o aún teniendo vertientes prestacionales satisfacerse por empresas o poderes privados v.gr. el derecho a la educación se presta en España en una buena parte no sólo por escuelas públicas sino por escuelas privadas que suscriben conciertos con el Estado y reciben financiación pública.

Debe buscarse la efectividad de los derecho sociales. Por el contrario, supone una interacción entre Estado y sociedad que obliga a buscar la efectividad de los derechos de contenido social (STC 18/1984). Protegemos "derechos reales y efectivos y no garantías teóricas e ilusorias" gusta decir al TEDH.

Reserva de ley. Finalmente, el Estado de Derecho entraña una garantía esencial que es la reserva de ley formal para garantizar la libertad de los individuos al asegurarse que las regulaciones de los derechos y sus limita-

ciones o restricciones se toman de forma democrática por la voluntad de sus representantes (STC 83/1984).

Intensa configuración legal: derechos sociales versus principios rectores. Pero la configuración legal de los derechos sociales puede ser especialmente intensa a diferencia de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Constitución española distingue entre derechos sociales en sentido estricto y los llamados "principios rectores de la política social y económica" (capítulo III, del título I) que según el artículo 53.3, CE no pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria salvo de acuerdo con las leyes que los desarrollen, a diferencia de los derechos fundamentales, pero informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Un régimen debilitado de garantía que no está en el anteproyecto.

A modo de conclusión: una síntesis totalizadora de tres ingredientes que se contraponen e interrelacionan. El concepto de Estado social y democrático de Derecho es original y muy útil para el intérprete, no consiste en una mera agregación de términos sino que demanda una síntesis totalizadora de los tres ingredientes que hemos descrito —un Estado de Derecho, un Estado democrático y un Estado social— que interactúan y se contrapesan. Es un contexto desde el que primero comprender y luego de interpretar las normas constitucionales. Un concepto material y avanzado de Estado de Derecho.

II. El principio de subsidiariedad en un Estado social: iniciativas públicas y privadas

El principio de subsidiariedad en el federalismo y la protección supranacional. ¿Es compatible la subsidiariedad con un Estado social cuestión que se discutió en el Consejo Constitucional? Puede ser compatibles ambas cosas si se establecen restricciones al principio de subsidiariedad y se ubica en el contexto de un Estado social, haciendo un esfuerzo de acomodación. Reconstruyamos la historia del dogma para dar una respuesta argumentada. La subsidiariedad es un principio que atiende al reparto de las funciones administrativas en distintos escenarios, sigue una lógica que va de abajo hacia arriba, concediendo al interés y competencia de cada peldaño inferior las funciones para acometer una tarea que sólo debe pasar el escalón siguiente si la tarea desborda esa interés, o por las mismas grandes

dimensiones de la acción, desborda las posibilidades del ente inferior y se produce una función de suplencia (véase el artículo 137, CE o el artículo 118, Constitución italiana). La subsidiariedad arranca, pues, de un diferente nivel de intereses y competencias entre distintos entes territoriales y una responsabilidad compartida en su ejercicio. Se usa en el federalismo y la descentralización entre municipios, regiones y Estado. Así el Estado no debe hacer lo que pueden hacer las regiones y éstas a su vez no deben vaciar las competencias municipales. Para este entendimiento —insistiré— es preciso leer los recíprocos intereses de abajo a arriba, de manera que el interés nacional no vacíe el interés regional y el regional no desapodere el local (Augusto Barbera 1972). Pero también se emplea este principio en la integración supranacional entre los Estados miembros y la Unión Europea donde existe un protocolo sobre la subsidiariedad en los tratados. Igualmente se utiliza en la protección internacional de los derechos de cara el reparto de responsabilidades compartidas entre los Estados miembros y el TEDH (García Roca 2022) y se habla últimamente de la "era de la subsidiariedad", para fortalecer la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional. En definitiva, la subsidiariedad es una forma de reparto del trabajo, de división de poderes, mediante la colaboración entre sujetos autónomos y una manera de proteger el pluralismo. La literatura en estos campos es amplísima.

La compatibilidad entre las iniciativas privada y pública. Pero el escenario en el debate constitucional chileno es distinto, se mueve en una división de poderes entre el Estado y la sociedad civil, aunque existan algunas similitudes y una semejante filosofía. Se trata ahora de dividir el trabajo en la actividad económica entre la iniciativa privada y la pública y que no hagan los poderes públicos las actividades que razonablemente pueden hacer los poderes privados; y, a la par, que el Estado se asegure de cubrir las tareas públicas o privadas que no pueden ser asumidos por los particulares por muy diversas razones. El Estado tiene además el deber de garantizar el sistema y proteger los derechos. Algo sobre lo que ya hemos hechos varias referencias anteriormente.

El régimen de autorización legal de la iniciativa empresarial pública y de preferencia de la iniciativa privada. Quizás el precepto central de la propuesta en materia de subsidiariedad era al artículo 16.32 que protegía fuertemente la iniciativa de los particulares, definiéndola como "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la

salud pública, al orden público, o a la seguridad de la Nación, respetando las normas legales que la regulen". La misma previsión —interesante desde la perspectiva comparada y no muy frecuente— fija la necesidad de que "una ley de quórum cualificado" en su caso autorice al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas", sometiendo estas actividades a la "legislación común aplicable a los particulares", "sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca dicha ley" (letra a).

Autorización previa con carácter general y subsidiariedad. Entiendo que conforme a esta norma de la propuesta de Constitución, la iniciativa empresarial pública, a diferencia de la privada, era de estricta configuración legal y venía sometida a una autorización previa, que —estimo— debía ser de carácter abstracto o general y no caso a caso en cada concreto ejercicio competencial. La ley debía autorizar la iniciativa pública, el acceso a ciertas actividades, y regular el poder de auto organización y dirección empresarial, y establecer sus fines y límites. La ley, en definitiva, delimitaba el espacio de la iniciativa pública por mandato constitucional y con carácter previo. Mientras la iniciativa privada era preferente, pues es de ejercicio libre y directo desde la Constitución como cualquier derecho fundamental (salvo en los sectores económicos autorizados o intervenidos), en cambio, la iniciativa publica reclamaba una habilitación y autorización legal, una interposición del legislador. Se consagra aquí este principio de subsidiariedad sobre el que tendré oportunidad de volver. No obstante, la forma en que se combinen las iniciativas empresariales públicas y privadas admite distintas lecturas y proporciones por el legislador democrático, según las diferentes direcciones políticas de gobierno, más liberal o más social-demócrata, y todas ellas serían constitucionales siempre que resulten razonables y proporcionadas.

La influencia de la Constitución peruana de 1993 en la autorización legal: una mirada desde Chile. El texto del anteproyecto y de la propuesta constitucional parecen inspirados por la Constitución peruana de 1993, en su título III, denominado "del régimen económico". Una Constitución cuya modificación se está discutiendo ahora en El Perú. Entre los preceptos peruanos que pueden tener interés comparado en Chile para interpretar este principio de subsidiariedad destacaré los siguientes. Primero, la iniciativa privada es libre, pero se ejerce en una "economía social de mercado" donde el Estado "orienta el desarrollo del país" y actúa

preferentemente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura" (artículo 58); de manera que se delimitan unos sectores económicos de preferente atención por la iniciativa pública, lo que abonaría la idea de unas leyes generales que regulen y autoricen de manera general esas intervenciones; por otro lado, la llamada a la "economía social de mercado" debe entenderse como una situación donde el Estado dirige la política económica y garantiza los derechos sociales, la claúsula Estado social y democrático de Derecho facilita esta comprensión. Segundo, "el Estado reconoce el pluralismo económico" y la economía se sustenta en diversas formas de propiedad y empresa (artículo 60), aseverando "sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razones de interés público o de manifiesta conveniencia nacional", debiendo recibir la actividad empresarial, pública o privada, el mismo tratamiento; es patente el manejo de la misma técnica de la autorización previa por ley. Tercero, el Estado garantiza la libre competencia y combate las posiciones dominantes o monopolícas que ninguna ley puede autorizar (artículo 61), un precepto con la misma razón de decidir que el artículo 16.23. c de la propuesta constitucional chilena.

El dictamen de la Comisión de Venecia que afirma la compatibilidad entre Estado social y subsidiariedad. El presidente del Senado de Chile solicitó una Opinión a la Comisión de Venecia (Comisión Euopea para la democracia por el Derecho) del Consejo de Europa sobre diversos extremos de la reforma constitucional de 2023. En su *Opinión adoptada el 6 y 7 de octubre de 2023*, y en lo que aquí atañe, la Comisión sostuvo también la compatibilidad del Estado social y democrático de Derecho con el principio de subsidiariedad y, en particular, la referencia de la Comisión de Expertos a la obligación del Estado de remover los obstáculos que impida, o dificulten la realización de la libertad y los derechos, que fue eliminada por el Consejo Constitucional. Se dijo que no existe en principio incompatibilidad alguna entre la incorporación que se hace del principio de subsidiariedad y el objetivo de establecer un Estado social y democrático de Derecho, pues éste último es una aspiración a unos resultados, y el primero "una expresión de los medios que deben emplearse". La Comisión de Venecia recoge la idea de Estado social y democrático de Derecho que hemos expuesto —de génesis española— que limita recíprocamente una interpetacion maximalista de cada término, y razona que esta cláusula no

implica necesariamente que las acciones encaminadas a alcanzar objetivos sociales sean adoptadas directamente por las instituciones del Estado en detrimento de otras formas intermedias de organización social. Asimismo, se recuerda que existen países que han constitucionalizado cláusulas parecidas y, asimismo, han constitucionalizado de forma explícita el principio de subsidiariedad como una dimensión de la política social (Italia), o bien han introducido implícitamente la subsidiariedad en su estructura constitucional y su política social (Alemania).

No obstante, considero que siendo ciertas estas afirmaciones de la prestigiada Comisión de Venecia, reclaman algunas matizaciones. Cabe ciertamente una exégesis del principio de subsidiariedad que lo hace compatible con el Estado social y democrático de Derecho como norma de fines, y salva la compatibilidad entre una opción constitucional en el terreno de los fines y otra en la de los instrumentos o medios. Pero cabe también una interpretación que no la haría compatible, si la preferencia de la iniciativa privada se entiende como una constante preterición de la iniciativa pública hasta hacerla muy residual, así como de las facultades de regulación propias de un Estado social que impidan garantizar la igualdad y el desarrollo progresivo de los derechos sociales. Los poderes públicos deben decantarse por la primera exégesis, excluyendo la segunda a la hora de establecer sus direcciones políticas de gobierno desde el respeto a la Constitución.

III. Progresividad de los derechos sociales, proporcionalidad, responsabilidad fiscal o estabilidad presupuestaria

La específica naturaleza de los derechos sociales: son derechos fundamentales. Además de consagrar el Estado social y democrático de Derecho, el artículo 1.3 de la propuesta de Constitución manda promover "el *desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal".* Para interpretar este mandato, hay que recordar la naturaleza específica de los derechos sociales. Primero, son verdaderos derechos fundamentales, según la doctrina más moderna que defiende la universalidad de todos los derechos, incluidos los sociales, y la necesidad de una normalización en su tratamiento jurídico (Abramovich y Courtis, Cossío, entre otros), aunque algunos se reconozcan en algunos países con la estructura normativa de

principios, pero no parece sea el caso de Chile, y esto supone un grave déficit. Los derechos sociales son derechos fundamentales por varias razones. Concretan o especifican valores constitucionales y están íntimamente unidos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad en su dimensión social. Tienen un contenido mínimo o un contenido esencial indisponible por el legislador, que debe respetar el principio de proporcionalidad a la hora de restringirlos o delimitarlos y efectuar las modificaciones respetando cautelas de transitoriedad. Están protegidos por pactos y tratados internacionales en el espacio de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OEA, y por normas supranacionales de la Unión Europea. Existen obligaciones positivas de protección por parte de los poderes públicos nacionales e internaciones. Poseen una acusada y densa regulación en normas legales y reglamentarias, infraconstitucionales, y pueden reclamarse ante los tribunales ordinarios, en especial, en el orden jurisdiccional social o laboral. Desarrollan la idea de igualdad real que la Constitución italiana , la española y el anteproyecto chileno reconocen. La moderna Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 incorpora muchos de ellos entre diversos tipos de igualdades y un capítulo bajo el epígrafe "solidaridad" dándoles la naturaleza de verdaderos derechos.

Progresividad y planes de actuación. La progresividad de los derechos sociales se funda en la cohesión social y solidaridad que crea en una comunidad, al cabo en su capacidad de realizar una integración ciudadana y mantener unidad una comunidad política. Pero la realización efectiva de los derechos sociales, muchos de los cuales son servicios públicos esenciales (salud, educación, asistencia social, seguridad social, etcétera) reclama políticas públicas y programas de desarrollo progresivo por las administraciones públicas y el legislador, para que puedan ser reales y efectivos y no meros derechos ilusorios. La generalización de destinatarios y prestaciones de una sanidad pública no se consigue en un lustro ni se mantiene sin esfuerzo. Esta es una segunda característica muy acusada de los derechos sociales: su condición de derechos de prestación que obliga a una gradual implementación y a la constante mejora de su eficacia, según programas de actuación, que aseguren la calidad de las prestaciones que el Estado garantice. Ya se presten estos servicios por poderes públicos o poderes privados como, en parte, ocurre con la sanidad o la educación en todos su niveles y tipos en España, y pedían el anteproyecto y la propuesta de Constitución de Chile.

¿Qué es lo financieramente posible? Sostenibilidad financiera y consolidación presupuestaria. Todos los derechos fundamentales tienen un serio coste para las arcas públicas. Pero, no nos engañemos, incluso un clásico derecho de libertad como es el derecho de propiedad necesita políticas de seguridad y protección que entrañan unos costes elevados, según han razonado Holmes y Sunstein en "El costo de los derechos". Pero es verdad que los derechos de prestación y los sociales en particular tienen un fuerte impacto presupuestario que incide en su naturaleza. Éste es su tercer rasgo esencial: los derechos sociales de prestación llegan hasta el límite de lo financieramente posible. La gran recesión económica nos hizo caer en la cuenta de que no pueden realmente "blindarse" los derechos sociales cuando los ingresos de la Hacienda pública se desploman. Las Constituciones no hacen milagros. El dinero público es escaso y tan valioso como el privado y depende de los impuestos y otros ingresos públicos limitados. El recurso a la deuda pública para financiarlos no siempre es posible. El endeudamiento posee razonables limitaciones al alcanzar un porcentaje elevado del PIB. Incluso algunos autores, como James Buchanan, piensan que la deuda pública es moralmente reprobable por insolidaria, ya que hipoteca a las generaciones futuras; y critica la estrategia *spend now/pay later* que visualiza con la imagen de aquellas personas que usan sin límites e irresponsablemente su tarjeta de crédito. Una tesis que, sin dejar de ser parcialmente cierta, ha sido bien refutada por Stiglitz y otros economistas que ponen de manifiesto la razonabilidad de una política de endeudamiento cuando se destina a gastos estructurales y para salir de situaciones de una fuerte recesión económica. El debate sobre el freno constitucional al endeudamiento ha estado presente en Chile y en Europa.

Intensa configuración legal y reenvío a las leyes. Estas tres características hacen que los derechos sociales tengan una intensa configuración legal que permita el acomodo entre las necesidades sociales y los gastos presupuestarios. La llamada del anteproyecto y la propuesta constitucionales al desarrollo progresivo y la sujeción a la responsabilidad fiscal es realmente una habilitación o reenvío implícito a las leyes para mantener este delicado equilibrio financiero entre dos polos y principios en tensión. El artículo 1.3 contenía un mandato al legislador para hacer efectivo esos equilibrios.

Relevancia de la memoria de impacto presupuestario. En este sentido, los proyectos de leyes sobre derechos sociales deberían contener siempre

una seria memoria de impacto económico que calcule el coste de las prestaciones que se regulan en momentos altos y bajos del ciclo financiero. No basta con que prevean un desarrollo progresivo de los derechos, lo que puede no ser más que un buen deseo, deben calcularse los fondos necesarios para afrontarlo (García Roca 2012-2013). Pero no siempre se hace así, sino todo lo contrario, y v.gr. la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, llamada de Dependencia, en España no incluyó esa buena memoria económica y, cuando llegó la crisis financiera, el Estado dejó de pagar buena parte de las prestaciones básicas y comunes, por su parte, las Comunidades Autónomas pagaron cantidades muy diversas; como resultado final, ha llegado a haber diferencias de uno a cinco entre las prestaciones que reciben los ciudadanos en situación de dependencia y vulnerabilidad según las Comunidades donde residan, y se ha producido un mal funcionamiento del sistema. En suma, las leyes que introducen derechos sociales deben realizar una previsión de los costes financieros o memoria de impacto económico con realismo.

Los derechos sociales deben ser austeros. Asimismo, la idea de responsabilidad fiscal o sostenibilidad financiera obliga a que los derechos sociales sean "austeros", lo que no es lo mismo que "baratos", porque eso puede ser imposible con la mayoría de los servicios públicos. Los derechos prestacionales deben estar organizados con austeridad, eficacia, y ordenar inspecciones regulares de las infracciones e irregularidades que les permita sobrevivir presupuestariamente sin dispendios. Asumir este reto es el mandato de las normas constitucionalES de principios que el legislador debe hacer viable.

¿La irreversibilidad de las conquistas sociales o derechos adquiridos? La progresividad de los derechos sociales no puede entenderse como una absoluta restricción a las modificaciones, una congelación de los niveles alcanzados: la llamada irreversibilidad de las conquistas sociales como eslogan político. Esta posición no es realista en Derecho y no se adecúa la configuración constitucional. No puede recuperarse la vieja teoría de los derechos adquiridos hasta el punto de que produzca una petrificación del ordenamiento jurídico e impida su natural evolución. El principio de progresividad no puede significar la consagración de leyes inmutables. Ya hemos advertido recientemente que ha sido imposible durante la experiencia de la grave crisis provocada por la gran recesión económica. Un período donde se restringieron muchos derechos sociales, y los tribunales

constitucionales avalaron la constitucionalidad de esas limitaciones invocando, entre otras razones, el principio de estabilidad presupuestaria, o el freno constitucional al endeudamiento, o la sostenibilidad financiera en momentos de crisis (ver la síntesis que hace Giuseppe Ferrari).

Ciertamente, el artículo 23 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* se refiere a la necesidad de "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos". También lo hace el artículo 21 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que declara el compromiso de los Estados de adoptar medidas que logren progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, y añade que por "todos los medios apropiados" y "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan. Pero ambos preceptos internacionales no pueden entenderse de una manera rígida. No consagran una interdicción de un retroceso momentáneo (*stand still*), una congelación permanente del nivel de cada una de las concretas prestaciones en el tiempo. Son, por el contrario, unas normas de fines que orientan la actuación en general de los Estados miembros a corto, medio y largo plazo. Diseñan un programa de actuaciones. Pero no suponen una congelación o petrificación de todas las normas y de las concretas cuantías de las prestaciones y beneficios. Sería una interpretación imposible de garantizar en la realidad de las cosas.

La progresividad debe entenderse en el límite de la sostenibilidad financiera. Este es el mandato que el legislador o la potestad reglamentaria deben satisfacer, y la interpretación adecuada de la Constitución que debe inspirar el control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional y de los reglamentos por la jurisdicción ordinaria. Los estándares y niveles de los derechos sociales de prestación llegan hasta donde pueden pagarse. El control jurisdiccional debe ponderar el límite de lo financieramente posible junto a la entidad de la lesión del derecho. Pero eso sí, los tribunales deben impedir cambios bruscos de la legislación que no respeten el principio de proporcionalidad en sus diversas fases ni prevean cautelas de transitoriedad. Las restricciones legales no pueden ser excesivas o desproporcionadas. Tampoco pueden infligir un sacrificio excesivo a los beneficiarios de las prestaciones, o resultar carentes de justificación financiera suficiente, o resultar precipitadas y arbitrarias. De igual modo, no pueden venir desprovistas de unas normas transitorias que apliquen gradualmente las restricciones a los derechos y no dar un hachazo o brusco recorte en un solo ejercicio presupuestario y de manera sorpresiva para los

afectados violando la seguridad jurídica o certeza normativa y generando indefensiones. Igualmente cabe pedir una motivación en el preámbulo de la norma o cuando menos en el *Diario de Sesiones* del legislador que restringe estos derechos: una justificación expresa y suficiente. Todos estos defectos de técnica legislativa pueden violar el principio de proporcionalidad y la progresividad de los derechos sociales y configurar vicios de inconstitucionalidad. El legislador debe ser prudente, gradual y cauteloso al restringir los derechos, conforme a razones financieras, en virtud del mandato constitucional que nos ocupa.

No existe un principio absoluto de no regresividad como consecuencia de un Estado social. De no interpretarse de este modo, constitucionalmente adecuado, el principio de progresividad difícilmente podrá operar como un criterio de justiciabilidad y sólo se generará frustración entre los ciudadanos. Algún estudio detallado de jurisprudencia ha evidenciado (Duarte Martínez) que la Corte Constitucional de Colombia ha dictado bastantes decisiones y le reprocha que admiten la regresión de los derechos sociales y no aplican el principio de progresividad, "dejando sin garantías judiciales la cláusula del Estado social de Derecho de 1991 frente a la sostenibilidad fiscal", lo que se califica de "elusión constitucional" y de "desfiguración de la garantía". Pero una tesis de este tipo, un entendimiento maximalista, sólo puede producir frustraciones y debe desecharse.

Sí existe una obligación reforzada de justificación de la regresividad. No obstante, el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 14 (E/C.12/200/4)* sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible salud, ha mantenido que las medidas regresivas deben ser justificadas con referencias exhaustivas a todas las alternativas posibles, las llamadas medidas equivalentes, y relacionarse con los recursos máximos disponibles. Pero son normas de fines encaminadas al legislador y muy difíciles de revisar por controles jurisdiccionales.

Intangibilidad del contenido esencial de los derechos sociales o de un mínimo vital y prohibición de discriminación: límites a los límites. Otra cuestión distinta es la intangibilidad de un contenido esencial de los derechos sociales de manera desproporcionada o de la preservación de un mínimo vital, o que, en ocasiones, pueda solventarse el conflicto con arreglo al principio de no discriminación. Se configura así un limite a los límites por impreciso que resulte. No falta quien cree que la teoría del contenido esencial de los derechos sociales es incompatible con el desarrollo pro-

gresivo, pues dependen de condiciones fácticas para su realización, pero esta conclusión dista de ser evidente, cuando la regresividad descompone la imagen del derecho o las facultades e intereses que lo componen hasta hacer el derecho irreconocible.

La ambigua jurisprudencia constitucional española. La jurisprudencia constitucional española no es muy esclarecedora ni siquiera muy coherente según la ha sintetizado Miguel Agudo. Hay sentencias tempranas en que se ha hablado de que "no se puede privar a un trabajador sin razón suficiente de las conquistas sociales ya conseguidas" (STC 81/1982, pero era un caso de una muy clara discriminación por razón de género). En el mismo sentido, se dijo que la no actualización de unas pensiones por la ley de presupuestos no vulneraba ningún derecho subjetivo (STC 134/1987), puesto que la previsión constitucional de la suficiencia de las pensiones no debe analizarse respecto de cada concreta pensión sino en relación con el conjunto del sistema de pensiones. La STC 37/1994 sostuvo que el artículo 41, CE obliga a mantener un sistema de pensiones de la seguridad social, "estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar", pero admitiendo que esto no altera las facultades del legislador para modular la acción protectora. No obstante, la jurisprudencia constitucional fue mucho más permisiva después con todas la larga saga de leyes que restringieron derechos sociales desde la crisis de 2007-2008 y que ya resulta imposible detallar por razones de espacio.

IV. Conclusiones

El artículo 1.3 de la propuesta del Consejo reproducía casi literalmente la *Base 5a. del Acuerdo por Chile* y pretendía constitucionalizar cuatro contenidos: a) el "Estado social y democrático de Derecho"; b) la progresividad de los derechos sociales; c) su prestación a través de instituciones privadas o públicas; y d) el principio de responsabilidad fiscal. Esta caracterización del Estado emana del artículo 1.1, de la Constitución española y tiene origen en previas elaboraciones alemanas. Entraña un contexto adecuado desde el que deben comprenderse e interpretarse el resto de las normas constitucionales.

El *Estado social y democrático de Derecho* es una síntesis de tres elementos en interacción recíproca: el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder y la sumisión de ambos a la disciplina del Derecho. Hemos descompuesto estos tres momentos para su explicación de forma analítica, pero la verdadera validez de la fórmula deriva en que los tres ingredientes interactúan y se limitan recíprocamente, impidiendo excesos.

El *Estado de Derecho* es un ingrediente de la cultura global del constitucionalismo. Los hombres se gobiernan por leyes y no por otros hombres. Supone la sujeción a la Constitución, los principios de constitucionalidad y legalidad, así como un amplio conjunto de principios constitucionales y de derechos fundamentales que emanan de esta caja de herramienta que usa frecuentemente la jurisprudencia. Estos principios pueden ser expresos o implícitos e incluso inmanentes y deducidos por el intérprete supremo de la Constitución o de las convenciones sobre derechos. Entre ellos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se usan para revisar las restricciones de derechos y el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y podían encontrar anclaje en el artículo 23 de la propuesta. No hay Estado de Derecho sin democracia ni democracia sin Estado de Derecho y la división de poderes tiende un puente entre una y otra idea. Se desprende un principio de legalidad y una reserva de ley para ciertas materias, que aseguren la seguridad jurídica y la calidad de ley, entendida como previsibilidad y certeza, y una interdicción de leyes vagas o ambiguas. Hay una conexión en la idea de la ley en un Estado de Derecho entre racionalidad e imperio o *potestas*. La justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional perfeccionan el Estado de Derecho con un sistema de controles. Es asimismo una exigencia el acceso a la justicia de los justiciables y el control judicial de las decisiones de las administraciones. Así como la garantía de la imparcialidad judicial y del ejercicio de los derechos. La amplitud del concepto de Estado de Derecho ha llevado a usar un concreto sistema de listas de verificación (*check list*) con unos ingredientes mínimos, así lo hace la Unión Europea y el Consejo de Europa, en particular, la Comisión de Venecia.

Estado democrático. La expresión pone en conexión la fórmula que analizamos con una serie de derechos políticos (sufragio y elecciones regulares, libertades de la comunicación, libertad de asociación, etcétera) y de principios que organizan la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento y garantizan la creación de una opinión pública libre. Un Estado democrático es un Estado de partidos, un Estado de asociaciones y

un Estado de cultura. La propuesta de Constitución, pese a sus defectos, no se contentaba con una idea de democracia representativa, sino que recogía un interesante y vanguardista abanico de instrumentos de participación política en la línea de la Carta Democrática Interamericana.

Estado social. Es el concepto más difícil de definir y más controvertido. Supone un contexto desde el cual analizar los derechos sociales. Es un Estado de bienestar o de prestaciones o procura social, que debe ordenar asimismo la actividad económica en el seno de una economía social de mercado. Es también un Estado fiscal, un Estado regulador y un Estado empresario. Un Estado social interviene en el mercado mediante regulaciones que preserven la libertad de competencia, los intereses generales y diversos bienes constitucionales. La función social, respetando el principio de legalidad y el contenido esencial, limita de manera proporcionada el derecho de propiedad y la libertad de empresa para salvaguardar las exigencias de la economía general. Son muchos los artículos del anteproyecto y de la propuesta con sensibilidad social que proclaman extremos como son: la igualdad real, el desarrollo equitativo y solidario de las regiones, la educación en sus distintos niveles, el derecho a la salud, el derecho al trabajo en unas condiciones dignas, el derecho a la seguridad social, la promoción del derecho a la vivienda, el derecho al agua, etcétera.

La síntesis Estado social y democrático de Derecho impide los excesos de los poderes públicos e interconecta los tres elementos. El concepto de Estado de Derecho es material: no cabe un Estado de Derecho formal, que no garantice los derechos sociales de manera efectiva, ni esté engastado en un Estado democrático; y deben respetarse las reglas de unos procedimientos democráticos y los derechos de las distintas minorías que hagan posible la oposición política y la alternancia democrática a diferencia de las *illdemocracies* y del populismo. La jurisdicción constitucional juega un papel garantista y potencialmente contramayoritario en defensa de la Constitución frente a las leyes. Existen obligaciones positivas de la eficacia de los derechos. Pero no todos los derechos son de prestación pública y muchos son de libertad. Entre las manifestaciones, no pueden excluirse los conflictos laborales pero deben someterse a negociación, solución judicial o extrajudicial o medidas de conflicto; y los derechos sociales rigen también en los contratos de trabajo y en la relaciones entre particulares.

Subsidiariedad. De forma controvertida, la propuesta de Constitución contemplaba salud y educación como derechos que, entre otros, se puede

prestar por la iniciativa privada y no sólo por la publica. La subsidiariedad tiene origen en el federalismo o la descentralización territorial, la protección supranacional de los derechos, y la integración en la Unión Europa, variantes del principio con una misma filosofía. Pero el escenario es aquí distinto y se refiere a que la iniciativa pública no impida el ejercicio de la actividad privada donde razonablemente puedan cubrir las actividades. El Estado tiene el deber de asumir las tareas que no puedan ser satisfechas por aquélla y garantizar la viabilidad del sistema y la garantía de los derechos. El artículo 16.32 de la propuesta garantizaba el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria al orden público democrático, algo que no puede objetarse. Pero, por el contario, las actividades empresariales públicas necesitaban de una autorización o de una ley de quórum cualificado y ésta es una previsión muy discutible. No obstante, podía entenderse que esta habilitación a la ley era general abstracta, una regulación por sectores, y no caso a caso en cada concreto ejercicio, de manera que se llegara a un resultado mucho menos restrictivo de la iniciativa publica. Se consagraba un principio de subsidiariedad en la actividad económica y de preferencia de iniciativa privada que debía entenderse de manera que no fuera una cuña de hierro que rompiera la buena madera del Estado social y democrático de Derecho como arquitectura constitucional.

Progresividad. La progresividad de los derechos sociales no debe entenderse como una congelación de las prestaciones o una petrificación del ordenamiento jurídico que impida su evolución. Será una nueva versión de la vieja tesis de los derechos adquiridos o una prohibición absoluta de retroceso o regresión que, razonando con realismo, sería imposible de garantizar en tiempos de crisis. Es, por el contrario, una llamada a la creación de planes de actuación y a una programación que lleve a la realización gradual y efectiva de estos derechos de prestación con fondos limitados. Pero estos derechos tienen el límite de la sostenibilidad financiera o "responsabilidad fiscal" —como le llama la propuesta— y poseen una intensa configuración legal que debe conciliar las necesidades con fondos escasos. La progresividad debe entenderse en el límite de la sostenibilidad financiera o estabilidad presupuestaria. Ahora bien, los límites deben respetar un contenido esencial, o un mínimo vital, y superar un juicio de proporcionalidad, y una justificación que muestre la escasez de los fondos y la inexistencia de otras medidas alternativas a las restricciones. Deben asimismo respetarse cautelas de transitoriedad frente a los recursos bruscos y desproprocionados.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Agudo Zamora, Miguel, "El principio de no progresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 849-879.

Bingham, Tom, *El Estado de Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2010.

Barbera, Augusto, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1972.

Böckenforde, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

Buchanan, James, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1990.

Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Flores, 2014.

Cossío Díaz, José Ramón, *Estado sociales y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989.

Craig, Paul, "Definición y conceptualización del Estado de Derecho. La importancia de la independencia judicial" en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022.

Dicey, Albert V., *El Derecho de la Constitución*, España, Tirant lo Blanch, 2019.

Duarte Martínez, Carlos, "El Estado social de derecho expósito: la sostenibilidad fiscal y la regresión judicial de derechos sociales en Colombia" en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, núm. 48, 2023.

Esser, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Santiago de Chile, Ediciones jurídicas Olejnik, 2019.

Ferrari, Giuseppe, "Los derechos sociales en el constitucionalismo de la crisis: una perspectiva comparada" en *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 43, 2019.

García Pelayo, Manuel, "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española" en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial.

García Roca, Javier, "Del principio de division de poderes" en *Revista de Estudios Políticos*, *Revista de Estudios Políticos,* núm. 108, 2000.

García Roca, Javier, "Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement» en *Annuaire International des Droit de l' Homme*, vol. VII, 2012-2013.

García Roca, Javier, "Principio democrático, elecciones y Estado de Derecho: la cultura del constitucionalismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea" en Efrén Ríos, Luis y Spigno, Irene (dirs.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI. Los derechos civiles y políticos*, t. IV, vol. XXIII, Academia Internacional de Derechos Humanos, México, Tirant lo Blanch, 2021.

García Roca, Javier, "La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH" en García Roca, Javier y Bustos Gisbert, Rafael (coords.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho"*, CEC, Madrid, 2008.

Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.

Giannini, Massimo Severo, "Stato sociale: una nozione inutile" en *Il Politico*, vol. 42, núm. 2, 1977.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Kelsen, Hans, "Le giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale secondo la nuova Costituzione austriaca del 1 octobre 1920" en *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.

López Guerra, Luis, "Las dimensiones del Estado social de Derecho" en *Sistema*, núm. 38.

Pastori, Giorgio, "Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrativi" en ISSIRFA, disponible en: *hhttp://www.issirfa.cnr.it//2901,98.html.*

Perez Royo, Javier, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, núm. 10, pp. 157-181.

Rolla, Giancarlo: "La Administración en el Estado democrático de Derecho" en *Cuadernos de Derecho Público*, 2002, núm. 17.

Service De Recherche Du Parlament Européen, *L'Etat de Droit, une perspective de droit comparé, Conseil de l'Europe*, Marzo 2023.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

Sunstein, Cass, "The Rule of Law", 30 de marzo de 2023, disponible en: *https://ssrn.com/abstract=4405238* o *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4405238.*

Viguera Figueroa, Hernán: *La sostenibilidad como parte de la noción de progresividad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 2017.

Zagrebelsky, Gustavo, *Il giudice delle legi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, 2007.

Capítulo sexto

El régimen jurídico de protección del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano

Claudio Grossman Guiloff*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Alcance de la libertad de expresión.* III. *Prohibición de la censura previa*. IV. *Responsabilidades ulteriores*. V. *El derecho a acceder a la información*. VI. *Derecho de corrección y respuesta.* VII. *El vínculo entre la libertad de expresión y la democracia*. VIII. *Nuevos desarrollos*. IX. *Conclusión.*

I. Introducción

El derecho a la libertad de expresión es esencial para la protección de los derechos en las Américas. Es fácil entender que denunciar violaciones de los derechos humanos y civiles no sería posible sin la capacidad de ejercer el derecho a la libertad de expresión. Pero, la importancia del derecho a la libertad de expresión va mucho más allá de esta contribución. De hecho, también puede desempeñar un rol preventivo de violaciones masivas yi-

* Abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Ámsterdam, Países Bajos; profesor de Derecho en la American University Washington College of Law, donde también se desempeñó como decano emérito. Es becario Geraldson Scholar en Derecho internacional y humanitario y miembro de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas. Ha ocupado destacados cargos en organismos internacionales, incluyendo su rol como presidente del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Además, fue miembro del Comité Técnico de Admisibilidad, donde ejerció como vicepresidente, y actuó como agente de Chile en el *Caso Bolivia contra Chile* ante la Corte Internacional de Justicia.

Es autor de numerosas publicaciones en Derecho internacional, educación jurídica y derechos humanos, y ha recibido múltiples reconocimientos por sus contribuciones en el ámbito jurídico. Entre ellos, destaca el premio Nelson Mandela, otorgado en enero de 2025 por la Asociación de Escuelas de Derecho de Estados Unidos.

graves de los derechos humanos al llamar la atención de la sociedad sobre las violaciones iniciales y aisladas de los derechos que, si no se abordan adecuadamente, podrían convertirse en una pendiente resbaladiza, que conduciría a la destrucción de los valores democráticos.

La democracia es perfectible, y garantizar un debate vigoroso y vibrante de los derechos humanos es un mecanismo esencial para su mejora en áreas que tradicionalmente se han identificado, en las democracias, incluyendo, por ejemplo, la mejora de la administración de justicia y la protección contra la discriminación, o la relación contra el autoritarismo, la discriminación, exceso de autoridad de gobiernos populistas y rechazo a la evidencia científica. Además, en un mundo en constante cambio, también es necesario abordar nuevos temas, como la privacidad frente a extensos desarrollos tecnológicos y la erradicación de la corrupción en el contexto de los desafíos creados por las nuevas formas de criminalidad.

En esta contribución se identifican las obligaciones sobre libertad de expresión que resultan del sistema interamericano de derechos humanos, cuyo texto principal, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) en adelante la Convención, es un tratado ratificado y vigente para Chile. Este derecho se encuentra regulado por los artículos 13 y 14 de la Convención Americana.[1] Además, el articulo 11[2] del mismo instrumento se ha invocado, como garantía de ese derecho.

El primer párrafo del artículo 13 de la Convención Americana establece el derecho de las personas a pensar y expresarse libremente. También detalla lo que significa la libertad de expresión "buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo, independientemente de las fronteras" y subraya que el medio utilizado es irrelevante, ya que la expresión se puede comunicar "ya sea oralmente, por escrito, en impresión, en forma de arte, o a través de cualquier otro medio".[3]

La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpretan el derecho a la libertad de expresión incluyendo la prohibición de la censura previa y autorizando únicamente la posterior imposi-

[1] Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 13 y 14, disponible en : *https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf*.

[2] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf*.

[3] Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, art. 13, párr. 1.

ción de responsabilidad, salvo en situaciones excepcionales establecidas por el artículo 13, apartado 4, para la "protección moral" de los jóvenes.[4]

Todas las formas de expresión están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, incluyendo el discurso que es ofensivo, impactante o perturbador para el Estado u otros grupos.[5]

El sistema interamericano también ha identificado tres tipos diferentes de discursos especialmente protegidos, que incluyen: "a) discurso político y discurso que involucra asuntos de interés público; b) discurso sobre los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y candidatos a cargos públicos; y c) discurso que sea un elemento de la identidad o dignidad personal de la persona que se expresa".[6]

Su protección especial deriva de que promueven un debate vigoroso, que contribuye a fortalecer la democracia. Los candidatos a puestos públicos, los funcionarios estatales y todos quienes entren en el espacio público, deben estar sujetos a un mayor escrutinio porque optaron por entrar en el dominio público, con la posibilidad de gestionar recursos y representar la voluntad popular. El esfuerzo por proteger el discurso relacionado con la identidad tiene, además, por objeto proteger a los grupos vulnerables, destacando el hecho de que la democracia se fortalece cuando todos cuentan y son escuchados. Estas categorías de discurso son particularmente relevantes para equilibrar diferentes factores a la hora de evaluar las responsabilidades posteriores que se analizaran posteriormente en esta contribución. Posteriormente se analiza además la conexión entre la democracia y la libertad de expresión, tanto la CIDH como la Corte IDH han afirmado reiteradamente que en el sistema interamericano existe una fuerte relación entre el derecho a la libertad de expresión y la democracia.

El proyecto de nueva Constitución de Chile de 2023 contiene disposiciones expresas sobre la Libertad de Expresión, en su artículo 16, numeral 14, establece:

> El derecho a la libertad de expresión, información y opinión, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de las

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.*

[5] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73

[6] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión.

responsabilidades ulteriores por los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad con una ley de quórum calificado.

a) El Estado no puede privar, restringir, perturbar o amenazar la libertad de expresión por vías directas o indirectas que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. En caso alguno podrá establecer ideas u opiniones como únicas u oficiales, y tampoco podrá sancionar la expresión de Propuesta Constitución Política de la República de Chile 21 ideas u opiniones contrarias a la manifestada por el Estado, sus organismos, autoridades o funcionarios.

b) Toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

c) Toda persona tiene el derecho de fundar, editar y mantener medios de comunicación social, cualquiera que sea su plataforma, en las condiciones que señale la ley. El Estado y las demás personas o entidades que la ley determine podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

d) La ley en ningún caso podrá establecer el monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

e) Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley institucional señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido consejo.

f) La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica".[7]

Como se puede apreciar, estas disposiciones coinciden en general con las normas de la Convención. Es importante, además, señalar que las normas anteriores hacen referencia a que la ley desarrollara específicamente el alcance de algunos de sus contenidos, junto con crear una función regulatoria y de supervisión. En esta publicación se establecen a la luz de los desarrollos jurisprudenciales que han ocurrido en el sistema interamericano obligaciones más detalladas, que deben ser incorporadas en la labor regulatoria chilena, para dar cumplimiento a las obligaciones que surgen de la Convención Americana, como resultado de sus disposiciones y aplicación

[7] Consejo Constitucional de Chile, Propuesta de Nueva Constitución, art. 16, núm. 14, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf.*

por los órganos que supervisan el cumplimiento con la dicha Convención. Con tal propósito se hará referencia a los siguientes temas: 1. Alcance de la libertad de expresión; 2. Prohibición de censura previa; 3. Responsabilidades ulteriores; 4. Derecho a acceder a la información; 5. Derecho de corrección y respuesta; 6. El vínculo entre la libertad de expresión y la democracia.

Dada la importancia de la libertad de expresión, la CIDH y la Corte IDH, desarrollaron las bases de este importante derecho prácticamente desde el comienzo de su acción de supervisión. Después de presentar en este articulo las decisiones de los órganos que crearon el fundamento de la protección a la a libertad de expresión, por último, se hará referencia a la jurisprudencia que aplica y desarrolla sobre dichas bases hasta el año 2023.

II. Alcance de la libertad de expresión

Incluye: a) carácter dual especial; b) indivisibilidad de la expresión y difusión de ideas; c) multiplicidad de formas de expresión; d) la protección de los medios necesarios para difundir ideas; e) protección de la reproducción de expresiones; f) exclusión de restricciones directas e indirectas; y g) incompatibilidad de monopolios públicos y privados en los medios de información con derecho a la libertad de expresión.

1. *Carácter Dual Especial*

La libertad de expresión posee un carácter dual especial en el que no sólo implica el derecho de las personas a expresarse, sino también el derecho a recibir información e ideas. Así, como explica el Tribunal de Justicia en su *opinión consultiva OC-05/85*, una violación del derecho a la libertad de expresión no sólo vulnera un derecho individual, sino también "un derecho colectivo a recibir cualquier información y a tener acceso a las reflexiones expresadas por otros".[8]

La Corte IDH avanzó esta interpretación en el caso La última tentación de Cristo, donde sostuvo que "la libertad de expresión es una forma de

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.*

intercambiar ideas e información entre las personas; incluye el derecho a tratar de comunicar un punto de vista a los demás, pero también implica el derecho de todos a conocer opiniones, informes y noticias".[9]

El *Caso Baruch Ivcher-Bronstein c. Perú* se expande en este doble carácter. El caso se inició cuando el gobierno peruano privó a la mayoría de las accionistas y director del canal de televisión peruano "Frecuencia Latina-Canal 2" de su nacionalidad peruana. La acción del gobierno fue en represalia por la transmisión del canal de varios informes de violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen de Fujimori en Perú durante 1990-2000.[10] Debido a que los extranjeros no podían poseer estaciones de radio o televisión en Perú, la remoción de la ciudadanía peruana de Ivcher-Bronstein resultó en su retiro forzado de la dirección del canal. Los nuevos propietarios despidieron a los periodistas que produjeron los programas y cesaron la emisión de noticias negativas sobre el régimen.[11] Al tiempo que litigaba este caso, la comisión afirmó que el carácter social del derecho a la libertad de expresión era mucho más amplio que sus aspectos individuales. En efecto protege a todos aquellos que buscan y reciben información u opiniones emitidas por los medios de comunicación.[12] En este caso, la CIDH y la Corte IDH confirmó, que toda la sociedad es víctima cuando se viola la libertad de expresión de un individuo.[13]

La comisión ha tenido varias oportunidades para seguir debatiendo esta característica. En el *Caso de Martorell vs. Chile*, donde la censura del libro *Impunidad Diplomática* estaba en cuestión, la comisión afirmó que "la injerencia arbitraria que infringe este derecho afecta no sólo al derecho individual a expresar información e ideas, sino también al derecho de la comunidad en su conjunto a recibir información e ideas de todo tipo".[14]

La CIDH amplió esta interpretación en el *Caso Oropeza c. México*. En este caso, un periodista mexicano fue presuntamente asesinado por criticar

---

[9] Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *cit.*

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.*

[11] Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *cit.*

[12] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, *cit*.

[13] Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *cit*.

[14] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 11/96, *Caso 11.230, Francisco Martorell vs. Chile*, 3 de mayo de 1996.

a las autoridades gubernamentales en su columna de periódico, que incluía referencias a vínculos entre la policía y el narcotráfico.[15] La Comisión afirmó que la libertad de expresión es un concepto jurídico universal en el que los individuos pueden expresar, transmitir, recibir y difundir pensamientos.[16] Por consiguiente, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han reafirmado sistemáticamente el doble carácter del derecho de libertad de expresión.

La forma más extrema de silenciar la libertad de expresión es el asesinato de periodistas, una realidad que persiste en la región. Según el relator especial para la Libertad de Expresión, en 2017 fueron asesinados 22 periodistas y otros trabajadores de los medios de comunicación, mientras que varios más fueron desaparecidos o desplazados.[17] En esa ocasión, el relator expresó su preocupación por el efecto intimidatorio que estos actos de violencia generan, tanto en periodistas individuales que se sienten amenazados como en medios de comunicación que optan por abandonar coberturas o evitar áreas sensibles.[18] Este efecto intimidatorio puede crear "zonas de silencio" y, en última instancia, conducir a una sociedad desinformada. Estas "zonas de silencio" parecen socavar el "derecho colectivo a recibir cualquier información" mencionado en la Opinión Consultiva OC-5/85.[19] Informes más recientes del relator especial indican que, lamentablemente, los asesinatos de periodistas se han incrementado en la región.[20]

[15] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 130/99, *Caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza vs. México*, 19 de noviembre de 1999, disponible en: *https://cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Mexico11.740.htm.*

[16] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000, disponible en: *https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm.*

[17] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión y del Relator Especial para la libertad de expresión de la CIDH al concluir su misión conjunta a México*, 4 de diciembre de 2017, disponible en: *https://www.ohchr.org/es/statements/2017/12/preliminary-observations-un-special-rapporteur-freedom-expression-and-special.*

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.*

[19] UNESCO, *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: informe regional para América Latina y el Caribe 2017/2018*, disponible en: *https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366564.*

[20] UNESCO, *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: informe regional para América Latina y el Caribe 2022/2023*, disponible en: *https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383653.*

2. *Indivisibilidad de la expresión y difusión de las ideas*

En la opinión consultiva OC-05/85, el Tribunal definió el alcance de la indivisibilidad de expresión y difusión, indicando: "las restricciones que se imponen a la difusión representan... una limitación directa del derecho a expresarse libremente".[21] Además, afirmó la importancia de las normas jurídicas aplicables a la prensa derivadas de este concepto. Por último, añadió que "f) o el ciudadano medio es igual de importante conocer las opiniones de los demás o tener acceso a la información en general como es el derecho mismo a impartir sus propias opiniones".[22]

La corte tuvo la oportunidad de ampliar esta cuestión en *Palamara Iribarne v Chile.* En ese caso, el gobierno chileno se apoderó y destruyó todas las copias duras y electrónicas del libro *Ética y Servicios de Inteligencia* y prohibió su distribución. La Corte Interamericana declaró al garantizar el derecho a la libertad de expresión, el Estado no sólo debe proteger la expresión individual en sí, sino también su difusión "a través del medio apropiado".[23]

La comisión adoptó un enfoque análogo en la sentencia *Martorell c. Chile,* donde declaró que "la decisión de prohibir la entrada, circulación y distribución del libro *Impunidad diplomática* en Chile viola el derecho a impartir información e ideas de todo tipo", protegida por el derecho a la libertad de expresión.[24]

Del mismo modo, en *Miranda c. México*, la Comisión encontró que la falta de investigación y castigo a la mente maestra detrás del asesinato de un periodista constituía una injerencia ilegal en el derecho de todo ciudadano a "recibir información libremente y a conocer la verdad sobre los acontecimientos que tuvieron lugar". En este caso, el codirector de una publicación semanal mexicana fue asesinado por autor y publicación de opiniones críticas del gobierno.[25] Como demuestran estos casos, la jurisprudencia del

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, *cit.*, párr. 31.

[22] *Ibidem*, párr. 34.

[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.*

[24] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 11/96, Caso 11.230, Francisco Martorell vs. Chile*, 3 de mayo de 1996.

[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 5/99, Caso 11.739, Héctor Félix Miranda vs. México*, 13 de abril de 1999, disponible en: *https://www.cidh.org/annualrep/98span/Fondo/Mexico%2011.739.htm*.

sistema interamericano ha defendido firmemente la indivisibilidad de la expresión y la difusión de ideas.

3. *Multiplicidad de formas de expresión*

El derecho a la libertad de expresión no se limita a la expresión verbal; todos los tipos de expresión están protegidos, incluido el silencio. Este derecho también se extiende a la expresión en forma de protesta.[26]

El *Caso Testigos de Jehová contra la República Argentina* es un ejemplo del amplio alcance del derecho a la libertad de expresión desarrollado por la jurisprudencia interamericana. En 1976, la dictadura militar argentina promulgó el Decreto No. 1867/76, que prohibía el ejercicio público de la religión de los Testigos de Jehová en Argentina.[27] El gobierno alegó que esta religión se basaba en principios contrarios a la nacionalidad argentina y a las instituciones estatales básicas.[28] Como resultado del decreto, los seguidores de la religión fueron perseguidos.[29] Más de 300 niños fueron expulsados de la escuela después de ser acusados de negarse a jurar lealtad al país o de cantar el himno nacional argentino.[30] Los estudiantes optaron en su lugar por el silencio porque su religión les prohibía participar en tal veneración de los símbolos nacionales.[31] De conformidad con la Resolución No. 02/79, la Comisión condenó la acción del gobierno argentino, que consideró responsable de las presuntas violaciones.[32] Como lo ejemplifica la resolución de la comisión en el caso de los Testigos de Jehová, todas las formas de expresión, incluido el silencio, están protegidas por el derecho a la libertad de expresión.

[26] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Protesta y Derechos Humanos*, párr. 2, disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf.*

[27] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 2137: Testigos de Jehová vs. Argentina*, Informe Anual de 1978, disponible en: *https://cidh.oas.org/annualrep/78sp/Argentina2137.htm.*

[28] *Idem*.

[29] *Idem*.

[30] *Idem*.

[31] *Idem*.

[32] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución N.º 02/79*, disponible en: *https://cidh.oas.org/annualrep/79sp/caso2137.htm.*

4. *Protección de la difusión de ideas*

Habiendo hecho valer el derecho a difundir opiniones e ideas, tanto la CIDH como la Corte IDH determinaron que la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que la libertad de pensamiento y expresión incluye el derecho a difundir información e ideas por cualquier medio. En *la opinión consultiva OC-05/85*, el Tribunal de Justicia afirmó que "la libertad de expresión... no puede separarse del derecho a utilizar cualquier medio que se considere apropiado para impartir ideas y hacer que lleguen a un público lo más amplio posible".[33] Además, la CIDH afirmó en su reclamación en el asunto *Baruch Ivcher-Bronstein c. Perú,* antes mencionado, que la Convención Americana consagra el derecho a difundir información e ideas de forma artística o por cualquier otro medio.[34]

La protección del derecho a difundir ideas se abordó recientemente en el informe del relator especial de libertad de expresión, quien subrayó que los reglamentos sobre el uso de internet debían calcularse cuidadosamente. El internet claramente tiene un gran potencial de expresión, difusión y consumo de ideas. En consecuencia, el relator especial recomendó que, al evaluar la proporcionalidad de las restricciones de la libertad de expresión en internet, "el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de internet para garantizar y promover la libertad de expresión debe sopesarse con los beneficios que las restricciones proporcionarían para la protección de otros intereses".[35] Además, es importante subrayar que las restricciones de "beneficios" que podrían proporcionar deben permanecer basadas en el derecho internacional, incluida la Convención Americana, y no es suficiente que un gobierno pueda reclamar algún tipo de beneficio para justificar las restricciones.

5. *Protección de la reproducción de la información*

El derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a la reproducción de expresiones procedentes de otros. En el *Caso Herrera-Ulloa c. Cos-*

[33] Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85*, *cit.*, párr. 31.

[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baruch Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 2001.

[35] Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue*, 2011.

ta Rica, el estado de Costa Rica condenó al peticionario por el cargo penal de difamación basado en el contenido de varios artículos publicados por el diario *La Nación.*[36] Estos artículos, que anteriormente aparecieron en la prensa belga, atribuyeron actos ilegales al representante honorario de Costa Rica ante el Organismo Internacional de Energía Atómica en Austria.[37] La ley costarricense exigía que el peticionario probara la veracidad de los hechos reportados en la prensa europea, y posteriormente reproducido en La *Nación,* con el fin de evitar la responsabilidad.[38] La Corte Interamericana consideró que esta norma era incompatible con el artículo 13 del Convenio y que "tiene un efecto disuasorio, escalofriante e inhibidor en todos los que practican periodismo que obstruye el debate público sobre cuestiones de interés para la sociedad".[39]

Penalizar la reproducción de información procedente de terceros, en ausencia de malicia o negligencia grave, restringiría seriamente el libre flujo de ideas en una realidad mundial cada vez más compleja, donde la información fluye de actores múltiples y a menudo distantes. Sin embargo, la exclusión de la responsabilidad por la reproducción de este tipo de información no implica excluir la responsabilidad de aquellos con quienes se originó la información (por ejemplo, declaraciones de hecho malintencionadas) o la responsabilidad de quienes reproducen dicha información con malicia o negligencia grave.

6. Exclusión de Restricciones Directas e Indirectas

La subsección tres, del artículo 13, de la Convención Americana prohíbe las restricciones a la libertad de expresión que se lleven a cabo por medios indirectos destinados a impedir la comunicación.[40] El relator especial para la libertad de expresión ha definido las medidas indirectas como aquellas que, aunque no "están diseñadas estrictamente para restringir la libertad de expresión... sin embargo, en la práctica, tienen un impacto adverso en la

[36] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004.
[37] *Idem.*
[38] *Idem.*
[39] *Ibidem,* párr. 130.
[40] Convención Americana, nota *supra* 2, art. 13(3).

libre circulación de ideas".[41] A diferencia de las restricciones directas, estas son más difíciles de detectar y, en consecuencia, rara vez se investigan.

El *Caso Baruch Ivcher-Bronstein c. Perú,* mencionado anteriormente, ofrece un ejemplo de restricción indirecta a la libertad de expresión. En este caso, el gobierno no utilizó restricciones tradicionales como difamación, leyes de desacato, censura o persecución política para silenciar a Bronstein. En cambio, el régimen lo despojó de su nacionalidad para lograr este objetivo.[42]

Desde entonces, la jurisprudencia interamericana ha ampliado el concepto de restricciones indirectas. En el asunto *Canese c. Paraguay,* la Comisión reconoció las medidas punitivas como una restricción indirecta a la libertad de expresión. El señor Canese fue un periodista que escribió sobre acusaciones de corrupción contra el poderoso candidato presidencial Juan Carlos Wasmosy. Canese fue despedido del periódico donde trabajaba y se iniciaron procedimientos penales en su contra. Fue condenado a cuatro meses de prisión y no se le permitió salir de Paraguay. La Comisión declaró que "el efecto inhibidor de la medida punitiva puede generar autocensura de una persona que desea expresarse, lo que produce casi el mismo efecto que la censura directa: «las opiniones no circulan».[43] En ese asunto, el Tribunal de Justicia determinó "el procedimiento penal, la pena consiguiente impuesta a Canese, y las restricciones para salir del país durante casi ocho años y cuatro meses constituían un medio indirecto de restringir su libertad de pensamiento y expresión".[44] Utilizando esa ley en su máxima medida, el gobierno limitó "el debate abierto sobre temas de interés público o preocupación y restringió el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión de Canese para omitir sus opiniones para el resto de la campaña electoral".[45]

En un caso que aborda las restricciones indirectas, *Perozo et al. vs. Venezuela*, la Corte señaló que debe haber una restricción real de la expresión para que se produzca una violación.[46] En este caso, la Corte de-

[41] Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2004, Inter-Am. Comm'n H.R., O.A.S. Doc. OAS/Ser.L/V/II.122.doc. 5, rev. 1, cap. V, 1 9 (2005).

[42] Queja de Ivcher-Bronstein, nota *supra* 45.

[43] *Canese c. Paraguay*, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No.111, 72(g) (31 de agosto de 2004).

[44] *Ibidem,* en 107.

[45] *Ibidem,* a las 106.

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, 2001, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf.*

terminó que el gobierno de Venezuela no había violado los derechos de la víctima en sí, pero había incumplido su obligación de proteger a la víctima de las restricciones indirectas de los actores privados.[47]

Durante años, el relator especial para la libertad de expresión también ha investigado los medios indirectos empleados para restringir este derecho tal como surgen en la región. Las restricciones indirectas, incluidas la financiación del gobierno y los beneficios fiscales para los medios de comunicación favorables al gobierno, las amenazas de retirada de las licencias y permisos requeridos de los medios de comunicación críticos con el gobierno, y la creación de nuevos delitos relacionados con nuevos medios de comunicación, como la difamación en línea, siguen persistiendo. El relator, que ya en el Informe Anual de 2003, evaluó cómo el uso no regulado de la publicidad oficial podía transformarse en una restricción. Por ejemplo, el abuso de las políticas de distribución de fondos para beneficiar a quienes favorecen al gobierno o a sus agentes castiga a las agencias de medios que buscan un enfoque más crítico. El relator ilustró que, aunque "aquí no existe ningún derecho inherente a recibir ingresos publicitarios del gobierno... el Estado no puede negar los ingresos de publicidad sólo a puntos de venta específicos basados en criterios discriminatorios".[48]

Desafortunadamente, esta tendencia continua en los Informes del relator especial, donde relata las quejas relativas a la distribución de publicidad gubernamental destinadas a castigar o recompensar a los medios de comunicación en función de sus posiciones editoriales.[49] Además, los informes del relator revelan su preocupación por la amenaza de retirada de concesiones operativas, permisos o licencias de medios críticos.[50] El relator ha recordado a las autoridades estatales su deber positivo de construir un ambiente de tolerancia y respeto para proteger la difusión de ideas.[51] Otra de las relativas al desarrollo destacada por el relator es la aparición de nuevos delitos que restringen indirectamente la libertad de expresión. Un

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 194. Recuperado de: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf.*

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009.

48 Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2003, Inter-Am. Comm'n H.R, O.A.S. Doc. OAS/Ser.L/V/L1 18, doc. 70, rev. 2, vol. III, cap. V, 12 (2003).

49 Informe 2017 del Relator Especial, nota *supra* 23, p. 417.

50 *Idem.*

51 *Idem.*

ejemplo es el caso Latoya Nugent en Jamaica, donde Nugent fue detenido por nombrar a presuntos autores de violencia sexual en las redes sociales, en violación de la Ley de Ciberdelincuencias.[52] El relator subrayó que este tipo de doble criminalización era inapropiada porque permite circunstancias agravantes relacionadas únicamente con el medio utilizado, en este caso las redes sociales.[53]

7. Incompatibilidad de los monopolios públicos y privados en los medios de información con derecho a la libertad de expresión

Tanto la Corte, como la Comisión han confirmado que la existencia de monopolios públicos y privados impide la difusión de ideas individuales, así como la recepción de los dictámenes de otros. En consecuencia, la existencia de monopolios en la industria de los medios de comunicación es incompatible con la libertad de expresión. En la opinión consultiva OC-05/85, el Tribunal de Justicia declaró que "son los medios de comunicación de masas los que hacen realidad el ejercicio de la libertad de expresión".[54] Para garantizar que este medio no esté restringido, el Tribunal de Justicia determinó que debe haber "una pluralidad de medios de comunicación, la posibilidad de todos los monopolios... y garantías para la protección de la libertad y la independencia de los periodistas".[55]

En el *Caso Baruch Ivcher-Bronstein c. Perú*, la Comisión afirmó que la libre circulación de ideas sólo es concebible cuando existen múltiples fuentes de información, además del respeto por los medios de comunicación.[56] La Comisión explicó que no basta con garantizar el derecho a establecer medios de comunicación de masas; también es necesario que los periodistas y otros profesionales que trabajan en los medios de comunicación tengan las protecciones necesarias spara garantizar que puedan trabajar libre e independientemente en este espacio.[57]

Además, el relator especial ha declarado que "las asignaciones de frecuencias de radiodifusión y televisión deben considerar criterios democrá-

[52] *Ibidem,* en 265.
[53] *Ibidem,* en 266.
[54] Dictamen consultivo OC-5/85, nota *supra* 12, 34.
[55] *Idem.*
[56] Queja Ivcher-Bronstein, nota *supra* 45, a 28.
[57] *Idem.*

ticos que garanticen la igualdad de oportunidades de acceso para todas las personas".[58] En sus informes, el relator ha señalado que la concentración de los medios de comunicación públicos y privados sigue siendo un problema en algunos países.[59] El relator tomó nota de las quejas específicas relativas a la falta de reconocimiento del sector de la radiodifusión indígena en algunos países y a la ausencia de mecanismos reglamentarios para garantizar el acceso a esas frecuencias.[60] En una mayor expansión del derecho de libertad de expresión, la Corte Interamericana, en el *Caso Kimel c. Argentina,*[61] declaró que la "pluralidad de los medios de comunicación y la prohibición de todo tipo de monopolios en relación con los mismos, cualquiera que sea la forma que puedan adoptar, es imperativo".[62] De este modo, el Tribunal estableció la obligación positiva del Estado de adoptar un marco normativo que garantizara la exclusión de los monopolios en los medios de información.

III. Prohibición de la censura previa

Una de las principales características del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano es que solo permite la censura previa cuando se utiliza para regular el entretenimiento público con el fin de salvaguardar la moral de niños, niñas y adolescentes. El párrafo 2, del artículo 13 de la Convención establece que la libertad de expresión no puede estar sujeta a censura previa, sino que "estará sujeta a la posterior imposición de responsabilidad".[63] La Declaración de Principios sostiene que la censura previa, directa o indirecta, restringe la libre circulación de ideas y opiniones, lo que viola el derecho a la libertad de expresión.[64]

58 Informe 2004 del Relator Especial, nota *supra* 53, ch. V, 36 (*citando* el Comunicado de Prensa, Oficina del Relator Especial sobre la Libertad de Expresión, Inter-Am. Comm'n H.R., Al concluir su visita oficial a Honduras, el Relator Especial para la Libertad de Expresión insta al gobierno a abolir la Asociación Requerida de Periodistas y el Delito de Desacato (2003).

59 Informe 2017 del Relator Especial, nota *supra* 23, 420 (por ejemplo, Nicaragua y Ecuador).

60 *Ibidem* (por ejemplo, Bolivia y Colombia).

61 Kimel c. Argentina, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C) No 177 (2 de mayo de 2008).

62 *Ibidem* en 57. *Véase también* la opinión consultiva OC-05/85, nota *supra* 12, página 34.

63 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, párr. 2

64 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Principio 5.

Esta prohibición responde al peligro de crear filtros capaces de determinar lo que las personas pueden oír, ver o leer. Por tanto, la Convención Americana rechaza el recurso a justificaciones como la "seguridad nacional", la "moral" o los "buenos hábitos" que fácilmente podrían ser utilizados como pretextos para eliminar o invadir la libre expresión de ideas.[65] En el hemisferio occidental, tanto la Corte como la Comisión han tenido la oportunidad de interpretar la prohibición de la censura previa incluyendo: a) la exclusión de la defensa del honor como base para la censura previa; y b) identificar el alcance de las excepciones autorizadas.[66]

1. Exclusión de la defensa del honor como base de la censura previa

Algunos Estados parte han utilizado el derecho a la privacidad que se encuentra en el artículo 11 de la Convención como base para restringir el derecho a la libertad de expresión protegido en el artículo 13. La base de su argumento es que la defensa del honor debe excluirse de la prohibición de censura previa.

El Estado de Chile, por ejemplo, expuso este argumento en *Martorell c. Chile*. El gobierno y el Poder Judicial de Chile sostuvieron que en caso de conflicto entre los artículos 11 (derecho a la privacidad) y 13 (derecho a la libertad de expresión) de la Convención Americana, debe prevalecer el primero. Al resolver el caso, la Comisión rechazó esta teoría y adelantó su interpretación de que los derechos recogidos en esos dos artículos de la Convención Americana no presentan conflicto de principios distintos entre los que deba elegirse. En consecuencia, la Comisión citó a la Corte Europea de Derechos Humanos, que, en un caso similar, consideró que "no se enfrentaba a una elección entre principios en conflicto, uno de los cuales es la libertad de expresión, sino a un principio de libertad de expresión que está sujeta a una serie de excepciones que deben interpretarse de manera estricta".[67]

---

[65] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-5/85*, párr. 50.

[66] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

[67] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 11/96, Caso 11.230, Francisco Martorell vs. Chile,* 1996.

La comisión reiteró esta interpretación del artículo 13 en sus argumentos en *La última tentación de Cristo*. En ese caso, el gobierno chileno prohibió la distribución de la película "La última tentación de Cristo", argumentando que lo hizo para proteger el "honor y la reputación de Cristo". La Comisión, a su vez, respondió que "el honor de la persona debe ser protegido sin perjudicar el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a recibir información".[68] La comisión argumentó que la responsabilidad posterior "sólo es admisible de manera restringida, cuando sea necesario para garantizar el respeto de los derechos o la reputación de los demás". Al resolver el caso, el Tribunal confirmó el razonamiento de la comisión y declaró que la prohibición de la película "La última tentación de Cristo" constituía una censura previa en violación del artículo 13 de la Convención.[69]

El relator especial de Libertad de Expresión ha reconoció ha valorado interpretación ya en el informe de 1998.[70] En dicho informe, el relator señaló que los Estados deben respetar el derecho a la libertad de expresión al legislar la protección al honor y la dignidad contenida en el artículo 11 de la Convención y aplicar el derecho interno en la materia.

2. *Alcance de las excepciones autorizadas*

La censura del entretenimiento público con el exclusivo propósito de regular el acceso a tales eventos para proteger la moral de niños, niñas y adolescentes está permitida en el sistema interamericano, pero solo bajo circunstancias muy estrictas.[71] Esta excepción, sin embargo, sólo se permite en el marco del sistema interamericano si se ajusta a los requisitos de legalidad, necesidad, realidad o inminencia y propósito válido.[72]

Para cumplir con el requisito de legalidad, la excepción debe estar autorizada por ley. En consecuencia, los decretos u otras medidas administrativas serían insuficientes. La exigencia de necesidad implica una va-

---

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.*

69 *Idem*.

70 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (1998). *Informe Anual 1998*. Organización de los Estados Americanos.

71 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, párr. 4,

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 67.

loración caso por caso de la pertinencia de la medida, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada situación, y considerando la falta de otros medios menos restrictivos disponibles para lograr los mismos fines válidos a fin de excluir indebidamente prohibiciones motivadas. El requisito de realidad o inminencia se refiere a las medidas que se adoptan a la luz de las condiciones realmente existentes o las que con seguridad ocurrirán, no meras situaciones hipotéticas que puedan afectar la moral de niños o adolescentes (en espectáculos públicos). La excepción de propósito válido corresponde a casos que involucran a niños donde la protección de la moral está en juego.[73]

IV. Responsabilidades ulteriores

La prohibición del sistema interamericano de censura previa no excluye la imposición posterior de responsabilidad. Pero cuando la responsabilidad posterior es desproporcionada, efectivamente "amordaza" a las personas que se enfrentan a la amenaza de serias "represalias" por expresar sus opiniones, lo que produce un efecto paralizador en la sociedad en general. De acuerdo con la Convención Americana lo que sí se puede prohibir es la propaganda a favor de la guerra y la apología al odio nacional, racial o religioso que lleven a la incitación a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas.[74]

1. Requisitos concurrentes

La jurisprudencia interamericana ha sido muy clara en señalar que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana ("el respeto a los derechos a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"), y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con

[73] *Idem*.

[74] Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos art.13*

los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad).[75] Es importante tener presente que la jurisprudencia hemisférica e internacional ha señalado reiteradamente que las opiniones nunca pueden ser objeto de persecución penal.[76] La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH y del Derecho comparado cada vez va en ese sentido, de la no utilización de la vía penal o criminalización en materia de libertad de expresión.[77] También resulta importante recordar lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU que ha indicado que las "leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados parte".[78] Estos requisitos protegen el derecho a la libertad de expresión en general, incluyendo, "aquellas formas de expresión que ofenden conmocionan o perturban a la mayoría".[79]

2. *Expresión especialmente protegida. Selección de jurisprudencia.*

Además, al aplicar estos requisitos en un caso dado, se debe prestar especial atención al discurso protegido, que como se señaló anteriormente incluye: a) discurso político y discurso que involucre asuntos de interés público; b) discurso sobre funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y candidatos a cargos públicos; y c) discurso que es un elemento de la identidad o dignidad personal de la persona que se expresa.[80] Este tipo de discurso es esencial para la democracia y, por lo tanto, debe estar sujeto a un escrutinio riguroso.[81] Casos en que la Corte desarrollo jurisprudenciales

[75] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 120.

[76] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 69.

[77] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 78.

[78] Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 49.

[79] Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos art.13*

[80] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 69.

[81] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 120.

cialmente la protección de la libertad de expresión aplicando las normas anteriores incluyen:

Kimel c. Argentina. Kimel[82] era un historiador que publicó un libro titulado *La Masacre de San Patricio* en 1989. El libro analizaba los asesinatos de cinco clérigos de la Orden Palotine ocurridos el 4 de julio de 1976 durante la dictadura militar en Argentina. Kimel examinó la investigación judicial sobre la masacre y se refirió a una decisión judicial adoptada el 7 de octubre de 1977. Se cuestionó la conducta del juez federal a cargo de este caso, alegando que el juez cumplió con los requisitos formales, pero por presiones de el régimen militar, no había investigado la verdad. El juez interpuso una acción penal contra Kimel por difamación o alternativamente por "falsa imputación de un delito de acción pública", punibles ambos con hasta tres años de prisión según el Código Penal argentino. Kimel fue declarado culpable de esto último y condenado el 25 de septiembre de 1995 a un año de prisión y al pago de 20,000 pesos. La Corte Interamericana, aplicando las normas de responsabilidades ulteriores mencionadas anteriormente determinó que la sentencia violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado por la Convención Americana.

Un caso paradigmático de protección del discurso político se encuentra *López Lone y otros vs. Honduras*.[83] La Corte IDH declaró, por unanimidad, que el Estado de Honduras era responsable por la violación a la libertad de expresión, derecho de reunión, derechos políticos, derecho de asociación, garantías judiciales, protección judicial, derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el principio de legalidad. Como consecuencia de estos procesos cuatro jueces fueron destituidos y, tres de ellos, separados del Poder Judicial. Dichos procesos disciplinarios fueron iniciados por conductas de las víctimas en defensa de la democracia y el Estado de Derecho en el contexto del golpe de Estado ocurrido en junio de 2009 en Honduras.

Otro caso relevante sobre libertad de Expresión, Urrutia Laubreaux vs. Chile,[84] la Corte IDH declaró internacionalmente responsable a la República de Chile, por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento

[82] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.

[83] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 302, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf.*

[84] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile: Sentencia de 27 de noviembre de 2021,* 2021.

y expresión, a las garantías judiciales, y al principio de legalidad, en relación con la obligación de respetar y garantizar dichos derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio del juez Daniel David Urrutia Laubreaux. Dicho juez había sido sancionado por un trabajo académico en que criticaba la acción del Poder Judicial de su país y proponía que el Poder Judicial adoptara determinadas medidas de reparación por la responsabilidad que dicha institución habría tenido en las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar chileno.

El *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*[85] es una expresión adicional de la doctrina interamericana de protección a la libertad de Expresión. El 30 de agosto de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por la violación de los derechos del señor Tulio Álvarez Ramos a la libertad de expresión, participación política, circulación, garantías judiciales y protección judicial, en razón de un proceso penal seguido en su contra y la consecuente condena, en razón de la publicación de un artículo de opinión sobre supuestas irregularidades en el manejo de la caja de ahorros de la Asamblea Nacional de Venezuela.

Desafortunadamente aún no hay una aplicación pena de la jurisprudencia de la Corte. Ya en 2017, el relator especial para la libertad de expresión, se refirió a que las leyes penales en algunos países aún criminalizan el discurso relacionado con funcionarios públicos y permiten la imposición de medidas desproporcionadas "que pueden tener el tipo de efecto paralizador que es incompatible con una sociedad democrática". Esto continua explícitamente en las leyes de Venezuela y Nicaragua.[86]

4. *El derecho a acceder a la información*

El derecho a acceder a la información es fundamental para el desarrollo continuo de la democracia. Se encuentra en la subsección uno del artículo 13 de la Convención Americana, que establece que el derecho a

[85] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela: Sentencia de 30 de agosto de 2019*, 2019.

[86] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2017,* 2017.

la libertad de expresión incluye la libertad de buscar y recibir información de todo tipo.[87]

La Corte IDH ha observado que "una sociedad que no está bien informada no es una sociedad verdaderamente libre".[88] Las restricciones al acceso a la información en poder de instituciones públicas o privadas (por ejemplo, instituciones de crédito) deben ser "juzgadas en función de las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas".[89] Esto implica la existencia de una prohibición absoluta del acceso a la información es incompatible con la Convención Americana. Aunque son posibles excepciones y restricciones limitadas (por ejemplo, por razones de seguridad nacional), deben interpretarse de manera estricta y someterse a revisión judicial en todos los casos.

5. *Derecho de corrección y respuesta*

Habiendo establecido la libertad de expresión y de pensamiento en el artículo 13, la Convención Americana establece un derecho de corrección y respuesta en el artículo 14.[90] En *la opinión consultiva OC-07/86*, el Tribunal de Justicia afirmó que estos artículos están ineludiblemente relacionados: "al regular la aplicación del derecho de respuesta o de rectificación, los Estados parte deben respetar el derecho de libertad de expresión garantizado por el artículo 13. No obstante, no podrán interpretar el derecho a la libertad de expresión de manera tan amplia como para negar el derecho de respuesta proclamado en el artículo 14, apartado 1.[91]

La Corte IDH añadió que el derecho de réplica garantiza el respeto de la libertad de expresión tanto en sus dimensiones individuales como compartidas. En la dimensión individual, el Tribunal reconoce que este derecho "garantiza que una parte perjudicada por declaraciones inexactas u ofensivas tenga la oportunidad de expresar sus opiniones y pensamientos sobre las declaraciones perjudiciales".[92] La Corte reconoció además que este derecho da a cada persona "el beneficio de nueva información que contradice o no esté de acuerdo con las anteriores declaraciones inexactas u ofensivas".[93] A

87 Convención Americana, nota *supra* 2, art. 13
88 Opinión consultiva OC-05/85, nota *supra* 12, a 70.
89 *Ibidem,* a las 42.
90 Convención Americana, *nota supra* 2, art. 14.
91 Opinión Consultiva OC-07/86, (ser. A), No 7, 25, Inter-Am. Ct. (29 de agosto de 1986).
92 *Ibidem,* (Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell).
93 *Idem.*

este respecto, los derechos actúan como un equilibrio de información que se necesita para que el público forme una opinión verdadera y correcta.

6. *El vínculo entre la libertad de expresión y la democracia*

Tanto el Tribunal como la Comisión han establecido que existe un vínculo inherente entre la libertad de expresión y la democracia.[94] En *la opinión consultiva OC-05/85*, el Tribunal afirmó que "la libertad de expresión es una piedra angular sobre la que descansa la existencia misma de una sociedad democrática",[95] y esta libertad es esencial para el desarrollo de partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas y culturales, y aquellos que desean influir en el público.[96]

Como ha dicho el relator especial, cuando se restringe el debate, el desarrollo de la democracia se interrumpe porque se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones entre los ciudadanos.[97] El vínculo entre la libertad de expresión y la democracia ha sido parte del proceso de desarrollo en el contexto de la OEA. Actualmente, sólo los Estados democráticos pueden convertirse en miembros de esa organización. Un hito importante en este proceso se alcanzó cuando se adoptó la Resolución 1080 de la OEA en Santiago de Chile en 1991.[98] Permite a los órganos políticos de la OEA tomar medidas activas, incluidas iniciativas diplomáticas, cuando se rompe el proceso constitucional de un país.[99] La Carta Democrática Interamericana amplía el alcance de las situaciones que justificarían las acciones de la OEA.[100] La Carta menciona específicamente el respeto de la libertad de expresión; se construyó sobre la jurisprudencia citada ante-

[94] Informe de 1999 del Relator para la Libertad de Expresión, Inter-Am. Comm'n H.R., O.A.S. Doc. OEA/ser. L.N./II.106, doc. 6, vol. III, Anexo 5 (1999) (explicando quela Declaración de Chapultepec, redactado por la Sociedad Interamericana de Prensa y adherido por varios países miembros, afirma que la batalla por la libertad de expresión y de prensa, por cualquier medio, es una causa esencial de la democracia y de la civilización en el hemisferio).

[95] Opinión consultiva OC-05/85, nota *supra* 12, a 70.

[96] Convención Americana, nota *supra* 2, art. 13(3).

[97] Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2004, Inter-Am. Comm'n H.R., O.A.S. Doc. OAS/Ser.L/V/II.122.doc. 5, rev. 1, cap. V, 1 9, 2005.

[98] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* 2007.

[99] Organización de los Estados Americanos (OEA), *Resolución 1080 (XXI-O/91): Democracia Representativa*, 1991.

[100] Organización de los Estados Americanos (OEA), *Carta Democrática Interamericana,* 2001.

riormente y determinó que la democracia proporciona el terreno teórico y práctico para garantizar la libertad de información, como una estructura necesaria para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos.

VIII. Nuevos desarrollos

Las secciones anteriores de esta contribución han examinado la jurisprudencia del Sistema Interamericano que estableció las bases fundamentales del derecho a la libertad de expresión. A partir de estos precedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo ha reafirmado dichos principios, sino que ha continuado su desarrollo, enriqueciendo el marco conceptual de este derecho fundamental. A continuación, se menciona la jurisprudencia de la Corte IDH que aplica 2024, que ha dado aplicación a estos principios.

Esta aplicación confirma el contenido y las características del derecho a la libertad de expresión, evidenciando una interpretación coherente y constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH, a través de sus Cuadernillos de Jurisprudencia, ha sistematizado sus propias decisiones. Estas publicaciones permiten una visión integral de la evolución jurisprudencial en materia de derechos humanos. Para un análisis detallado de las decisiones referidas en este estudio, se recomienda revisar los siguientes cuadernillos: Corte IDH, 2021, 2022, 2023.

1. *Rol de los periodistas y libertad de expresión*

En el *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*[101] la Corte reiteró que la Jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención.[102]

[101] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*., Sentencia de 26 de agosto de 2021, Serie C No. 431.

[102] Véase también: También ha señalado que la libertad de pensamiento y expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo. Este Tribunal ha afirmado que

2. *Violencia sexual en contra de mujeres periodistas y enfoque diferenciado para las medidas de protección*

En el *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*,[103] la Corte resaltó que, en conexión con el riesgo particular que enfrentan las mujeres periodistas, al adoptar medidas de protección de periodistas, los Estados deben aplicar un fuerte enfoque diferencial que tenga en cuenta consideraciones de género, realizar un análisis de riesgo e implementar medidas de protección que consideren el referido riesgo enfrentado por mujeres periodistas como resultado de violencia basada en el género.[104]

3. *Uso abusivo de mecanismos judiciales contra la libertad de expresión*

En el *Caso Palacio Urrutia vs. Ecuador*[105] el Tribunal consideró que la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnia o injuria, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública, constituye una amenaza a la libertad de expresión.[106]

ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

Asimismo, el Tribunal destacó que el ejercicio profesional del periodismo "no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado". El Tribunal considera que, para que la prensa pueda desarrollar su rol de control periodístico debe no sólo ser libre de impartir informaciones e ideas de interés público, sino que también debe ser libre para reunir, recolectar y evaluar esas informaciones e ideas.

103 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*, Sentencia de 26 de agosto de 2021, Serie C No. 431, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf.*

104 Véase también: La Corte señaló que, como consecuencia del efecto amedrentador causado por la violencia en contra de mujeres periodistas, el público pierde voces y puntos de vista relevantes y, en particular, voces y puntos de vista de mujeres, lo cual, a su vez, deriva en un incremento en la brecha de género en la profesión periodística y ataca el pluralismo como elemento esencial de la libertad de expresión y de la democracia.

105 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021.

106 Ello requiere lo siguiente: A) de parte del Estado, el cumplimiento del deber de respeto y de adoptar decisiones y políticas que garanticen el libre ejercicio de la libertad de expresión

4. *Restricciones a la libertad de expresión–régimen de responsabilidades ulteriores e imposibilidad de persecución penal para discursos protegidos*

En el *Caso Palacio Urrutia vs. Ecuador*[107] la Corte reiteró lo señalado respecto a que la persecución penal es la medida más restrictiva a la libertad de expresión, por lo tanto, su uso en una sociedad democrática debe ser excepcional y reservarse para aquellas eventualidades en las cuales sea estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques que los dañen o los pongan en peligro, pues lo contrario supondría un uso abusivo del poder punitivo del Estado.[108]

y la libertad de opinión de los medios de comunicación. Asimismo, establecer, para la protección del honor de los funcionarios públicos, vías alternativas al proceso penal, por ejemplo, rectificación o respuesta, así como la vía civil. Ello incluye renunciar a la utilización de discursos o prácticas estigmatizantes contra quienes toman la voz pública y a todo tipo de acoso incluso el judicial contra periodistas y personas que ejercen su libertad de expresión, y B) de parte de los medios de comunicación, corresponde que aporten al fortalecimiento del sistema democrático y participativo, respetuoso de los derechos humanos, conforme a los principios del Estado democrático de Derecho (recogidos en la Carta Democrática), en un contexto de medios plurales y diversos sin discriminación ni exclusiones, como la Corte lo ha planteado desde la Opinión Consultiva OC-5/85. En definitiva, los intereses particulares de sus titulares no deben constituir un obstáculo para el debate que implique restricciones indirectas a la libre circulación de ideas u opiniones.

107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021.

108 Véase también: Bajo los estándares establecidos por el Tribunal, un artículo de opinión que se refiere a un asunto de interés público goza de una protección especial en atención a la importancia que este tipo de discursos tienen en una sociedad democrática. Por lo tanto, el uso de la ley penal por difundir noticias de esta naturaleza produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etcétera. En definitiva, lo anterior debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático.

La protección de la honra por medio de la ley penal que puede resultar legítima en otros casos no resulta conforme a la Convención en la hipótesis previamente descrita. Esto no significa que, en el supuesto antes señalado, es decir respecto de un discurso protegido por su interés público, como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido. Eventualmente la conducta periodística podría generar responsabilidad en otro ámbito jurídico, como el civil, o la rectificación o disculpas públicas, por ejemplo, en casos de eventuales abusos o excesos de mala fe.

El Tribunal estimó oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la

5. *Medios de comunicación comunitarios de pueblos indígenas y libertad de Expresión*

En el *Caso de los Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*[109] la Corte reiteró que la libertad de expresión se puede ver afectada ante la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, situaciones en que el Estado debe actuar para evitar la concentración y promover el pluralismo de voces, opiniones y visiones.[110]

6. *Regulación de la radiodifusión comunitaria*

En el *Caso de los Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*[111] la Corte consideró reiteró la potestad y necesidad que tiene

libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.

109 Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala: Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas),* 2021.

110 En vista de la importancia del pluralismo de medios para la garantía efectiva del derecho a la libertad de expresión, y teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 2o., de la Convención, la Corte consideró que los Estados están internacionalmente obligados a establecer leyes y políticas públicas que democraticen su acceso y garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas aéreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio y televisión. Esta obligación comprende el deber de los Estado de establecer medidas adecuadas para impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios.

La referida obligación estatal implica necesariamente un derecho de los pueblos indígenas de verse representados en los distintos medios de comunicación, especialmente en virtud de sus particulares modos de vida, de sus relaciones comunitarias y la importancia de los medios de comunicación para los referidos pueblos. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de los medios de comunicación indígenas se realiza individualmente, por cada persona que emite una opinión o trasmite una información, pero también y especialmente, se manifiesta colectivamente, debido a la particular forma de organización de las comunidades indígenas.

La Corte reconoció que existe un derecho de los pueblos indígenas a fundar y utilizar sus propios medios de comunicación, con base en el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión señalados previamente, pero también tomando en cuenta los derechos de los pueblos indígenas a la no discriminación, a la libre determinación y sus derechos culturales.

111 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala: Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2021.

los Estados de regular la actividad de la radiodifusión. Dicha regulación debe estar dirigida a garantizar una radiodifusión plural, diversa, incluyente e independiente.[112]

7. *El derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida cultural y su relación con la radiodifusión*

En el *Caso de los Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemal*a,[113] el Tribunal consideró el derecho a participar en la vida cultural de las comunidades indígenas bajo la perspectiva del artículo 26 de la Convención, y teniendo en cuenta la intersección de dicho derecho con el derecho a la libertad de expresión y el papel que tiene la radio comunitaria como instrumento de realización de estos derechos.[114]

[112] Véase también: La Corte consideró que, para garantizar el derecho a la libertad de expresión, los Estados están obligados a adoptar medidas que permitan el acceso al espectro radioeléctrico a distintos sectores sociales que reflejen el pluralismo existente en la sociedad. En materia de radiodifusión sonora, esta obligación estatal se materializa mediante la adopción de medidas que permitan el acceso al espectro radioeléctrico de las radios comunitarias, especialmente a las comunidades indígenas, por la importancia que tiene para ellas este medio de comunicación para difundir y conservar su cultura, y teniendo en cuenta que constituyen grupos étnicamente diferenciados que se encuentran en una situación de marginación y exclusión social derivada de la pobreza y la discriminación.

[113] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala: Sentencia de 6 de octubre de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas),* 2021.

[114] Véase también: La Corte reiteró que la identidad cultural es un derecho humano fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática". Además, la Corte entendió que el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma. En ese sentido, el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura.

Tanto la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, identifican como parte del "derecho a la cultura", un derecho a "practicar", un derecho a "difundir" y que les sea asegurado a los pueblos indígenas el acceso y la participación en la vida cultural. Igualmente, ambos instrumentos protegen el derecho a preservar y revitalizar la cultura y las lenguas. A propósito, la DADPI dispone que "[l]os Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena" y "apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras… indígenas".

8. *El homicidio de quienes ejercen el periodismo como forma de extrema censura*

En el *Caso Leguizamón Zaván y otros vs. Paraguay*,[115] el Tribunal destacó que el homicidio de quienes ejercen el periodismo como profesión constituye la forma más extrema de censura, al impedirles continuar con la difusión de opiniones, ideas e información de relevancia pública.[116]

Un elemento inherente de la participación en la vida cultural consiste en el acceso a medios de comunicación y la posibilidad de fundar medios de comunicación de forma autónoma, a través de los cuales los pueblos indígenas pueden no sólo participar, sino también conocer de sus propias culturas, y contribuir con las mismas, en su propio idioma. En este sentido, la Corte ha reconocido que la lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura. Sobre el particular, este Tribunal se ha referido al carácter instrumental que adquieren determinados derechos, como lo es la libertad de expresión, para materializar otros derechos como el de participar en la vida cultural. Desde esa perspectiva, el acceso a sus propias radios comunitarias, como vehículos de la libertad de expresión de los pueblos indígenas, se muestra como un elemento indispensable para promover la identidad, el idioma, la cultura, la auto representación y los derechos colectivos y humanos de los pueblos indígenas. Así, en el presente caso, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a participar en la vida cultural están íntimamente conectados, en la medida que la garantía del derecho a fundar y utilizar sus emisoras de radio, como parte del derecho a la libertad de expresión de los pueblos indígenas, es esencial para la realización de su derecho a participar en la vida cultural a través de los referidos medios de comunicación.

La Corte consideró que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la participación en la vida cultural de los pueblos indígenas, incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Al respecto, la Corte recordó que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deben garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación, así como adoptar medidas eficaces para su plena realización. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

[115] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Leguizamón Zaván y otros vs. Paraguay: Sentencia de 2 de agosto de 2023 (Fondo, Reparaciones y Costas),* 2023.

[116] Véase también: En cambio, "en un clima en el que los periodistas gozan de seguridad, a los ciudadanos les resulta más fácil acceder a información de calidad y, como consecuencia, muchos objetivos resultan posibles: la gobernanza democrática y la reducción de la pobreza; la conservación del medio ambiente; la igualdad entre hombres y mujeres y el empoderamiento de la mujer; y la justicia y una cultura de los derechos humanos, por

9. *Importancia del rol del periodista en una sociedad democrática y protección de fuentes periodísticas*

En el *Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica*[117] la Corte ha destacado que el ejercicio profesional del periodismo "no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado".[118]

mencionar solamente algunos". De modo que, para garantizar el pluralismo propio de las sociedades democráticas, se requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público que garanticen el derecho de los ciudadanos a acceder a información e ideas desde una diversidad de posturas.

Es claro, además, que una adecuada lucha contra la corrupción exige transparencia en el ejercicio del poder. En ello el rol de la prensa es fundamental para informar a la ciudadanía acerca del grado en que los poderes constituidos cumplen con la legalidad por acción u omisión, cumpliendo una función social relevante en la formación de la opinión pública. Esa relación entre transparencia, democracia y probidad está claramente receptada en la Carta Interamericana, al establecer que "[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública [entre otros]". La protección de la labor de la prensa en su rol de guardianes del interés general no es sólo un asunto de relevancia pública, sino una cuestión de supervivencia del sistema democrático. En este sentido, la Convención Interamericana contra la corrupción establece en su preámbuloque "la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio".

117 Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica: Sentencia de 23 de mayo de 2022 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),* 2022.

118 Véase también: El Tribunal recordó que, para que la prensa pueda desarrollar su rol de control periodístico, debe no solo ser libre de impartir informaciones e ideas de interés público, sino que también debe ser libre para reunir, recolectar y evaluar esas informaciones e ideas. Cualquier medida que interfiera con las actividades periodísticas de personas que están cumpliendo con su función obstruirá inevitablemente con el derecho a la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva.

En el *Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica* consideró que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos que divulga. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes. En efecto, dicho Tribunal ha indicado que, aun cuando están amparados bajo la protección de la libertad de expresión, los periodistas deben ejercer sus labores

10. *Responsabilidades ulteriores e improcedencia de la acción penal en caso de funcionarios públicos*

En el *Caso Baraona Bray vs. Chile*[119] la Corte consideró recordó que ha considerado como temas de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes.[120]

obedeciendo a los principios de un "periodismo responsable" y ético, lo cual resulta de particular relevancia en una sociedad contemporánea donde los medios no sólo informan sino también pueden sugerir, a través de la manera cómo presentan la información, la forma en que dicha información debe ser entendida.

Asimismo, determinó que, dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. Por último, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

En el marco de esta protección que deben otorgar los Estados, resulta fundamental la protección de fuentes periodísticas, piedra angular de la libertad de prensa y, en general, de una sociedad democrática, toda vez que permiten a las sociedades beneficiarse del periodismo de investigación con el fin de reforzar la buena gobernanza y el Estado de Derecho. La confidencialidad de las fuentes periodísticas es, por lo tanto, esencial para el trabajo de los periodistas y para el rol que cumplen de informar a la sociedad sobre asuntos de interés público.

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baraona Bray vs. Chile: Sentencia de 24 de noviembre de 2022 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2022.

120 Véase también: En consecuencia, no cabe duda de que los temas ambientales deben considerarse asuntos de interés público en una sociedad democrática y que corresponde a los Estados proteger la libertad de expresión y fomentar la participación por parte de los ciudadanos en estos asuntos.

Por tanto, considerando la necesidad de armonizar la protección a los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la honra y la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, la Corte reiteró que la imposición de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión es de carácter excepcional. No obstante, siguiendo la jurisprudencia internacional y considerando la relevancia de los discursos de interés público y la mayor aceptación que debe tener la crítica contra funcionarios públicos, señaló que, tratándose del ejercicio del derecho a la libertad de expresión sobre temas de interés público, y en particular el referido a críticas dirigidas a funcionarios públicos, la respuesta penal es contraria a la Convención Americana.

11. *Impactos de la corrupción en el derecho a la libertad de expresión*

La Corte se pronunció sobre la vinculación entre la libertad de expresión y la calidad democrática resaltando que las expresiones relacionadas con denuncias sobre presuntos actos de corrupción, realizadas por funcionarios públicos u otras personas en función pública, deben gozar de una mayor protección en virtud de su importancia para el funcionamiento democrático. La Corte consideró que el control democrático fomenta la transparencia y la responsabilidad de los funcionarios, promoviendo así un debate amplio y necesario en la sociedad.[121]

IX. Conclusión

Las interpretaciones de la Convención Americana por parte de la Corte IDH y la Comisión han desarrollado con mayor especificidad las disposiciones de la Convención, para proteger la libertad de expresión en el

En consecuencia, los Estados deben crear mecanismos alternativos a la vía penal para que los funcionarios públicos obtengan una rectificación o respuesta o la reparación civil cuando su honor o buen nombre ha sido lesionado. Las medidas que se dispongan deben aplicarse conforme al principio de proporcionalidad, ya que incluso en aquellos casos donde exista un ejercicio abusivo de la libertad de expresión en donde proceda una indemnización gravosa, las sanciones que se impongan deben evaluarse con arreglo al derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, deben guardar una relación de proporcionalidad con el daño a la reputación sufrido.

Asimismo, deben existir garantías que permitan la protección de la persona sancionada en contra de condenas por indemnizaciones que resulten desproporcionadas respecto del monto establecido por la afectación a la reputación.

[121] Véase también: Además, la corte estableció que la denuncia de actos de corrupción constituye un discurso especialmente protegido en virtud del derecho a la libertad de expresión. La Corte también señaló que, en ciertos casos, las regulaciones que imponen el deber de confidencialidad pueden entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión, especialmente cuando se trata de denuncias de corrupción. En tales casos, el deber de confidencialidad debe estar limitado de manera precisa y clara a la información que represente un riesgo real y significativo para un interés legítimo de seguridad nacional.

Para garantizar el derecho a la libertad de expresión y promover la denuncia de corrupción, la corte indicó que los Estados deben proporcionar canales adecuados para facilitar e incentivar la denuncia, tanto internos como externos a las instituciones involucradas. Estos canales deben ser independientes, imparciales y garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante y la información recibida. Además, los Estados deben establecer mecanismos de protección para los denunciantes, incluyendo medidas para preservar su integridad personal y evitar represalias.

sistema interamericano. Como se constata en el análisis, se trata de un marco que aborda no sólo los ataques directos, sino también indirectos al derecho a la libertad de expresión, incluidas las protecciones para el discurso que critican a los funcionarios públicos, las restricciones a la censura previa y las obligaciones positivas de los países de eliminar los monopolios de los medios de comunicación y garantizar un entorno amigable para la difusión de todas las ideas en cualquier medio deseado, entre otros componentes de este importante derecho.

Los nuevos medios de comunicación (plataformas digitales, redes sociales, comunicación en línea) y la rápida difusión de la información que es posible han creado nuevos desafíos que los Estados deben enfrentar. Estos incluyen, la protección de la privacidad, *fake news*, la posibilidad de influir en procesos eleccionarios, el discurso de odio y discriminación racial, religiosa o de otro tipo, el rol de actores privados con capacidad de ejercer censura o de determinar el contenido de la información.

Las disposiciones normativas incluidas en la Convención Americana y los valiosos logros normativos y jurisprudenciales alcanzados dan una base normativa importante y obligatoria para enfrentar esos desafíos. Sin embargo, factores como la rapidez en la comunicación y el control de medios públicos y privados, requiere de una elaboración más específica.

El proyecto constitucional, presentado el año 2023, reflejaba de una manera general dichos principios. Sin embargo, las disposiciones, que creaban organismos y establecían regulaciones por parte de la ley, dejaban un espacio de interpretación, que, para ser compatible con las obligaciones internacionales de Chile, deben dar pleno cumplimiento a las normas de la Convención Americana. Temas no explícitamente no suficientemente desarrollados en el proyecto constitucional, por ejemplo, la protección especial del discurso relativo a materias de dominio público, la necesidad de acción inmediata, en el caso de discurso de odio o discriminatorio, cuando éste tiene la capacidad real de provocar actos de violencia.

También es importante señalar que regulaciones que han existido en Chile, como la prohibición de propaganda política con anterioridad a actos eleccionarios, requieren regulación específica en los medios de comunicación social, incluyendo, restricciones sobre potencial influencia, de medios extranjeros, o campanas internacionales.

Como se reflejó además en el análisis anterior, la libertad de expresión, no solo se infringe, por acción estatal directa, sino también, por falta

de acciones positivas como es asegurar el acceso a la información y la posibilidad de discursos especialmente protegidos o de sectores vulnerables. En efecto, se trata de un derecho expuesto a una evolución social constante, y su protección no está limitada a prohibir acciones que violen este derecho. La adopción de medidas positivas de promoción y adaptación a los desafíos de una realidad cambiante es indispensable.

A modo de conclusión, se debe reconocer, el complejo tejido de principios y obligaciones que garantizan estos derechos, y garantizar su adecuación permanente a la luz de los desafíos que ese derecho enfrenta. En esto, no solo está en juego la libertad de expresión como un derecho específicamente identificado, sino también por su importancia la realización efectiva de la democracia.

Capitulo séptimo

Debates sobre la incorporación de Derecho internacional de los derechos humanos en el proceso constitucional chileno de 2023

Verónica Undurraga Valdés
Bárbara Concha Muñoz

Sumario: I. *Introducción*. II. *La situación de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos posdictadura*. III. *Los debates pendientes*. IV. *El proceso constituyente 2021-2022*. V. *El proceso constitucional 2023*. VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. Introducción

Este artículo tiene como objetivo dejar testimonio sobre los debates que se dieron durante el proceso constitucional chileno que se desarrolló durante el año 2023, respecto a la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno. Este proceso constitucional, que terminó con el rechazo de la propuesta de nueva Constitución por parte de la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio, debe considerarse como una etapa más dentro del largo camino que ha recorrido Chile para reconstituir su pacto social después de la dictadura militar.

En la transición a la democracia, Chile hizo un esfuerzo por volver a insertarse en la comunidad global, pero siempre han existido fuerzas políticas que miran con recelo la supervisión internacional en materia de derechos humanos, lo que se ha agudizado en la última década, marcada por un resurgimiento, en Chile al igual que en el resto del mundo, de posturas nacionalistas y una política marcada por la polarización.

El proceso constitucional de 2023 es interesante porque en su primera parte, representada por el trabajo de la Comisión Experta que redactó un anteproyecto, se lograron acuerdos para avanzar en una fórmula para incorporar de mejor manera el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno. Sin embargo, el acuerdo no prosperó porque en el Consejo Constitucional electo, que tenía atribuciones para modificar el anteproyecto, primaron las posturas reticentes al derecho internacional. Analizar los argumentos y estrategias desarrollados durante el proceso permite sacar aprendizajes para enfrentar en el futuro este tema que sigue pendiente y puede dar luces a personas interesadas en otros países de la región que enfrentan desafíos similares.

II. La situación de la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos posdictadura

La transición pacífica de la dictadura a la democracia en Chile se hizo mediante un plebiscito en que la ciudadanía rechazó la permanencia en el poder de Augusto Pinochet y siguiendo un itinerario establecido por las propias reglas de la Constitución escrita en dictadura. El año 1989, antes de la entrega del poder a la nueva autoridad democrática, una delicada negociación entre el gobierno militar, la oposición representada por la Concertación de Partidos por la Democracia y los partidos de derecha afines al gobierno, permitió acordar una primera reforma a la Constitución, la que fue aprobada por la ciudadanía en un plebiscito realizado en julio de ese año.[1] Uno de los cambios contemplados en esa reforma consistió en la inclusión de una norma en el artículo 5o. de la Constitución, que reconoció como límite a la soberanía los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes y estableció el deber del Estado de respetarlos y promoverlos.

Esta reforma buscaba simbolizar el compromiso de las nuevas autoridades del Estado y de la sociedad con el respeto a los derechos humanos, mejorar la reputación internacional del país, el retorno de Chile a la comunidad internacional de la cual había estado aislado durante la dictadura y, por último, incorporar a la Constitución estándares y mecanismos de control internacionales, frente a posibles retrocesos antidemocráticos.

[1] Artículo único de la Ley 18.825, publicada en el *Diario Oficial* del 17 de agosto de 1989.

El nuevo artículo 5o. quedó con el siguiente texto, donde la adición del año 1989 aparece marcada en cursiva:

> Artículo 5o.
>
> La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.
>
> El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

III. Los debates pendientes

Más allá de lo positivo de la reforma, el nuevo texto generó numerosos debates sobre su significado y alcance, que seguían pendientes cuando Chile enfrentó el proceso constituyente de 2021-2022. Judith Schönstainer enumera los siguientes temas no resueltos: 1) la posición que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno; 2) su autoejecutabilidad (es decir, la posibilidad de invocarlos directamente ante un tribunal chileno); 3) la posición que ocupan las normas de *ius cogens* en el derecho constitucional interno; 4) la facultad y obligación de todos los órganos del estado de aplicar, en el marco de sus competencias, el control de convencionalidad definido como obligación estatal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y 5) la falta de definición en el derecho constitucional sobre la incorporación de la jurisprudencia internacional y de las decisiones de los órganos de supervisión de tratados en la definición del alcance y contenido de los derechos humanos.[2]

[2] Schönsteiner, Judith, "Algunas reflexiones preliminares sobre la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y asuntos económicos", *X Coloquios de Derecho Internacional,* pp. 109-126, disponible en: *https://foroconstituyente.udec.cl/storage/2021/08/2021_agosto31_Dossier_final_X_Coloquios_Derecho_Internacional.pdf* (fecha de consulta: 23 de octubre de 2024).

En el proceso constituyente de 2021-2022 se presentaron numerosas iniciativas referidas a estos distintos puntos, muchos de los cuales quedaron fuera de la propuesta final, lo que puede dar señales de que entre las fuerzas de izquierda y centro izquierda que tenían en conjunto el quórum para aprobar normas, no había tampoco posiciones compartidas sobre estos temas. La propuesta elaborada por la Convención Constitucional, sometida al plebiscito el 4 de septiembre de 2022, adoptó una norma que consideraba parte integral de la Constitución y daba rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados de derechos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales de derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de derechos humanos.[3] La propuesta constitucional fue rechazada en el plebiscito, por lo que la norma nunca entró en vigencia.

Apenas hubo concluido así ese proceso constitucional, se inició la organización de un segundo proceso, al que hará referencia este trabajo. Antes de eso, es necesario entender las características de este primer proceso, para entender el contexto en que se desarrolló el segundo.

El proceso 2021-2022, estuvo hegemonizado por fuerzas políticas de izquierda, con mayoría de independientes sin experiencia previa en la política institucional y con un marcado discurso anti-partidos. En la elección de los miembros de la Convención Constitucional la derecha inesperadamente obtuvo una votación muy por debajo de sus votaciones históricas, lo que la dejó sin capacidad negociadora. En ese escenario, los partidos políticos de centro izquierda e izquierda terminaron negociando exclusivamente con las fuerzas de izquierda no partidistas, como la única fórmula que se veía posible para lograr el quórum de ⅔ necesario para aprobar las normas constitucionales. La propuesta constitucional, además de reflejar ideas de izquierda, fue marcadamente feminista, indigenista y medioambientalista, lo que implicó un distanciamiento radical de los marcos habituales de la política constitucional e incluso legislativa chilena. Esto profundizó la polarización política.

[3] Convención Constitucional de Chile, *Propuesta de Constitución Política de la República 2022,* Artículo 15, disponible en: *https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Los partidos que habían hecho campaña por el rechazo de la propuesta se habían comprometido a que, de ganar esta opción, apoyarían el inicio de un nuevo proceso constitucional. Esto se concretó en un acuerdo político que se plasmó en una nueva reforma constitucional que permitió habilitar institucionalmente el proceso constitucional de 2023.[4] Este segundo proceso constitucional tuvo características muy distintas al anterior.

V. El proceso constitucional 2023

El diseño del segundo proceso fue reactivo al primero. Fue un proceso controlado por los partidos políticos, con todas las características de un diseño post-soberano, en que el poder constituyente está sujeto a una serie de restricciones impuestas por los órganos constituidos.[5]

Se acordó que una Comisión Experta designada por los partidos políticos con presencia en el Congreso redactara un anteproyecto completo de Constitución, el que sería posteriormente revisado y enmendado por el Consejo Constitucional, un órgano elegido directamente por la ciudadanía. Las reglas de elección del Consejo Constitucional desincentivaban la participación de independientes. El reglamento que regulaba el proceso fue aprobado por el Congreso y los órganos constitucionales no podían modificarlo. También debían respetar doce bases o principios previamente acordados por el Congreso.[6] Éste designó un Comité Técnico de Admisibilidad para asegurar el cumplimiento de estas doce bases y la Corte

[4] Acuerdo por Chile, Congreso Nacional, Santiago, 12 de diciembre de 2022. disponible en: *https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/68772/1/Acuerdo_Constitucional.pdf* (fecha de consulta: el 24 de octubre de 2024).

[5] Por ejemplo, se estableció que ninguno de los órganos del proceso constitucional podrían intervenir ni ejercer funciones o atribuciones de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o en las leyes. Mientras no entrara en vigencia la nueva Constitución, la actual seguiría plenamente vigente sin que los órganos constituyentes pudieran negarle autoridad o modificarla. Se prohibió que los órganos del proceso y sus integrantes se atribuyeran el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las expresamente se le reconocieron. La nueva Constitución no podría poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular o designadas de conformidad a las normas constitucionales y legales vigentes. A los miembros de los órganos constitucionales se les hizo aplicable las normas sobre probidad de la función pública y sobre lobby y se estableció su disolución de pleno derecho una vez concluído el proceso.

[6] El Artículo 154, de la Constitución Política de la República contiene las 12 bases institucionales y fundamentales que la propuesta debía contener.

Suprema fue mandatada a adjudicar las disputas sobre infracciones al reglamento del proceso. Una vez que el Consejo Constitucional tuviera elaborada su propuesta, se contemplaba un periodo de observaciones a cargo de la Comisión Experta y una posterior votación por el Consejo Constitucional de dichas observaciones, las que podían ser aprobadas por un quórum de ⅗ o rechazadas por un quórum de ⅔. Aquellas observaciones que no obtuvieran los votos suficientes para ser aprobadas o rechazadas, serían nuevamente revisadas por una Comisión Mixta conformada por igual número de expertos y consejeros, quienes podrían proponer redacciones alternativas, que finalmente serían votadas por el Consejo Constitucional. De este modo, si bien el Consejo Constitucional elegido tenía la última palabra sobre el texto de la propuesta final, la Comisión Experta mantenía una influencia importante, incluso durante la etapa en que el consejo estaba a cargo del proceso. La propuesta definitiva del consejo debía ser sometida a un plebiscito de salida, con voto obligatorio.

1. *El anteproyecto de la Comisión Experta: espíritu de acuerdos transversales*

El primer órgano en actuar en este nuevo proceso fue la Comisión Experta, cuyo su mandato era redactar un anteproyecto de Constitución en un plazo de tres meses y entregarla en la ceremonia de instalación del Consejo Constitucional.

La Comisión Experta estaba equilibrada en términos ideológicos, reflejando la proporción de fuerzas del Congreso Nacional (1 integrante del Partido Republicano, 11 de la derecha tradicional, 5 de partidos de centro-izquierda y 7 de izquierda). En la práctica, las negociaciones se dieron entre dos grupos de 12 personas que, a pesar de sus diferencias internas, actuaron sin dividirse, agrupando el primero a todo el espectro de la derecha y el segundo, al de la izquierda. Se trabajó en 4 subcomisiones temáticas, las que tenían cada una 6 integrantes, manteniendo el equilibrio de fuerzas políticas al interior de ellas.

Para que las normas pudieran aprobarse se requería un quórum de ⅗ tanto en las subcomisiones de trabajo (4 de 6 votos) como en el pleno (14 de 24 votos), lo que significó que en la Comisión Experta solo era posible aprobar normas si ambos sectores acordaban los textos por consenso.

Esto implicó que el texto del anteproyecto fuera más bien minimalista y que muchas diferencias sustantivas más específicas entre los dos bloques quedaran entregadas para ser resueltas por la política ordinaria en el Congreso. Esto significaba un avance muy significativo respecto de la Constitución de 1980, que tenía una fuerte carga ideológica particularmente en el ámbito de la Constitución económica. El texto del anteproyecto aportaba un marco constitucional bajo el cual podrían desarrollarse distintos proyectos políticos.

El anteproyecto de la Comisión Experta refleja, entonces, un compromiso transversal de todas las fuerzas políticas con presencia en el Congreso. En materia del reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos representó un avance, que de haberse aprobado el anteproyecto, pudo ser potencialmente relevante, en relación a la situación bajo la Constitución de 1980.

En el contexto de un proyecto marco y minimalista, la cláusula sobre incorporación del derecho internacional de los derechos humanos adquirió especial importancia porque permitía que derechos que no quedaran reconocidos o desarrollados en el texto constitucional pudieran ser incorporados o interpretados, mediante el reenvío a normas de derecho internacional de los derechos humanos. Además, en las negociaciones de temas específicos, por ejemplo, aquellas sobre las cláusulas de igualdad, derechos de los pueblos indígenas y de la niñez, y derechos económicos y sociales, también se buscó que las normas minimalistas de la propuesta constitucional tuvieran un lenguaje y una estructura que las vinculara al marco teórico y los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos, para asegurar interpretaciones y aplicaciones que fueran acordes con éste.

A. *Las primeras negociaciones sobre la cláusula de incorporación del derecho internacional en el derecho interno: un avance relevante*

El trabajo de negociación del Anteproyecto se dividía en dos etapas reglamentarias. La primera contemplaba que, una vez acordada la estructura de los capítulos del anteproyecto, los(as) integrantes de la Comisión Experta presentaran propuestas de normas para cada capítulo. Una vez presentadas, las propuestas de normas debían ser votadas por el pleno

de la Comisión Experta. Aquellas que lograran el quórum de ⅗ se considerarían aprobadas en general. Después de la aprobación en general, se iniciaba la segunda etapa, en que los expertos podían presentar enmiendas para suprimir o modificar estas normas o agregar otras nuevas. Estas enmiendas requerían debatirse y aprobarse en las subcomisiones respectivas y posteriormente por el pleno, con el mismo quórum de ⅗.

Dado el empate de fuerzas políticas en la Comisión Experta y la necesidad de obtener el quórum de ⅗ en el pleno, la única manera de que las propuestas de normas pudieran ser aprobadas y evitar el fracaso del proceso, fue llegar a acuerdos transversales respecto del contenido de esas propuestas y presentar las iniciativas de normas en conjunto. Las negociaciones para esos acuerdos se hicieron en las subcomisiones temáticas. Esa fue la primera vez en que se redactó, por consenso, la norma sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno.

Fue la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos (SP-DCP) la que negoció y redactó la primera versión de esa norma, que formaría parte del capítulo Fundamentos del Orden Constitucional, el primer capítulo del Anteproyecto. En esto se asemeja a la ubicación que el artículo 5o. tiene en la Constitución de 1980 en el capítulo inicial titulado Bases de la Institucionalidad.

Una de las doce bases, específicamente la base N°3, obligaba a incorporar el siguiente texto a la propuesta de nueva Constitución: "La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos"[7]

Como puede apreciarse, la inclusión de la base N°3 buscó asegurar que se conservara la norma introducida en la reforma de 1989 sobre la inclusión de los tratados de derechos humanos como límite a la soberanía. La declaración sobre terrorismo también proviene de la Constitución de 1980.[8]

Respecto de otros aspectos no contenidos en esta base, la discusión de la Subcomisión buscó zanjar la discusión de décadas sobre el rango de los tratados de derechos humanos, reflejada en el diferente valor que el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios han reconocido a estos

[7] Base N°3, Artículo 154, de la Constitución Política de la República de Chile.
[8] Artículo 9, de la Constitución Política de la República de Chile.

tratados. En Chile, la discusión sobre el rango de los tratados siempre ha estado asociada al problema de definir la precedencia de normas en caso de colisión o conflicto entre normas constitucionales y normas de tratados de derechos humanos, cuando se los invoca en su aplicación en Chile. La importancia de la negociación previa de la base N°3 fue que permitió garantizar la inclusión de una declaración de reconocimiento expreso de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, lo que, como ha señalado la doctrina, permite en parte soslayar las dificultades políticas para acordar una regla sobre la jerarquía de los tratados.[9]

La reforma de 1989 al artículo 5o. de la Constitución de 1980 utilizó precisamente esta técnica de la declaración de reconocimiento de los derechos humanos contenidos en tratados, sin pronunciarse sobre el tema de la jerarquía de los tratados, lo que generó interpretaciones divergentes en la doctrina. En 2005 hubo una importante reforma constitucional en la que, entre otras cosas, se buscó solucionar algunos de los temas vinculados con el reconocimiento de los tratados en el ordenamiento interno. Por ejemplo, el reformado artículo 54, que establece como una de las atribuciones exclusivas del congreso "aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación," aclaró el quórum que requiere el tratado para su aprobación, estableciendo como regla que este quórum dependerá de si las materias sobre las que tratan las normas del tratado habrían requerido un quórum calificado si hubieran estado reguladas por una ley interna. Asimismo, se modificó la oración que establecía que "la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley", agregándole la frase "en lo pertinente" lo que sirvió para debilitar, hacia el futuro, interpretaciones doctrinarias que se basaban, en esa frase, para hacer equivalente la jerarquía de los tratados con la de la ley ordinaria y afirmaban, en consecuencia, que una ley posterior podía derogar una norma de tratado en Chile.[10] Esto se dejó además explícito en el nuevo inciso quinto, del artículo 54, en que se señaló que "las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la for-

[9] Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno" (inédito, copia en poder de las autoras).

[10] Campusano, Raúl F., "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005", *Revista Actualidad Jurídica,* núm.13, enero 2006, p. 26, disponible en*: https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-13-P25.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

ma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional". La reforma del 2005 introdujo también nuevas normas sobre la formulación y retiro de reservas a los tratados,[11] aclaró las atribuciones del presidente y el Congreso respecto de las medidas o acuerdos requeridos para el cumplimiento de un tratado en vigor[12] y respecto a denuncias o retiros de tratados,[13] ordenó la publicidad de los hechos que digan relación con el tratado internacional.[14]

No obstante estos avances, la reforma del 2005 no terminó con la discusión doctrinaria sobre el rango de los tratados de derecho internacional de derechos humanos en el derecho interno, ni zanjó tampoco los otros

[11] La reforma le dio al Congreso facultades para sugerir al presidente, durante el proceso de aprobación del tratado, la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional. Asimismo, se estableció que "el retiro de una reserva que haya formulado el presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva". La introducción de este nuevo requisito, aunque hace el procedimiento interno más coherente, también hace más engorroso el retiro de reservas, que es permanentemente sugerido por órganos internacionales de supervisión de tratados. Artículo 54, inciso 8.

[12] "Las medidas que el presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria" Art 54, inciso 4. También "en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el congreso autorizar al presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64" Art. 54, inciso 10.

[13] "Corresponde al presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno" "en el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el congreso, el presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro" Art. 54, inciso 6 y 7.

[14] "De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo". Art. 54, inciso 9.

debates a los que hicimos referencia en la sección 2 de este artículo. Y no habiéndose aprobado la propuesta constitucional de 2022, fueron esos los temas que dominaron en el debate constitucional del año 2023.

La negociación al interior de la SCPDCP sobre la norma relativa al derecho internacional de los derechos humanos se centró, precisamente, en el tema del rango de estos tratados. Fue difícil conciliar las posturas de ambos bloques. Por una parte, el bloque de izquierda no estaba disponible para aceptar una norma que rebajara el rango constitucional que ya estaba reconocido, si bien no explícitamente en el texto de la Constitución, sí por los tribunales ordinarios por la vía interpretativa. Por la otra parte, el bloque de derecha sólo aceptaba reconocer rango constitucional a los tratados de derechos humanos si se subía el quórum de aprobación de los tratados por el Congreso para igualarlo al quórum de reforma constitucional (este requisito era aceptado por la izquierda) y, respecto de los tratados de derechos humanos ya vigentes, si se sometían a una nueva votación del Congreso, esta vez no ya para aprobarlos, sino para determinar la jerarquía que se les reconocería. Este último punto no era aceptable para los integrantes de izquierda de la SCPDCP porque implicaba hacer depender el valor y efecto jurídico de tratados que tenían la misma categoría de la votación que se obtuviera en el Congreso. Además, en la práctica esto implicaría que tratados que a la fecha eran reconocidos por el Poder Judicial con jerarquía constitucional, podían pasar a tener rango infraconstitucional.

La SCPDCP intentó llegar a un acuerdo siguiendo el modelo de la Constitución argentina, que enumera los tratados internacionales ya vigentes en Chile a los que se les reconocería rango constitucional.[15] Sin

[15] El artículo 75, párrafo 22, de la Constitución argentina señala que corresponden al congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en la condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías

embargo, no se pudo llegar a acuerdo porque la izquierda incluyó en su propuesta de lista el Convenio 169 de la OIT, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer con su protocolo facultativo, y el Convenio de Escazú, lo que no fue aceptado por los expertos de derecha.

Finalmente el consenso sobre esta cláusula fue un ejemplo típico de *deferral.*[16] Lo que se hizo fue mantener la cláusula de la Constitución de 1980 en su texto reformado en 1989 que no zanja el tema del rango, postergando esta discusión para el futuro. Sin embargo, se agregó una obligación de interpretación conforme, que establecía que las normas de derecho interno debían interpretarse de forma compatible con los tratados internacionales de derechos humanos y favoreciendo la protección más amplia de la persona. La inclusión de estos dos principios, el de interpretación conforme y el principio *pro persona*, ofrecían una vía para armonizar las normas del Derecho interno y el Derecho internacional, de una manera que era compatible con las obligaciones del Estado bajo el derecho internacional, disminuyendo en gran medida la necesidad de definir el rango de los tratados.[17]

El texto de la iniciativa de norma presentado por la SPDCP quedó redactado de la siguiente manera:

> Artículo 6o.
>
> 1. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.
>
> 2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.

por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

16 Dixon, Rosalind, "Constitutional design deferred", en Lerner, H. y Landau, D. (eds.), *Comparative Constitution Making,* Edward Elgar Publishing Limited, 2019, pp. 165-185.

17 Carlos Ayala Collao explica que la técnica de la interpretación conforme permite la incorporación de los derechos humanos por vía interpretativa al rango y valor de los derechos constitucionales. (Ver nota al pie 9).

El pleno aprobó las iniciativas presentadas con fecha 3 de abril de 2023 por unanimidad.[18]

B. *La etapa de enmiendas a las normas generales aprobadas: se avanza otro paso*

Después de la aprobación en pleno de las iniciativas de norma, venía la etapa de presentación de enmiendas al texto aprobado. Las enmiendas del sector más progresista incluían insistir en establecer la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos;[19] incorporar una norma sobre la obligación estatal de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales de derechos humanos y de ejecución de las sentencias de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya sido reconocida por el Estado, y agregar un compromiso estatal de cooperación con las instancias internacionales y con el fortalecimiento de éstas.[20]

Por su parte, las enmiendas del sector de derecha incluían restringir el reconocimiento de rango constitucional sólo al "texto" de los tratados,[21] lo que tenía como fin que los tribunales y demás órganos estatales chilenos no quedaran vinculados por las interpretaciones de las normas de tratados desarrolladas por la Comisión y la Corte Interamericanas y por los órganos de supervisión de tratados. Agregaban además una norma transitoria que otorgaba un plazo de doce meses para que el presidente de la

[18] Comisión Experta, *Sesión N°10 de Pleno,* disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=II44mKT73Kg&t=4127s* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

[19] Enmienda 22/1) De los comisionados y comisionadas Lagos, Lovera, Osorio, Quezada, Rivas y Sánchez, para incorporar un nuevo inciso 6.2, adecuando la numeración correlativa de los incisos siguientes, del siguiente tenor: "2. Estos tratados formarán parte del derecho interno y gozarán de jerarquía constitucional".

[20] Enmienda 24/1) De los comisionados y comisionadas Lagos, Lovera, Osorio, Quezada, Rivas y Sánchez, para incorporar un nuevo inciso final del siguiente tenor: "3. El Estado de Chile cumplirá de buena fe las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y ejecutará íntegramente las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción ha sido reconocida por el Estado. Se compromete también a cooperar con todas las instancias internacionales de promoción y protección de los derechos humanos de las que es parte, y a promover la democratización y fortalecimiento de éstas".

[21] Enmienda 21/1) De los comisionados y comisionadas Frontaura, González, Horst, Pavez, Peredo y Sebastián Soto, para incorporar, en el artículo 6o., el siguiente inciso segundo, pasando el actual inciso segundo a ser inciso tercero:"2. El texto de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y que se encuentren vigentes tendrá rango constitucional".

República enviara un proyecto de ley interpretativa de la Constitución en el cual se especificaría qué tratados tendrían rango constitucional,[22] por lo que el rango constitucional, respecto de cada uno de los tratados vigentes en Chile al momento de entrada en vigencia de la nueva Constitución, dependería de la aprobación del Congreso. Por último, modificaban la norma general aprobada sobre el principio de interpretación conforme, para hacerla aplicable no a todas las normas de derecho interno, sino sólo a las leyes.[23] Lo que se buscaba con esta norma era no someter a las normas constitucionales al mandato de ser interpretadas en forma compatible con los tratados.

Dado que ningún sector tenía los votos para aprobar sus enmiendas y para evitar la paralización del proceso, se acordó utilizar una norma reglamentaria que permitía sustituir las enmiendas presentadas por otras escritas de común acuerdo, llamadas "enmiendas de unidad de propósito".[24]

Como resultado de ese acuerdo, se aprobó por la unanimidad de la SCPDCP y después por el pleno de la Comisión Experta, una enmienda de unidad de propósito, que mantiene en lo medular lo acordado en la primera negociación, agregando un mandato a la ley para regular el proceso de cumplimiento de las sentencias de tribunales internacionales. Este es el texto que quedó en el Anteproyecto de la Comisión Experta:

> *Artículo 5o.*
>
> *1. El ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.*

[22] Enmienda I) De los comisionados y comisionadas Frontaura, González, Horst, Pavez, Peredo y Sebastián Soto, para incorporar la siguiente disposición transitoria: "Artículo transitorio. En un plazo de doce meses, el presidente de la República enviará un proyecto de ley interpretativa de la Constitución, en el cual especificará a qué tratados se refiere el inciso segundo del artículo 6o.".

[23] Enmienda 23) De los comisionados y comisionadas Frontaura, González, Horst, Pavez, Peredo y Sebastián Soto, para sustituir, en el artículo 6o., en el actual inciso segundo, la expresión "normas de derecho interno" por "leyes", y para agregar la frase "el texto de" entre "con" y "aquellos".

[24] Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional, Artículo 62 N°3, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/documentos/ReglamentoProcesoConstitucional.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.

3. La ley determinará la forma y el procedimiento en que el Estado cumplirá las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción ha reconocido.[25]

Además de esta norma, aquellas relativas a los procedimientos de aprobación de los tratados internacionales que habían sido materia de la reforma de 2005, se reprodujeron en el Anteproyecto.[26]

2. *La etapa del Consejo Constitucional: resistencia al derecho internacional de los derechos humanos*

Entregado el Anteproyecto de la Comisión Experta, comenzó la etapa a cargo del Consejo Constitucional. La conformación política resultante de la elección popular de los integrantes del consejo Constitucional rompió con el equilibrio de fuerzas que existía en el Congreso y en la Comisión Experta. Ideológicamente fue de signo contrario a la Convención Constitucional del proceso anterior, al lograr la derecha la mayoría para aprobar las normas sin necesidad de contar con votos de otro sector. Dentro de esta mayoría de derecha, el Partido Republicano, un partido de ultraderecha que hizo campaña con un discurso crítico a los partidos tradicionales, centrándose en temas de delincuencia y defendiendo abiertamente la Constitución de 1980, tuvo total hegemonía y pasó a dominar la conducción y dinámica del proceso.

Los consejeros constitucionales propusieron más de mil enmiendas al Anteproyecto, la gran mayoría de las cuales provenían de los partidos de derecha, ya que los consejeros de izquierda, considerando que no tenían los votos para incidir dentro del consejo, optaron mayoritariamente por adherir al Anteproyecto y presentarse ante la ciudadanía como los defensores de un texto que representaba un acuerdo moderado y ampliamente transversal.

[25] Enmienda de unidad de propósitos 20/1-A.

[26] Comisión Experta, *Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile,* Artículos 61, 102 y 169, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

El artículo 5o. del Anteproyecto fue objeto de varias propuestas de enmiendas. La izquierda presentó dos que insistían en incorporar el rango constitucional de los tratados de derechos humanos[27] y en incluir un deber estatal de respeto y garantía a los derechos humanos.[28]

La derecha, en cambio, propuso enmiendas que reforzaban una postura soberanista del Estado frente al Derecho internacional de los derechos humanos, lo que se reflejaba en propuestas que buscaban:

a. Establecer el principio de supremacía constitucional frente al derecho internacional (Partido Republicano y UDI).[29]
b. Incluir un principio conforme al cual los tratados internacionales debían ser interpretados en forma compatible con la Constitución, lo que implicaba invertir el principio de interpretación conforme de las normas de derecho interno con el derecho internacional que reflejaba el acuerdo del Anteproyecto (Partido Republicano).[30]
c. Limitar el principio de interpretación conforme de las normas de derecho interno sólo al *texto* de los tratados de derechos humanos (Partido Republicano y Chile Vamos).[31]
d. Redactar el principio *pro persona* cambiando el término persona por *seres humanos*, con el objeto de incluir al no nacido (Chile Vamos).[32]
e. Establecer que la interpretación de los tratados es responsabilidad del Estado, agregando que las normas de derecho interno deberán interpretarse en forma compatible con el *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos que regulen los derechos contenidos en el

[27] Enmienda "26/1" De las y los consejeros Araya, Marcela; Araya, Karen; Bengoa, Márquez, Melín, Ñanco, Pardo Suárez, y Viveros: Para agregar un nuevo inciso 2 al artículo 5 del siguiente tenor: "Estos tratados gozarán de jerarquía constitucional".

[28] Enmienda "23/1" de las y los consejeros Araya, Marcela; Araya, Karen; Bengoa, Márquez, Melín, Ñanco, Pardo, Suárez, y Viveros: Para sustituir (agregar) en el inciso 1, del artículo 5o., luego de su punto final, pasando éste a ser punto seguido, lo siguiente: "Es deber de los órganos del Estado respetar y garantizar tales derechos.

[29] Enmienda "29/1" de las y los consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas (Partido Republicano) y enmienda "22/1" de las y los consejeros Eluchans, Jorquera, Navarrete, Phillips y Recondo (UDI).

[30] Enmienda "29/1" de las y los consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas (Partido Republicano).

[31] Enmienda "27/1" de las y los consejeros Becker, Cuevas, Gallardo, Hutt y Mangelsdorff (Chile Vamos) y enmienda "29/1" de las y los consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas (Partido Republicano).

[32] Enmienda "27/1" de las y los consejeros Becker, Cuevas, Gallardo, Hutt y Mangelsdorff (Chile Vamos).

tratado y con la Constitución, favoreciendo la protección más amplia de las personas (UDI).[33]

f. Prohibir la utilización de instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes en la interpretación del texto de los tratados (Partido Republicano).[34]

g. Sujetar a la aprobación del Congreso Nacional la determinación de cuáles de los tratados internacionales vigentes en Chile corresponden a tratados de derechos humanos, para que adquieran rango constitucional (UDI).[35]

h. En la norma sobre cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales internacionales, cambiar la expresión "el Estado cumplirá las sentencias" por "el Estado *podrá cumplir* las sentencias" y agregar la frase "lo que procederá exclusivamente respecto de procedimientos en los cuales ha sido parte frente a dichos tribunales" (Partido Republicano y UDI).[36]

De haberse aprobado estas propuestas, el Estado de Chile, en lugar de haber avanzado en la compatibilización de sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, como lo hacía el Anteproyecto, habría visto dificultada la aplicación de las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que en ningún caso se restringe solo al texto literal de los tratados o a al sentido corriente de los términos del texto, sino que incluye otros elementos y, muy especialmente obliga a atender al objeto y fin del tratado. Asimismo, se habría expuesto a infringir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en especial, las obligaciones de cumplir con las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicte respecto de Chile,[37] la obligación de adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos

[33] Enmienda "31/1" de las y los consejeros Eluchans, Jorquera, Navarrete, Phillips y Recondo (UDI).

[34] Enmienda "29/1" de las y los consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas (Partido Republicano).

[35] Enmienda "27/DT" de las y los consejeros Eluchans, Jorquera, Navarrete, Phillips y Recondo (UDI).

[36] Enmienda "32/1" de las y los consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas (Partido Republicano) y enmienda "30/1" de las y los consejeros Becker, Cuevas, Gallardo, Hutt y Mangelsdorff (Chile Vamos).

[37] Artículo 68, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

reconocidos en el tratado;[38] la de modificar la normativa interna para hacerla compatible con las normas de tratados; la obligación de cumplir los tratados de buena fe[39] y la obligación de cooperar con los órganos de supervisión internacional.

En razón de este riesgo, los comisionados expertos de centro izquierda e izquierda, en conjunto con consejeros de ese último sector, buscaron negociar con la derecha antes de las votaciones, la morigeración de los términos de las enmiendas, haciendo propuestas que recogieran las preocupaciones del sector de derecha, pero que no comprometieran la responsabilidad internacional del Estado. Este fue un intento de la izquierda que fue justificado como una estrategia de "control de daños". Aunque el sector de la izquierda no tenía votos suficientes para influir en la negociación, tenía algún poder comunicacional en un momento en que la derecha estaba presionada por demostrar que sus propuestas no eran radicales y que tenían voluntad de diálogo. Incluso bajo esa estrategia de control de daños no pudo llegarse a un texto consensuado entre los dos sectores. En ese contexto, la derecha presentó una "enmienda de común propósito", pero solo redactada solo por los partidos de derecha, en la que recogió parcialmente algunas propuestas que había hecho la izquierda durante la negociación y la presentó comunicacionalmente como una concesión a los adversarios políticos.

La enmienda fue aprobada con la siguiente redacción:

> Artículo 5o.
>
> La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, consagra como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar, proteger y garantizar tales derechos.
>
> Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, atendiendo a las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados, de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los

[38] Artículo 2o., de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 27, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

[39] Artículo 26, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Estados en la comprensión y su aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.

La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido.[40]

3. *Observaciones de la Comisión Experta*

El diseño del proceso constitucional contemplaba una etapa en que el proyecto constitucional con las enmiendas aprobadas por el consejo volvía a manos de Comisión Experta[41] para que esta formulara observaciones. La Comisión Experta debatió 626 propuestas de observaciones presentadas por sus integrantes, entre las que se incluían dos referidas al artículo sobre derecho internacional de los derechos humanos.[42] La observación que logró quórum para aprobarse, proponía modificar levemente el texto del consejo, en las partes del artículo que aparecen en cursivas:

> 1. La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, *reconoce* [en lugar de "consagra"] como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar, proteger y garantizar tales derechos.
>
> 2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, *y considerando* [en lugar de "atendiendo a"] las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales *cuyo propósito es asistir a los Estados en la comprensión del sentido y alcance de las normas y en su aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante* [en lugar de "que puedan asistir a los Estados en la

[40] Enmienda de Unidad de Propósitos 5/A de los consejeros Fincheira, Gatica, López, Mangelsdorff, Montoya, Navarrete, Rojas y Silva.

[41] Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional, Artículo 83, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/documentos/ReglamentoProcesoConstitucional.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

[42] Observación N° 10/1 De las y los comisionados Fuenzalida, Krauss, Lagos, Lovera, Osorio, Rivas, Sánchez, Leslie; Soto, Francisco; y Undurraga y Observación N°11/1.- De las y los comisionados Frontaura, González, Horst, Larraín, Pavez, Peredo, Ribera, Salem y Soto, Sebastián.

comprensión y su aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante"].

3. La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, *y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias* [énfasis añadido].[43]

La observación constituyó una mejora al sustituir verbos que denotan una mayor deferencia hacia el derecho internacional de los derechos humanos, al referirse de una manera más positiva al papel que cumple el llamado *soft law* de asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y, por último, al ordenar la existencia de una regulación legal para fijar el procedimiento de cumplimiento de las soluciones alternativas de controversias en las que participe el Estado de Chile.

Sin embargo, al volver al consejo para ser votada, no obtuvo los votos necesarios para ser aprobada (3/5), aunque tampoco los necesarios para su rechazo (2/3), por lo cual la norma pasó a ser revisada por la Comisión Mixta, conformada por seis integrantes de la Comisión Experta y seis del Consejo.

4. *La Comisión Mixta: se consolida una propuesta que sospecha de los órganos de supervisión internacionales*

La Comisión Mixta tenía por mandato formular propuestas de solución respecto de las observaciones de la Comisión Experta que no hubieran alcanzado el quórum de aprobación ni de rechazo en el Pleno del Consejo.

En la Comisión Mixta representantes de derecha objetó la observación de la Comisión Experta por "constitucionalizar una posición doctrinaria [la de esté expresada en los instrumentos internacionales no vinculantes] atribuyéndole el carácter de oficial".[44] Este argumento fue

[43] Comisión Experta, *Informe de observaciones,* Observación N°4 propuesta al Consejo Constitucional, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/10/Informe-Observaciones-CE-final_firmado-corregido.pdf* (consultado el 24 de octubre de 2024).

[44] Objeción expresada por el Comisionado Carlos Frontaura en Sesión N° 1 de la Comisión Mixta, pp. 57 y 58, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/consejoAdmisibilidad/verDoc.aspx?prmID=5593&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION*

rebatido por expertos de izquierda, haciendo referencia a la obligación de los Estados Partes de los tratados de cooperar con los órganos de supervisión creados por los propios tratados, los que tienen entre sus atribuciones asistir a los Estados sobre el sentido y alcance de la norma del tratado, mediante estos instrumentos que no tienen carácter vinculante, lo que quedaba claramente expresado en la norma objetada.[45]

La mayoría de derecha de la Comisión Mixta se impuso en la votación y modificó la norma reponiendo la redacción original del consejo en la parte referida al *soft law*. También reemplazó la norma que contenía los deberes estatales de respeto, protección y garantía de los derechos por una que los redujo a los deberes de respeto y promoción.

La propuesta así aprobada en la Comisión Mixta pasó al texto definitivo de la propuesta de nueva Constitución,[46] al ser aprobada por el Pleno del Consejo Constitucional. Esta fue la redacción final:

> *Artículo 3o.*
>
> 1. La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos.
>
> 2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, y considerando las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.
>
> 3. La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias.

[45] Argumento de la comisionada Verónica Undurraga en Sesión N° 1 de la Comisión Mixta, pp. 67 y 68, Acta disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/consejoAdmisibilidad/verDoc.aspx?prmID=5593&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION*

[46] Consejo Constitucional, *Propuesta de nueva Constitución Política de la República de Chile,* noviembre de 2023, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/11/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf* (fecha de consulta:24 de octubre de 2024).

Después de una campaña muy polarizada, la propuesta del Consejo Constitucional fue rechazada por la ciudadanía en el plebiscito de salida, por el 55,76% de los votos, cerrándose así el largo y frustrado intento por reemplazar la Constitución de 1980.

VI. Conclusión

Desde el retorno a la democracia está pendiente en Chile una definición de consenso sobre distintos aspectos que implica la compatibilización de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos con las normas y prácticas institucionales del derecho interno. La reforma constitucional del año 1989 fue un importante primer paso, al reconocer como límite a la soberanía los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Sin embargo, dejó pendientes varios temas, entre ellos, el de la jerarquía de los tratados de derechos humanos y las formas de resolver colisiones entre normas constitucionales y convencionales. La reforma constitucional de 2005 avanzó parcialmente, especialmente en temas procedimentales. Durante los procesos constituyentes de 2022 y 2023 quedaron en evidencia cuáles son los núcleos de la reticencia para avanzar hacia la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: preocupaciones sobre la pérdida de la supremacía constitucional frente a normas de tratados; reticencia a crear condiciones para que los tribunales nacionales asuman como vinculantes interpretaciones sobre normas de tratados que hagan los órganos internacionales de derechos humanos; objeciones sustantivas a reconocerle constitucionalmente jerarquía constitucional a algunos tratados (Convenio 169, Acuerdo de Escazú, Convención Cedaw y su Protocolo Facultativo), y reticencia a aceptar explícitamente en la Constitución la obligación de cumplir las sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos dicten respecto de Chile.

Estas son objeciones que no son particulares del contexto chileno. Por esa misma razón, puede servir de aprendizaje para el futuro dejar testimonio de los esfuerzos que se hicieron en las negociaciones del proceso constitucional de Chile de 2023 para avanzar en acuerdos, en un contexto en que había empate de fuerzas políticas (el de la Comisión Experta) y, posteriormente, para evitar retrocesos que pudieron exponer a Chile a

responsabilidad internacional, frente a un panorama claramente adverso al derecho internacional (el del Consejo Constitucional).

VII. Bibliografía

Acuerdo por Chile, disponible en: *https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/68772/1/Acuerdo_Constitucional.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno", inédito.

Arato, Andrew, Post-Sovereign Constitution-Making: Learning and Legitimacy, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Campusano, Raúl F., "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005", *Revista Actualidad Jurídica,* núm. 13, enero 2006, p. 26, disponible en: *https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-13-P25.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Comisión Experta, *Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile, junio 2023,* disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Comisión Experta, *Informe de observaciones*, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/10/Informe-Observaciones-CE-final_firmado-corregido.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Consejo Constitucional, *Propuesta de nueva Constitución Política de la República de Chile,* noviembre de 2023, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/11/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Convención Constitucional, *Propuesta de Constitución Política de la República de Chile*, julio 2022, disponible en: *https://www.chileconvencion.cl/Texto-CPR-2022.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Dixon, Rosalind, "Constitutional design deferred", en Lerner, H. y Landau, D. (eds.), *Comparative Constitution Making,* Edward Elgar Publishing Limited, 2019.

Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/documentos/Reglamento.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Schönsteiner, Judith, "Algunas reflexiones preliminares sobre la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y asuntos económicos", *X Coloquios de Derecho Internacional,* pp. 109-126, disponible en: *https://foroconstituyente.udec.cl/storage/2021/08/2021_agosto31_Dossier_final_X_Coloquios_Derecho_Internacional.pdf* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Verdugo, Sergio y Prieto, Mario, "The dual aversion of Chile's constitution-making process", *International Journal of Constitutional Law*, pp. 149-168, disponible en: *https://doi.org/10.1093/icon/moab011* (fecha de consulta: 24 de octubre de 2024).

Capítulo octavo

Herramientas para un presidencialismo de coalición. Un examen a las atribuciones del presidente y del Congreso Nacional en los procesos constituyentes chilenos

Sebastián Soto Velasco*
Simón Pinto Flores**

> Toda la historia política de Chile se reduce a la lucha entre parlamentaristas y presidencialistas.
>
> Arturo Alessandri, 27 de septiembre de 1924.
> *El Mercurio*, 27 de septiembre de 2024.

> Sumando y restando, siento que para un país como el nuestro, con nuestra historia y nuestra tradición, es mejor un presidencialismo con cambios y moderaciones, que dar un salto a un sistema semipresidencial.
>
> Sebastián Piñera, 6 de julio de 2016.
> *Estudios Públicos,* 144.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Presidencialismo de coalición: teoría y práctica en Chile*. III. *La Caja de Herramientas para una reforma al sistema político que pospusieron los procesos constituyentes.* IV. *¿Qué reformas elegir?* V. *Bibliografía.*

I. Introducción

Si hubo algún acuerdo extendido en la discusión constituyente del último lustro en Chile, ese fue la necesidad de revisar nuestro sistema político.

* Máster en Derecho, Universidad de Columbia; doctor en Derecho, Universidad de Chile; profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Durante el año 2023 fue vicepresidente de la Comisión Experta del proceso constitucional chileno.

** Abogado, licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

No es poco. Como dan cuenta las citas a dos expresidentes chilenos anotadas en el epígrafe, en Chile pareciera que nunca hemos estado cómodos con nuestro sistema de gobierno y por eso el debate sobre el sistema político ha estado siempre presente.

En los últimos años, esa presencia cobró nueva fuerza.[1] El 2022, el prólogo de un libro que reunió a centros de estudios de derechas e izquierdas para debatir sobre este asunto destacaba que "la necesidad de mejorar el régimen político era —y sigue siendo— evidente. Y este proceso representa una oportunidad inmejorable, que no debe ser desaprovechada".[2] Y es que muchos motivos confluían para sostener tal afirmación. Por ejemplo, Alvarado recomendaba "abandonar el fetiche presidencial y escrutar el aparato político en su conjunto" pues "el entramado imperante ha sido incapaz de procesar problemas sociales de primer orden".[3] Desde otro diagnóstico, Wilenmann y Aninat anotaban que "la existencia de un vínculo entre diseño constitucional y crisis política ha sido una tesis central de la izquierda chilena", donde el diseño del sistema político juega un rol vital.[4]

Ahora importa menos si estos fueron motivos certeros o equivocados. Lo relevante es que entonces, y también hoy, un creciente consenso sostiene la necesidad de introducir perfeccionamientos al presidencialismo chileno, a las relaciones Ejecutivo y Legislativo, a la centralización del poder y, en general, al funcionamiento del Estado. Todo ello para fortalecer tanto nuestra gobernabilidad como nuestro sistema de pesos y contrapesos. Como uno de nosotros ha escrito en otra parte, ambos son conceptos fundamentales en permanente tensión que un sistema político debe saber equilibrar.[5]

En este capítulo argumentamos que los procesos constituyentes chilenos propusieron diversas reglas constitucionales que pueden contribuir a

[1] Un relato del debate en las últimas décadas en Soto, Sebastián, *La Hora de la Reconstitución*, Santiago, Ediciones UC, 2020.

[2] García-Huidobro, Luis Eugenio y Sierra, Lucas, *Diez miradas sobre el sistema de gobierno. Diagnóstico y propuestas para la nueva constitución*, Santiago, Centro de Estudios Públicos y Huders, 2022, p. 13.

[3] Alvarado, Claudio, *Tensión constituyente. Estado, gobierno y derechos para el Chile postransición*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2021, p. 72.

[4] Wilenmann, Javier y Aninat, Isabel, "El sistema político y la nueva constitución" en Gil, Diego *et al.* (eds.), *El dilema constitucional. Una aproximación institucional al proceso constituyente*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2023, pp. 66 y 67.

[5] Soto, Sebastián. "Epílogo. Nueve conceptos para un nuevo comienzo" en Hazbun, Pilar *et al.* (eds.), *Lecciones constitucionales. Reflexiones sobre un proceso fallido y propuestas para el debate,* Santiago, Ediciones LyD, 2023, p. 378.

mejorar nuestro sistema político. Se trata de más de una decena de "herramientas" de las que, en caso de ser incorporadas a nuestras reglas del juego, puede disponer el presidente de la República, sus ministros y los parlamentarios en el Congreso Nacional para configurar un "presidencialismo de coalición" más robusto y eficaz. Ellas (todas o algunas) deben ser revisitadas para incorporarlas a lo que se ha venido a llamar una "caja de herramientas" del presidencialismo chileno.

El capítulo se distribuye de la siguiente forma. En la siguiente sección analizamos el presidencialismo de coalición, planteando brevemente las discusiones teóricas y su aplicación práctica. En la sección tres nos enfocamos en las herramientas que plantearon las diversas instancias de los dos procesos constituyentes chilenos (2021–2022 y 2023). Primero describimos las que se refieren a la fragmentación y al sistema de partidos políticos. Luego, las vinculadas con los mecanismos de coordinación y cooperación entre el ejecutivo y el legislativo. Más tarde, aquellas que se detienen en la corrección de malas prácticas legislativas o reglas desnaturalizadas del proceso de formación de la ley. Finalmente, nos referimos al fortalecimiento del Congreso Nacional. El capítulo termina con una sección que plantea las herramientas que nos parecen más relevantes para incluir en la caja de herramientas de un renovado presidencialismo de coalición en Chile.

II. Presidencialismo de coalición: teoría y práctica en Chile

1. *Trayectoria del presidencialismo en Chile*

Los presidencialismos latinoamericanos emergen de un tronco común y se empiezan a configurar tempranamente a partir de los primeros años de la vida independiente de cada una de las naciones en formación. Las causas de esta masiva consolidación del presidencialismo en la región son múltiples y, al decir del examen de Crespo, la literatura suele incluir entre ellas los modelos constitucionales extranjeros, la cultura política y estructuras de la autoridad, la necesidad de estabilidad y centralización, la concepción de soberanía y otros argumentos sociológicos. Ella misma plantea una tesis sugerente: el tránsito del "rey al presidente" no fue más que la tendencia natural para "crear una autoridad política centralizada y

legítima" que permitiera compatibilizar el principio de soberanía popular, el republicanismo liberal y el constitucionalismo de la época.[6]

Chile, al igual que el resto de los países latinoamericanos, abrazó el presidencialismo desde su independencia. Sin perjuicio de algunos planteamientos teóricos discrepantes, lo cierto es que a partir de la década del treinta la figura del presidente de la República se instala en el centro del ejercicio del poder. Esto tanto por su consagración formal en la Constitución de 1833, como por su despliegue en la Constitución no-escrita o para-Constitución. Diversos autores han destacado la centralidad del presidente en la estructura del poder tanto desde una perspectiva histórica como jurídica. No por nada, Alberdi alabó la Carta del 33 pues consagraba ella un "ejecutivo vigoroso… un poderoso guardián del orden".[7]

Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que los presidencialismos latinoamericanos iniciaran un tránsito que les fue dando características propias. Primero alejándose del modelo norteamericano que les sirvió de base originaria. Si bien siguen perteneciendo todos a la familia de los presidencialismos, no hay duda hoy de su diversidad y especificaciones.[8] También, en paralelo, diferenciándose entre ellos mismos de tal forma que hoy en los diversos países latinoamericanos, al decir de Zovatto y Orozco, tenemos cinco tipos de presidencialismos: puro, predominante, atemperado, con matices parlamentarios y parlamentarizado.[9]

Chile también siguió esta tendencia. El presidencialismo consagrado en la letra de la Constitución fue luego balanceado por vías formales e informales al punto que, algunas décadas después, en 1861, ya tenía Chile un régimen de gobierno con rasgos parlamentarios, en opinión de la historiadora Sofía Correa.[10] Luego, tras la Guerra Civil de 1891, se inicia el lla-

6 Crespo, María Victoria, *Del Rey al Presidente. Poder Ejecutivo, formación del Estado y soberanía en la Hispanoamérica revolucionaria. 1810–1826*, México, El Colegio de México, 2013, p. 47.

7 Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Argentina, Red Ediciones, 2012, p. 128.

8 Cheibub, José Antonio *et al.,* "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.

9 Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús, "Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007. Lectura Regional Comparada" en Zovatto, Daniel *et al.* (coords.), *Reforma Política Electoral en América Latina. 1978-2007*, México, Universidad Autónoma de México e Idea Internacional, 2008.

10 Correa, Sofía, "El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial", *Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios,* núm. 4, 2011. En sentido

mado parlamentarismo chileno que, en los hechos, impone un predominio legislativo sobre la figura presidencial. La Constitución de 1925, a su turno, reacciona a esta deriva y se levanta sobre la exigencia de reforzar el poder del presidente como una de las salidas más relevantes para superar la crisis política de inicios de los veinte. Pese a ello, a partir de los treinta, vuelven a aflorar prácticas parlamentarias bien documentadas que matizan el presidencialismo, contenido en las páginas de la Constitución.[11] La Constitución de 1980, la tercera relevante en nuestra historia constitucional y vigente hasta hoy, también reclama una restauración del presidencialismo, sumándose así a la tendencia histórica en el país. Sus críticos iniciales, reunidos en el llamado "Grupo de los 24", cuestionaron intensamente el "cesarismo presidencial" que aumentaba considerablemente las facultades presidenciales, reducía el control de Congreso y limitaba las facultades legislativas.

Este breve recuento muestra un muy arraigado presidencialismo en los textos constitucionales y en las prácticas del ejercicio del poder. La figura del presidente, no cabe duda, ha sido siempre central para la política, el derecho y el imaginario colectivo. Una prueba de ello nos la entregan las reflexiones que Ascanio Cavallo escribió en el prólogo de un libro de entrevistas a cinco expresidentes chilenos.[12] Ahí destaca "la singular eminencia que tiene en este país la presidencia" y agrega que cuando se habla del presidencialismo chileno "se suele omitir el hecho, no puramente psicológico, de que quienes acceden a ese cargo sienten sobre sí la responsabilidad de la República". Concluye anotando que "el título de «presidente» llega mucho más allá del período, acaso hasta la muerte, y su ubicación en el espacio simbólico está por sobre toda la clase política".[13]

Sin embargo, esta hegemonía no ha estado exenta de planteamientos teóricos que pretenden un cambio de régimen. En los ochenta, como re-

similar Jaksic y Serrano plantean que la Constitución de 1833 "contiene las semillas de su propia liberalización, en cuanto a que el Congreso tenía facultades reales de contrapeso y en cuanto se legitimaba el sistema de elecciones", Jaksic, Iván y Serrano, Sol, "El gobierno y las libertades: La ruta del liberalismo chileno en el siglo XIX", *Revista Estudios Públicos*, núm. 118, 2010.

11 Meléndez, Felipe, "Las variaciones del régimen presidencial chileno durante la vigencia de la Constitución de 1925", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XLII, pp. 579-601.

12 Escobar, Paula, *Yo, Presidente/a. Lecciones de liderazgo de cinco gobernantes*, Santiago, Catalonia y Universidad Diego Portales, 2014.

13 Cavallo, Ascanio, "Prólogo. Peso y estatura de la presidencia", en Escobar, Paula, *op. cit.*, pp. 9 y 12.

acción al presidencialismo de la Constitución, el Grupo de los 24 propuso una alternativa semipresidencial que tempranamente fue abandonada tras los primeros años del retorno de la democracia. En los noventa, en círculos académicos se extendió la idea de una opción parlamentaria.[14] Nada de eso ha prosperado y, como veremos, en los dos procesos constituyentes recientes se propone, con los matices respectivos, un sistema presidencial.

2. *Presidencialismo de coalición. Teoría*

El presidencialismo, al decir de Sartori, reúne tres cualidades fundamentales. La primera es que el jefe de Estado es electo por elección popular directa o casi directa por un período predeterminado. Esta, que considera una condición necesaria pero no suficiente, se complementa con un segundo criterio: "en los sistemas presidenciales el gobierno, o el Ejecutivo, no es designado o desbancado mediante el voto parlamentario". De este modo, el gobierno es una "prerrogativa presidencial". La última característica es aquella que excluye a la "autoridad dual" lo que implica que el presidente dirige el Ejecutivo en su doble calidad de jefe de Estado y jefe de gobierno.[15]

En las discusiones académicas de las últimas décadas en torno al presidencialismo podemos identificar tres etapas que mutan desde los "peligros del presidencialismo" al reconocimiento de las prácticas coalicionales. La primera estuvo marcada por las críticas de Linz al presidencialismo y la superioridad teórica del sistema parlamentario. La segunda fase destacó la dificultad de unir el presidencialismo con sistemas electorales proporcionales y sistemas multipartidistas. En la última etapa, la más reciente, se ha puesto atención a la capacidad de los presidentes de configurar coaliciones multipartidistas estables.[16]

El concepto de "presidencialismo de coalición" ha surgido en esta última etapa y ha sido caracterizada como "una respuesta estratégica los di-

[14] Soto, Sebastián, *Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el presidente de la República y el Congreso Nacional*, tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad de Chile, 2017, p. 85 y ss.

[15] Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada,* Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 97-99.

[16] Chaisty, Paul, *et al.,* "Rethinking the 'presidentialism debate: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective", *Democratization*, vol. 21, núm.1, 2014, pp. 72-94.

lemas institucionales que surgen por la coexistencia de un Poder Ejecutivo presidencial con una legislatura fragmentada y multipartidista". Se trata de un "fenómeno global" de larga historia en Latinoamérica y relativamente nuevo en África y los países surgidos tras la caída de la Unión Soviética. Y los mismos autores lo han explicado de un modo más pragmático: "los presidentes deben comportarse como «primer ministro» en las democracias multipartidistas de Europa: ellos deben primero reunir y luego cultivar coaliciones interpartidarias en el hemiciclo del Congreso".[17]

Para seleccionar los presidencialismos de coalición dentro de la familia de presidencialismos, los autores utilizan dos criterios. El primero excluye a países en los cuales los presidentes no tienen que conectar con la legislatura porque simplemente utilizan herramientas de coerción de los parlamentarios. Por eso entonces incorporan países democráticos o híbridos con un cierto grado de pluralismo. El segundo criterio incluye a países en los que el presidente, no solo por reglas formales sino también informales, actúa como un "formador de facto de coaliciones legislativas". Este criterio podría implicar que se incluya en la categoría de presidencialismos de coalición a sistemas usualmente llamados "semipresidenciales", pero solo —agregan los autores— "cuando una cuidadosa lectura de la práctica de la política del ejecutivo sugiere que ellos son efectivamente «presidenciales» cuando se trata de la formación de coaliciones".[18] En este escenario es que examinan los presidencialismos de coalición en África, Europa del Este y Latinoamérica, en particular, en Ecuador, Brasil y Chile.

Por último, pieza fundamental en la conformación de coaliciones es lo que se ha denominado "la caja de herramientas presidencial". Esto es, el conjunto de mecanismos que los presidentes utilizan o activan para configurar y disciplinar coaliciones legislativas relativamente estables. Esta caja de herramientas varía de país en país pero, en el recuento que hacen Chaisty *et al.* al examinar la literatura comparada, se incluyen los poderes de agenda, la configuración del gabinete, las reglas del sistema de partidos políticos, el control sobre los presupuestos y otra serie de instituciones informales.[19]

[17] *Ibidem,* p. 74.
[18] Chaisty, Paul, *et al., Coalitional presidentialism in comparative perspective. Minority presidents in multiparty systems*, Oxford University Press, 2018, pp. 25 y 26.
[19] *Ibidem*, pp. 19 y 20.

A partir de los noventa, e incluso antes, bajo la Constitución de 1925, se ha ido configurando en Chile un presidencialismo de coalición. Por medio de instituciones informales y prácticas crecientemente consolidades, el presidente chileno ha debido conformar una coalición legislativa que lo apoye.

Llama la atención que, salvo excepciones, el constitucionalismo chileno se ha enfocado excesivamente en la letra de la Constitución para sacar sus conclusiones sobre el régimen de gobierno chileno y la figura presidencial. En cambio, es la ciencia política la que ha contribuido a una mejor comprensión de nuestro sistema político al combinar en su análisis una variedad de instituciones formales e informales. Por eso entonces, para examinar el presidencialismo de coalición que ha imperado en Chile en las últimas décadas debe revisarse especialmente el trabajo de cientistas políticos.

Destacaremos acá dos de ellos.

Peter Siavelis sostiene que las instituciones informales presentes en el proceso político chileno se han acomodado a las formales. De este modo, sin anular la regla formal, la elite ha adecuado un contexto relativamente inflexible, generando así resultados muy distintos a los que podrían esperarse del marco institucional formal.[20] Ello se expresa en diversas instituciones que influyen y operan en el proceso de formación de la ley matizando el desequilibrio que, en abstracto, presenta el poder del presidente. Afirma que "contrario a lo que pudiera esperarse dado el grado de poderes presidenciales en Chile, los cuatro presidentes de la Concertación han sido prudentes. Esto no deja de ser intrigante en una época donde la democracia delegativa es la norma en países con presidencias formalmente mucho más débiles que la chilena".[21]

El mismo autor identifica, entre estas instituciones informales, las reuniones prestablecidas entre representantes del gobierno y diversos congresistas a fin de discutir qué proyectos son necesarios y debieran ser incorporados en el programa del Ejecutivo. Igualmente, destaca la práctica de fijar

[20] Siavelis, Peter, "Accommodating Informal Institutions and Chilean Democracy", en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Estados Unidos, The John Hopkins University Press, 2006, p. 36.

[21] Siavelis, Peter, "From a Necessary to a Permanent Coalition", en Sehnbruch, Kirsten y Siavelis, Peter, *Democratic Chile. The politics and policies of a historic coalition. 1990-2010*, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 2014, p. 29.

las prioridades legislativas conjuntamente entre las autoridades del Ejecutivo y los parlamentarios. Consigna las reuniones periódicas que mantienen representantes de los ministros y los congresistas que forman parte de las diversas comisiones a fin de discutir aspectos de los diversos proyectos de ley que están en tramitación. También los diversos presidentes de la República, recuerda Siavelis, participan en ocasiones de estas reuniones a fin de definir la agenda legislativa de la semana.[22]

Mireya Dávila ha profundizado en este presidencialismo de coalición que ha caracterizado al sistema chileno desde hace décadas. Recuerda que, desde 1932 en adelante, salvo el gobierno de Frei Montalva (1964-1970), todos los presidentes han llegado a la Moneda integrando una coalición. Y a partir de 1990 esa tendencia no cambió pues, del examen de las seis presidencias que van desde 1990, hasta los primeros años del segundo gobierno de Sebastián Piñera, se aprecia que todas ellas se han configurado en torno a un presidencialismo de coalición. En este contexto, el liderazgo presidencial es indudable, así como también lo son diversos otros mecanismos para la cooperación política que permiten la sostenibilidad de la coalición.[23]

Dávila también se detiene en las instituciones informales que matizan el poder formal del presidente y han entregado estabilidad a las coaliciones. Entre ellas destaca la autonomía presidencial para designar a los cargos de confianza; la proporcionalidad entre la representación partidaria y en los gabinetes; la transversalidad para limitar que un solo partido copara ministerios y el uso político de los tecnócratas.

Por último, hacia el final, llama la atención sobre "los nuevos tiempos del presidencialismo de coalición" en Chile considerando nuevos factores institucionales. Así, el nuevo sistema electoral, la disminución de recursos que los presidentes pueden ofrecer a los partidos de su coalición, la modernización del Estado, la creación del Sistema de Alta Dirección Pública y la pérdida de centralidad de los partidos políticos en la acción política son elementos que, desafían y tensionan las prácticas coalicionales del presidencialismo chileno.[24]

Los planteamientos de Siavelis y Dávila pueden complementarse con una serie de otras investigaciones que permiten sacudirse de algunos mitos,

[22] *Ibidem*, p. 27.
[23] Dávila, Mireya, *Presidencialismo a la chilena. Coaliciones y cooperación política. 1990 – 2018*, Editorial Universitaria, 2020, pp. 95 y ss.
[24] *Ibidem*, pp. 280-282.

dando cuenta de diversas fórmulas que llenan de contenido el presidencialismo de coalición chileno.[25] Esto tanto en el proceso legislativo, en las labores de gobierno, en la designación de cargos, etcétera. Y es que, como anota Arellano en su "periodificación" del presidencialismo chileno desde la independencia, a partir de 1990 vivimos en un "presidencialismo de coalición y delimitado" donde se observa "una mayor desconcentración de poder, con muchos actores con veto, muy lejos de lo que se denomina en la actualidad como Hiperpresidencialismo". Y agrega que "solo hay que examinar la transición política chilena para observar a un presidente más bien limitado y obligado a desplegar estrategias de cooperación, al interior de su propia coalición y con el Congreso".[26]

III. La Caja de Herramientas para una reforma al sistema político que propusieron los procesos constituyentes

En los dos procesos chilenos hubo amplia coincidencia en torno a la necesidad de modificar el sistema político, en parte por su inercia e ineficacia a la hora de construir acuerdos que permitieran dar respuesta a los desafíos públicos y acortar la brecha entre los gobernantes y la ciudadanía.

Con todo, el acuerdo en torno a la necesidad de introducir reformas en esta materia no alcanzó a los diagnósticos. Los problemas que enfrentaba y sigue enfrentando el sistema político, a juicio de quienes participaron de los procesos, eran diversos. Se destacaron problemas con la fragmentación, participación, gobernabilidad, desafectación con la clase política, excesivo centralismo, entre tantos otros.

La Comisión Experta, única instancia en la que se alcanzó un acuerdo político amplio aun cuando finalmente este no prosperó, elaboró sus

---

[25] Dos publicaciones recientes ofrecen una mirada que desafía algunos mitos. Para matizar el supuesto hiperpresidencialismo chileno ver: Martínez, Christopher y Dockendorf, Andrés, "Hyper-presidentialism under question: evidence from Chile. En Llanos, M. y Marsteintredet, L. (eds.) *Latin America in Times of Turbulence: Presidentialism under stress,* New York and London: Routledge, 2024, pp. 54–74. Para apreciar la dinámica del ejercicio del poder presidencial y su relación con el sistema de partidos políticos en los últimos años críticos en Chile, ver: Martínez, Christopher, *Why presidents fail. Political parties and government survival in Latin America*, Stanford University Press, 2024, pp. 195-217.

[26] Arellano, Juan Carlos, "El aprendizaje político del presidencialismo chileno y sus diferentes rostros", en Martínez, Christopher (ed.), *op. cit.*, p. 43.

propuestas sobre un diagnóstico común. Este identificó al menos seis problemas en torno al problema de la gobernabilidad.

1. Un Congreso fragmentado, con 21 movimientos y partidos políticos con presencia en la Cámara de Diputados, en coaliciones y equilibrios siempre cambiantes.
2. Un sistema de partidos políticos atomizado, con vínculos débiles con la ciudadanía, incapaces de ser conductos de mediación.
3. Falta de mejores mecanismos de coordinación y cooperación entre el Congreso Nacional y el presidente de la República lo que dificulta la gobernabilidad.
4. Un conjunto de disposiciones constitucionales que, por diversas prácticas políticas, habían pasado a ser letra muerta o habían sido desnaturalizadas.
5. Debilitamiento del Congreso Nacional para servir de eficaz y responsable contrapeso al gobierno.
6. Una estructura estatal cultural y legalmente centralizada.

En este capítulo no examinaremos el último de los desafíos, el cual dice relación con los mecanismos de descentralización que se discutieron en ambos procesos. Mientras la propuesta de la Convención Constitucional atomizaba el territorio, con el establecimiento de un Estado regional y de entidades territoriales autónomas, tanto la Comisión Experta y luego el Consejo Constitucional, siguieron la tradición constitucional de un Estado unitario, configurando algunas normas de descentralización territorial y fiscal.[27]

A continuación, analizaremos cada una de las otras enfermedades diagnosticadas y los remedios propuestos en ambos procesos.

1. *Evitar la fragmentación al interior del Congreso y fortalecer el sistema de partidos*

Uno de los problemas más significativos del sistema político chileno es la dificultad para gobernar y alcanzar acuerdos, lo que impide la formulación de soluciones efectivas frente a los desafíos públicos. Esta dificultad

[27] Lara, José Luis y Enteiche, Nicolás, "La descentralización territorial en el proyecto de constitución de 2023: Análisis del Anteproyecto de la Comisión Experta", *Actualidad Jurídica,* Universidad del Desarrollo, núm. 49, 2024.

se ve exacerbada por la atomización de partidos y el surgimiento de facciones en el parlamento, debilitando un sistema de partidos que en las décadas posteriores al retorno a la democracia había mostrado una capacidad para generar espacios de colaboración.[28] También provoca una creciente desconexión entre la política y la ciudadanía. Este fenómeno, observable también en otras democracias del mundo, ha reducido la capacidad de los partidos para actuar como intermediarios efectivos entre el Estado y la ciudadanía, facilitando la proliferación de grupos que dificultan considerablemente la conformación de mayorías estables en el Congreso.[29]

En respuesta, las reformas propuestas por la Comisión Experta y el Consejo Constitucional buscaron reducir la fragmentación política y consolidar partidos con mayor cohesión interna, lo que permitiría una toma de decisiones más efectiva y una mayor capacidad de gobernabilidad. En contraste, la Convención Constitucional, que terminó sus sesiones al grito de "el pueblo unido avanza sin partidos",[30] no ofreció soluciones ni tampoco un reconocimiento y regulación adecuada a los partidos políticos.

Herramientas:

— Comisión Experta: umbral de votación; normas internas de disciplina partidaria; órdenes de partido; pérdida del escaño parlamentario por renuncia y expulsión del partido; intervención del Servicio Electoral y Tribunal Calificador de Elecciones en las elecciones internas.
— Consejo Constitucional: umbral de votación; reducción de la magnitud de los distritos; normas internas de disciplina, pérdida de escaño solo por renuncia al partido; intervención más moderada del Servicio Electoral y Tribunal Calificador de Elecciones en las elecciones internas y transitoriamente se elevan los requisitos para formar partidos e inscripción de candidatos independientes.

[28] Gamboa, Ricardo y Dockendorf, Andrés, "Presidentes y partidos en la democracia chilena", en Martínez, Christopher (ed.), *op. cit.*, pp. 59-73.
[29] Toro, Sergio y Noguera, Agustina, "Chile. La deriva del sistema político y el fracaso del nuevo proceso constitucional", *Revista de Ciencia Política*, Santiago, 2024.
[30] *Ex-Ante*, 28 de junio de 2022.

A. *Umbral de votación para acceder a escaños en el parlamento*

a) Comisión Experta. Tempranamente se incorporó la exigencia de que, para obtener representación en la Cámara de Diputados, los partidos políticos debían alcanzar al menos un 5% de los votos a nivel nacional o contar con un mínimo de 8 parlamentarios en el Congreso Nacional, entre los eventualmente electos en dicha elección de diputados y los senadores que continuaban en ejercicio (Art. 58.3). Se incluye una norma transitoria, diseñada para su aplicación progresiva, de modo que, en su primera aplicación, se exija un umbral del 4% de los votos y un mínimo de 4 parlamentarios (disposición decimonovena transitoria).

Esta norma representa un cambio significativo en el sistema de representación, inspirado en experiencias internacionales. Su objetivo es reducir el número de partidos en el parlamento, morigerando así los niveles de dispersión y promoviendo partidos más cohesionados y con mayor capacidad de convocatoria.

b) Consejo Constitucional. La regla mantiene los mismos porcentajes y números, pero ahora incluye a los senadores electos para cumplir con el mínimo de parlamentarios requerido (Art. 56.4). Se añade una norma transitoria que permite, en la primera elección bajo esta regla, que partidos de un mismo pacto electoral que no hayan alcanzado individualmente el umbral de votación, se fusionen para cumplir el umbral de votación. Si un partido alcanza el umbral individualmente, otros partidos del mismo pacto pueden fusionarse con él para obtener escaños (disposición vigesimosexta transitoria).

B. *Sistema electoral: reducción de la magnitud de los distritos*

a) Convención Constitucional. El sistema electoral, el número diputados y de distritos electorales, serán fijados en una ley de acuerdo regional, estableciéndose un mínimo de 150 diputados y escaños reservados para pueblos indígenas (Art. 252).

b) Comisión Experta. El sistema electoral deberá ser proporcional y todos sus aspectos serán establecidos en la ley electoral (Art. 54.1).

c) Consejo Constitucional. La ley electoral regulará el sistema electoral, con diputados elegidos en distritos plurinominales que tendrán entre dos y seis escaños (Art. 56.3). Esto acerca a los representantes a sus electores sin afectar la proporcionalidad del sistema y dificulta la elección de candidatos con pocos votos. Además, se establece un procedimiento especial para la demarcación de los distritos, con participación del Servel y Congreso (disposición vigesimonovena transitoria) y un límite máximo total de 138 diputados (disposición trigésima transitoria).

C. *Normas de disciplina partidaria, órdenes de partido y pérdidas de escaño por renuncia o expulsión del partido*

a) Convención Constitucional. Guarda silencio en cuanto a la regulación específica de los partidos políticos, mencionándolos únicamente en relación con la prohibición de que las policías, Fuerzas Armadas y jueces formen parte de estos (Arts. 297.4, 299.4 y 310.5, respectivamente). No obstante, el término "organizaciones políticas" es empleado de manera genérica y sin una definición clara, lo que sugiere que los partidos políticos estarían implícitamente incluidos en este concepto.[31] Sin embargo, la ambigüedad en esta redacción, junto con otras disposiciones,[32] permite inferir que la Convención privilegió un modelo de participación directa de la ciudadanía, y no a través del sistema de partidos.

[31] Inicialmente, la Comisión de Sistema Político, gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral equiparaba a los partidos políticos con los movimientos sociales, describiéndolos como entidades públicas no estatales con el propósito de contribuir al sistema democrático y a la conducción del Estado. Posteriormente, se eliminó esta distinción y se refirió únicamente a las organizaciones políticas como "entidades públicas no estatales, de carácter voluntario, que concurren a la formación de la voluntad popular", pero esta definición no se incluyó en el texto final. (Primer y Segundo Informe, Comisión de Sistema Político, gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral, Convención Constitucional). Ver Granese, Macarena, "Partidos políticos en la propuesta de Nueva Constitución ¿Una oportunidad perdida?, *Puntos de Referencia,* núm. 601, Centro de Estudios Públicos, 2022, pp. 9 y 10.

[32] A modo de ejemplo, el artículo 151.1 dispone que, "[e]n Chile, la democracia se ejerce en forma directa, participativa, comunitaria y representativa", mientras el artículo 153, "[e]l Estado deberá garantizar a toda la ciudadanía, sin discriminación de ningún tipo, el ejercicio pleno de una democracia participativa, a través de mecanismos de democracia directa. Corresponderá al Estado, en sus diferentes ámbitos y funciones, garantizar la participación democrática e incidencia política de todas las personas, especialmente la de los grupos históricamente excluidos y de especial protección".

b) Comisión Experta. Primero, se establece que los partidos deben tener una normativa interna sobre disciplina, con sanciones específicas y aplicadas por el tribunal supremo del partido, garantizando un procedimiento racional y justo (Art. 45.4 y 45.8). Segundo, se regula la emisión de órdenes de partidos, permitiendo que las directivas instruyan a sus parlamentarios solo en casos excepcionales y fijados por ley, que afecten directamente los principios o el programa del partido (Art. 45.5). Finalmente, se añaden dos causales para la cesación del cargo de parlamentario: la renuncia al partido que lo postuló (Art. 72.10) y la expulsión del partido, conforme a un procedimiento que respete las normas del debido proceso, la que puede ser impugnada ante el Tribunal Calificador de Elecciones (Art. 72.11).

c) Consejo Constitucional. Se mantienen las dos primeras normas del Anteproyecto (Arts. 44.4 y 44.8), eliminándose las órdenes de partidos y, en cuanto a las causales de cesación del cargo parlamentario, solo se conservó la que se refiere a la renuncia al partido político (Art. 69.10), suprimiendo la que se aplica en caso de expulsión.

D. *Participación del Servicio Electoral (Servel) y Tribunal Calificador de Elecciones (Tricel) en procesos eleccionarios internos de los partidos políticos*

a) Comisión Experta. Las elecciones internas de los partidos serán administradas por el Servel y calificadas posteriormente por el Tricel (Art. 45.8).

b) Consejo Constitucional. Se distinguen, por un lado, las elecciones del órgano intermedio colegiado de carácter nacional y del tribunal supremo, en cuyo caso el Servel supervigilará y el Tricel calificará. Por otro lado, las elecciones de la directiva nacional seguirán la fórmula del Anteproyecto, salvo que la directiva sea elegida indirectamente a través de otro órgano del partido; en ese caso, las elecciones de dicho órgano serán administradas por el Servel (Art. 44.7)

Tabla 1

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Umbral de votación	--	Obtener al menos 5% de la votación a nivel nacional en la elección de diputados, o bien, sumar al menos 8 parlamentarios entre los diputados electos en esa elección y los senadores que continúan en ejercicio. Transitorio para la primera elección: 4% de la votación y mínimo 4 parlamentarios.	Se mantiene el porcentaje de votación y número de parlamentarios, en la norma permanente y transitoria. Se incorpora a los senadores electos en esa elección para sumar el número de parlamentarios exigido. Regla para la primera elección permitiendo la fusión de partidos de un mismo pacto, cuando no se alcanza el umbral exigido.
Sistema electoral	Determinado en una ley de acuerdo regional y se fija número mínimo de 150 diputados.	Determinado en la ley electoral y deberá ser proporcional.	Determinado en la ley electoral y se reduce la magnitud de los distritos, entre de 2 a 6 escaños. Normas especiales de redistritaje con un tope máximo de 138 diputados.
Órdenes de partido	--	La ley determinará los casos. Son excepcionales y deben referirse a asuntos que comprometan directamente en juego los principios del partido o su programa.	Las elimina.
Pérdida del escaño parlamentario como medida de disciplina	--	Por renuncia al partido que declaró su candidatura y por expulsión del partido.	Solo por renuncia al partido.

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Intervención del Servel y Tricel en procesos eleccionarios internos de los partidos.	--	Administración por el Servel y calificación por el Tricel.	Se distingue entre órganos nacionales de rango directivo e intermedio.
Exigencias para conformar nuevos partidos y presentar candidaturas independientes	--	--	Transitoriamente se elevan los requisitos para formar partidos (vigesimosegunda transitoria) y presentar candidaturas independientes (trigésima primera transitoria).

Fuente:Elaboración propia.

2. *Coordinación y cooperación: hacia un presidencialismo de coalición*

La falta de mecanismos e incentivos para la cooperación entre el gobierno y el Congreso Nacional ha afectado la capacidad de los gobiernos para formar coaliciones mayoritarias y estables, y para promover la colaboración en la implementación de políticas. Esta ausencia de coordinación contribuye a una disminución en la adherencia y sintonía dentro de las coaliciones gubernamentales, impactando negativamente en la gobernabilidad.

Para mitigar estos problemas, se propusieron diversas herramientas, tanto formales como simbólicas, destinadas a fomentar la consolidación de alianzas y mejorar las estrategias de colaboración. En otras palabras, para generar alianzas entre el gobierno y su coalición legislativa, sea esta mayoritaria o no. También para ofrecer espacios de cooperación a la oposición en el Congreso Nacional.

Estas medidas desincentivan el comportamiento oportunista de los parlamentarios oficialistas, aunque, como es evidente, nunca será posible eliminarlo del todo. En cualquier caso, son medidas cruciales para avanzar hacia un presidencialismo de coalición más sólido y funcional, que permita una acción gubernamental más efectiva.

Herramientas:

— Convención Constitucional: presentación de mociones de materias de leyes de concurrencia presidencial.
— Comisión Experta: concurrencia de la elección parlamentaria con la segunda vuelta presidencial; nuevo sistema de urgencias; agenda prioritaria del presidente; patrocinio de mociones declaradas inadmisibles, firma de parlamentarios en mensajes y decretos promulgatorios; agenda anual legislativa; trámite pre-legislativo; bases ley de bancadas; y comisiones bicamerales para leyes periódicas.
— Consejo Constitucional: sistema de urgencias; agenda prioritaria del presidente; suscripción de parlamentarios de mensajes y decretos promulgatorios; agenda anual legislativa, trámite legislativo; bases ley de bancadas; y comisiones bicamerales solo para proyectos de codificación.

A. *Alteración del calendario electoral: coincidencia de la elección parlamentaria con la segunda vuelta presidencial y traslado de la elección local*

a) Comisión Experta. Inspirada en el sistema francés, esta herramienta se destaca por su efectividad para la configuración de gobiernos mayoritarios. Las coaliciones políticas tienden a agruparse en torno a los dos candidatos presidenciales que pasan a la segunda vuelta, lo que también otorga mayor libertad a los partidos políticos durante la primera vuelta. Generalmente, en la segunda vuelta, los candidatos moderan sus posturas, evitando posiciones extremas para atraer a los votantes de centro. Como resultado, el comportamiento de los candidatos al parlamento también se modera, al estar asociados a un candidato presidencial que busca alcanzar la mayoría nacional (Art. 57.2). También se propuso trasladar las elecciones de gobernadores, consejeros regionales, alcaldes y concejales al último año de gobierno, con el propósito de evitar que los periodos electorales interfieran con la gestión de los gobiernos (Art. 149).

B. *Poder de agenda: urgencias legislativas y agenda prioritaria*

a) Convención Constitucional. Se delegó a la ley la regulación de los mecanismos para determinar las urgencias, estableciendo los casos en que estas serán fijadas por el presidente de la República o por el Congreso, así como las condiciones para declarar una urgencia popular. Se distinguen tres categorías de urgencia: simple, suma y discusión, siendo esta última de competencia exclusiva del presidente (Art. 275).
b) Comisión Experta. La facultad de presentar la urgencia corresponde al presidente de la República, quien también propone un plazo para su tramitación. Sin embargo, la cámara en la que se discute el proyecto es la encargada de "calificar" la urgencia, es decir, determinar su plazo. Cualquiera de las cámaras puede suspender dicho plazo si en la comisión correspondiente se encuentran en espera dos o más proyectos con carácter de urgencia. El incumplimiento de los plazos acarreará sanciones para el presidente de la comisión o de la corporación que no haya sometido el proyecto a discusión o votación, según corresponda (Art. 89).

   El presidente puede presentar una agenda legislativa prioritaria con hasta tres proyectos de ley, que deben ser tramitados en un año. Si no se cumplen los plazos, los proyectos se votarán en la Sala sin discusión adicional y en su última versión aprobada (Art. 90). Además, las cámaras deben establecer, mediante reglamento, los días de Sala destinados al tratamiento de mociones parlamentarias (Art. 63.2).
c) Consejo Constitucional. Se mantiene el sistema de urgencias (Art. 87) y la agenda legislativa prioritaria (Art. 88).

C. *Participación de parlamentarios en asuntos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y suscripción de mensajes y decretos promulgatorios.*

a) Convención Constitucional. Se reemplaza la iniciativa exclusiva del presidente en ciertas materias por las "leyes de concurrencia presidencial", excluyendo temas como la seguridad social, pero manteniendo otros relacionados con gasto fiscal. Estas leyes pueden originarse por mensaje del Ejecutivo o por moción parlamentaria, la cual debe espe-

cificar su carácter de concurrencia presidencial y presentar un informe técnico financiero. La aprobación requiere el patrocinio del presidente, quien puede retirar su apoyo en cualquier momento, lo que provoca que la moción no seguirá su curso (Arts. 266 y 267).

b) Comisión Experta. Si una moción parlamentaria o indicación es declarada inadmisible por ser de iniciativa exclusiva del presidente, se le informará a este último quien podrá en el plazo de 30 días patrocinar el proyecto y permitir su continuación en el proceso legislativo (Art. 80.5). En esa línea, se autoriza que los mensajes presidenciales puedan ser suscritos por un máximo de diez diputados o cinco senadores (Art. 78.2). Además, uno o más parlamentarios que hayan suscrito el mensaje o moción que dio origen a la ley pueden firmar el decreto promulgatorio (Art. 91.2).

c) Consejo Constitucional. Mantiene solo las dos últimas innovaciones de la Comisión Experta (Arts. 76.2 y 89.2)

D. *Presentación anual de la agenda legislativa y trámite prelegislativo*

a) Comisión Experta. El Anteproyecto institucionaliza algunas prácticas que, si bien son habituales, no cuentan con una formalización legal. En primer lugar, se establece que los ministros de Estado deberán presentar, al inicio del año legislativo, ante la Cámara de Diputados, los proyectos de ley que su cartera planea proponer y tramitar durante el año. Corresponderá a la Cámara determinar qué ministros deben cumplir con esta obligación (Art. 66). También con miras a fortalecer la figura de los ministros, se autorizó al presidente a delegar en determinados ministros la atribución de suscribir indicaciones a los proyectos de ley por orden del presidente (Art. 84.2)

En segundo lugar, se contempla la posibilidad de que el presidente de la República someta a consideración de las comisiones de ambas Cámaras las ideas matrices de un mensaje legislativo que aún no haya sido ingresado formalmente. Tras un período de audiencias públicas, las comisiones emitirán un informe conjunto con recomendaciones (Art. 78.3).

b) Consejo Constitucional. Se mantienen todas estas disposiciones y se amplía la obligación de presentación de la agenda anual también al Senado (Art. 63).

E. *Comisiones bicamerales para leyes periódicas*

a) Comisión Experta. Los proyectos de ley que fijan las remuneraciones mínimas, las remuneraciones del personal del sector público y otros de similar naturaleza que se tramitan periódicamente, así como los de codificación, deberán ser informados por una comisión bicameral y votados en las salas de ambas cámaras. Igual procedimiento podrá aplicarse con acuerdo de dos tercios de la cámara de origen, a los mensajes de fácil despacho o con urgencia manifiesta (Art. 78.5).
b) Consejo Constitucional. Se mantiene solo para proyectos de codificación (Art. 76.5).

Tabla 2

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Alteraciones del calendario electoral.	--	Coincidencia de las elecciones parlamentarias con la segunda vuelta presidencial. Concentrar las elecciones regionales y municipales al último año de gobierno.	Se desechan ambos cambios, volviendo al régimen vigente.
Poder de agenda: urgencias legislativas.	Pueden ser presentadas por el presidente y por el Congreso Nacional, especificándose en la ley los casos para cada uno. Son tres: simple, suma y discusión inmediata (esta última exclusiva del presidente) Podría declararse urgencia popular, de cumplirse determinadas condiciones.	Las presenta el presidente y las cámaras la califican, determinando el plazo. Las cámaras pueden suspender el plazo si en la comisión hay dos o más proyectos de ley con urgencia vigente. Se establece posibilidad de sancionar en caso de incumplimiento de la urgencia.	Se mantiene.
Agenda legislativa prioritaria del presidente de la República	--	El presidente podrá determinar hasta tres proyectos de ley, que se deben tramitar en máximo un año. Cumplido el plazo total y el proyecto no hubiese sido despachado por la comisión, será puesto en votación en la Sala en su última versión aprobada.	Se mantiene.

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Iniciativa parlamentaria e iniciativa exclusiva del presidente.	Se establecen las "leyes de concurrencia presidencial", excluyendo algunas materias. Pueden originarse por mensaje o moción parlamentaria. En este último caso, para ser aprobada requiere el patrocinio del presidente.	Se mantienen las materias de iniciativas exclusiva del presidente de la República. Si una moción parlamentaria o indicación es declarada inadmisible por ser de materia exclusiva del presidente, éste podrá otorgar el patrocinio a la iniciativa.	Se elimina la posibilidad del patrocinio presidencial a mociones.
Suscripción de parlamentarios de mensajes presidenciales y decretos promulgatorios.	--	Para el caso de los mensajes, se permite un máximo de 10 diputados o 5 senadores firmantes. Se permite la firma en los decretos promulgatorios de los parlamentarios autores de la iniciativa que dio origen a la ley.	Se mantiene.
Presentación anual de la agenda legislativa en comisiones.	--	Ante la Cámara de Diputados, quien determinará qué ministros deben concurrir.	Se amplía al Senado.
Trámite pre legislativo	--	El presidente podrá someter a consideración las ideas matrices de un proyecto de ley que aún no ha ingresado, a las comisiones de ambas cámaras, quienes elaborarán un informe.	Se mantiene.
Comisiones bicamerales para leyes periódicas.	--	Para proyectos de ley de fijación de remuneraciones mínimas o del sector público, de similar naturaleza, y de codificación. También podrían ser para mensajes de fácil despacho o urgencia manifiesta, previo acuerdo de la cámara respectiva.	Solo para proyectos de codificación.

Fuente: Elaboración propia.

3. *Corrección de malas prácticas legislativas*

Todo proceso constitucional busca abordar y corregir malas prácticas parlamentarias específicas. Un ejemplo claro en Chile ha sido el abuso de las acusaciones constitucionales. En años recientes, la utilización de este mecanismo ha sido excesiva y distorsionada, empleada frecuentemente con fines políticos para destituir autoridades sin respetar los causales y procedimientos constitucionales establecidos.

Otras instituciones del proceso legislativo que han sido desnaturalizadas por el incumplimiento de las normas que la regulan es el veto presidencial y la iniciativa exclusiva presidencial. El veto ha sido desnaturalizado pues, por medio de su declaración de inadmisibilidad, se ha impedido en la práctica su uso habitual. La iniciativa exclusiva presidencia, por su parte, suele ser incumplida.

A. *Acusación constitucional*

a) Convención Constitucional. No se modifican los quórums para aprobar una acusación, pero se modifican las sanciones: además de la destitución, el acusado no podrá ocupar cargos de exclusiva confianza del presidente el resto del mandato ni postular al cargo del cual fue destituido en la siguiente elección (Arts. 253 y 255).
b) Comisión Experta. Se elevan los quórums para aprobar una acusación constitucional: mayoría de diputados en ejercicio en la Cámara y ⅗ en el Senado, excepto para el presidente, donde se mantiene el quórum de ⅔. Se mantiene la destitución y prohibición de ejercer funciones públicas por cinco años. Se exige la asistencia obligatoria de los senadores a las sesiones en que se verá la acusación para votar. Se eliminan ciertos delitos como causales para acusar al ministro y también se introduce la obligación de interpelación previa. Se requiere que la comisión de diputados en el Senado esté compuesta por tres diputados que hayan formulado la acusación (Arts. 59 y 60).
c) Consejo Constitucional. El único cambio al Anteproyecto es el quórum de aprobación de la acusación en el Senado, que se reduce a ⅘ de sus integrantes en ejercicio, manteniendo el quórum de ⅔ para la acusación contra el presidente (Arts. 57 y 58).

a) Convención Constitucional. Se establece un veto parcial, cuyas observaciones podrán ser aprobadas por mayoría de los diputados. Con igual quórum, el Congreso podrá insistir en el proyecto original. Si el presidente rechaza totalmente el proyecto de ley, el Congreso podrá insistir en su texto con tres quintos de sus integrantes en ejercicio (Art. 274).
b) Comisión Experta. Se restringe la posibilidad de que un veto sea declarado inadmisible por contradecir las ideas matrices del proyecto. En este sentido, se aclara que los vetos aditivos que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto serán considerados inadmisibles. Por otro lado, los vetos supresivos y sustitutivos serán siempre admitidos a tramitación (Art. 88).
c) Consejo Constitucional. No hay cambios sustanciales respecto al Anteproyecto (Art. 86).

C. *Revocación de inadmisibilidad cuando las mociones e indicaciones versen sobre materias de iniciativa exclusiva del presidente*

a) Comisión Experta. La declaración de inadmisibilidad por la mesa directiva de la cámara o presidente de la comisión, según corresponda, podrá ser enmendada por 4/7 de los integrantes en ejercicio de cada instancia (Art. 80.4).
b) Consejo Constitucional. Se extiende la revocación tanto a la declaración de admisibilidad como de inadmisibilidad, con quórum de mayoría en ejercicio y 4/7, respectivamente, y precisándose que será sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional (Art. 78.4).

D. Fast track *para el control de la iniciativa exclusiva del presidente*

a) Comisión Experta. El Tribunal Constitucional (TC) debe resolver si una moción o indicación es de iniciativa exclusiva del presidente, a requerimiento de un tercio de los diputados o senadores en ejercicio. El asunto se conocerá con el solo mérito de los antecedentes y sin forma de juicio. La sentencia se debe dictar en cinco días desde el envío de

los antecedentes sin que, en el intertanto, se suspenda la tramitación del proyecto de ley (Art. 169.1.b).

b) Consejo Constitucional. Se mantiene el control, agregándose que el presidente también puede requerirlo y que, en cualquier caso, debe formularse antes del despacho del proyecto de ley y dentro de 30 días desde que se dé cuenta de la moción o indicación en la sala respectiva, según corresponda. Adicionalmente, se establece un quórum de mayoría en ejercicio para el pronunciamiento del TC (Art. 172.1.d).

Tabla 3

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Acusación Constitucional	Quórum de aprobación: mayoría de los diputados presentes, salvo el presidente y el gobernador que es mayoría absoluta. En la Cámara de las Regiones: mayoría absoluta, y presidente y gobernador, ⅔. Efecto al aprobarse una acusación: destitución, imposibilidad de ocupar un cargo de exclusiva confianza del presidente por el resto del mandato, imposibilidad de presentarse al cargo de elección popular del cual fue destituido en la próxima elección.	Aumenta quórum de aprobación para todos los sujetos: mayoría de los diputados en ejercicio y ⅗ en el Senado, salvo el presidente que son ⅔ de los senadores en ejercicio. Mantiene la CPR vigente: destitución del cargo y prohibición de desempeñar cualquier función pública, sea o no de elección popular, por 5 años. Para votar, los senadores deben asistir a todas las sesiones que se revise la acusación (actúan como jurado). De los ministros de Estado, se eliminan como causales los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno. Además, se exige que haya interpelación previa. Comisión de diputados que prosigue la acusación en el Senado debe estar integrada por 3 diputados que formularon acusación.	Mantiene quórum del Anteproyecto, salvo en el Senado, que se reduce a ⅘. Para el caso del presidente se mantiene. En lo demás se mantiene el Anteproyecto.

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Veto presidencial	Se distingue el veto parcial, en cuyo caso el Congreso podrá insistir con mayoría sobre el proyecto original. En el caso de un veto total, para insistir se require de tres quintas partes de los integrantes.	El veto aditivo que no tenga relación directa con las ideas matrices será considerado inadmisible. Mientras que el supresivo y sustitutivo será siempre admitido para su tramitación. Además, se precisa que se deberán respetar los quórums según la materia que corresponda.	Se mantiene el Anteproyecto.
Revocación de inadmisibilidad de mociones e indicaciones parlamentarias	--	La declaración de inadmisibilidad por la mesa de la respectiva cámara o por el presidente de la comisión puede ser enmendada por 4/7.	La revocación opera tanto para la declaración de admisibilidad (mayoría en ejercicio) como de inadmisibilidad (4/7), sin perjuicio de las atribuciones del TC.
Fast track para el control de la iniciativa exclusiva del presidente	--	TC podrá resolver si una indicación o proyecto es de iniciativa exclusiva, con el solo mérito de los antecedentes y sin forma de juicio, en un plazo de 5 días recibidos los antecedentes.	Se mantiene, agregándose que el presidente también puede requerir, y se fija un plazo de 30 días para requerir desde que se dé cuenta de la moción o indicación en la Sala.

Fuente: Elaboración propia.

4. *Fortalecimiento Congreso*

Para garantizar un sistema político equilibrado, es esencial no descuidar el rol de los contrapesos. En años recientes, el Congreso Nacional ha experimentado un debilitamiento en su capacidad para desempeñar una

función efectiva como contrapeso frente al Poder Ejecutivo. Este debilitamiento puede atribuirse a diversos factores, como el mal ejercicio de sus atribuciones, una ineficiencia en su labor parlamentaria y una tendencia a priorizar intereses locales o personales sobre el bien común a nivel nacional. Abordar estos desafíos es crucial para restaurar y fortalecer el papel de los parlamentarios como servidores públicos, mejorando así la confianza y la conexión de la ciudadanía con sus representantes.

A. *Atribuciones de fiscalización*

a) Convención Constitucional. Se mantiene la norma vigente sobre adoptación de acuerdos y sugerir observaciones al presidente de la República; la solicitud de antecedentes se extiende al contenido o fundamentos de los actos de gobierno; se eliminan las interpelaciones; y respecto a las comisiones investigaciones, se establece la obligación de concurrir de cualquier persona que sea citada (Art. 253). b) Comisión Experta. Se mantiene la adoptación de acuerdos y observaciones; la solicitud de antecedentes se amplía los órganos de la Administración del Estado; no hay cambios sustanciales a las interpelaciones; y en cuanto a las comisiones investigadores, se fija como plazo improrrogable 90 días, que una vez vencido se debe elaborar informe final en 15 días. Adicionalmente, se establece la obligación de concurrir a ex-autoridades y ex-funcionarios del último año (Art. 59).
c) Consejo Constitucional: Se mantiene el Anteproyecto, con cambios menores, como el plazo de las comisiones investigadoras, fijándose en 60, prorrogable por otros 30, y manteniendo la obligación de elaborar el informe final (Art. 57).

B. *Cambios a la tramitación de la Ley de Presupuestos*

a) Convención Constitucional. Se fija plazo de 90 días para su discusión y establece Comisión Especial de Presupuestos (Art. 277).
b) Comisión Experta. Se debe presentar antes del 15 de septiembre y el plazo para su discusión es de 90 días. Además, se flexibiliza la regla que permite modificar leyes permanentes solo cuando incidan en la

forma de ejecutar los gastos que establece la propia ley o contengan alcances o limitaciones de recursos públicos. Finalmente, se crea Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas e Impacto Regulatorio (Art. 82).

c) Consejo Constitucional. Se mantiene el Anteproyecto, reduciendo el plazo a 60 días, y la modificación a leyes permanente solo corresponde cuando tales modificaciones provengan de mensajes o indicaciones del presidente (Art. 80).

C. *Mayor intervención del Congreso Nacional en los tratados internacionales*

a) Convención Constitucional. Los tratados sobre materias de ley deben ser aprobados por el Poder Legislativo, exceptuando aquellos celebrados en cumplimiento de una ley (Art. 289).

b) Comisión Experta. El presidente debe informar al Congreso sobre las normas de los tratados que se consideran autoejecutables. Además, se requiere el acuerdo del Congreso para el retiro, denuncia o término de un tratado aprobado, así como para retirar una reserva previamente considerada por el Congreso (Art. 61).

c) Consejo Constitucional. Se establece que, en caso de demanda internacional por violaciones de tratados, el presidente debe informar al Congreso antes de negociar un acuerdo o solución alternativa (Art. 59).

D. *Participación en los nombramientos presidenciales que aprueba el Senado*

a) Convención Constitucional. Corresponde conjuntamente al Congreso de Diputados y Cámara de las Regiones, garantizando un estricto escrutinio de la idoneidad de los candidatos, según corresponda (Art. 263).

b) Comisión Experta. Se incorporan audiencias públicas otros mecanismos que determine la ley para un mayor escrutinio público del mérito del nominado (Art. 60.1.e).

c) Consejo Constitucional. Se mantiene el Anteproyecto (Art. 58.1.e).

E. *Figura del parlamentario como "servidor público"*

a) Comisión Experta. Se establece control ético e incorporan deberes parlamentarios (conducta intachable, respeto mutuo y desempeño honesto y leal) y la obligación de rendir cuenta pública en su distrito o circunscripción (Arts. 65, 68 y 75).
b) Consejo Constitucional. Mantiene el Anteproyecto (Art. 65, 72 y 73).

F. *Atribución de oír a los órganos autónomos, en las leyes que les afecten*

a) Convención Constitucional. Sólo en el caso del Poder Judicial, Consejo de Justicia (Art. 343.1.g).
b) Comisión Experta. Sólo en el caso del Poder Judicial, Corte Suprema (Art. 156.3).
c) Consejo Constitucional. Se amplía a todos los órganos autónomos de rango constitucional: Tribunal Constitucional, Servicio Electoral, Tribunal Calificador de Elecciones, Contraloría General de la República y Banco Central (Art. 77.3).

G. *Bases para una organización de bancadas*

a) Comisión Experta. La ley establecerá las bases, los derechos y obligaciones de los parlamentarios que integren una bancada, así como las consecuencias de su renuncia (Art. 62.3). Además, se obliga a los independientes que no hayan postulado asociados a un partido a incorporarse a una de ellas (Art. 63.3).
b) Consejo Constitucional. Se mantiene (Art. 73.2).

Tabla 4

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Acuerdos y observaciones	Mantiene la CPR vigente.	Mantiene la CPR vigente.	Mantiene la CPR vigente, con un cambio menor: la ley determinará las sanciones por el incumplimiento de dar respuesta fundada.
Solicitud de antecedentes	Lo transforma en una solicitud de antecedentes sobre el contenido o fundamentos de los actos del gobierno.	Amplía los sujetos pasivos a todos los órganos de la Administración del Estado que determine la ley.	Se mantiene.
Comisiones investigadoras	Establece la obligación de concurrir de cualquier persona que sea citada.	Establece la obligación de concurrir de autoridades y funcionarios y de personas que lo hayan sido en el último año. No es posible solicitar una comisión si la petición anterior fue rechazada. Se especifican requisitos de admisibilidad y formas de control. No pueden durar más de 90 días. Vencido el plazo, se debe elaborar informe final dentro de 15 días. Delega expresamente en la ley la forma de proteger los derechos de quienes participen.	Se mantiene. Se mantiene. Se elimina procedimiento de admisibilidad. Fija plazo de 60 días, prorrogable por otros 30. Mantiene obligación de elaborar el informe final. Se mantiene y se autoriza a no entregar información reservada.

Herramienta	*Convención Constitucional*	*Comisión Experta*	*Consejo Constitucional*
Interpelación a Ministros de Estado	Las elimina.	Sin cambios sustanciales a la CPR vigente.	Sin cambios sustanciales a la CPR vigente.
Cambios a la tramitación de la Ley de Presupuestos	Plazo para su discusión 90 días. Establece la Comisión Especial de Presupuestos	Plazo para su discusión 90 días. Se flexibiliza la regla para modificar leyes permanentes en la Ley de Presupuestos. Crea una Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas e Impacto Regulatorio.	Reduce el plazo de tramitación a 60, quedando igual que la CPR vigente. Solo se permiten modificaciones a leyes permanentes, cuando provengan de mensajes o indicaciones del presidente. Se mantiene la Oficina.
Bases para una ley de bancadas en el Congreso	--	La ley establecerá los derechos y obligaciones de los parlamentarios que las integren, así como las consecuencias de su renuncia. Se obliga a los independientes incorporarse a una.	Se mantiene.

Fuente: Elaboración propia.

IV. ¿Qué reformas elegir?

Como se puede apreciar, los dos procesos constituyentes escrutaron nuestro sistema político y plantearon reformas para perfeccionarlo. Ellos tienen puntos en común y otros más distantes.

El principal encuentro es que en cada una de las tres propuestas se mantiene el presidencialismo como régimen político. Pese a que durante años, a nivel académico, se ha discutido sobre un posible tránsito hacia un semi presidencialismo, ninguno de los tres proyectos optó por ese camino. Es especialmente sorprendente que dos instancias tan dispares políticamente hayan coincidido en mantener el presidencialismo: la Conven-

ción Constituyente del primer proceso, marcadamente de izquierdas, y el Consejo Constitucional del segundo proceso, decididamente de derechas.

El fundamento de esta decisión debemos buscarla en nuestra propia historia política, como anotamos más arriba. La cultura política chilena y el modo de comprender el poder ha sido históricamente presidencialista. La ciudadanía tiene intenso arraigo a la elección de la primera autoridad y a la figura presidencial. Y es que en Chile la vieja aspiración de adjudicar las responsabilidades donde están las atribuciones se encarna en la figura presidencial. Quien ocupa ese cargo es naturalmente responsable de una larga lista de desafíos; por ello lo sensato es entregarle las atribuciones propias para asumirlas. Ello solo es posible en un sistema presidencial. Lo contrario, debilita la figura del presidente y amenaza la eficacia del poder.[33]

Sobre esta base es que hay que elaborar una completa Caja de Herramientas que permita fortalecer la gobernabilidad y empezar a dar solución a diversos defectos de nuestro sistema político. Estos defectos impiden o dificultan excesivamente la reacción de la política y el sector público a los desafíos que plantea la sociedad actual. En un mundo en que las democracias están siendo tensionadas por los populismos, es fundamental que los países logren configurar estructuras de poder que permitan reacciones eficaces. Como ha anotado Samuel Issacharoff, "la habilidad para «hacer las cosas» es una medida subestimada de la legitimidad del gobierno".[34] Los problemas de un sistema político conspiran directamente contra esa habilidad y, por lo mismo, pueden afectar severamente la salud de una democracia.

¿Cuál de todas estas herramientas puede permitir un cambio? Ante todo, no debe creerse que hay un solo remedio para los defectos de un sistema político. En general, se trata de fenómenos multicausales y globales. Son multicausales porque no hay una sola causa que alimenta la fragmentación, el discolaje parlamentario, la deslealtad coalicional o la ineficacia gobernamental. Son múltiples las causas y por lo mismo también deben serlo las reacciones. Igualmente, las causas son globales y no exclusivamente chilenas. La debilidad de los sistemas de partidos se aprecia inclu-

[33] Soto, Sebastián, *La Hora de…*, *cit.*, p.129. Fontaine, Arturo, *La pregunta por el régimen político. Conversaciones chilenas*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2021.

[34] Issacharoff, Samuel, *Democracy Unmoored. Populism and the corruption of popular sovereignty,* Oxford University Press, 2023, p. 49.

so en países con partidos muy arraigados. La fragmentación también se encuentra en diversas latitudes.[35] Por eso es correcto decir que se trata de una "enfermedad" de la época.

Todo esto agrega complejidad a las soluciones. Quien crea que hay un solo mecanismo para resolver múltiples desafíos seguramente equivocará el foco. Por eso hemos descrito un amplio número de propuestas examinadas en los procesos constitucionales chilenos que permitirán ir resolviendo algunos de los defectos ya diagnosticados.

Frente al problema de la fragmentación en el Congreso Nacional y la debilidad del sistema de partidos, el umbral electoral y algunas normas de disciplina parlamentaria han despertado mayor adhesión. Es cierto que el primero ha recibido críticas.[36] Pero no puede desconocerse que es un remedio eficaz para la fragmentación, que tiene base en el derecho comparado (el ejemplo reciente de Brasil, un sistema bicameral y presidencial como el chileno, lo muestra con claridad) y que despierta consenso político en un sector transversal de partidos. A su vez, los acotados efectos colaterales que podrían calificarse de perjudiciales, no superan los positivos efectos de una regla como la que se analiza: incentivar partidos más grandes, con mecánicas internas de resolución de controversias, que entreguen estabilidad, disminuyan costos de transacción y reduzcan la sensación de caos político que se aprecia al interior de un parlamento fragmentado.

En lo que respecta a las reglas para configurar un presidencialismo de coalición, son varias las propuestas que pueden extraerse de los procesos constituyentes. Compartir el poder de agenda legislativa, crear espacios de reconocimiento simbólico a los parlamentarios parte de la coalición, nuevas reglas para vigorizar la iniciativa exclusiva presidencial en un contexto más dialógico, entre otras, permitirán asentar de mejor forma una coalición que necesariamente debe compartir criterios y estrategias tanto en la sede del Ejecutivo como en el Congreso Nacional. Esta alianza se configura por medio de instituciones informales, pero también a través de espacios formalizados que las reformas que se analizan pueden propiciar.

[35] Pérez Liñan, Aníbel *et al.*, "Partidos legislativos y coaliciones políticas en América Latina (1925- 2019)" en *Política y Gobierno*, vol. XXX, núm. 2, 2023.

[36] García-Huidobro, Luis Eugenio, *et al.,* "Umbrales electorales y fragmentación parlamentaria: mito y realidad", *Puntos de Referencia*, núm. 703, Centro de Estudios Públicos, 2024.

Junto a lo anterior, es imprescindible corregir malas prácticas que han desnaturalizado instituciones propias del proceso de formación de la ley y han contribuido a crear la sensación que en el ámbito legislativo las reglas no se respetan. En efecto, en los últimos años en Chile la legislatura ha desconocido peligrosamente antiguas reglas formales del proceso legislativo que canalizaba adecuadamente las prácticas parlamentarias. No es posible olvidar que una presidenta del Senado, senadora Adriana Muñoz (PPD), sostuvo hace algunos años que "prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida como senadora que pasar por sobre la demanda urgente de padres y madres".[37] Y un presidente de la Cámara de Diputados, Iván Flores (DC), reconoció que bajo su mandato se había iniciado la tramitación de proyectos inconstitucionales porque así "se ayudaba a revisar temas que era urgente resolver". Y luego agregó que el asunto no era tan grave porque solo eran "inconstitucionales por una cuestión de forma".[38]

En este contexto, abordar algunas reglas del procedimiento legislativo es imprescindible. Revigorizar las viejas instituciones aprendiendo de los excesos a las que se han visto sometidas en los últimos años permitirá empezar a superar la sensación de "rompedores de reglas" que a veces se esparce por el parlamento. Y las normas que en los últimos años han sido víctimas de una interpretación abusiva se vinculan principalmente con la iniciativa exclusiva del presidente de la República, el veto y las acusaciones constitucionales. Aunque estas pueden parecer excesivamente técnicas y reglamentarias, no puede desconocerse que muchos conflictos políticos se originan en una interpretación abusiva de las reglas del juego.

Por último, muy vinculado con lo recién anotado, es posible incluir en la Constitución o en las leyes respectivas un conjunto de regulaciones que buscan fortalecer al Congreso Nacional como contrapeso efectivo. La gobernabilidad también pasa porque haya una capacidad de revisión y escrutinio eficaz del actuar del Ejecutivo para hacer real un sistema de pesos y contrapesos que no sea obstructivo sino que cooperativo. Es claro que seguir uno u otro camino no depende exclusivamente de las reglas, sino que de los ánimos, del *ethos* y de la cultura política de cada grupo. Aun así, también es cierto que las reglas pueden modelar conductas o promover los espacios para la cooperación o la deliberación común. Eso es posiblemen-

[37] *El Mercurio*, 4 de junio de 2020.
[38] *El Mercurio*, 5 de abril de 2020.

te, lo que define a un proceso de elaboración de normas: un espacio para la deliberación común, la discrepancia y la persuasión.[39] Las herramientas que se plantearon en la última sección intentan crear ese espacio en la discusión de la ley de presupuestos o de los tratados internacionales, en la deliberación al momento de ratificar alguna designación y, en general, en la operación del Congreso Nacional en sus propias bancadas.

Todo lo anotado tiene por objeto fomentar una discusión más amplia sobre los desafíos para la gobernabilidad que nacen de la relación entre el presidente de la República y el gobierno con ambas ramas del Congreso Nacional. No hay una fórmula mágica ni un remedio que sane todas las enfermedades. En cambio, sí hay múltiples reformas que han sido propuestas recientemente y que, más temprano que tarde, deben revisitarse para emprender por fin una reforma a nuestro sistema político que consolide una nueva etapa en el presidencialismo de coalición chileno. Ninguna de ellas es por si sola suficiente y algunas pueden tener efectos menores. Con todo, un número adecuado de modificaciones a las reglas examinadas permitirá motivar un nuevo sistema de incentivos que alimentará un cambio formal e informal en el sistema político.

V. Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Argentina, Red Ediciones, 2012.

Alvarado, Claudio, *Tensión constituyente. Estado, gobierno y derechos para el Chile postransición*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2021.

Anteproyecto de Constitución Política de la República, Comisión Experta, Proceso Constitucional, 2023, disponible en*: https://www.proceso-constitucional.cl/anteproyecto-de-nueva-constitucion/*.

Arellano, Juan Carlos, "El aprendizaje político del presidencialismo chileno y sus diferentes rostros" en Martínez, Christopher (ed.), *Presidencialismo. Reflexiones para el debate constitucional en Chile*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Católica de Temuco, 2022.

[39] Waldron, Jeremy, "Principles of Legislation" en Bauman, Richard y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

Cavallo, Ascanio, "Prólogo. Peso y estatura de la presidencia", en Escobar, Paula, *Yo, Presidente/a. Lecciones de liderazgo de cinco gobernantes*, Catalonia, Universidad Diego Portales, 2014

Chaisty, Paul *et al.*, "Rethinking the «presidentialism debate»: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective", *Democratization*, vol. 21, núm. 1, 2014.

Chaisty, Paul *et al.*, Timothy, *Coalitional presidentialism in comparative perspective. Minority presidents in multiparty systems*, Oxford University Press, 2018.

Cheibub, José Antonio, *et al.*, "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

Correa, Sofía, "El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial", *Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios,* núm, 4, 2011.

Crespo, María Victoria, *Del Rey al Presidente. Poder Ejecutivo, formación del Estado y soberanía en la Hispanoamérica revolucionaria. 1810–1826,* México, El Colegio de México, 2013.

Dávila, Mireya, *Presidencialismo a la chilena. Coaliciones y cooperación política. 1990–2018*, Editorial Universitaria, 2020.

Escobar, Paula, *Yo, Presidente/a. Lecciones de liderazgo de cinco gobernantes*, Catalonia, Universidad Diego Portales, 2014.

Ex Ante, "Banderas mapuches, chilenas y gritos de «el pueblo unido avanza sin partidos»: Cómo fue el fin del trabajo de la Convención", Junio 28, 2022, disponible en: *https://www.ex-ante.cl/banderas-mapuches-chilenas-y-gritos-de-el-pueblo-unido-avanza-sin-partidos-como-fue-el-fin-del-trabajo-de-la-convencion/*

Fontaine, Arturo, *La pregunta por el régimen político. Conversaciones chilenas,* Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2021.

Gamboa, Ricardo y Dockendorf, Andrés, "Presidentes y partidos en la democracia chilena", en Martínez, Christopher (ed.), *Presidencialismo. Reflexiones para el debate constitucional en Chile*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Católica de Temuco, 2022.

García-Huidobro, Luis Eugenio y Sierra, Lucas, *Diez miradas sobre el sistema de gobierno. Diagnóstico y propuestas para la nueva constitución,* Santiago, Centro de Estudios Públicos, Huders, 2022.

García-Huidobro, Luis Eugenio, *et al.*, "Umbrales electorales y fragmentación parlamentaria: mito y realidad", *Puntos de Referencia,* núm. 703, Centro de Estudios Públicos, 2024.

Granese, Macarena, "Partidos políticos en la propuesta de Nueva Constitución ¿Una oportunidad perdida?", *Puntos de Referencia*, núm. 601, Centro de Estudios Públicos, 2022.

Issacharoff, Samuel, *Democracy Unmoored. Populism and the corruption of popular sovereignty*, Oxford University Press, 2023.

Jaksic, Iván y Serrano, Sol, "El gobierno y las libertades: La ruta del liberalismo chileno en el siglo XIX", *Revista Estudios Públicos*, núm. 118, 2010.

Lara, José Luis y Enteiche, Nicolás, "La descentralización territorial en el proyecto de constitución de 2023: Análisis del Anteproyecto de la Comisión Experta", *Actualidad Jurídica,* núm. 49, Universidad del Desarrollo, 2024.

Martínez, Christopher y Dockendorf, Andrés, "Hyper-presidentialism under question: evidence from Chile", en Llanos, M. y Marsteintredet, L.(eds.), *Latin America in Times of Turbulence: Presidentialism under stress.* New York and London: Routledge, 2024.

Martínez, Christopher, *Why presidents fail. Political parties and government survival in Latin America*, Stanford University Press, 2024.

Meléndez, Felipe, "Las variaciones del régimen presidencial chileno durante la vigencia de la Constitución de 1925", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XLII, 2020.

Pérez Liñan, Aníbel, *et al.*, "Partidos legislativos y coaliciones políticas en América Latina (1925- 2019)", *Política y Gobierno*. vol. XXX, núm. 2, 2023

Propuesta de Constitución Política de la República, Convención Constitucional, Proceso Constitucional, 2022, disponible en: *www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf*

Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, Consejo Constitucional, Proceso Constitucional, 2023, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/consejo-constitucional/propuesta-de-nueva-constitucion/.*

Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Siavelis, Peter, "Accommodating Informal Institutions and Chilean Democracy", en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Estados Unidos, The John Hopkins University Press, 2006.

Siavelis, Peter, "From a Necessary to a Permanent Coalition" en Sehnbruch, Kirsten y Siavelis, Peter, *Democratic Chile. The politics and policies of a historic coalition. 1990-2010*, Colorado Lynne Rienner Publishers, 2014.

Soto, Sebastián, *Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el presidente de la República y el Congreso Nacional*, tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad de Chile, 2017.

Soto, Sebastián, *La Hora de la Reconstitución*, Santiago, Ediciones UC, 2020

Soto, Sebastián, "Epílogo. Nueve conceptos para un nuevo comienzo" en Hazbun, Pilar y Varela, Pedro (eds.), *Lecciones constitucionales. Reflexiones sobre un proceso fallido y propuestas para el debate*, Santiago, Ediciones L y D, 2023.

Toro, Sergio y Noguera, Agustina, "La deriva del sistema político y el fracaso del nuevo proceso constitucional", *Revista de Ciencia Política*, 2024.

Waldron, Jeremy, "Principles of Legislation", en Bauman, Richard y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

Wilenmann, Javier y Aninat, Isabel, "El sistema político y la nueva constitución" en Gil, Diego, *et al.*, *El dilema constitucional. Una aproximación institucional al proceso constituyente*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2023.

Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús, "Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007. Lectura Regional Comparada", en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, Jesús (coords.), *Reforma Política Electoral en América Latina. 1978-2007,* México, Universidad Autónoma de México e Idea Internacional, 2008.

Capítulo noveno

En busca del constitucionalismo dialógico: un modelo para armar

Domingo A. Lovera Parmo*
Luis A. Marambio Mancilla**

Sumario: I. *La crisis constitucional y la objeción democrática de la jurisdicción constitucional*. II. *La justicia constitucional dialógica*. III. *La incipiente recepción chilena de la justicia constitucional dialógica*. IV. *Una cuestión de diseño*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias.*

Este trabajo aborda algunas de las instancias de diálogo institucional en materia de interpretación constitucional que estaban contenidas en el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile, de la Comisión Experta (ACCE). Algunas, solamente, porque se centra en las instancias reguladas a propósito de las atribuciones de la (por entonces, denominada) Corte Constitucional en materia de control de constitucionalidad de los preceptos legales.[1]

Para este trabajo, se asume, preliminarmente —y no sin objeciones a su radicación solo en las instituciones—,[2] que existe un diálogo insti-

* Profesor asociado, Facultad de derecho, Universidad Diego Portales (Chile). Ph. D. Osgoode Hall Law School (Canadá), Ll.M. Columbia University (Estados Unidos); licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002); ex integrante de la Comisión Experta del Proceso Constitucional 2023.

** Ayudante senior de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales (Chile); egresado del Magíster en Finanzas e inversiones de la Universidad Diego Portales (2022) y licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Universidad Diego Portales, 2021.

1 Otra de estas instancias dialógicas, en efecto, puede identificarse a propósito de las regulaciones del denominado referéndum abrogatorio de ley (art. 48) o la acción de inaplicabilidad (arts. 169, letra d), en relación con el artículo 170.4), todas ellas del ACCE.

2 Lovera, Domingo, "Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)", en Fuentes, Claudio (ed.), *En Nombre del Pueblo: Debate sobre el cambio constitucional*

tucional cuando (i) a propósito de la determinación del sentido y alcance (interpretación) de una disposición constitucional; (ii) se configura o traba una conversación entre instituciones que ofrecen sus diferentes (aunque esto no necesariamente siempre debe ser así)[3] lecturas de esa disposición; (iii) conversación en la que no es una Corte (o un tribunal cualquiera) quien tiene necesariamente la última palabra y; (iv) que se desarrolla o tiene lugar a través de cauces institucional o procedimentalmente habilitados.

Adicionalmente, podría agregarse —en un acercamiento desde el constitucionalismo democrático—, aquel que considera el desacuerdo interpretativo algo normal para el derecho constitucional y su desarrollo—[4] que, (v) de haber una última palabra— la que irremediablemente, como es propio en una democracia, será solo transitoria —esta debe estar radicada en el o los órganos de representación popular—, sin perjuicio de poder ser estimulados por las opiniones de otros órganos, en este caso, la Corte.

Para efectos de abordar las innovaciones propuestas en el ACCE —truncadas luego con la intervención del Consejo Constitucional—, se parte anotando (I) el momento de crisis constitucional que vivió (y sigue viviendo) Chile. Como se anotará muy rápidamente allí, el rechazo consecutivo de dos propuestas constitucionales podría traer de la mano una presión inusitada sobre el proceso político si es del caso que se decide echar mano al procedimiento de reforma constitucional para abordar aspectos críticos del sistema político y constitucional chileno que siguen en tensión. La reforma al sistema político es muestra palmaria de lo anterior. Enseguida, (II) se muestra —conforme lo ha expuesto alguna literatura— cómo el constitucionalismo dialógico puede servir como una herramienta que permitiría a la justicia constitucional —ejercida en el caso de Chile, por el Tribunal Constitucional— sortear con mayor éxito las objeciones que se formulan a su permanente presencia en una democracia, especialmente en momentos de presión institucional como los que vaticinamos. La justicia

en Chile, Santiago, Ediciones Böll Cono Sur, 2010, pp. 217-243.

[3] En efecto, el trabajo interpretativo en materia constitucional de las diferentes ramas del Estado bien podría dejar espacios a la coordinación. No hay necesidad, por lo tanto, de ver las diferentes intervenciones como unas animadas puramente por el enfrentamiento. Fisher, *Louis, Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 231-233.

[4] Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Estados Unidos, vol. 42, 2007, pp. 373-433.

constitucional dialógica, para decirlo de otra forma, y asumiendo que las atribuciones judiciales de control constitucional de las leyes no desaparecerán, puede ayudar a conciliar de mejor manera (de mejor manera que los modelos de revisión judicial fuertes)[5] el rol de la justicia constitucional y el autogobierno democrático.[6] Las dos últimas secciones se reservan para (III) recoger la forma incipiente en que la doctrina chilena ha venido acercándose a la justicia dialógica, así como para, finalmente, (IV) analizar y discutir las propuestas contenidas sobre la materia en el ACCE.

I. La crisis constitucional y la objeción democrática de la jurisdicción constitucional

El Tribunal Constitucional chileno determinó el año 2020, de manera inédita en su historia, declarar inconstitucional una reforma constitucional que permitía el retiro excepcional de un 10% de las cuentas individua-

[5] Fue Mark Tushnet quien ofreció una tipología de modelos de revisión judicial, distinguiendo entre modelos fuertes y débiles. Los modelos que él denomino fuertes, se caracterizan por conferir a las cortes o tribunales una preponderancia institucional en la interpretación constitucional, preponderancia que se manifiesta en especial frente a las legislaturas, en la medida que sus decisiones son finales y no revisables —a menos que se enmiende la Constitución—. Los modelos débiles, en cambio, "disponen de mecanismos para que el pueblo pueda responder a las decisiones judiciales que ciudadanos y ciudadanas consideran razonablemente equivocadas, por vías más rápidas que las de la reforma constitucional o los ciclos de designación judicial". Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008, pp. 21-5. Este trabajo asume, con Tushnet, que la denominada justicia dialógica pertenece a los modelos denominados débiles de revisión judicial.

[6] La conciliación a que aquí se hace referencia no es una conceptual entre derechos o principios constitucionales, de una parte, y la democracia como forma de autogobierno, de otra. Es, en cambio, institucional: lo que se pregunta es respecto a un específico arreglo institucional —la revisión judicial de la legislación— que se ha venido imponiendo como forma de realización de la armonía conceptual. Sobre la conciliación conceptual, Habermas, Jürgen, "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", *Ratio Juris*, Reino Unido, vol. 7, núm. 1, 1994, pp. 1-13. Disputando las posibilidades de esa armonía, Mouffe, Chantal, *The Democratic Paradox*, Londres y Brookly, Verso, 2005, pp. 1-16. Es común, como alguno de nosotros ha dicho en otra parte, que estas dimensiones se confundan y que la oposición a un arreglo institucional específico sea visto como una a los derechos o principios constitucionales. Eso es, paradojalmente, un error conceptual. Lovera, Domingo, "Normas de Constitución, normas de ley: Una respuesta improbable a la luz del caso chileno", *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 82, 2023, p. 195.

les de ahorro previsional.[7] El Tribunal hizo esto en línea con una reciente tendencia global,[8] no exenta de críticas,[9] por razones sustantivas. Es decir, lo hizo sobre la base de la supuesta incongruencia entre el contenido de la propuesta de reforma y la Constitución, y no por haberse faltado a los procedimientos y formas que ésta regula para aprobar aquélla.

Mientras el Congreso presentaba un proyecto de reforma constitucional para permitir el retiro, el presidente de la República presentaba un proyecto de ley con idéntico propósito (ley 21.295 de 2020) y adicionalmente un requerimiento de inconstitucionalidad de la reforma del Congreso. Conservaba el presidente, por cierto, el veto legislativo como alternativa. El Tribunal Constitucional determinó la inconstitucionalidad de la reforma constitucional propuesta por el Congreso, a pesar de que satisfacía la mayoría calificada correspondiente a la reforma de la Constitución, en base a un argumento de competencias constitucionales, sin trabar diálogo alguno con el Congreso[10] y sin tematizar la naturaleza dialógica y deferente de sus competencias respecto de la potestad de reforma constitucional.[11]

Un par de años más tarde, y resolviendo un cúmulo de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,[12] el Tribunal Constitucional habría ido más lejos.[13] Entonces, volvió a declarar inconstitucional una reforma consti-

7 Sentencia, Rol 9797-20, de 30 de diciembre de 2020, del Tribunal Constitucional de Chile, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=10772&buscador=true* (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

8 Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The Limits of Amendment Power*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

9 En Chile Pardo-Álvarez, Diego, "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales (Rol N° 9797-20, 30 de diciembre de 2020)", *Revista de derecho, Coquimbo*, Chile, vol. 30, 2023a, disponible en: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532023000100303.*

10 Bassa, Jaime *et al.*, "Un Tribunal imprudente: Sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional por el retiro anticipado de pensiones", en Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente: ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Thomson Reuters, 2021, pp. 271-287.

11 Pardo-Álvarez, Diego, "Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno", *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 36, núm. 1, 2023b, pp. 113-135.

12 De conformidad al artículo 93 N°6 de la Constitución, el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal en una gestión pendiente, por resultar contrario a la Constitución.

13 Lovera, Domingo y Contreras, Pablo, "El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales: una doctrina inconveniente", *Revista Justicia & Derecho*, Chile, vol. 6, núm. 2, 2023, p. 3.

tucional, esta vez la que autorizó, junto con una serie de retiros, que algunas personas pudieran solicitar un anticipo con cargos a sus futuras pensiones. Habría ido más lejos, porque, para poder declarar la inaplicabilidad de una reforma constitucional, tuvo que transformar esa reforma en un precepto legal —echando mano a una acción cuyo propósito es, paradojalmente, evitar que la aplicación de un precepto legal acarree consecuencias que colisionen con la Constitución—. El Tribunal sostuvo, entre otras cosas, que "las cosas son lo que determina su esencia y no su nomenclatura…las cosas son lo que son, con independencia de la denominación que se les dé…".[14]

Es un lugar común en teoría constitucional sostener que sobre la jurisdicción constitucional pesa una objeción democrática.[15] ¿Por qué un grupo de jueces puede imponer una interpretación de la Constitución, siendo que por definición, ella no es susceptible de una interpretación imparcial?[16] Un grupo de ensayos recopilados en una reciente publicación,[17] muestra que este es un debate que, en parte por la propia responsabilidad del Tribunal, se había venido instalando en Chile con especial fuerza.[18] En efecto, varias intervenciones polémicas del Tribunal Constitucional fueron colocando sus atribuciones bajo la mirada de la atención pública, transformándolo en un objeto de necesaria atención durante los dos procesos constituyentes desarrollados en Chile.

Si esta crítica tiene sentido cuando la justicia constitucional derriba decisiones legislativas —una declaración de la voluntad soberana, como declara el art. 1o., del Código Civil—, se torna aún más intensa frente a proyectos de reforma constitucional. ¿Cómo es posible que este grupo de jueces pueda imponer su criterio incluso en contra de un ejercicio de la soberanía como es la potestad de reforma constitucional, la que apunta, precisamente, a modificar el parámetro de control que la justicia constitucional debe luego cuidar?

[14] Sentencia, Rol 11.230-21, de 17 de marzo de 2022, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 18, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/download/182612?inlineifpossible=true*, (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[15] Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

[16] Atria, Fernando, "¿Qué Desacuerdos Valen? la Respuesta Legalista", *Revista Ius Et Praxis*, Chile, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 419-427.

[17] Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2021.

[18] Con especial fuerza porque, el debate en sí mismo, es, y como bien lo reseña Zapata, anterior. Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 19 y ss.

Peor aún. La objeción democrática a la jurisdicción constitucional arriesga agudizarse con el rechazo de las dos propuestas de sustitución constitucional y con las reformas que se han introducido en este contexto. El rechazo de ambas propuestas de nuevo texto constitucional, la crisis del sistema político-partidista, el *renacimiento* autoritario y la flexibilización de los procedimientos de reforma constitucional (cuyo quórum fue rebajado de ⅔ y ⅗ a ⅐ de los y las integrantes del Congreso Nacional) y de las leyes orgánico-constitucionales (cuyo quórum fue rebajado de ⅐ a mayoría absoluta de los y las integrantes del Congreso Nacional),[19] podrían implicar un aumento significativo en las exigencias institucionales depositadas sobre la jurisdicción constitucional.

¿Cómo debiera encarar (o bien navegar) el Tribunal Constitucional este escenario de presión institucional?

II. La justicia constitucional dialógica

La justicia constitucional, como indica Bayón,[20] ha llegado para quedarse. De allí que, antes de apostar por eliminarla, se han ofrecido variadas formas de conciliar la existencia de la revisión judicial de la ley y de la reforma constitucional, por una parte, con el respeto de los procedimientos democráticos, por otra. Muchas de esas alternativas han nacido de los propios tribunales y de las cortes constitucionales, haciendo eco de la objeción democrática que pesa sobre ellos.

¿Qué alternativas son las que se han propuesto?

Se ha sostenido, por ejemplo, que la justicia constitucional debiera solo limitarse a cuidar la apertura de los procedimientos democráticos,

[19] La identificación de estas reformas se realiza acá sólo de modo descriptivo y para dar cuenta del entorno institucional en el que la crisis constitucional chilena debe desenvolverse, no para criticar el alcance sustantivo de estas reformas. Sobre la anomalía de los quórums de supermayoría introducidos en la propuesta constitucional de la dictadura, véase Jiménez, Guillermo, *et al.*, "La debilidad de las súper-mayorías", *Revista De Derecho (Pontificia Universidad Católica De Valparaíso)*, vol. 41, núm. 3, 2013, pp. 359-393.

[20] Bayón, Juan Carlos, "Derechos, democracia y Constitución", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 211-238.

dejando la determinación de los valores fundamentales a las instancias representativas.[21]

También se ha sugerido que la justicia constitucional debiera, no obstante se inmiscuya en cuestiones sustantivas, estrechar o focalizar sus decisiones, cuidando siempre —aquí la estrechez— de dejar abiertos los debates democráticos. Para ello es imperioso que las decisiones sean lo más acotadas posibles, evitando un alcance sobredimensionado, por una parte, así como resistiendo la tentación de plagar las sentencias con declaraciones anexas, no vinculadas al caso entre manos, por las que se pretenda ir formando opinión (judicial) para el futuro, por otra.[22] Para ello, jueces y juezas constitucionales debieran ejercer sus virtudes pasivas,[23] anotando que en una democracia los y las representantes populares son quienes están llamados a ser protagonistas.

Por último, incluso en las variantes más fuertes de control judicial de constitucionalidad —en la tipología de Tushnet—,[24] se ha sostenido que jueces y juezas, no obstante sus intensas atribuciones, nunca obran con absoluta discrecionalidad. En efecto, ellos ejercerían sus atribuciones obrando con integridad, por lo tanto sujetos a una serie de limitantes —incluida la historia constitucional de un país— que debieran disipar las acusaciones que ven en la justicia constitucional una forma de afectación de la democracia.[25]

La justicia constitucional dialógica es otra de esas propuestas. Se trata de una forma particular de encarar la objeción democrática, diluyendo, así —o eso pretende—, la fuerza de sus críticas sobre el control judicial de constitucionalidad. Como señala Tushnet, ella nos permite ver viejos elementos del control de constitucionalidad en una nueva luz, en la medida que el constitucionalismo dialógico "coloca al frente la tensión inevitable entre el constitucionalismo democrático y su promesa con el autogobierno y su compromiso con la restricción a lo que las mayorías pueden hacer".[26]

[21] Ely, John H, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

[22] Sunstein, Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

[23] Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

[24] Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.

[25] Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 1996.

[26] Tushnet, Mark, "Dialogic judicial review", *Arkansas Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, 2009, p. 206.

Su ventaja sobre las otras alternativas es que ella puede realizarse a través de cauces institucionales, antes que descansar solo en actitudes personales de jueces y juezas. En efecto, y como se observa, tanto en el caso de Ely, como en los de Sunstein y Dworkin, las posibilidades de autocontención descansan en una cierta actitud pasiva de quienes ejercen la judicatura. Ello dota a la justicia constitucional dialógica de mayor certeza, permitiendo un diálogo en tiempo real[27] y situando el diálogo interinstitucional en el corazón del esquema constitucional. Así, la justicia dialógica —como las propuestas antes identificadas— apunta a defender la atribución de la justicia constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes (los tribunales pueden dirigir la atención de la legislatura hacia asuntos que no fueron debidamente considerados, por ejemplo), pero cuidando de mejor manera, a un tiempo, los presupuestos democráticos.

La justicia constitucional dialógica, en definitiva, apunta a concretar una comprensión más compleja de la interpretación constitucional. Por ello propone que, para la determinación del sentido y alcance de una disposición constitucional,[28] intervengan diversas instituciones que traben entre sí una conversación institucional en la que los tribunales son una parte más y en la que, por lo tanto, no tengan (necesariamente) la última palabra o un rol preponderante.

Antes que un monólogo en el que los tribunales llevan la voz y decisión final, la justicia constitucional dialógica propone una conversación en la que intervienen distintas voces mediadas institucionalmente. Se trata de una visión en la que la interpretación constitucional, incluida la defensa de los derechos fundamentales, es parte de una "tarea compartida".[29] Todo esto, por cierto, no obstante los profusos debates que han existido respecto a cuáles son las condiciones o etapas que una conversación o intercambio debiera tener para poder ser considerada como manifestación de un genuino diálogo entre las instituciones.[30]

[27] *Ibidem*, pp. 211 y 212.

[28] Gargarella, Roberto, "Interpretación y diálogo democrático", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, núm. 4, 2017, pp. 171 y 172.

[29] Kavanagh, Aileen, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 31.

[30] Linares, Sebastián, "La (i)legitimidad democrática de la justicia constitucional", Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 202 y 203.

La apuesta por el diálogo entre las diferentes instituciones, por su parte, permitiría aplacar la objeción democrática, al reivindicar el rol de las ramas democráticas en la interpretación de la Constitución.[31] En efecto, el diálogo constitucional se ha definido como una serie de interacciones, ya sea entre las ramas legislativas y judiciales y, a veces, ejecutivas —como veremos, la ciudadanía misma no está al margen en alguna variante— en torno al sentido y alcance de las disposiciones constitucionales.[32] Así, a la hora de determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, las cortes son interlocutores que toman parte en un proceso junto a varios otros actores políticos, entre los que destacan las legislaturas.[33]

Un buen ejemplo de este tipo de diálogos lo representa la rica jurisprudencia dialógica acuñada por la Corte Constitucional de Sudáfrica.[34] Allí, de alguna forma estimulada por disposiciones constitucionales que le permiten a la Corte Constitucional revisar la razonabilidad de las políticas de implementación en materia de derechos sociales (véanse los artículos 25, 25, 27 y 29 de esa Constitución), la Corte, en vez de definir por sí y ante sí los alcances; por ejemplo, del derecho a la vivienda, ha preferido invitar a las ramas estatales (nacionales y locales) a conversar en torno a ello.[35] En ocasiones, esa invitación al diálogo ha incluido a las propias personas cuyos derechos se han visto defraudados,[36] en línea con acercamientos deliberativos que ven en el constitucionalismo dialógico una forma de estímulo a conversaciones más sustantivas.[37]

[31] Lovera, Domingo y Vargas, Catalina, "El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 48, núm.3, 2022, pp. 79-105.

[32] Sigalet, Geoffrey, *et al.*, *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 2019, pp. 1 y 2.

[33] Kenney, Sally, *et al.* (eds.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 1999, p.4.

[34] Liebenberg, Sandra, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Ciudad del Cabo, Juta & Co. Ltd., 2010.

[35] Sentencia, CCT 11/00, de 4 de octubre del 2000, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, disponible en: *https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html* (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[36] Sentencia, CCT 24/07, de 19 de febrero de 2008, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, disponible en: *https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html* (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[37] Gargarella, Roberto, "From «democracy and distrust» to a contextually situated dialogic theory: A Reply", *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 18, núm. 4, 2021, pp. 1469 y 1472-1473.

Ahora bien, para evitar que este diálogo descanse solo en la buena voluntad de quienes, por una parte, se animan a convocarlo y quienes, de otra, se animan a sentarse a la mesa, la literatura ha propuesto institucionalizar, esto es, habilitar espacios procedimentales explícitos para que el diálogo tenga lugar.[38] Esta es, como dijimos, la ventaja de la justicia dialógica sobre otras alternativas que buscan conciliar la existencia de la justicia constitucional con la democracia. Y es una ventaja, además, a la luz de la misma indefinición que la metáfora del diálogo acarrea.[39] A fin de cuentas, los arreglos institucionales ofrecen una vía precisa de materializar esta conversación constitucional de la que venimos hablando.

La experiencia que mayor atención ha captado en el derecho comparado ha sido la de la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. De acuerdo a ella, la legislatura puede —respondiendo o no a una sentencia de la Corte Suprema— promulgar legislación sustrayéndola de la revisión constitucional respecto de determinados derechos y libertades fundamentales por un plazo no superior a cinco años. Por decirlo de alguna forma, la legislatura podría así "blindar" su ley por un plazo determinado frente al control de constitucionalidad respecto de derechos por ella señalados.

Antiguamente se sugería que este arreglo institucional permitiría el diálogo en la medida que, a través de él, el parlamento podría responder a la Corte Suprema en caso que ésta declarase la inconstitucionalidad de una ley.[40] Como es fácil advertir, de activarse la sección 33 la última palabra estaría puesta en manos del parlamento y no de la Corte Suprema. Por cierto, esto no quiere decir que su activación estuviera al margen de la crítica política, lo que implicaría, de hecho, una forma de diálogo más extendida al incorporar a la ciudadanía que podría observar críticamente una decisión tal de su parlamento.

Más recientemente, se ha señalado que el diálogo también puede producirse a partir de un acto del parlamento, esto es, en ausencia de una sentencia de inconstitucionalidad de la ley. Es decir, podría ser que el parlamento decidiera echar mano a la sección 33 para blindar alguna legislación frente a

[38] Gargarella, Roberto, "El nuevo Constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 125.

[39] Kavanagh, Aileen, "The Lure and the limits of dialogue", *The University of Toronto Law Journal*, Canada, vol. 66, núm. 1, 2016, pp. 83-120.

[40] Hogg, Peter y Bushell, Allison, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)", *Osgoode Hall Law Journal*, Canadá, vol. 35, núm. 1, 1997, pp. 75-124.

embates de constitucionalidad (por ejemplo, anotando la jurisprudencia previa), pero que ello no inhabilitaría a la Corte Suprema para examinar la constitucionalidad de la ley, aunque ésta, luego, no fuera una decisión que pudiera imponer al parlamento.[41] En cualquier caso, el diálogo —con similares ramificaciones políticas— se trabaría al existir al menos dos visiones en torno a la constitucionalidad de una ley: la del parlamento, por una parte, y la de la Corte Suprema, de otra. Algo similar a lo que ocurre con el modelo de revisión constitucional inglés.

Como puede anotarse, un modelo de justicia dialógica requiere aceptar la existencia de tribunales con atribuciones de control de constitucionalidad, pero que no tienen la última palabra —al menos no necesariamente—. Esto es algo que puede requerirse tanto por razones normativas, por ejemplo, para sortear la objeción democrática[42] o estimular la deliberación en torno a los asuntos constitucionales,[43] como por razones de práctica constitucional, toda vez que esa práctica sea una en la que no pueda identificarse una institución con la palabra final.[44]

En todo caso, desde el constitucionalismo democrático[45] podría agregarse, que, de haber una última palabra —la que irremediablemente será sólo transitoria, como es propio de una democracia— esta debe estar radicada en el o los órganos de representación popular, aunque pueda ser estimulada por las opiniones de otros, en este caso, los tribunales con atribuciones de revisión constitucional. La justicia constitucional dialógica admite diferentes vías de decisión luego de producido el diálogo institucional en torno a la adecuada interpretación constitucional.

41 Webber, Grégoire, "Notwithstanding rights, review, or remedy? On the notwithstanding clause and the operation of legislation", *University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 71, núm. 4, 2021, pp. 510-538.

42 Dixon, Rosalind, "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited", *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 406-408.

43 Gargarella, Roberto, "El nuevo Constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 124-126.

44 Silva, Luis, "¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 38, 2012, pp. 573-616.

45 Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

III. La incipiente recepción chilena de la justicia constitucional dialógica

En el caso chileno, el estado de la discusión muestra que el tratamiento del denominado constitucionalismo dialógico, no obstante el lugar más central que ha venido ocupando la discusión en torno a la denominada objeción democrática,[46] ha sido más bien lateral y muy escaso. Pero existe.

En 2008, Jorge Contesse,[47] por ejemplo, criticaba la ausencia de un dialogo adecuado entre actores institucionales al momento de interpretar la Constitución. Sin mencionar explícitamente el constitucionalismo dialógico, el autor abogababa por convertir la interpretación constitucional en un esfuerzo común, incluyendo, incluso, grupos sociales.[48] A pesar de esta temprana crítica, no se aprecia en la literatura nacional una investigación acabada del concepto.[49] Incluso Solari señalaba, apenas en 2019, que era una doctrina (si se nos permite por ahora esta amplísima denominación) desconocida para la comunidad jurídica nacional.[50]

Sin ir más lejos, en la actualidad hay textos que abordan la cuestión relativa a la legitimidad del Tribunal Constitucional o que pasan revista a las experiencias latinoamericanas para hacer sugerencias a nuestra jurisdicción constitucional, sin mencionar la doctrina del constitucionalismo dialógico.[51] Esto es de especial relevancia, pues, los procesos constituyentes —sobre todo el segundo, desarrollado en 2023— incluyó arreglos institucionales dialógicos específicos.

A la fecha, tres autores han sugerido considerar versiones de constitucionalismo dialógico.

---

46 Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

47 Contesse, Jorge, "«Las Instituciones Funcionan»: La falta de diálogo constitucional en Chile", *Revista Derecho y humanidades*, Chile, núm. 14, 2008, p. 52.

48 *Ibidem*, p. 73.

49 Verdugo, Sergio, "Los derechos sociales y el debate constituyente chileno", *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021, p. 550.

50 Solari, Enzo, "Un constitucionalismo débil para Chile", en Bassa, Jaime, *et al.* (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones, 2019, p. 355.

51 Busch, Tania y Szmulewicz, Esteban, "Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 54, 2020, pp. 127-150. Góngora, Manuel, "Propuestas para una jurisdicción constitucional transformadora en Chile a la luz de experiencias de justicia constitucional en América Latina", *Revista Estudios constitucionales*, Chile, vol. 20, núm. especial, 2022, pp. 319-349.

Enzo Solari, en 2015[52] y 2019,[53] aunque reclamando por la poca acogida que ha tenido su propuesta).[54] Sergio Verdugo, por su lado, en un trabajo de 2013, sugiere en sus conclusiones avanzar hacía mayor dialogo institucional en temas constitucionales,[55] debiendo hacerse presente, eso sí, que el mismo autor, en un trabajo más reciente, se refiere solamente a las maneras en que modelos de constitucionalismo dialógico podrían resolver problemas que él identifica como relativos a las garantías de los derechos sociales.[56] Finalmente, en 2017, Fernando Atria, Constanza Salgado y Javier Wilenmann se pronunciaron a favor de decisiones no vinculantes para el Congreso, en el contexto de propuestas a sistema de justicia constitucional.[57]

Por último, debe mencionarse que no hay propuestas específicas en estos autores, y por consiguiente en la doctrina chilena, aunque sí hay una revisión de modelos comparados y teóricos.[58]

IV. Una cuestión de diseño

El ACCE, descansando en el diagnóstico recién reseñado, abordó el desafío de poder ofrecer avenidas institucionales a través de las que fuera posible entablar este diálogo sostenido en torno a las atribuciones de control de

[52] Solari, Enzo, "Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena", *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 35, 2015, pp. 201-241.

[53] Solari, Enzo, "Un constitucionalismo débil para Chile", en Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos, y Viera, Christian (eds.) *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones. 2019, pp. 351-374.

[54] Solari, Enzo, "Un constitucionalismo débil para Chile", en Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos, y Viera, Christian (eds.) *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones. 2019, pp. 355 y 356, 370.

[55] Verdugo, Sergio, "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 40, núm.1, 2013, p. 218.

[56] Verdugo, Sergio, "Los derechos sociales y el debate constituyente chileno", *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021, pp. 568.

[57] Atria, Fernando, Salgado, Constanza y Wilenmann, Javier, *"Democracia y neutralización". Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, LOM Ediciones, 2017, pp. 196-198.

[58] Solari, Enzo, "Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena", *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 35, 2015, pp. 223 y ss. Solari, Enzo, "Un constitucionalismo débil para Chile", en Bassa, Jaime, *et al.* (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, LOM Ediciones. 2019, pp. 351-374. Verdugo, Sergio, "Los derechos sociales y el debate constituyente chileno", *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021 pp. 558 y ss.

constitucionalidad de la Corte Constitucional. Esto a propósito de dos atribuciones de control: el control preventivo y el de carácter represivo. La (4.1) primera parte de esta sección repasa en general esos mecanismos. La (4.2) segunda se centra en el sistema de control preventivo no vinculante que se contenía en el ACCE.

1. *Las propuestas*

En primer lugar, en el artículo 169, letras a) y b) (en adelante todas las referencias son al ACCE), respecto de los vicios de procedimientos y competencias durante tramitación legislativa. Allí, se disponía que, en caso de que la Corte acogiera el requerimiento, debía remitir los antecedentes a la Cámara respectiva a fin de que subsanara el vicio. De esta manera, no se despreciaba el trabajo legislativo y se le entregaba al Congreso, en diálogo con la Corte (en efecto, respondiendo a su sentencia), la palabra final.

En segundo lugar, en el artículo 169, letra c), contemplaba la posibilidad de un procedimiento facultativo y de carácter consultivo, con el que el presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o de una tercera parte de sus miembros, podía solicitar a la Corte un informe sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley y de los tratados internacionales sometidos a su aprobación.

Allí también, una vez que la Corte evacuara su informe, debía remitirlo a la Cámara respectiva dentro del plazo de diez días. Será el Congreso, otra vez, el que recibiendo este informe —el que podría contener, como se ha conocido en la práctica inglesa, "advertencias"— el que decidiría qué aspectos de ese informe consideraría, cuáles no y por qué razones. Otra vez: mientras la palabra final está puesta en manos de los y las representantes del pueblo, esta palabra es contorneada por las razones que la Corte pueda ofrecer, sin imponer su posición —como hoy—, lo que debemos especialmente celebrar toda vez que las interpretaciones constitucionales, como dijimos al comienzo, son especialmente polémicas y no hay razones para que el desacuerdo en una sede merezca más valor que el que se verifica en otra.

En tercer lugar, tratándose de la acción de inconstitucionalidad (art. 169, letra e), cuyo resultado consistía en la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma declarada contraria a la Constitución, se incorporaba, otra

vez, el reenvío de la sentencia al Congreso. En efecto, si la Corte decidía la inconstitucionalidad de un precepto legal, la propuesta obligaba a remitir la sentencia al Congreso Nacional para que, en el plazo de 90 días, pudiera —si así lo estimaba pertinente, y sin que esto afecte la fuerza vinculante de la sentencia de la Corte—, volver a legislar para subsanar el vicio de inconstitucionalidad declarado, según se disponía en el artículo 160.5.

Este reenvío, otra vez, buscaba abrir el diálogo y reconocer el rol del Congreso (en tándem, desde luego, con la Administración) como la sede mejor situada para poder tener a la vista el entorno normativo general que, una declaración de inconstitucionalidad, puede lesionar; o, porque es la sede que mejor puede dar fuerza efectiva a la declaración de inconstitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad —esto es algo que matizamos enseguida— de la tabla de factores contenida en el entonces artículo 38 ter de la denominada Ley de Isapres,[59] es un ejemplo palmario de los problemas que, con este reenvío, se querían remediar.

En 2010, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una serie de numerales del artículo 38 ter, de la Ley de Isapres, por considerar que la denominada tabla de factores allí contenida afectaba un cúmulo de derechos fundamentales. Lo que la tabla de factores permitía —cuestión reprochada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional—, era agravar el precio de las primas básicas del sistema privado de seguros de salud sobre la base de las variables (factor de riesgo) del sexo y género del afiliado, entre otros.[60] Ello, sostuvo el Tribunal, acarreaba efectos discriminatorios.

Para efectos de lo que acá nos interesa destacar, la sentencia de inconstitucionalidad, al derogar o en cualquier caso expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal, deja un vacío que no resulta claro cuándo se va a subsanar. Esto es algo que el mismo Tribunal advirtió en su sentencia, a propósito de calibrar[61] la procedencia de la sentencia de inconstitucionalidad. En palabras del Tribunal,

[59] Sentencia, Rol 1710-10, de 6 de agosto de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true* (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[60] Una explicación acabada de funcionamiento se encuentra en Cordero, Luis, "Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales", *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Chile, 2011, pp. 151-159.

[61] Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones UDP, 2013, pp. 256-262.

> Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que "es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo —expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular—, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto", agregándose en el mismo fallo que: "Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma".[62]

En la propuesta del ACCE, por lo tanto, se buscaba introducir una camino institucional para abordar —que fuera eventualmente a resolverse es otro asunto— los problemas de inseguridad jurídica que, en palabras del Tribunal, la inconstitucionalidad podía acarrear. Del mismo modo, el mecanismo buscaba devolver al Congreso Nacional la palabra final, entendiendo que era éste el mejor posicionado para poder tener una visión comprehensiva de las regulaciones, de modo de no restar fuerza a la sentencia.[63]

---

[62] Sentencia, Rol 1710-10, de 6 de agosto de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 10, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true* (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[63] No es el momento de profundizar en este trabajo sobre el punto, pero los alcances de la sentencia en comento eran bastante más complejos (sobre eso: Montt, Santiago y Cárdenas, José Luis, "La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter, de La Ley de Isapres mitos y realidades de un Fallo Histórico", *Anuario de Derecho Público 2011*, Santiago, Ediciones UDP, 2011, pp. 17-53.) y requerían un análisis pormenorizado de los mismos, cuestión que la sola sentencia no lograba ni despejar, ni menos gatillar.

De estos tres diálogos institucionales, fue el segundo de ellos el que, en su momento, despertó algunas objeciones. Para efectos de graficarlos, descansamos en la columna del profesor Rodrigo Correa[64] al respecto. Dice el profesor Correa que esta atribución "es nefasta".[65] Lo anterior por dos razones, principalmente.

Primero, una de convivencia política: "[s]i los órganos políticos decidieran aprobar y promulgar la ley por sobre el informe negativo de la corte", escribe, "se generaría entre esta y aquellos una peligrosa tensión política". Segundo, por una de consistencia y honor institucional: "la corte estaría prácticamente obligada a declarar más tarde inconstitucional la ley, pues decisiones inconsistentes socavarían severamente su legitimidad".[66]

Para finalizar, queremos observar brevemente estas críticas.

Respecto a la convivencia política, puede partir anotándose que hoy dista de ser una apacible. A ratos, de hecho, ha existido abierta oposición, como cuando parlamentarios y parlamentarias han levantado críticas a las decisiones del TC. Es decir, la tensión política existe aun cuando la instancia jurisdiccional cuenta con herramientas para imponer su decisión —de hecho, podría decirse que, justamente, por eso mismo—.

En segundo lugar —y más importante, parece—, si volvemos a anotar que las inconstitucionalidades están lejos de ser prístinas, evidentes y no polémicas, las opiniones —no decisiones, se dirá luego— de la Corte, bien pueden servir para estimular la reflexión del Poder Legislativo a la hora de continuar la discusión del proyecto de ley. Este es, justamente, el objetivo que persigue la justicia dialógica. La crítica del profesor Correa asume que el único que corre riesgos de legitimidad con esta eventual (aunque hoy evidente) tensión política es la Corte. Pero en los diálogos constitucionales "el tango se baila de a dos". Es decir, el modelo dialogal coloca, también, una carga argumentativa y política en la legislatura, no obstante le confiere la palabra final (al menos durante la etapa previa a la de la aprobación de la ley).[67]

[64] Correa, Rodrigo, "Maniqueísmo y control de constitucionalidad", *El Mercurio Legal*, Chile, 23 de junio de 2023.

[65] *Idem.*

[66] *Idem.*

[67] Desde luego, se trata de una carga que podría o no ser objeto de un arreglo institucional. Por ejemplo, tratándose de la acción de inaplicabilidad —y a propósito del debate en torno

Nótese lo que ocurre en el caso canadiense. Allí, como se dijo, el Parlamento puede sustraer una ley del examen de constitucionalidad de ciertos derechos, en los términos arriba identificados. Esto obliga al parlamento a (o, mejor dicho, lo pone en la posición de) asumir públicamente que una ley puede entrar en conflicto con ciertas disposiciones constitucionales y que, no obstante ello, la aprobará. Ello explica, como se ha dicho, el poco uso que se ha hecho de la s33. Sin embargo, para lo que nos interesa acá, es equivocado pensar que, aunque persistiera, no habría tensión alguna pues no se trabaría el conflicto con la Corte Suprema. En efecto, la s33 permite al parlamento implementar la legislación sin alojar la decisión final sobre su constitucionalidad en la Corte, sin perjuicio de que ella puede, de todas maneras, evaluar los alcances de constitucionalidad de la ley.[68]

Por cierto, todo esto depende de la práctica que este diálogo asuma. Es perfectamente posible que una mayoría parlamentaria jamás esté dispuesta a recoger las observaciones que le ofrezca la Corte Constitucional y prefiera, en cambio, acusar a la Corte de ser activista, contraria a los intereses del pueblo, a los derechos de las personas y con cualquiera otra fórmula que suponga endosarle la responsabilidad. Pero eso es algo que, como dije, ya acontece hoy en Chile y en la experiencia comparada (puede observarse, sino, con pésimos resultados, el caso mexicano).

Con respecto a la consistencia, ahora, podría ser suficiente respuesta —pero algo elusiva— el sostener que el TC, hoy, no es consistente ni siquiera internamente, esto es, entre sus propias decisiones. Ello se debe tanto a cuestiones de composición, en lo relativo a sus decisiones de inaplicabilidad, como a razones de quórum —sobre las que se volverá

a su eficacia en las gestiones pendientes—, se dispone que su sentencia "deberá ser expresamente considerada en los fundamentos de su decisión" (Art. 170.4). No es la opción del ACCE, pero podría serlo (por ejemplo, estableciendo el deber de abordar en una o más sesiones especiales el informe de constitucionalidad). Se decanta —como lo hace este trabajo o la experiencia canadiense—, más bien, por una evaluación política de la labor parlamentaria. Esto podría ser insuficiente, por cierto, pero es la misma posición en la que se encuentra la jurisdicción constitucional cuyas sentencias solo pueden ser sometidas a escrutinio político. Peor aún, pues, como suele señalarse, ese debate debiera ser irrelevante para la judicatura constitucional.

[68] Webber, Grégoire, "*Notwithstanding rights, review, or remedy? On the notwithstanding clause and the operation of legislation*", *University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 71, núm. 4, 2021, pp. 510-538.

luego—, en el caso de la evidente incomunicabilidad entre las decisiones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.[69]

En lo que respecta a las normas del ACCE, con todo, esto es algo que podría haberse resuelto de modo relativamente pacífico, si se anotaba la diferencia de quórums que se exigía para el control preventivo del tipo que se examina acá, por una parte, y la declaración de inconstitucionalidad, de otra. En efecto, una cosa es que la mayoría que podría haber sido de la opinión de objetar la constitucionalidad de un proyecto de ley, persistiera luego en su tesis al momento de ejercer sus atribuciones de control represivo. Otra distinta, es concluir que "la Corte estaría prácticamente obligada a declarar más tarde inconstitucional la ley", como sostuvo el profesor Correa.[70] Para ello debería —lo que no es imposible, pero tampoco evidente— convencer a los y las demás integrantes de unirse a su doctrina inicial. Y ello porque, para acoger la inconstitucionalidad, la Corte debía reunir el voto conforme de "las tres cuartas partes" de sus integrantes. En otras palabras, quienes habrían estado prácticamente obligad[os] a declarar más tarde inconstitucional la ley, son los integrantes de la mayoría que así lo hubiese sostenido en el informe.

Todavía hay una advertencia final que debe considerarse y que puede calificar la crítica que hemos denominado de consistencia y honor institucional. Esta dice relación con el perfil que tendrían los informes preventivos de constitucionalidad. Volvemos, entonces, sobre lo dicho al inicio. Y es que, sin haber podido tener a la vista la práctica que, de haberse aprobarse la propuesta, se podría haber configurado, la objeción del profesor Correa descansa en el supuesto de que la Corte actuaría siempre exteriorizando su opinión por medio de una sentencia. O en forma de sentencia.

En cambio, los informes —esto es lo que tuvimos a la vista varios al momento de esbozar estas propuestas— quizá podrían haberse abierto a ofrecer sus pareceres de constitucionalidad de una forma diversa. En efecto, y en una modificación que no era trivial, mientras las cuestiones que la Corte define en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales se le confieren para "resolver", esta se le entregaba para "informar". Se trata,

[69] Esto es algo que ha empujado a algunos a sostener que la decisión de inaplicabilidad no debiera ser un requisito para gatillar un examen abstracto de inconstitucionalidad.

[70] Correa, Rodrigo, "Maniqueísmo y control de constitucionalidad", *El Mercurio Legal*, Chile, 23 de junio de 2023.

por así decirlo, de una atribución más cercana al consejo constitucional de carácter no contencioso que al de una actividad resolutiva (para cuya fisonomía resulta clave el que se trate de una atribución en la que no se la llama a decidir). El mismo TC ha tenido oportunidad de aclarar el alcance de estas expresiones:

> …en toda la extensión de su libelo, el requirente se refiere indistintamente a las expresiones "resolución e informe", en circunstancias que estos actos no tienen la misma naturaleza y emanan del ejercicio de atribuciones diversas. En efecto, resolución significa "cosa que se decide" o "decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial" (*Diccionario de la Real Academia*, 22a. ed., 2001, t. II, p. 1957). Mientras que informe importa la "descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto" (*ibidem*, p. 1275).[71]

Una posibilidad, sería que, no obstante que se trata de actividades diferentes, la forma en que se manifestaran sea exactamente la misma. Esto es, en forma de una sentencia. Primero, aquello no es evidente. Segundo, convendría repasar el mismo ejemplo de informes a que echa mano el TC: los informes de los tribunales superiores de justicia, los que, "bajo ciertas circunstancias, deben emitir un informe … sea para manifestar su opinión sobre una ley que otorga atribuciones a los tribunales…".[72] Si se observan esos informes —y más allá de la conveniencia que la Corte intervenga de esa forma, cosa que el ACCE mantenía—, se podrá advertir que el "tono", si se permite la expresión, de esos informes, no es el de una sentencia. Como ha señalado Soto, la historia del establecimiento de estos informes apuntaba a conocer la opinión de la Corte, más no entregarle la atribución de aprobar la propuesta legislativa. Ello importaría la invasión de atribuciones legislativas.[73]

[71] Sentencia, Rol 1448-09, de 7 de septiembre de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 22, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1448&buscador*=true (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[72] Sentencia, Rol 1448-09, de 7 de septiembre de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile, Considerando 22, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true* (fecha de consulta: 22 de octubre de 2024).

[73] Soto, Sebastián, "Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura", *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 135-166, disponible en: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en* (fecha de consulta: 10 de octubre de 2024).

¿Qué perfil adoptan los informes, entonces? Lo de formular —recuérdese, no se trata del ejercicio de atribuciones jurisdiccionales— recomendaciones, dotadas de sustento técnico y, por ello, *auctoritas*.[74] Por cierto, también hay casos en los que la Corte no ofrece recomendaciones, e incluso casos en los que ofrece agudas críticas. Pero incluso en esos casos no "decide" como lo hace en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales. Tomando la referencia del mismo trabajo de Soto, donde ofrece su parecer de modo condicional ("puede"): "El único caso entre los analizados en este estudio es el informe que emite en el proyecto de ley que crea la Agencia Nacional de Inteligencia. En esa ocasión informó en forma negativa porque «la utilización de las denominadas técnicas intrusivas y métodos encubiertos, puede afectar garantías consagradas en la Constitución»".[75]

V. Conclusiones

Chile atravesó dos procesos constituyentes consecutivos. Por buenas y malas razones, la justicia constitucional fue una de las protagonistas de las reflexiones constituyentes. En este trabajo hemos abordado algunas de las propuestas que se formularon en el marco del trabajo de la denominada Comisión Experta (algunas, pues hemos dejado de lado otras como el sistema de nombramientos de los y las integrantes de la justicia constitucional).

Las que hemos abordado, son las propuestas que el ACCE propuso en materia de lo que se ha denominado justicia constitucional dialógica. Como hemos dicho, se trata de un modelo de justicia constitucional que asume como presupuesto la complejidad (principalmente por razones de legitimidad democrática) de la lectura e interpretación de la Constitución, así como —producto de esa misma complejidad— la necesidad de evitar

[74] Soto, Sebastián, "Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura", *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 135-166, disponible en: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng*=en (fecha de consulta: 10 de octubre de 2024).

[75] Soto, Sebastián, "Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura", *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 135-166, disponible en: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng*=en (fecha de consulta: 10 de octubre de 2024).

modelos simplistas, al tiempo que poco realistas, que atribuyan una última palabra a un órgano en particular.[76] En especial cuando esa última palabra se atribuye a (y a veces se la autoatribuye) un tribunal —cualquiera que sea la denominación que reciba—.

La justicia dialógica, como hemos enfatizado, asume que la interpretación constitucional es una labor que se encara de forma interinstitucional, esto es, en unas conversaciones permanentes por las diferentes ramas del poder, y además —en ocasiones— por la ciudadanía misma. Esas conversaciones, desde luego, tienen momentos de calma como algunos de tensión.

Como hemos intentado mostrar acá, el ACCE, asumió el desafío de estimular esas conversaciones a través de arreglos institucionales específicos. Se propuso, de esta forma, armar un modelo de caminos institucionales para canalizar esa conversación, antes que dejar entregado ese posible diálogo a la buena voluntad de las diferentes ramas que intervienen en la lectura e interpretación constitucional.

VI. Referencias

Anteproyecto de Constitución Política de la República, Comisión Experta, Proceso Constitucional, 2023, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/anteproyecto-de-nueva-constitucion/* (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

Atria, Fernando, "¿Qué desacuerdos valen? la respuesta legalista", *Revista Ius Et Praxis*, Chile, vol. 8, núm. 1, 2002.

Atria, Fernando *et al.*, "*Democracia y neutralización*", *Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, LOM Ediciones, 2017.

Bassa, Jaime *et al.*, "*Un Tribunal imprudente: Sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional por el retiro anticipado de pensiones*", en Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente: ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Thomson Reuters, 2021.

Bayón, Juan Carlos, "*Derechos, democracia y Constitución*", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

[76] Fisher, Louis, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p.5.

Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

Busch, Tania y Szmulewicz, Esteban, "Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 54, 2020.

Contesse, Jorge, "«Las Instituciones Funcionan»: La falta de diálogo constitucional en Chile", *Revista Derecho y humanidades*, Chile, núm. 14, 2008.

Cordero, Luis, "Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales", *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Chile, 2011.

Correa, Rodrigo, "Maniqueísmo y control de constitucionalidad", *El Mercurio Legal*, Chile, 23 de junio de 2023.

Dixon, Rosalind, "*Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited*", *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 5, núm. 3, 2007.

Dixon, Rosalind y Holden, Richard, "*Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem*", en Ginsburg, Tom (ed.), *Comparative Constitutional Design*, New York, Cambridge University Press, 2012.

Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 1996.

Ely, John H, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

Fisher, Louis, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988.

Gargarella, Roberto, "El nuevo Constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

Gargarella, Roberto, "Interpretación y diálogo democrático", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, núm. 4, 2017.

Gargarella, Roberto, "From «democracy and distrust» to a contextually situated dialogic theory: A Reply", *International Journal of Constitutional Law*, Reino Unido, vol. 18, núm. 4, 2021.

Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones UDP, 2013.

Góngora, Manuel, "Propuestas para una jurisdicción constitucional transformadora en Chile a la luz de experiencias de justicia constitucional en América Latina", *Revista Estudios constitucionales*, Chile, vol. 20, núm. especial, 2022.

Habermas, Jürgen, "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", *Ratio Juris*, Reino Unido, vol. 7, núm. 1, 1994.

Hogg, Peter y Bushell, Allison, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)", *Osgoode Hall Law Journal*, Canada, vol. 35, núm. 1, 1997.

Jiménez, Guillermo; Marshall, Pablo y Muñoz, Fernando, "La debilidad de las súper-mayorías", *Revista De Derecho (Pontificia Universidad Católica De Valparaíso)*, vol. 41, núm. 3, 2013.

Kavanagh, Aileen, "The Lure and the limits of dialogue", *The University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 66, núm. 1, 2016.

Kavanagh, Aileen, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.

Kenney, Sally *et al.* (eds.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 1999.

Liebenberg, Sandra, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Ciudad del Cabo, Juta & Co. Ltd., 2010.

Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática de la justicia constitucional*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

Lovera, Domingo, "*Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)*", en Fuentes, Claudio (ed.), *En Nombre del Pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Ediciones Böll Cono Sur, 2010.

Lovera, Domingo y Vargas, Catalina, "El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 48, núm. 3, 2022.

Lovera, Domingo y Contreras, Pablo, "El Tribunal Constitucional Chileno y la doctrina de reformas constitucionales inconstitucionales:

una doctrina inconveniente", *Revista Justicia & Derecho*, Chile, vol. 6, núm. 2, 2023.

Lovera, Domingo, "Normas de Constitución, normas de ley: Una respuesta improbable a la luz del caso chileno", *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 82, 2023.

Montt, Santiago y Cárdenas, José Luis, "La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de La Ley de Isapres mitos y realidades de un Fallo Histórico", *Anuario de Derecho Público 2011*, Santiago, Ediciones UDP, 2011.

Mouffe, Chantal, *"The Democratic Paradox"*, Londres y Brooklyn, Verso, 2005.

Pardo-Álvarez, Diego, "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que permite el retiro de fondos previsionales (Rol N° 9797-20, 30 de diciembre de 2020)", *Revista de derecho*, Chile, Coquimbo, en línea, vol. 30, 2023a, disponible en: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532023000100303*.

Pardo-Álvarez, Diego, "Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno", *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 36, núm. 1, 2023b.

Ponce de León, Viviana y Soto, Pablo (eds.), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2021.

Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Estados Unidos, vol. 42, 2007.

Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The Limits of Amendment Power*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Sigalet, Geoffrey *et al.*, *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 2019.

Silva, Luis, "¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 38, 2012.

Sentencia, CCT 11/00, Corte Constitucional de Sudáfrica, de 4 de octubre del 2000, disponible en: *https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html*.

Sentencia, CCT 24/07, Corte Constitucional de Sudáfrica, de 19 de febrero de 2008, disponible en: *https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html*.

Sentencia, Rol 9797-20, Tribunal Constitucional de Chile, de 30 de diciembre de 2020, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=10772&buscador*=true.

Sentencia, Rol 11.230-21, Tribunal Constitucional de Chile, de 17 de marzo de 2022, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/download/182612?inlineifpossible=true*.

Sentencia, Rol 1710-10, Tribunal Constitucional de Chile, de 6 de agosto de 2010, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1710&buscador=true*.

Sentencia, Rol 1448-09, Tribunal Constitucional de Chile, de 7 de septiembre de 2010, disponible en: *https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=1448&buscador=true*.

Solari, Enzo, "Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena", *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 35, 2015.

Solari, Enzo, "*Un constitucionalismo débil para Chile*", en Bassa, Jaime *et al.* (eds.), *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*. Santiago, LOM Ediciones. 2019.

Soto, Sebastián, "Relaciones entre el Congreso Nacional y el Poder Judicial: La Importancia de la Apertura", *Revista Ius et Praxis, Chile*, vol. 13, núm. 1, 2007, disponible en: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=en*.

Sunstein, Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.

Tushnet, Mark, "Dialogic judicial review", *Arkansas Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, 2009.

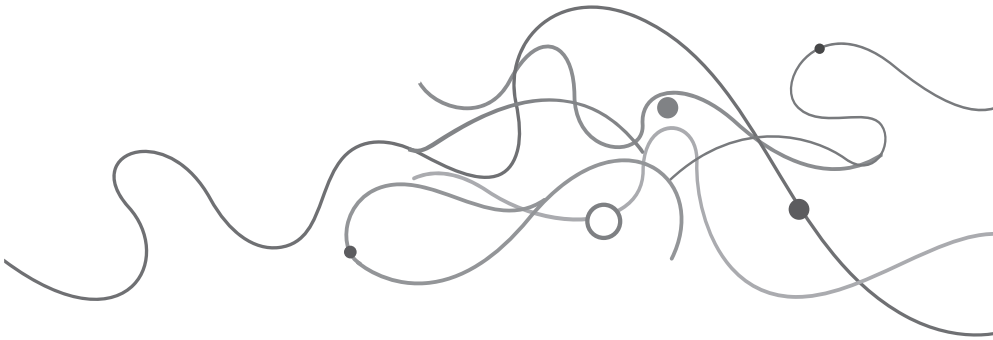
Verdugo, Sergio, "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 40, núm. 1, 2013.

Verdugo, Sergio, "Los derechos sociales y el debate constituyente chileno", *Revista Actualidad Jurídica*, Chile, núm. 43, 2021.

Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Webber, Grégoire, "Notwithstanding rights, review, or remedy? On the notwithstanding clause and the operation of legislation", *University of Toronto Law Journal,* Canadá, vol. 71, núm. 4, 2021.

Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.



Capítulo décimo

Acuerdo de la Comisión Experta en Sistema Político: ¿más poder para el presidente o para el Congreso? Más bien incentivos para la mutua colaboración

Juan José Ossa Santa Cruz*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Diagnóstico general*. III. *Síntesis sobre el debate sobre el sistema presidencial versus el sistema parlamentario*. IV. *Registro fidedigno de lo que la Subcomisión de Sistema Político concluyó y propuso en su primera propuesta al resto de los miembros de la Comisión Experta*. V. *Conclusiones.*

I. Introducción

Hemos considerado, para los efectos de este artículo, hacer un recuento de algunos aspectos de la discusión y de los acuerdos alcanzados en la Subcomisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado de la Comisión Experta.[1] Ello puede tener relevancia hoy pues, aunque finalmente no fue aprobada una nueva Constitución, al menos en lo que respecta al sistema político, los problemas que se buscaba superar aún persisten. Así, este recuento puede servir no sólo en tanto registro de lo que entonces ocurrió sino más importante, para el futuro.

En este trabajo no buscamos en caso alguno explicar las razones por la cuales se iniciaron los dos procesos constitucionales que Chile tuvo en

* Abogado, Master en Derecho London School of Economics and Political Science (LSE) y profesor de Derecho civil de la Universidad Católica de Chile; fue ministro de la Secretaría General de la Presidencia y miembro de la Comisión Experta del Proceso Constitucional, en la que se desempeñó como presidente de la Subcomisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado.

1 En adelante nos referiremos a esta Subcomisión como la "Subcomisión de Sistema Político".

los últimos años; y menos todavía pretendemos encontrar las causas de la crisis social y de violencia que se vivió a partir del 18 de octubre de 2019. Además, estamos plenamente conscientes de que algunos de los problemas y diagnósticos que a continuación mencionaremos no ocurren sólo en nuestro país, sino que son parte de un fenómeno global en que las estructuras clásicas de representación política están siendo cuestionadas y viéndose superadas, más allá de las distintas formas de sistema político que existen.

Metodológicamente, y por ser lo más similar a la historia fidedigna de su establecimiento, nos parece especialmente útil analizar el texto que los miembros de la Subcomisión de Sistema Político suscribimos al momento de proponerle al resto de los miembros de la Comisión Experta el texto a ser aprobado en general. Lo anterior, pues ése fue el único momento en que, al menos formalmente, incorporamos en un texto, firmado por todos, nuestro diagnóstico común, los fines que perseguíamos y las primeras medidas que proponíamos en materia de modificaciones a nuestro sistema político. Por cierto, existen otros antecedentes que son de gran relevancia, como las diversas presentaciones que realizaron distintos invitados e invitadas a la Subcomisión de Sistema Político. Sin embargo, nos parece que el texto que analizaremos, dada su formalidad, la unanimidad con que se alcanzó y el apoyo que encontró en la opinión pública, es el antecedente de mayor relevancia. Particularmente, analizaremos la propuesta que hicimos los miembros de la Subcomisión de Sistema Político a propósito de lo señalado en el artículo 55 del Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional respeto de nuestra iniciativa de norma constitucional relativa al capítulo cuarto de Estructura del Texto Constitucional, relativa al Congreso Nacional.[2]

En la redacción del texto que analizaremos participaron los miembros de la Subcomisión de Sistema Político y sus respectivos asesores y asesoras. Por cierto, algunos lo hicieron con más o menos intensidad, pero todos aportaron sus miradas y plasmaron aquello que les pareció más relevante. Siendo el suscrito quien ejercía de presidente de la Subcomisión de Sistema

[2] Iniciativa de norma constitucional: Capítulo 4 de la Estructura del Texto Constitucional: "Congreso Nacional", Subcomisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado, Comisión Experta, Proceso Constitucional, 2023, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/iniciativas/docs/04.pdf.*

Político, fui probablemente quien menos aportó al texto mismo que fundamentó la propuesta.[3]

Este artículo, entonces, tiene como principal propósito dar cuenta de lo expresado por la Subcomisión de Sistema Político en relación a su propuesta sobre el Congreso Nacional. Sin embargo, antes de ello y a título personal, haremos un diagnóstico general sobre la crisis del sistema político, luego analizaremos el capítulo en cuestión y, finalmente, entregaremos algunas conclusiones.

II. Diagnóstico general[4]

En los últimos años, no sólo en Chile sino en buena parte del mundo, proliferan movimientos identitarios y existe gran polarización. Se suma un profundo descontento con las autoridades incluso al margen del sistema político que se siga y, en definitiva, hay un gran cuestionamiento a la democracia representativa y a la política tradicional. Lo anterior, ocurre con especial intensidad en relación con los partidos políticos como medios idóneos para intermediar, canalizar y responder a las necesidades y proyectos de las personas.

Parece bastante obvio que el uso de las tecnologías, de las redes sociales y de los teléfonos inteligentes —muy útiles para democratizar la vida de los ciudadanos— al mismo tiempo han contribuido a que se ponga en tela de juicio la forma clásica en que hemos organizado nuestras instituciones democráticas y, sobre todo, ha permitido un diálogo directo entre elector y autoridad que ha debilitado a dichas instituciones.

[3] Los miembros de la Subcomisión de Sistema Político fueron, además del suscrito como presidente, Antonia Rivas, Natalia González, Sebastián Soto, Francisco Soto y Gabriel Osorio. Especial mención cabe hacer a nuestros asesores y asesoras Constanza Castillo, Marian Barreaux, Simón Pinto, John Henríquez, Benjamín Alemparte, Patricio Sainz y Ariel Salinas.

Es relevante señalar que, quienes suscribimos esta propuesta general de iniciativa de norma constitucional nos enfocamos en las materias en que hubo acuerdo; y que no hubo tal consenso en otros asuntos muy relevantes que quedaron para la etapa de enmiendas, en materias tales como la participación en la vida política de las mujeres y de los pueblos indígenas y sobre diversos aspectos del sistema electoral (p. 8).

[4] Hago presente que, este acápite de Diagnóstico General, está basado en un trabajo que será publicado a principios del próximo año por Ediciones USS, que preparé junto a Constanza Castillo y Anice Saud. Dicho libro consta de diversos capítulos preparados por distintos autores y autoras, en relación a las reformas políticas pendientes en nuestro país.

Chile no es la excepción. Sin embargo, creemos que se suma a todo lo anterior la implementación del sistema electoral en lo que a miembros del Congreso se refiere, implementado por primera vez para la elección parlamentaria del año 2017; que buscó modificar el sistema binominal por uno más representativo. Por más que hayan habido buenas razones para superar al primero, el resultado no fue el esperado: Probablemente sin buscarlo, la composición del Congreso quedó fragmentada en una gran cantidad de partidos políticos y, en síntesis, se tornó incapaz de cumplir su tarea de legislar.

Ello ocurrió pues, al haber muchos más partidos políticos en el Congreso, se incentivó a que unos pocos parlamentarios negocien sus votos a un alto precio político, obligando a los gobiernos a aprobar reformas con lo justo y sin consensos amplios, generando incertidumbre y desterrando los compromisos políticos de largo plazo. Estos incentivos provocaron un efecto especialmente negativo, consistente en que pasó a ser más rentable políticamente el "discolaje", la falta de disciplina y la falta de compromiso con las ideas y con los partidos políticos y sus respectivos idearios.

Otro elemento que despertó la implementación del sistema electoral fue que, por las mismas razones, las valiosas herramientas de fiscalización de la Cámara de Diputados se desnaturalizaron y, así, comenzó un uso indiscriminado de ellas que se tradujo en que cientos de horas que, pudiendo haber sido destinadas a legislar y a solucionar las urgencias sociales, se pusieron al servicio de comisiones investigadoras, interpelaciones y acusaciones constitucionales que, más que nada, buscan la figuración política. En suma, considerando las acusaciones constitucionales, las comisiones investigadoras y las interpelaciones ocurridas durante el segundo gobierno del presidente Sebastián Piñera, se ocuparon 1.361 horas y 51 minutos de tiempo a asuntos totalmente ajenos al trabajo legislativo.[5]

Así, se generó un cuadro político estridente y con incapacidad de diálogo; cuestión que, en definitiva, generó descontento con el sistema político pues éste es el llamado a resolver las carencias relativas a seguridad, salud, pensiones, vivienda, educación y tantas otras.

Todos estos elementos dificultan la relación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo y atentan contra una coordinación o relación más fluida para

[5] Datos elaborados en base a información obtenida de la Cámara de Diputados y Diputadas y del Senado.

la consecución de objetivos comunes que permitan mayor gobernabilidad y, por, sobre todo, satisfacer de buena forma las necesidades que debe atender el sistema político.

Con más o menos intensidad, este diagnóstico sobre la excesiva fragmentación que existe en el Congreso —y que ella debe ser atajada— es transversal. Diversos políticos de distintas tendencias ideológicas, analistas políticos, politólogos y periodistas, entre otros, lo han expresado. Por cierto, no existe consenso en la forma de abordar el problema, pero sí suficiente acuerdo sobre su existencia y la imperiosa necesidad de corregirlo.

Respecto a las soluciones, la propuesta que hizo la Comisión Experta en el último proceso constitucional generó bastante consenso, incluso durante la etapa posterior que le tocó liderar al Consejo Constitucional. Y, aunque no existe evidencia dura al respecto, es bastante claro que no fue por los cambios que se hacían al sistema político que este segundo intento constitucional fue rechazado en diciembre de 2023.

Sin embargo, aún existe la idea de hacer cambios que, siendo significativos, no sean refundacionales y que, combinados, permitan cambios al sistema político que permitan mejorar la calidad de nuestra política.

III. Síntesis sobre el debate sobre el sistema presidencial versus el sistema parlamentario

Es imposible no analizar, aunque sea brevemente, la discusión que se dio en la Subcomisión de Sistema Político en torno a si Chile debía seguir siendo un régimen presidencial o si era conveniente que migrara hacia un sistema parlamentario.[6] Para analizar este asunto asistieron diversos expertos en esta materia, quienes expresaron con tiempo sus ideas e intentaron persuadirnos.

Sin perjuicio de la calidad de las presentaciones y de la argumentación de algunos de los invitados que abogaban por un sistema parlamentario, desde muy temprano el ambiente no era favorable para ello. O, al menos, lo era en menor medida que al principio del primer proceso constitucional; en que de alguna manera el parlamentarismo fue erigido por diversos actores como el único sistema político que permitiría una válvula de escape

[6] El análisis y síntesis que hago a continuación es a título personal, por lo que no necesariamente representa al resto de los miembros de la Subcomisión de Sistema Político.

ante crisis sociales como la que se vivió a partir del 18 de octubre de 2019 —acrecentada luego por el impacto de la pandemia del COVID-19—.

Puede entenderse dicha tentación si se considera que nuestro país vivió, en dos años, algo similar a lo que le tocó experimentar entre 1918 y 1929; esto es, una grave pandemia (la fiebre española), una crisis social (1924) que devino en una nueva Constitución (1925) y una crisis económica de grandes proporciones como fue la Gran Depresión (1929).

En cualquier caso, ya con el paso de los meses, y a pesar de su vocación refundacional y espíritu de cambios radicales, esta idea no prosperó en la propuesta de la Convención Constitucional.

Ahora bien, lo anterior no obstó a que esta discusión se tuviera nuevamente en la Comisión Experta y, particularmente, en la Subcomisión de Sistema Político, pero ahora de forma más reposada y, sobre todo, pudiendo despejar algunas confusiones que venía ofreciendo este debate.

Una primera aproximación al asunto del régimen parlamentario dijo relación, en realidad, con un asunto distinto, esto es, el razonable anhelo de darle más herramientas y facultades al Congreso. Este anhelo tenía, como punto de partida, la creencia consistente en que en Chile tenemos un presidencialismo exacerbado y, además, un incorrecto entendimiento sobre qué es un sistema parlamentario, en parte devenido por lo que ha sido llamado "la época parlamentarista en Chile" (en la cual, en realidad, no existía un régimen parlamentario sino uno presidencial en que el Congreso contaba con herramientas que, en la práctica, le permitían cogobernar con el presidente o, al menos, evitar que este último lo hiciera).

Sobre este punto, y sin perjuicio de ser atendible el anhelo de contar con un Congreso con más herramientas y facultades que en la actualidad, una primera consideración tuvo relación con desmitificar que nuestro país tuviera un presidencialismo exacerbado. Si bien en la Constitución las herramientas, poderes y facultades del Presidente son amplios y de gran profundidad, lo cierto es que, en la práctica, se fueron convirtiendo en letra muerta. Ello alcanzó ribetes muy complejos luego del cambio al sistema electoral mediante el cual se eligieron los miembros del Congreso para el periodo 2018-2022, pues trajo fragmentación política e incentivos al individualismo. Por ello muchos de los poderes y facultades del presidente fueron de facto, derechamente vulnerados. Así, llegamos a un punto en que, en realidad, ni el presidente ni el Congreso realmente podían gobernar de acuerdo a los anhelos de quienes los habían elegido

democráticamente. El primero porque sus poderes no se respetaron o bien no hubo incentivos a colaborar con él. En el caso del segundo, dado que, efectivamente, carece de algunas herramientas que son necesarias para una correcta coordinación entre ambos poderes.

Respecto a la posibilidad de cambiar el sistema presidencial por uno parlamentario propiamente tal, la discusión se materializó principalmente en dos niveles. Por un lado, el valor que se le dio a la raigambre que el sistema presidencial tiene en los chilenos y, por otro lado, hubo una discusión técnica sobre las consecuencias (supuestamente) positivas que traería dicho cambio.

Respecto a la primera cuestión, la raigambre histórica que tiene el régimen presidencial en Chile, la Subcomisión de Sistema Político al fundamentar sus primeras propuestas, señaló que sus miembros deseaban formular adecuaciones a nuestro sistema presidencial, reconociendo su carácter histórico en el país.[7]

Pero dicha afirmación de la Subcomisión de Sistema Político no fue un mero decir, ni se trató, como algunas voces expresaron, de una especie de reverencia al peso de la noche y al sueño portaliano. En efecto, el referido análisis histórico y cultural que se hizo tomó en cuenta asuntos muy relevantes y concretos.

Particularmente se analizó lo que significaría culturalmente pasar de elegir de forma directa al presidente a una elección indirecta de un primer ministro; la escaza tolerancia que podría provocar que el gobierno parlamentario cerrara con cierta frecuencia para llamar a elecciones y las sospechas comunes en Latinoamérica que se generarían acerca de las verdaderas razones por las cuales ha sido cerrado el Congreso. De otro lado, se consideró la inestabilidad que generaría la implementación de un sistema parlamentario si, al comienzo de su puesta en marcha, se sucedían diversos gobiernos y primeros ministros en un corto tiempo. Finalmente, no pudo obviarse lo que implicaría que los miembros del Congreso pasaran a ser los ministros de Estado, cuestión relevante si se considera, por un lado, el descrédito actual que existe respecto del Congreso y, por el otro, el hecho que Chile no cuenta con una Administración Pública suficientemente estable y profesionalizada que no dependa de los cambios políticos y sus ciclos (cuestión que podría impedir que el Estado siguiera funcionando correc-

[7] *Ídem*, p. 2.

tamente de forma paralela a los cambios sucesivos que pudieran ocurrir con un sistema parlamentario).

De otro lado, a la hora de analizar el asunto desde una mirada más empírica, uno de los principales argumentos que dieron algunos defensores del sistema parlamentario consistió en que muchos de los países más exitosos y desarrollados cuentan con regímenes de este tipo.

Sin embargo, buena parte de dichos países han tenido regímenes parlamentarios prácticamente desde que son democracias plenas, por lo que es difícil determinar si la razón de dicho éxito es atribuible al sistema parlamentario.

Además, en general, los países en cuestión no han transitado de un sistema presidencial a uno parlamentario. O, por lo menos, no existe evidencia clara (y menos aún abundante) de casos de países que hayan hecho dicho tránsito con éxito.

Finalmente, no fue posible contar con información ni proyecciones acerca de lo que implicaría una transición de este tipo, el tiempo que tomaría, los recursos que significaría y, sobre todo, las posibilidades de que en el camino se terminaran haciendo modificaciones al sistema parlamentario que devinieran en un engendro constitucional. Lo anterior, frente a un panorama de altas expectativas en la ciudadanía en orden a contar, a la brevedad posible, con un sistema político que, al fin, atienda las necesidades de las personas.

De esta manera, y con bastante consenso, en la Subcomisión de Sistema Político se optó por propuestas que, más que proponer un cambio radical, contracultural y cuya implementación y resultados eran un salto al vacío (como hubiera sido pasar a un régimen parlamentario), corrigieran nuestro actual sistema presidencial mediante la incorporación de cambios, reglas e incentivos que fomentaran la colaboración entre ambos poderes del Estado y, además, evitaran que muchas de las facultades que hoy tiene el presidente dejaran de ser poco más que tinta escrita en la Constitución.

Así, se buscaron medidas que, en su conjunto, permitieran gobiernos con mayoría parlamentaria o, al menos, que incentivaran algunas alianzas que, incluso si el gobierno no cuenta con mayoría, éste pudiese sacar adelante las principales iniciativas por las cuales la ciudadanía lo eligió. Dicho de otra forma, se incorporaron enmiendas al sistema político actual que, en su conjunto, permitirían fomentar el diálogo y grandes acuerdos. Algo

así como un grupo de soluciones simples que, combinadas, pudieran generar efectos contundentes.

Para ello, y tal como señaló la Subcomisión de Sistema Político en el documento objeto de este ensayo, se tuvo en "especial consideración a la interdependencia entre los sistemas político, de partidos y electoral, procurando pensarlos como un todo armónico" (p. 8); pues sólo así se podrá "mejorar el sistema político actual, minimizando o eliminando efectos secundarios nocivos o no queridos".[8]

IV. Registro fidedigno de lo que la Subcomisión de Sistema Político concluyó y propuso en su primera propuesta al resto de los miembros de la Comisión Experta

A propósito de lo señalado, en el artículo 55 del Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional, la subcomisión de Sistema Político presentó, con fecha 30 de marzo de 2023, su iniciativa de norma constitucional relativa al capítulo cuarto, de la Estructura del Texto Constitucional, relativa al Congreso Nacional. En dicho documento se contiene, en forma previa al articulado específico de las normas propuestas, a) el fundamento de la iniciativa; b) los ejes de las medidas que se presentaron; y c) las propuestas propiamente tales.

De esta manera, en las primeras páginas del documento en análisis surgen diversos elementos que, analizados en su conjunto, cobran gran relevancia para entender la primera propuesta de la Subcomisión de Sistema Político que, luego, fue apoyada de forma prácticamente unánime por el Pleno de la Comisión Experta.

Este ejercicio no es sólo útil para quienes quieran entender los sucesivos procesos constitucionales fallidos que tuvo el país, o para los historiadores o los cientistas políticos. En efecto, creemos, y no somos los únicos, que sirven de base para las propuestas que, en un futuro ojalá próximo, se hagan para modificar el sistema político que hoy tiene estancado el desarrollo de nuestro país.

Veamos entonces qué se dijo sobre el *diagnóstico* del sistema político vigente. Primero, se estableció que los principales aspectos a mejorar eran

[8] *Ibidem*, p. 8.

(i) la fragmentación del sistema político, que ha provocado un deterioro en la gobernabilidad y en la estabilidad política, dificultándose alcanzar acuerdos y mayorías para la realización de cualquier proyecto político; (ii) la falta de mejores mecanismos de coordinación y cooperación entre el Congreso Nacional y el presidente de la República, dando como resultado un sistema político incapaz de dar respuesta oportuna a las necesidades de las personas;[9] (iii) la existencia de un sistema de partidos políticos atomizado;[10] y (iv) un conjunto de prácticas que han desnaturalizado ciertas instituciones y procesos, como la acusación constitucional, las comisiones de investigadores especiales, la iniciativa exclusiva de ley y el no respeto de las urgencias legislativas del presidente.[11]

Además, se señaló que existe consenso en orden a avanzar a un sistema electoral que evite el caudillismo, fortalezca a los partidos políticos, les permita estabilidad en el tiempo y que cuenten con un ideario coherente y conocido por los ciudadanos y las ciudadanas.[12]

Así, y consistente con el diagnóstico anterior, se propusieron "ejes" que eviten la fragmentación para que aumente la posibilidad de llegar a acuerdos y lograr mayorías políticas y legislativas, para que los gobiernos puedan cumplir con sus agendas y sus programas de gobierno.[13] Además, se dijo que las medidas que se propondrían favorecerían la gobernabilidad[14] y fortalecerían a los partidos políticos.[15]

En tercer término, y para implementar las ideas plasmadas anteriormente, se propusieron importantes medidas que, en su conjunto, reformarían sustantivamente el sistema político al modificar ciertos incentivos que tienden a la figuración y el individualismo y entorpecen los acuerdos políticos amplios.

Particularmente, se propuso (i) una barrera o umbral electoral para morigerar los niveles de dispersión en el Congreso, a través de la introducción de un requisito mínimo para que cada partido acceda a escaños en la Cámara de Diputadas y Diputados y el Senado, consistente en obtener el cinco

9 *Ibidem,* p. 1.
10 *Ibidem,* p. 2.
11 *Idem*.
12 *Ibidem*, p. 8.
13 *Ibidem*, p. 2.
14 *Idem*.
15 *Idem*.

por ciento de los votos válidamente emitidos a nivel nacional;[16] (ii) reglas de disciplina y coherencia partidaria, incorporándose un desincentivo al "transfuguismo político" o "discolaje" por la vía de establecer la cesación en el cargo de diputado o senador por la renuncia al partido que hubiere declarado su candidatura o por la expulsión del mismo;[17] (iii) la coincidencia de la eventual segunda vuelta presidencial con la elección parlamentaria, para otorgar al elector la oportunidad de elegir sus parlamentarios favoreciendo la formación de mayorías en el Congreso y, así, fomentar coaliciones políticas más estables y comprometidas con el presidente al que se asocian;[18] (iv) perfeccionar la acusación constitucional, elevando los quórums para acogerla y, además, exigiendo que, si se trata de una acusación constitucional dirigida contra un ministro de Estado, éste deba ser previamente interpelado;[19] (v) mejorar la eficiencia y la efectividad de las comisiones especiales investigadoras, estableciendo nuevos requisitos para su creación y su admisibilidad y acotando sus plazos de funcionamiento;[20] (vi) establecer sanciones a los presidentes de comisión o de la Cámara de Diputados y Diputadas y del Senado por el incumplimiento de las urgencias determinadas por el presidente;[21] (vii) un incremento del poder del Congreso Nacional en la agenda legislativa, destinándose días exclusivamente para el conocimiento de mociones parlamentarias;[22] (viii) establecer una agenda legislativa prioritaria del presidente de la República, consistente en tres proyectos de ley anuales que deben ser tramitados en el plazo máximo de un año;[23] y (ix) eliminar la posibilidad de declarar inadmisibles las observaciones (vetos) presidenciales cuando sean supresivas y sustitutivas, pero reduciendo el quórum de insistencia.[24]

De esta manera, si se consideran de forma global y combinada estas innovaciones, era posible revertir el diagnóstico que se tuvo sobre los defectos del sistema político, incorporando incentivos a la colaboración y a la formación de mayorías más estables que, al mismo tiempo, deben buscar

[16] *Ibidem,* p. 3.
[17] *Idem*.
[18] *Ibidem,* p. 4.
[19] *Idem*.
[20] *Idem*.
[21] *Ibidem,* p. 6.
[22] *Idem*.
[23] *Idem*.
[24] *Idem*.

acuerdos con la minoría. Además, se acotó la posibilidad de la instrumentalización de las herramientas de fiscalización para cuidar su buen uso y evitar la pérdida de horas legislativas que deben ser mejor utilizadas en el análisis y proyectos de ley. Adicionalmente, se obligaba a priorizar su agenda al presidente pero, al mismo tiempo, se le exigía al Congreso tramitar las reformas que el primero postulara dentro de un año (naturalmente, esto no significa que necesariamente debían aprobarse). Finalmente, se protegía la instancia final que tiene el presidente para devolver al Congreso un proyecto de ley por la vía de hacerle observaciones (veto), evitando la posibilidad que el Parlamento burle su tramitación por la vía de declararlas inadmisibles (cuestión especialmente fundamental para los casos en que se ha pasado a llevar la iniciativa exclusiva del presidente).

Dicho en simple, la suma de estas herramientas permitía contar con un sistema político que, gracias a estos cambios, podría cumplir de mucho mejor manera con lo que se espera de él: atender las urgencias, preocupaciones y anhelos de los ciudadanos, disminuyendo los espacios para la mala política.

V. Conclusiones

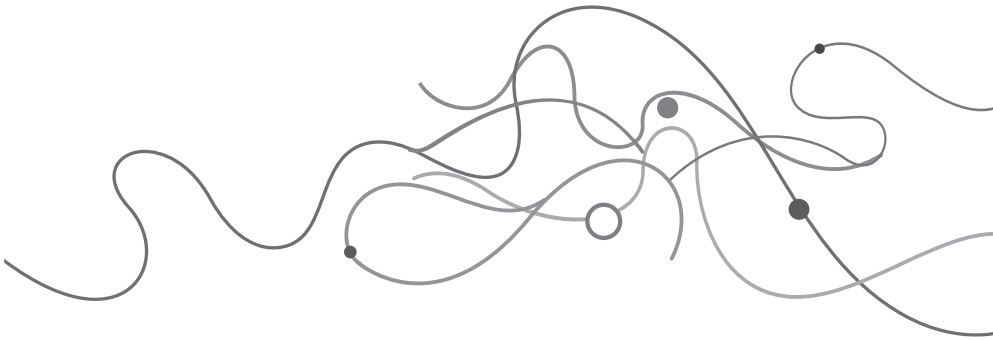
En este ensayo hemos analizado en detalle la única instancia formal en que la Subcomisión de Sistema Político, y luego el Pleno de la Comisión Experta, expresaron su diagnóstico sobre nuestro sistema de gobierno y señalaron la forma y las medidas en que podía ser mejorado; las cuales deben ser miradas como un todo.

La Comisión Experta se hizo cargo entonces y dentro de sus posibilidades, de un asunto que afecta a nuestro país y, también, a buena parte del mundo. Y lo hizo, además, preservando el sistema presidencial que nos caracteriza, pero, como dice el título de este artículo, más que dándole más poder al presidente o al Congreso, buscando incentivos para la mutua colaboración entre ellos.

Las propuestas que emanaron de la Comisión Experta siguen teniendo relevancia, pues aunque no se aprobó una nueva Constitución, pareciera que ello no fue por los cambios que se propusieron al sistema político, los cuales han recibido general aceptación y, en consecuencia, podrían ser la base para las modificaciones que, esperamos, se hagan en el corto

plazo mediante las reformas constitucionales y legales que se requieren para ello. Toca saber si el Congreso estará disponible para hacerlo.

Luego de ello podrían intentarse reformas más profundas, pero debemos partir por algo y aún estamos a tiempo. Se trata, en definitiva, de incorporar soluciones simples que, combinadas, pueden generar efectos reales en mejorar nuestro sistema político e impactar muy positivamente en el futuro de Chile.



Capítulo décimo primero

El marco de lo posible, en la búsqueda de una Constitución de consenso: contenidos y análisis de las limitaciones del mecanismo de creación constitucional utilizado en Chile el año 2023 en el contexto del tercer proceso constituyente.

Víctor Manuel Avilés Hernández*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Particularidades metodológicas con incidencia en el resultado*. III. *Acuerdos y desacuerdos a nivel de los expertos, y su contraste con el texto finalmente plebiscitado*. IV. *La encrucijada de la participación y las expectativas ciudadanas.* V. *Visión positiva: Materias con amplio acuerdo que podrían ser la base de modificaciones constitucionales futuras y necesarias*. VI. *Conclusiones.*

I. Introducción

Ante el estrepitoso fracaso del segundo proceso de creación constitucional que tuvo lugar en Chile durante los años 2021-2022,[1] en pocos meses y

* Abogado y profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho tributario; ex miembro del Comité Técnico de Admisibilidad del proceso constituyente; autor de varias obras y artículos en el ámbito de su especialidad.

[1] Para efectos de este trabajo entenderemos por "Primer Proceso Constituyente" el llevado adelante bajo la presidencia de Michelle Bachelet en 2015 y 2016. Por "Segundo Proceso Constituyente" entenderemos el que tuvo lugar entre los años 2021-2022 y por "Tercer Proceso Constituyente", el del año 2023. El Primer Proceso Constitucional fue un proceso de participación ciudadana, a través de encuentros locales autoconvocados incluso en los hogares, realizados en base a una metodología ordenada (en cuanto a etapas y contenidos), con cierto nivel de control y auditoría sobre la ocurrencia y participación efectiva. Los resultados de dicha etapa inicial fueron revisados, sucesivamente, en Cabildos Provinciales y luego en Cabildos Regionales, para finalmente ser sistematizados en base a un

quizá ya abusando del mandato ciudadano inicial que activó dicho proceso,[2] a fines de 2022 se alcanzó un acuerdo parlamentario que, en enero de 2023, activó un tercer proceso constituyente. Este último, del que podría decirse que también fracasó en su propósito —cuestión que podemos poner en duda—,[3] es el foco del análisis en este artículo. Este trabajo, en atención a su destino más bien internacional y de difusión, me permite

encargo fiduciario a instituciones de prestigio, todo bajo la atenta mirada de un Consejo Ciudadano de Observadores designado *ad hoc*. Finalmente, en base a los resultados, la presidenta Bachelet y su equipo elaboraron un proyecto constitucional completo que fue sometido al Congreso Nacional, junto con una propuesta de modificación constitucional para establecer las reglas de aprobación ciudadana, las que finalmente no se votaron, quedando entonces hasta allí este proceso. Nótese que el proyecto se ingresó a tramitación parlamentaria el 5 de marzo de 2018, a cinco días del cambio de gobierno, lo que probablemente fue señal de las complicaciones para lograr los consensos necesarios al interior de la coalición gobernante.

El Segundo Proceso Constitucional tuvo por centro la Convención Constitucional especialmente electa al efecto, en base al modelo de elección de los diputados —esto es, con proporcionalidad media si se compara con el proceso de elección de los senadores—, a lo que se adicionó un grupo de representantes de Pueblos Originarios electos en base a un número fijo y un sistema de paridad doble, esto es, un régimen de cuotas y un sistema de igualación de géneros en los resultados. Asimismo, se facilitó la participación de independientes en el proceso y su asociatividad. La elección que tuvo lugar en este proceso arrojó, en términos políticos, un fuerte cuestionamiento a los partidos de derecha e izquierda que gobernaron Chile en los últimos años. El resultado fue un texto calificable de extenso, abigarrado, con exceso de neologismos, abuso de conceptos jurídicos indeterminados o valorativos, y otras características más bien experimentales e ideológicas, que llevaron a un contundente rechazo ciudadano.

[2] Nos referimos al resultante del triunfo de la opción "Apruebo" (78,27%) a la pregunta "¿Quiere usted una nueva Constitución?". Véase: Servicio Electoral de Chile, *Resultados Plebiscito Nacional 2020*, Santiago, Servicio Electoral de Chile, 2020, disponible en: *https://www.servel.cl/resultados-plebiscito-nacional-2020*.

[3] En el caso del que denominamos Segundo Proceso Constitucional, el mandato ciudadano claramente era el de avanzar hacia una nueva Constitución; cuestión que no se logró en atención al rechazo ciudadano a la propuesta. Ante ello, un sector minoritario creyó ver que se entendía terminado el proceso con la aprobación indirecta y por defecto de la Constitución vigente. Más allá de los argumentos jurídicos válidos en dicho sentido, políticamente la mayoría entendió que el rechazo del borrador era necesario por inadecuado, pero que el mandato de avanzar a una nueva Constitución seguía vigente. Incluso, un sector político llamó a votar rechazo sobre la base del compromiso de activar un segundo proceso con otras reglas. En esta última lógica, en ineludible concluir que el segundo proceso fue un fracaso, por no lograr el objetivo. La situación es diferente en el tercer proceso constitucional, toda vez que el mismo se dio en un entorno de consenso previo al plebiscito en cuanto a que el rechazo implicaba cerrar el capítulo de la búsqueda de una Constitución *ex novo*, debiendo avanzarse a futuro en base a modificaciones parciales. Luego, si se asume de esta forma el tercer proceso, el mismo no fue un fracaso, sobre la base que se impuso una de las dos opciones en disputa. Este es un tema ampliamente discutible. Lo que es un hecho es que, en la actualidad, no existe duda sobre la plena vigencia jurídica de la

tomarme la licencia de acuñar ciertos neologismos (*i.e. constitución botín*, *neoconstitucionalismo latinoamericano 2.0*, etcétera).

La habilitación de este tercer proceso constituyente se realizó mediante la correspondiente reforma constitucional, contenida en la ley 21.433 de 17 de enero de 2023.[4]

Las características centrales de este procedimiento, para efectos de estas notas, las dividiremos en dos, esto es, las propiamente "estructurales" y las relativas a "contenidos".

En cuanto a las estructurales, podemos señalar que se crearon dos organismos redactores —Comisión Experta y Consejo Constitucional—. Adicionalmente, se creó un órgano y mecanismo de resolución de controversias de fondo en caso de que se estimaren que las normas aprobadas en cualquier instancia violentaban por acción u omisión las bases —ya explicaremos su alcance—. Este último organismo se denominó Comité Técnico de Admisibilidad. Por su parte, se estableció que, en el evento de discrepancias sobre materias procedimentales, las mismas serían resueltas por cinco ministros de la Corte Suprema sorteados al efecto. Finalmente, el texto elaborado primero por los expertos y luego por el Consejo Constitucional —instancias donde la regla general de aprobación de normas fue ⅗—, sería sometido a un plebiscito ciudadano, con voto obligatorio. Todo ello, en un procedimiento breve que tenía fechas preestablecidas y que debía terminar en el acto plebiscitario el día 17 de diciembre de 2023. La consulta del plebiscito, concretamente, sería "¿está usted a favor o en contra del texto de nueva Constitución?", con dos opciones "A favor" o "En contra". Es decir, una vez más se plebiscita el texto *in integrum*, es decir, en una sola consulta.

Desde la perspectiva de los contenidos, lo primero que hay que decir es que a nivel de expertos se enfocó el trabajo desde el inicio sobre la base del texto de la Constitución vigente, no como tenor obligatorio o que quedaría vigente por defecto —pues todo pudo modificarse—, sino para llegar a un resultado más digerible, en el sentido de no innovar en lo que no era realmente necesario. Esto marcó un contraste con el proceso ante-

Constitución existente y no se visualiza espacio para argumentar, por ahora, una suerte de anomia constitucional.

[4] República de Chile, *Ley N.º 21.433, que reforma la Constitución Política de la República para habilitar un nuevo proceso constituyente*, 17 de enero de 2023, en *Diario Oficial de la República de Chile*, 17 de enero de 2023, disponible en: *https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1182050*.

rior. Asimismo, a diferencia del proceso anterior donde sólo se indicaron límites genéricos[5] y sin un mecanismo claro de control de su cumplimiento, en la especie se establecieron las denominadas "bases institucionales y fundamentales".[6] Si bien no fue la forma en que se anunciaron las mismas —pues se hablaba indebidamente de bordes o límites—,[7] ellas constituyeron en nuestra opinión inequívocamente el ejercicio incipiente por parte del Congreso Nacional del poder constituyente. Dentro de estas bases se encuentra el germen de normas generales, especialmente del tipo principios, aunque también existen otras más similares a reglas. Se trata de materias tanto dogmáticas como orgánicas. Dentro de las dogmáticas se encuentran, por ejemplo, las relativas a la definición de Chile como república democrática y país unitario; aspectos centrales de los derechos fundamentales y derechos humanos como finalidad del Estado, el que además se define como Estado social y democrático de Derecho, y otras. Por su parte, en cuanto a lo orgánico, se establecen las bases de los tres Poderes del Estado y del régimen político; se señalan algunos de los órganos autónomos que tendrán reconocimiento constitucional; se mencionan a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, entre otras materias. Tal es la importancia que se asigna a las bases, que su respeto podía exigirse incluso en contra de las normas aprobadas por el Consejo Constitucional conformado por representantes electos por la ciudadanía, mediante el recurso especial que sería conocido en única instancia y sin recurso posible por el tribunal *ad hoc* antes señalado (Comité Técnico de Admisibilidad).

Como es conocido, el proceso siguió su camino con regularidad durante cada una de las etapas previstas, sin necesidad de recurrir a mecanismos de solución de controversias en cuanto al fondo,[8] generándose un

[5] Tales como la República, la democracia, los tratados internacionales o las sentencias ejecutoriadas.

[6] República de Chile, Constitución Política de la República de Chile, art. 154, en *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de septiembre de 2005, disponible *https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302*.

[7] El concepto de *bordes* es más propio de un poder que nace cercenado en su alcance. En la especie, lo que daba cuenta la norma era más bien de un germen de regulación de la materia respectiva, la que debía ser luego desarrollada. De hecho, el borde sólo se traspasa por acción, pero no si simplemente se calla al respecto, mientras que la base se incumple si, por ejemplo, se omite su mención o desarrollo en el proyecto final. Con esta lógica se regularon las *bases* si se atiende, a su vez, a la regulación constitucional de las atribuciones del Comité Técnico de Admisibilidad.

[8] Con la sola excepción de que sí existió una presentación para ante la sala especial de la Corte Suprema sobre aspectos formales, la que no obstante ser admitida a tramitación

borrador constitucional, mismo que fue plebiscitado, todo ello en tiempo y forma. No obstante, lo anterior; la sobriedad del comportamiento de los actores, y particularmente, el hecho de la proximidad entre la elección de los consejeros constitucionales —7 de mayo de 2023— y el plebiscito final —diciembre del mismo año—, la propuesta fue rechazada por un claro margen, el que en cualquier caso, fue inferior al del proceso anterior. Sólo el 44.21% de la ciudadanía aprobó el texto propuesto.[9]

En suma, el procedimiento fue regular en su deriva y marcado por un fuerte contraste comunicacional en relación al proceso anterior. Sobre las causas del fracaso del proceso ya se ha teorizado bastante, poniéndose foco tanto en aspectos metodológicos como sustantivos.[10] En cuanto a lo metodológico, en nuestra opinión, fue un error crear un doble o triple mecanismo de generación de contenidos pues, de alguna forma, la existencia del borrador inicial de los expertos entró en competencia con el borrador final del Consejo Constitucional, lo que además dio una evidente vía de escape o salida al sector minoritario de este último estamento electo, una vez comprobado el ejercicio de la hegemonía mayoritaria al votar normas en su interior. Este proceso fue particularmente agudo durante la etapa de observaciones de la Comisión Experta al texto del Consejo Constitucional. Por su parte, y esta idea no es nuestra, el hecho de plebiscitar en una sola pregunta la totalidad del proyecto más el breve plazo del proceso generó una definición binaria que se podría haber evitado. Al respecto, en una reciente conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el profesor de Yale Bruce Ackerman señaló que:

> al diseñar su referéndum, sin embargo, Chile siguió un camino tradicional que resultó ser un error. Cuando los votantes acudieron a las urnas, se les pidió emitir un solo voto sobre toda la Constitución, en lugar de dos votos distintos: uno respecto de los méritos de los esfuerzos institucionales de la propuesta para salvaguardar la democracia, y otro sobre

resultó finalmente rechazada. Ver: *https://www.procesoconstitucional.cl/suprema-rechaza-reclamo-y-consejo-debatira-enmiendas-que-crean-nuevos-capitulos/*.

[9] Disponible en: *https://www.servel.cl/resultado-plebiscito-constitucional-2023/*.

[10] Al respecto, ver: Verdugo, Sebastián y García-Huidobro, Luis Eduardo, "*¿How do constitution-making processes fail? The case of Chile's Constitutional Convention (2021–22)*", *Global Constitutionalism*, vol. 13, núm. 1, 2024, pp. 154-167, disponible en: *https://doi.org/10.1017/S204538172300031X.*

los compromisos sociales y económicos que el texto buscaba garantizar a sus ciudadanos.[11]

En cuanto a lo sustantivo, el grupo hegemónico —quizá sorprendido por su propio éxito electoral y buscando avanzar sobriamente— no comunicó de manera adecuada los contenidos durante el proceso, lo que finalmente dio espacio al grupo minoritario para, publicitariamente, empatar la acción del Consejo Constitucional con el pretérito comportamiento de la Convención Constitucional, aunque con sentido ideológico opuesto. Lo anterior, para lograr el rechazo final del proyecto, como ocurrió. De cualquier forma, creemos que esa asimilación fue injusta y más allá de la impericia comunicacional del grupo hegemónico en este tercer proceso constituyente, no fue lo anterior lo que selló por sí mismo la suerte del proceso. Se sumó que algunas normas de la propuesta levantaron increíblemente el llamado al rechazo final por parte de un sector de las fuerzas tradicionales de la derecha chilena, sellando el resultado del proceso.[12]

En sentido contrario, sin duda este tercer proceso tuvo aciertos —por ejemplo, la inhabilidad temporal de los partícipes del proceso para ser candidatos a cargos de elección popular en el futuro inmediato, de manera de asegurar que se pensara en una Constitución para el largo plazo—, y en conjunto con los dos procesos anteriores, deja enseñanzas relevantes a efectos del diseño de procesos de creación constitucional. Paridad, involucra-

[11] Ackerman, Bruce, "Procesos Constitucionales en Chile: A pesar de su fracaso final, hay mucho que aprender del esfuerzo chileno por repudiar el legado constitucional de Pinochet", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 20, núm. 1, 31 de julio de 2024, pp. 13-20, DOI: 10.5354/0718-2279.2024.75453, disponible en: *https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/75453/77019*.

[12] Sin duda, el resultado del proceso iba a ser rechazado por sectores de izquierda. No obstante, no era claro que los mismos tuvieran por sí mismos la capacidad para obtener una victoria. Por ello, lo realmente sorprendente fue el llamado de un sector de la derecha a votar en contra de un proyecto construido por una hegemonía de las mismas ideas. Tres normas, principalmente, gatillaron lo anterior, todo ello en el contexto de una indisimulada lucha de liderazgos al interior de lo que llamaremos la derecha emergente, conformada por el Partido Republicano —mayoritario en el Consejo Constitucional— y grupos ultramontanos al mismo. Estas normas fueron, en primer lugar la relativa al carácter no vinculante que, hacia el futuro, tendría el denominado *soft law* pues, en opinión de estos grupos, reconocía la posibilidad de que se le asignara un valor de fuente indirecta al mismo. En segundo lugar, se estimó que existía una peligrosa habilitación abierta para que el legislador pudiere limitar todos los derechos y libertades constitucionales. Finalmente, se cuestionaban materias relativas al desarrollo integral de la educación de los niños, en consideración también a convenios internacionales suscritos y vigentes.

miento de expertos, participación de pueblos originarios e independientes y existencia de bases son, quizá, las materias que han generado más discusión sobre su alcance positivo o negativo.

A diferencia del caso del segundo proceso, en el tercer proceso y luego del mismo, no existió mayor disputa sobre el contenido constitucional normativo vigente *ex post* al rechazo de la propuesta. En suma, operó inequívocamente la ratificación indirecta del texto constitucional actual, el que, por razones políticas, en el proceso mismo obtuvo sorpresivos y nóveles adeptos, más que por convicción, por comparación con el texto plebiscitado. Este último fue fruto de un ejercicio de la hegemonía que, en todo caso, fue permeable a ideas de terceros en la particular forma que expresaremos.

Expresado todo lo anterior con pretensión introductoria, a continuación, daremos cuenta de la hipótesis central que se pretende introducir en el presente artículo, a partir de la lógica de la Constitución material versus la Constitución formal,[13] o más claro aún, entre Constitución en sentido absoluto versus Constitución en sentido relativo.[14]

Kelsen señala "la Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes" en tanto "la Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas".[15]

De la definición kelseniana se podría indicar que, si bien ambas son normas —consecuencia de su aproximación positivista—, la Constitución en el sentido material se refiere a las normas sobre creación de leyes, en tanto en el sentido formal, son un conjunto de normas con supremacía formal, de manera independiente al contenido.

[13] Sáchica, Luis Carlos, "La Constitución Jurídica del Estado", *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, 12a. ed., Bogotá, Temis, 1996, disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/3.pdf*.

[14] *Material*, en tanto estructura y contenidos de normas y principios sobre la organización política estatal, con independencia del órgano que las elabora y el procedimiento adoptado al efecto, versus *formal,* centrado en "el modo especial de su formulación, a la competencia del órgano que la dicta y al procedimiento *sui generis* aplicado para expedirla", como indica Sáchica, *op. cit*.

[15] Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 147.

Esta lógica se puede complementar con la distinción Schmittiana entre Constitución en sentido "absoluto", es decir, el Ser del pueblo (en realidad, nación, indica el autor), y el de Constitución en el sentido "relativo",[16] que es propiamente una decisión adoptada por el Ser, noción esta última que aproxima a la idea de "ley constitucional", la que a su vez se relaciona con la idea de Constitución en el sentido formal.

Aplicando estas categorías, en el contexto del llamado neoconstitucionalismo, particularmente al modo latinoamericano, se aprecia un incremento del conjunto de materias a regularse en una norma de rango constitucional en el sentido formal o relativo, normas que difícilmente son encuadrables en la idea tradicional de Constitución material o absoluta, pues que no se centran en expresar lo existente sino en sentar las bases para un cambio.

Entendemos por neoconstitucionalismo la "una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional".[17] Este concepto mismo, surge luego de la Segunda Guerra Mundial, tiene por características centrales la evolución desde el Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho con control de constitucionalidad de las leyes; aumento de los contenidos normados constitucionalmente, principalmente incorporando derechos sociales, culturales y económicos; y, relativización del contenido normativo de los derechos asimilándose a valores, entre otros, como señala Aldunate Lizana.[18] Por su parte, aunque se presenta con diferentes tendencias, las características comunes de las Constituciones que entendemos bajo la idea de neoconstitucionalismo latinoamericano permiten entender por tales "determinadas Constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular que algunos autores han calificado como «trasformadora»".[19] Es decir, la Constitución

[16] Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2017, pp. 35 y ss.

[17] Carbonell, M., "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en Carbonell, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, pp. 9 y 10.

[18] Aldunate Lizana, Eduardo, Rev. derecho (Valdivia), vol. 23, núm. 1, 2010, pp.79-102, disponible en: *http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718095020100001000004&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-0950* (fecha de consulta: 29 de julio de 2024).

[19] Salazar Ugarte, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica*), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf*.

comienza a expresar lo que *queremos ser* con cierto enfoque más bien asociado a izquierda, donde puede haber visiones diferentes —lo que llama al futuro conflicto y la inestabilidad—, por sobre dar cuenta de lo que *somos* y nos une. Aún más allá de lo que es establecer finalidades programáticas, incluso se establecen caminos precisos a dicho objeto, fuente de mayor conflictividad todavía.

Esta ampliación de contenidos a regularse constitucionalmente —principalmente en lo prospectivo—, al punto de incorporar más bien materias que debieran ser objeto de decisiones políticas legislativas y contingentes, es la que hace tentador y atractivo entender la Constitución como un triunfo político a ser alcanzado por un sector. Podríamos hablar por ello de una suerte de Constitución botín. Esta forma de entender la Constitución formalmente mantiene superioridad o supremacía, pero sustancialmente conlleva riesgos de inestabilidad y/o tiranía.

Así, es por esta vía que se llegó al fracaso en Chile del segundo proceso constitucional y quizá en parte del tercero, al someter temas contingentes a la decisión del constituyente, el que expuesto a esta disyuntiva actúa entonces bajo la lógica de intereses particulares o infra-estatales, también presentes tras la idea de post-soberanía.[20] Las claras diferencias entre el trabajo del Comité Experto —esmerado, limitado en su alcance y previsible— y el llevado adelante por el Consejo Constitucional —en parte en la lógica antes expuesta—, desarticuló tempranamente las posibilidades de éxito del proceso. Surgieron dos borradores en competencia. Dicho riesgo no fue correctamente leído por el grupo que llamaremos *hegemónico permeable.*[21]

[20] Neologismo incipiente en la Academia que apuntaría a reconocer la existencia de un sistema de ejercicio del poder policéntrico, de diferentes niveles y superposiciones, a partir de la constatación de la pertenencia del sujeto a diferentes agrupaciones no solamente identificables con el Estado-Nación.

[21] El resultado de la elección de miembros del Consejo Constitucional fue inesperado. Ello, pues no sólo entregó mayoría a la centroderecha y derecha, sino que aún más, los grupos definibles como la derecha desafiante a la derecha tradicional, por sí solos, alcanzaron prácticamente todos los quórums relevantes para el proceso y, en cualquier forma, sin su concurrencia, ninguna norma podría aprobarse. En este sentido hablamos de grupo hegemónico. En cuanto a su carácter permeable, queremos significar que más allá de lo que fue el discurso electoral contrario a la aprobación del texto propuesto, es evidente que este grupo sí escuchó los planteos minoritarios al interior del Consejo Constitucional, pero ofreció respuestas en las materias así levantadas que no eran las que la minoría esperaba. Así, podríamos hablar de un "neoconstitucionalismo latinoamericano conservador" o "2.0", por contraposición al neoconstitucionalismo latinoamericano tal como lo hemos visto hasta ahora.

De alguna forma, esta evolución condujo nuevamente la propuesta de Constitución en el sentido formal y relativo hacia estado de "botín", tendencia ya propia del neoconstitucionalismo latinoamericano, pero en un sentido ideológico diferente, por lo que lo llamamos coloquialmente 2.0.

El Comité de Expertos logró resolver interrogantes en lo propiamente constitucional y digamos relativamente simple —referente principalmente a reafirmar las bases y constituir autoridades y su forma de operar—, pero no logró acuerdos en lo complejo y propio del neoconstitucionalismo en sus diversas formas, que es la definición de lo que "queremos ser" y la respuesta a una serie de contenidos no ortodoxos que se espera incorporar a la Constitución botín. Este último fue, en parte, el enfoque del Consejo Constitucional. Esta clara diferencia llevó a un contraste entre proyectos, donde incluso algunos de los actores más entusiastas en el pasado de lo que estamos denominando Constitución botín, se vieron replegados a apoyar el borrador sobrio del Comité Expertos, proyecto que entró así en competencia con el del Consejo Constitucional.

Se rompió en los hechos la lógica evolutiva del diseño del proceso constituyente en etapas, apareciendo dos cabezas y también dos creaturas, lo que condujo finalmente al fracaso al hacer competir proyectos. El punto final al proceso se terminó de escribir el día que al interior del grupo que hemos denominado "*hegemónico"* se produjo —a su vez— una división, en donde, finalmente, un sector influyente de la derecha rechazó, por motivos muy diferentes a los de la izquierda, el proyecto de Constitución.

II. Particularidades metodológicas con incidencia en el resultado

En este apartado, antes de entrar a listar materias en donde operó esta lógica —es decir, la decisión sobre el *Ser* en manos de los expertos designados y sobre lo que se *espera ser* en manos de la mayoría de los consejeros electos—, es necesario revisar algunas particularidades del proceso que incidieron en lo señalado.

En primer lugar, si bien es acertado en nuestra opinión que el tercer proceso constituyente tuviera una duración acotada, por esa vía se agudiza el fácil contraste entre dos proyectos diferentes (expertos y consejo), con el riesgo que ello genera.

En segundo lugar, entendidas las bases como un ejercicio incipiente del poder constituyente derivado por parte del Congreso Nacional, naturalmente se ha de entender que el primer encargo a los expertos designados debe ser centrarse precisamente en el desarrollo de las mismas a nivel de un texto. En esta línea, por ejemplo en lo relativo a materias críticas como los alcances del Estado social y democrático de Derecho, finalmente la falta de acuerdo entre expertos llevó a que mantuviera simplemente la amplitud de la fórmula ya acordada en el Congreso Nacional.

En cuanto a la elección de convencionales, se considera como un avance haber disminuido la proporcionalidad desde la magnitud o regla aplicada a los diputados (entre 3 y 8 electos por unidad), para llevarla a la de los integrantes del Senado (entre 2 y 5). Esto, en general, permitió la elección de liderazgos menos radicalizados y más representativos de amplios sectores de la población. Asimismo, se valora como más propio de una democracia la representación de los pueblos originarios en una magnitud variable y proporcional a la cantidad de ciudadanos que optasen por dichas alternativas, y no fija y predefinida con independencia de la adhesión popular real. Finalmente, la regla sobre elección de independientes que aproximó los requisitos para presentar candidaturas a la que es aplicable a los partidos políticos, así como la forma en que se resolvió la existencia de listas entre independientes, permitió un ejercicio más informado por parte de la ciudadanía sobre el pensamiento de los candidatos en relación al conjunto amplio de materias que han de resolverse en un proceso constituyente.

En sentido contrario a lo anterior, la existencia de dos niveles de redacción —Comité Expertos y Consejo Constitucional—, si bien parecía reflejar lo que la ciudadanía estimaba como razonable luego del magro resultado del segundo proceso —revalorización del trabajo de los conocedores del Derecho constitucional—, sentó las bases para una competencia de textos que de un lado debilitó el respaldo al borrador final y, de otro, permitió comunicacionalmente desvincularse del proceso aduciendo —en opinión de este profesor, sin fundamentos definitivos— una asimilación al comportamiento del grupo hegemónico del segundo proceso, pero ahora en sentido inverso.[22]

[22] Sostenemos nuevamente que el grupo hegemónico del tercer proceso sí escuchó las materias que las minorías buscaban regular y, en ese sentido, fue permeable, más allá de

III. Acuerdos y desacuerdos a nivel de los expertos, y su contraste con el texto finalmente plebiscitado

En general, sea por convicción o por imposición de la regla, la Comisión Experta incorporó al anteproyecto lo dispuesto a modo de bases. Como ejemplo, el reconocimiento de los pueblos originarios en el contexto de la existencia de una única —valga la redundancia— e indivisible nación chilena. Esta norma se aprobó por unanimidad y con solo una abstención, no sufriendo cambios relevantes a nivel del Consejo Constitucional. Otros ejemplos son Chile concebido como República democrática, donde la soberanía reside en el pueblo; o el Estado de Chile organizado como social y democrático de Derecho.[23]

En sentido contrario, a nivel de la Comisión Experta, la cosa no fue tan consensuada en materias más propias de lo que hemos denominado lo que queremos ser. Por ejemplo, lo relativo al deber del Estado de promover la corresponsabilidad al interior de las familias, donde sólo existieron a favor 12 votos, por lo que se rechazó la propuesta. Otro tanto en materias como derechos sexuales y reproductivos (sólo 11 votos a favor), derecho de los cotizantes a elegir libremente las instituciones que administren sus recursos previsionales y la propiedad e inexpropiabilidad de los fondos previsionales (11 votos a favor y 12 en contra); funciones en materia de seguridad de los municipios (13 votos a favor 11 en contra), o la norma sobre control preventivo eventual de constitucionalidad de las leyes en cuanto al fondo y no sólo en cuanto a materias procedimentales o de competencia.

Otro tanto, tampoco hubo acuerdo en materias más bien propias de la Constitución botín, como fueron la mención expresa a las sanciones en materia de violaciones a los derechos humanos, las que si bien se deben entender en perspectiva atemporal —con vigencia en cualquier momento— conllevan claramente un aspecto coyuntural. Otro tanto, en cuanto a la aparición recién a nivel del Consejo Constitucional de normas tales como

que las propuestas concretas no fueran las solicitadas. Esto contrasta fuertemente con la hegemonía ejercida en el segundo proceso, donde derechamente se operó de manera impermeable a los requerimientos de las minorías, aunque ellas se hubieren expresado en el proceso de participación ciudadana que se habilitó en su minuto. Luego, la forma en que se ejerció el poder por las mayorías en uno y otro proceso no es asimilable.

[23] En este punto quisiera agradecer a Pablo Rodríguez, cientista político e investigador del Instituto Libertad, por los aportes en cuanto a las materias discutidas y su devenir en las diferentes etapas del proceso constituyente.

el mandato al legislador de rebajar de la base imponible de los impuestos a la renta conceptos como "gastos objetivamente necesarios para la vida, cuidado o desarrollo de la persona y su familia" (número 31, del art. 16, de la propuesta) o de la norma sobre exención a las contribuciones de bienes raíces de los inmuebles destinados a la "vivienda principal del propietario" (número 29, del art. 16, de la propuesta).

Luego, si se contrasta el proyecto aprobado por la Comisión Experta con el del Consejo Constitucional, aparecen diferencias adicionales. Por ejemplo, a nivel del Consejo Constitucional se refuerzan normas asociadas a problemas coyunturales y de alta atención pública como, la creación de una Agencia nacional anticorrupción. Asimismo, frente a los intentos de legislar en determinadas materias culturales que se vieron durante los últimos años (v.gr. la prohibición del rodeo), el Consejo Constitucional incorporó como objeto de protección constitucional aspectos como lo que denominó "actividades propias de la identidad chilena", esto es, juegos populares y deportes criollos, entre otros. En fin, mandatos para proteger la conciliación entre la vida familiar y la laboral con las labores de crianza y asociadas, aparecieron con particular fuerza a nivel del Consejo Constitucional. En sentido contrario, el enfoque de la interseccionalidad para la actividad estatal no fue mantenido en el texto finalmente aprobado por el Consejo Constitucional.

En cuanto a la jerarquía normativa de los convenios internacionales en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se incorporó en el Consejo Constitucional una inserción destinada a limitar el alcance del denominado *soft law*, la que resultó fundamental para el rechazo final de la propuesta a nivel popular.

Todo lo anterior, y como demostración de la hipótesis señalada, llevó a que en la votación final del texto en su integridad que tuvo lugar en la sesión del 30 de octubre, la izquierda y la centro izquierda votaron derechamente en contra. Así, el texto fue aprobado con 33 votos a favor y 17 en contra.

En fin, no es el objetivo de este artículo hacer un catálogo exhaustivo del comportamiento de todas y cada una de las instituciones a nivel de los dos textos que, finalmente, quedaron contrastados. La idea es simplemente demostrar que atendida la evolución y expectativa del proceso constituyente, con una amplia participación ciudadana, a nivel del Comité de Expertos el acuerdo fue simplemente básico, y difícilmente se pudo lograr algo dife-

rente. Por ello, sorprende la desilusión expresada por sus miembros, pues de contrario, se considera que hubo un éxito dentro del campo de lo posible. De otro lado, el enfoque político del trabajo del Consejo Constitucional, conformado por ciudadanos electos, necesariamente generó un contraste con el primer borrador con efecto en la votación final. Lo anterior, nos lleva a concluir que probablemente existió un problema de diseño.

IV. La encrucijada de la participación y las expectativas ciudadanas

En este acápite simplemente quiero llamar la atención de que la idea de avanzar a una nueva Constitución sólo alcanzó real apoyo ciudadano en el contexto de la crisis de octubre de 2019, bajo el triunfo de un sector que logró constitucionalizar los problemas sociales pendientes de solución en el país. Ese sin duda fue un triunfo político, aunque de corto vuelo, como quedó luego en evidencia. El problema de la estrategia que conllevó a dicho triunfo es que movilizó las expectativas ciudadanas desde el trabajo legislativo —que es lo recurrente y esperable— al trabajo constituyente. Y en ese escenario, resultó casi inevitable que la discusión constitucional avanzara más bien hacia el querer ser y al riesgo de la Constitución Botín, conforme se fueron movilizando las mayorías. Esta dimensión de corto plazo del proceso constituyente —que podríamos calificar de contrario a su propia naturaleza, como tradicionalmente se ha entendido— marcó a fuego el devenir del proyecto. Luego, no deja de sorprender que ciertos sectores que perdieron temporalmente el apoyo popular —probablemente por el recrudecimiento de la crisis económica, la inseguridad y la inmigración sin control— reaccionaran con estupor ante la respuesta de la nueva hegemonía política a nivel de normas constitucionales propuestas.

La duda hoy debería centrarse en cómo devolver las expectativas y el marco de lo propiamente constitucional —en el sentido material o absoluto, anotado inicialmente— a un adecuado minimalismo que junto con un sólido sistema de derechos y libertades y un mecanismo democrático que asegure la alternancia en base a elecciones regulares, permita a su vez la gobernabilidad en base al sentir mayoritario.

V. Visión positiva: Materias con amplio acuerdo que podrían ser la base de modificaciones constitucionales futuras y necesarias

En el pasado existieron borradores constitucionales con algún grado mayor de concesos que los producidos por el segundo y tercer proceso. Por ejemplo, el del primer proceso constitucional.[24]

En la actualidad, más allá de que hemos planteado que no es simple definir, si en este tercer proceso estamos o no ante un fracaso del mismo, existen al menos dos materias centrales donde hay acuerdos para avanzar.

La primera de ellas tiene relación con el sistema de gobierno y la situación que en la actualidad afecta la gobernabilidad de cualquier proyecto político en el país. No se trata de una reforma completa al régimen de gobierno, sino al menos, de mecanismos para reducir la atomización en el Congreso Nacional y la exagerada cuota de poder que alcanzan parlamentarios electos, gracias al sistema proporcional, con muy bajas votaciones. Al respecto, existe un amplio consenso —aunque no unanimidad— sobre las ventajas de establecer umbrales para la representación parlamentaria al menos a nivel de diputados. La discusión se relaciona, principalmente, sobre el porcentaje exigido al respecto y las excepciones a la regla.

Relacionado a lo anterior, en la convicción de que es necesario fortalecer el rol de los partidos políticos en el contexto de una democracia representativa que empodere a los ciudadanos, se busca establecer una norma anti-díscolos, en sentido de crear una causal de cesación en el cargo de los parlamentarios que opten por renunciar al partido político que los presentó como candidatos.

Por su parte, se busca innovar en cuanto al ejercicio de la jurisdicción independiente por parte de los tribunales de primera instancia, por la vía de separar el control de la jurisdicción de lo que se relaciona con el desarrollo de la carrera funcionaria de los jueces. Alguna forma de consejo o consejos de la magistratura, con equilibrio político-técnico, debería prosperar. Esto es fundamental para asegurar el efectivo derecho a la doble instancia, parte del debido proceso.

[24] República de Chile, "Proyecto de reforma constitucional que establece un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución", *Boletín N.º 11.617-07*, disponible en: *https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12132&prmBoletin=11617-07*.

Relacionado con lo anterior, ciertos problemas coyunturales, han llamado —quizá apresuradamente— a revisar radicalmente el sistema de generación de los jueces de los tribunales superiores de justicia. Acá tenemos más bien sentimientos encontrados sobre si las alternativas que se barajan asegurarán el resultado buscado.

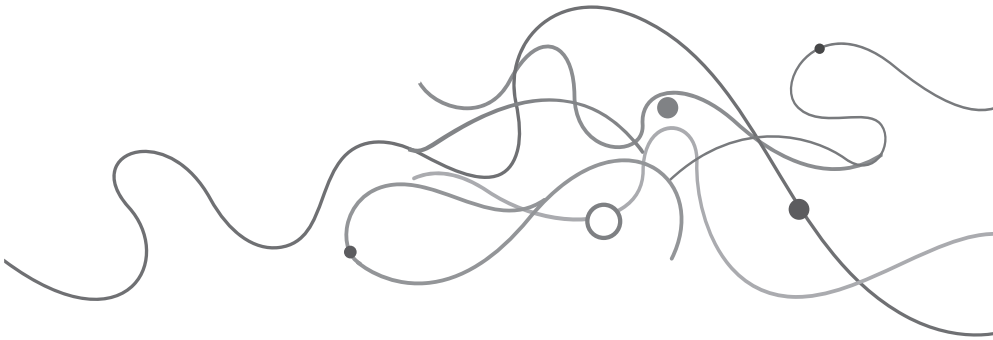
VI. Conclusiones

Luego de este análisis podemos proponer que se profundice en otros estudios las siguientes hipótesis que hemos planteado:

1. Es dudoso que el tercer proceso constituyente haya terminado en un fracaso, al menos, si se entiende en su contexto jurídico y político;
2. El trabajo de la Comisión Experta y el sentimiento de frustración de muchos de sus miembros por el resultado final de su propuesta se basa en un excesivo optimismo inicial, que no tomó en nota la forma en que la sociedad movió el eje de lo constitucional, desde lo propiamente fundacional a lo más bien aspiracional;
3. Bien entendido dicho fenómeno, el trabajo de los expertos logró un alto nivel de resultados en el marco de lo que era posible;
4. En el contexto de constitucionalización de la mayoría de los temas políticos, la Constitución como instancia de unidad viró hacia la Constitución que hemos llamado botín, con el problema evidente de la temporalidad de sus postulados;
5. La existencia de dos instancias redactoras, con distintas fuentes de legitimidad —*auctoritas* e indirecta, de un lado, y democrática y directa, del otro—, casi inevitablemente ha de llevar —como ocurrió— a la existencia de dos proyectos que entraron en competencia, permitiendo al grupo político minoritario desafectarse del proceso y llevar al rechazo final de la propuesta;
6. Detrás del rechazo final está, también, la mano de los grupos ultramontanos al interior del grupo hegemónico de la derecha, que entrando en conflicto con los liderazgos, criticaron lo que hemos llamado neoconstitucionalismo 2.0, en cuanto a que la mayoría de la Convención Constitucional sí fue permeable a los nuevos temas levantados por la ciudadanía activada en sucesivos procesos constituyentes, y;

7. De cualquier forma, hay ciertos consensos básicos que podrían permitir un avance constitucional bajo la lógica de enmiendas y evolución, principalmente en materias como gobernabilidad democrática e independencia del ejercicio de la jurisdicción.

Finalmente, no podemos sino expresar nuestro temor en cuanto a que, de no avanzarse en la línea de lo indicado en el punto anterior, es probable que en el breve plazo se active nuevamente un proceso constituyente como espacio de una nueva victoria política de un sector.



Capítulo décimo segundo

Estado social y derechos sociales en el Anteproyecto de la Comisión Experta: un modelo de Estado en perspectiva social

Tomás Jordán Díaz

Sumario: I. *Antecedentes: el largo y pedregoso camino hacia una nueva Constitución*. II. *«El Estado en perspectiva social» como un modelo de Estado posible*. III. *El acuerdo de la Comisión de Expertos en materia de derechos sociales: un modelo de Estado en perspectiva social*. IV. *Conclusiones.*

I. Antecedentes: el largo y pedregoso camino hacia una nueva Constitución

La discusión constitucional chilena en 2022 y 2023 tuvo una discusión de fondo sobre el tipo de Constitución que se quería y los alcances de ella. Este punto fue evadido continuamente en los primeros años de la discusión sobre una nueva Constitución (2013-2018) pero, luego del Estallido Social y la elección de la Convención Constitucional, la pugna sobre los contenidos constitucionales se hizo presente generando tensiones que daban cuenta de la falta de acuerdos sustanciales en diversas materias, entre ellas, sobre el sistema de derechos sociales y el modelo de Estado.

El modelo de Estado y cómo los derechos sociales ejecutan tal definición estatal aterrizó en la discusión de la Comisión Experta y en el Consejo Constitucional. El derrotero seguido por ambas instancias fue diferente. Luego de las elecciones de mayo de 2023, donde el Partido Republicano, de derecha radical, obtuvo la mayoría de 22 consejeros constitucionales, la Comisión Experta entró en una fase acelerada de

acuerdos constitucionales permitiendo, por primera vez en la disputa constitucional, lograr un texto de acuerdos transversales que fue desde el Partido Comunista al Partido Republicano. El camino que recorrió el Consejo Constitucional fue en el camino inverso. De forma similar a lo ocurrido con las izquierdas en la Convención Constitucional, las derechas en el Consejo utilizaron su primacía de ⅗ (y ⅔ según el caso) para imponer su visión constitucional conservadora que fijaba la primacía, en materia de derechos sociales, de una visión individual y privada de tales derechos. Ejemplos claros fueron el artículo 16.13, letra a), sobre libertad religiosa y el derecho de los padres a elegir la educación religiosa, espiritual y moral sostenida en sus propias convicciones y de instituir proyectos educativos, teniendo derecho a mantener la integridad e identidad de sus proyectos, de acuerdo a sus propias convicciones;[1] y el artículo 16, Nº 24, letra b) que expresó el derecho de los padres a educar por sí mismos a sus hijos(as) (*homeschoo*l).[2]

Todo lo anterior tuvo como telón de fondo un largo derrotero institucional sobre el cambio constitucional chileno, que fue objeto de desencuentros políticos y jurídicos desde su germinación.

El camino del cambio a la Constitución se desarrolló en un largo proceso de cuatro momentos. El primero, que se extiende desde el origen de la Constitución actual, su dictación, entrada en vigencia y hasta sus primeras reformas (1973-1989), caracterizado, por un lado, por la voluntad de instituir una nueva Constitución que abrogó a la de 1925, y por otro, la crítica permanente a su ilegitimidad de origen que tuvo como primera consecuencia la reforma de 1989,[3] considerada como una modificación mínima para permitir el estreno del régimen democrático desde 1990.

[1] Expresó la letra a), numeral 13, del artículo 16 del Proyecto Constitucional del Consejo Constitucional: *"Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a educar a sus hijos o pupilos, y a elegir su educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Las familias tienen el derecho de instituir proyectos educativos y las comunidades educativas a conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas"*.

[2] Afirmó la letra b), numeral 24, del artículo 16, del Proyecto Constitucional del Consejo Constitucional: *"Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a educar a sus hijos o pupilos, y a elegir su educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Las familias tienen el derecho de instituir proyectos educativos y las comunidades educativas a conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas*".

[3] Ley de Reforma Constitucional, Nº 18.825.

Desde 1990 hasta el 2005 se desarrolló el segundo momento, sostenido en la idea de reforma constitucional de carácter progresiva.[4] La ausencia de un acuerdo constitucional originario en 1989, como si lo tuvieron las transiciones española y brasilera, dio paso a un modelo cuya finalidad fue buscar un acuerdo constitucional con base a ciertas reformas particulares a la Constitución. Esta etapa estuvo determinada por la voluntad de un sector político reformista de cambiar ciertos aspectos de su texto (en especial la denominada democracia tutelada), y la de otro sector político de cambiar lo menos posible por medio de los supra-quórum de reforma (veto *players*). El primer y segundo momento se afirmaron en la idea de reforma constitucional por vía Congreso Nacional. Ahora bien, hay un punto que intermedia entre este segundo momento y el siguiente, y es la propuesta de nueva Constitución por el Congreso en el 2009 planteada por la candidatura presidencial del ex-presidente Frei Ruíz-Tagle.

El tercer momento transcurre desde el año 2011 hasta marzo de 2018. Durante las movilizaciones estudiantiles y medioambientales de 2011 el asunto constitucional vuelve a ocupar la agenda pública, y la mayoría de las candidaturas de la elección presidencial de 2013 proponen la necesidad de una Nueva Constitución. Este momento tiene como expresión máxima el gobierno de la ex-presidenta Bachelet, el cual propuso un proceso constituyente abierto a la ciudadanía.[5] El periodo se caracterizó por un proceso participativo donde más de 200 mil personas deliberaron en torno a la Constitución que querían; la propuesta inicial de un plebiscito para elegir el órgano donde se discutiría el nuevo texto (una comisión bicameral, una convención mixta o una asamblea constituyente), para luego proponer reformar el capítulo XV de la Constitución e instituir una Convención Constitucional como sede para la discusión. A ello se sumó una propuesta de texto de nueva Constitución basada en la participación pública (90 de

[4] Jordán Díaz, Tomás, "Porque en verdad es justo y necesario darnos una nueva Constitución", en Jordán, Tomás y Tórtora, Hugo (coords.), *Estudios sobre Nueva Constitución*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2014, p. 189.

[5] Para examinar el Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía, véase: Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Tomás "EL Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía. El modelo chileno de cambio constitucional", *Revista Hemiciclo,* Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Chile, núm. 16, Segundo Semestre 2017, pp. 46-69; Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Tomás, "Convergencia Deliberativa: La participación ciudadana en el cambio constitucional, Chile 2016", *Revista Polis*, Santiago, vol. 20, núm. 58, 2021, ver: *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682021000100078*.

las prioridades ciudadanas de la etapa participativa están expresadas en el texto). En este periodo se afirmó en la idea de nueva Constitución (no reforma) y que ella fuera discutida en un órgano diferente al Congreso Nacional (Convención Constitucional).

Con el estallido social se inaugura el cuarto momento y que se extendió hasta diciembre de 2023. La movilización ciudadana puso el proceso de cambio constitucional en su estado más avanzado. El acuerdo político transversal del Congreso afirmó la idea de nueva Constitución por medio del "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución" de 15 de noviembre de 2019,[6] lo que dio origen al plebiscito del año 2020 y la elección de los y las integrantes de la Convención Constitucional en 2021. El rechazo a la propuesta de la Convención con fecha 4 de septiembre de 2022, dio lugar al "Acuerdo por Chile", de 12 de diciembre de 2022,[7] permitiendo un nuevo proceso de cambio constitucional, sostenido en 12 Bases Constitucionales, asunto que permitió convocar a elecciones para integrar un Consejo Constitucional, previa preparación de un anteproyecto de texto elaborado por una Comisión Experta, cuya propuesta fue rechazada en diciembre de 2023.

Lo anterior se dio en un contexto donde el proceso de cambio constitucional chileno se desarrolló en democracia bajo reglas institucionales claras y no disputadas. También que la voluntad de una nueva Constitución tiene sus origenes desde la misma entrada en vigencia del texto actual, asunto que pasó por dos macro-etapas, divididas en los cuatro momentos político-constituyente descritos. La primera es la reforma constitucional como idea de cambio, etapa que se inaugura en 1989 y se extiende hasta la candidatura de Eduardo Frei en el años 2009 y, la segunda etapa, es la idea de una nueva Constitución redactada por un órgano diferente al Congreso Nacional, inaugurada en el segundo gobierno de la ex-presidenta Bachelet y que abarcó hasta diciembre de 2023.

Es en esta segunda macro-etapa donde la disputa política-jurídica sobre el modelo de Estado y de derechos sociales que tienen a la Comisión Experta como el único punto de consenso en el cuarto momento del proceso constituyente.

[6] Disponible en: *https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivoid=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.*

[7] Disponible en: *https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile.*

II. «El Estado en perspectiva social» como un modelo de Estado posible[8]

El examen del trabajo de la Comisión Experta en materia de derechos sociales y los arreglos institucionales posibles que tuvieron lugar, tienen como trasfondo una disputa ideológica sobre el Estado social y los derechos sociales.

En breve, podemos sintetizar la disputa entre los modelos de Estado subsidiario y Estado social en su versión clásica. Las posiciones jurídicas conservadoras instituyeron el modelo de Estado subsidiario con base al artículo 1o., inciso 3o., de la Constitución chilena vigente que reconoce y ampara los grupos intermedios, como en la libertad económica establecida en el artículo 19, Nº 21, del texto vigente.[9] Por otro lado, el modelo de Estado social se sostiene en el establecimiento y realización de los derechos sociales, ligado a una mayor intervención del Estado en la provisión de las prestaciones sociales,[10] asunto que impacta en la esencia del modelo subsidiario donde el motor de la sociedad recae en los privados y el rol del Estado es meramente residual o mínimo.

Con base a esa disputa, estimo que el modelo o camino posible en Chile fue y es el de un modelo de Estado en «perspectiva social», asunto que permite instituir una fórmula social de Estado, con una base en un rol preferente del Estado en materia de derechos sociales, pero reconociendo la mixtura (estatal y privada) en la provisión de los derechos sociales con miras a la corrección de las desigualdades sociales.[11] En este modelo, la clave es la definición y las lógicas con base a las cuales opera el Estado

[8] Esta propuesta tiene su origen en mi trabajo: Jordán Díaz, Tomás, "El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales", *Estudios de Derecho Público*, Santiago, XL Jornadas de Derecho Público 2010, Editorial Legalpubishong y Thomson Reuters, 2011.

[9] Para una síntesis del Estado subsidiario, ver: Covarrubias, Ignacio, "El principio de subsidiariedad", en Navarro, Enrique (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Santiago, Editorial Conosur, 2001, p. 70; Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, 2a. ed., t. I, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2008, p. 177.

[10] Para una defensa del modelo clásico de Estado social y su aplicación en Chile, ver: Viera, Christian, "Estado social como fórmula en la Constitución chilena", *Revista de Derecho de la Universidad de Coquimbo*, Coquimbo, vol. 21, núm. 2, 2014.

[11] La idea de Estado en perspectiva social la he planteado por más de 10 años en diferentes trabajos académicos. La síntesis se puede encontrar en: Jordán Díaz, Tomás, "Estado social y proceso constituyente. Hacia un Estado en perspectiva social", *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2021, pp. 81-100.

social que, en breve, se refiere a una lógica redistributiva, sostenida en el principio de solidaridad.

Considero que el arreglo de compromiso arribado por la Comisión Experta fue en uno de los caminos posibles dentro del abanico de posibilidades de un modelo en perspectiva social. Salir de los ambos polos de la discusión (subsidiariedad vs Estado social clásico) les confirió la capacidad de articular un acuerdo en materia de derechos sociales que, por un lado, radicara en el Estado roles rectores, normativos, de prestación, control y fiscalización y, por otro, reconociera un rol de los privados en el otorgamiento de esta categoría de derechos.

Esto es indesligable de la cláusula del modelo de Estado. El proceso constituyente de 2023 se sostuvo en 12 Bases Constitucionales,[12] dentro de las cuáles se estableció que Chile era como un Estado social y democrático de derecho. La fórmula social del Estado impone ciertos imperativos de significación constitucional, operando como una matriz de interpretación. Para ello, es necesario comprender que dicha definición impone una lógica redistributiva y solidaria para la ejecución de las prestaciones sociales, independiente de la naturaleza del prestador (estatal o privado).

El modelo de Estado en «perspectiva social» busca conciliar las libertades personales (incluyendo las económicas) con los elementos definitorios del Estado social. En un primer momento, tal conciliación conlleva el reconocimiento que el mercado puede operar en las diversas áreas de la vida asociada, en el cual el Estado cumple un papel de regulador de las reglas del juego y fiscalizador de los privados.

Pero, en materia de derechos sociales, el eje rector debe estar puesto en lo público. Por público me refiero a que la provisión de bienes sociales las puede otorgar el Estado o el privado, pero estos últimos sujetos a los criterios antes dichos (redistribución y solidaridad).[13]

Un modelo en perspectiva social requiere como elementos basales:

(i) definir en la Constitución la fórmula social de Estado;
(ii) establecer en la Constitución derechos sociales, su garantía y una cláusula de responsabilidad fiscal y
(iii) habilitar a la política y en especial al legislador la decisión de la intensidad o grado de corrección de las desigualdades.

[12] Ver: *https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile.*
[13] Jordán Díaz, Tomás, "Estado social y proceso constituyente. Hacia un Estado en perspectiva social", *op. cit,*. p. 92.

La Constitución es un marco normativo general y opera como una garantía para las personas. Esto impone ciertas cuestiones. El establecimiento de la cláusula social (España, Alemania o Colombia) o un tipo de formula social (caso italiano); la consagración de derechos sociales como garantía normativa; la radicación de mecanismos de garantía de los derechos y la cláusula de responsabilidad fiscal que permita la conciliación entre exigibilidad y el principio de posibilidad.

La cláusula social operará como matriz interpretativa con mayor o menor intensidad según el contexto o coyuntura jurídica de aplicación. La fórmula opera, primeramente como una garantía de significación en el sentido que los Estados sociales tiene ciertos elementos componentes que, en simple, son las lógicas redistributivas y el principio de solidaridad. La interpretación del texto constitucional se debe sostener en dicha fórmula, de modo que el rol del juez(a) constitucional como el legislador democrático operen dentro de los márgenes que le fija la cláusula.

Luego, los derechos sociales deben estar establecidos en el texto constitucional. La fijación de los enunciados normativos en la Constitución opera como garantía normativa y los dota de contenido esencial, adquiriendo el carácter de indisponibles e infranqueables para el legislador, operando como un límite a él.[14] Esto permite diferenciar entre el contenido constitucional de los derechos sociales y su regulación legislativa. En una lógica redistributiva y solidaria, el juez(a) constitucional deben conferir un contenido mínimo que sea conciliable con la matriz social del Estado, asunto que se expande en la regulación que debe efectuar la ley.

La perspectiva social se instituye como un parámetro de comparación dispuesto en la Constitución bajo el cual deben efectuar su labor los poderes públicos, y en particular el legislador democrático. La fórmula es clara pero no rígida, confiriendo la flexibilidad necesaria para que se puedan adoptar distintas opciones legislativas en favor de las personas que se encuentran en una posición desmejorada.

Luego, la perspectiva social se sostiene en la contribución o colaboración entre Estado, comunidad y personas. Tal asunto permite, desde la Constitución social, instituir modelos legislativos mixtos en materia de

[14] Para un repaso de las posiciones sobre el contenido esencial de los derechos ver: Blanco Alvarado, Carolina, "Recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo el escenario de la Pandemia Covid-19 en el Estado colombiano", *Revista Novum Jus,* Bogotá, vol. 15, núm. 1, enero-junio, 2021.

provisión de los derechos sociales. El Estado, bajo los mandatos constitucionales necesariamente tendrá un rol preferente en materia de derechos sociales, pues tiene roles de rectoría, normativos, de control y fiscalización como legislativo. En ese escenario, el legislador va configurando el equilibrio entre entidades estatales y privadas para el otorgamiento y aseguramiento de los derechos sociales. Para que opere la contribución o colaboración se requiere ejecutar el «principio de contribución constitucional», que sostiene la relación entre persona y Estado.[15] Este principio parte considerando la persona como núcleo del orden constitucional, donde la relación entre persona y Estado se configure de una manera flexible, democrática y pluralista. La política deliberativa determinará cuánto y de qué manera debe concurrir el rol del Estado en la sociedad para el pleno respeto y promoción de los DDFF.

La contribución va a estar determinada por la situación fáctica de los sujetos llamados a cooperar. Habrá sujetos que están en condiciones materiales de hacerlo e incluso obligados a efectuarlo (por ejemplo, el Estado). Lo que cada sujeto debe realizar (contenido de la colaboración) puede estar normativamente reglado o no, como también la intensidad o grado de ésta. Como lo hemos expresado en otro texto:

> … Lo anterior significa que el contenido de la contribución puede ser un mandato amplio de contenido indeterminado (por ejemplo, tener como finalidad el Bien común) o un mandato colaborativo concreto de un contenido más definido (por ejemplo, cuando se utiliza los vocablos promover, otorgar, desarrollar o perfeccionar); donde el grado de la colaboración (intensidad) y la responsabilidad de los colaborantes puede estar pre-definido (por partes iguales o desiguales) o no estar pre-fijado, siendo necesario un proceso de determinación (darle contenido al mandato de colaborar).[16]

[15] Sobre este argumento ver: "El principio de contribución y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales", *op. cit.,* pp. 562 y 563. En un sentido equivalente sobre el fundamento de los derechos sociales en Chile como una falla del mercado, pero desde la lógica que los derechos sociales participan en la esfera de lo público sostenidos en que el bienestar de las personas es responsabilidad de todos al cual todos los ciudadanos tienen el mismo derecho. Por todos Atria, Fernando, Larraín, *"El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público",* Santiago, Editorial Debate, 2013, pp. 179-190.

[16] Jordán Díaz, Tomás, "Estado social y proceso constituyente chileno. Hacia un Estado en perspectiva social", op., *cit.*, p. 96.

Luego opera la habilitación al legislador democrático. Es la ley, con base a la deliberación democrática la que fijará el contenido específico de la contribución y formas de concurrencia del Estado/privados. El principio del pluralismo político obliga a reconocer el abanico de posibilidades legislativas. Existen diferentes grados en que, por un lado debe concurrir el Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y, por otro, se articulará la cooperación privada. Tal cuestión nos permite hacer dejación del Estado subsidiario y su rol de Estado mínimo o residual, como también abrir diferentes opciones de diseño legal para ejecutar el mandato de la cláusula social.

La determinación de la intensidad estatal se liga al fundamento de los derechos sociales. Los derechos sociales tienen por objeto la realización material de las personas bajo un fundamento igualitario. Es así que el legislador debe sostener su realización con base a un parámetro de igualdad/corrección de desigualdades buscado. Los poderes públicos deben definir el nivel de corrección de desigualdades que desean corregir, de manera que, teniendo en consideración la mayor o menor intensidad de la igualdad buscada, se puede proceder a ponderar los argumentos que justifican las medidas adoptadas.

III. El acuerdo de la Comisión de Expertos en materia de derechos sociales: un modelo de Estado en perspectiva social

El acuerdo experto es un modelo posible de un Estado en perspectiva social. Reúne sus elementos constitutivos y los despliega en el sistema de derechos sociales. Parte desde la definición del modelo social de Estado, establece derechos fundamentales sociales y su garantía, fija una regla de responsabilidad y habilita al legislador para su desarrollo, quien dispondrá de fórmulas particulares para el otorgamiento de los derechos, sean por instituciones estatales y privada, con miras a la corrección de las desigualdades sociales.

El artículo 1.2 del Anteproyecto Experto expresó:

> 2. *Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho*, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo

progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.[17]

Este inciso tuvo como antecedente la Base Nº 5, de las 12 Bases Constitucionales que fundaron el proceso constitucional de 2023. Este acuerdo fue firmado el 12 de diciembre de 2022, en el cual se establecieron 12 fundamentos sobre las cuáles se debía trabajar la redacción de una nueva Constitución. Esto marcó una distancia con la Convención Constitucional cuyo texto se sostuvo en la idea de una «hoja en blanco», significando que la Convención era autónoma para adoptar las distintas instituciones constitucionales. La Base Nº 5 dispuso un Estado social y democrático:

> 5. *Chile es un Estado social y democrático de derecho,* cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.

La Base Nº 5 se sostenía en el texto de la Constitución española que fija en su artículo 1.1 "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho"; pero la Comisión Experta se alejó del modelo «constitutivo» de Estado como el español y suscribió una redacción «organizacional», asunto que tuvo por objeto y efecto alejarse de los modelos tradicionales de Estado social europeos, cuya ontología es la definición como Estados sociales y democráticos, dando paso a un modelo «híbrido», en el cual el Estado de Chile no tiene una definición particular, sino que política y/o administrativamente se puede articular como un modelo social de Estado.

La intención de ello fue salvar la tensión y pugna entre el modelo social de Estado tradicional y el modelo de Estado subsidiario propio de la Constitución de 1980. En breve, la fórmula subsidiaria se define en la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) Rol Nº 352/2002 c.j. 4º-7º, que definió este principio como uno de los principios rectores del orden social, donde el Estado no pueden absolver aquellas actividades que efectúan adecuadamente los particulares, ello, sin perjuicio de aquellas funciones que le corresponden al Estado por su propio carácter. El TC ha entendido que el Estado no puede perpetrar aquellas acciones que

[17] Disponible en: *https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile.*

los particulares están en condiciones de hacer, y el Estado lleva a cabo aquellas actividades que los aquellos no estén en posibilidades. Expresa el Considerando Jurídico 4o. y 7o. de la sentencia:

> 4o.- Que, en dicho precepto (artículo 1o., inciso 3o.[18]) se consagra en la Carta Fundamental el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social…
>
> 7o.- Que, de acuerdo a dicho principio, al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se extiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1o., inciso tercero, de la Constitución, presta a los "grupos intermedios".

El paso de la redacción *"*Chile es un Estado social y democrático*"* a *"*Chile se organiza en un Estado social y democrático*"* se ordenó como una fórmula de compromiso para, por un lado, establecer el modelo social de Estado y, por otro, pretender rescatar la definición del texto vigente de 1980. Si Chile «es» es Estado social, la subsidiariedad dejaba de ser un *"*principio del orden social*"*, por eso el intento de cambio en la redacción. Esto es relevante. Para el constituyente de 1980 la subsidiariedad no sólo es un principio constitucional o un modelo de Estado, sino un principio rector de irradia a todo el orden social, más allá de lo constitucional. Es una forma de comprender cómo se debe organizar la sociedad y tal perspectiva se dispuso en el texto constitucional como lo afirma la sentencia del Tribunal Constitucional citada. Pero, el modelo social de Estado es una definición del Estado. El Estado se «constituye» en el caso español o «es», en el caso de las 12 Bases, un modelo social. El modelo constitutivo de las 12 Bases no podía ser contradicho por los expertos, de modo que la definición organizativa es tributaria de la Base Nº 5.

Este modelo es político-jurídico, instituyéndose como una forma de comprender la relación entre la persona y el Estado. La fórmula de Estado social, ya sea como constitutiva u organizativa, tiene el efecto de disponer que los elementos propios y definitorios del Estado social son los que se instituyen en el texto constitucional, pero reconociendo que las vías o caminos para ello pueden ser de diferente tipo y, entre ellas, adoptar

[18] Esta cita al artículo 1o. es nuestra.

modelos de provisión mixta, concurriendo agentes públicos y privados; donde el legislador es el llamado a fijar un modelo particular de desarrollo de la cláusula social.

Esto se sostiene en una razón de texto con impacto interpretativo. Se liga a la redacción completa de la 12 Bases, en especial la Nº 5:

> 5.- Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; *y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales,* con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; *y a través de instituciones estatales y privadas*.

Como hemos expresado en este artículo, el Estado «en perspectiva social» opera como una fórmula donde las lógicas del Estado social se asientan como primarias. El criterio redistributivo y el principio de solidaria, fundamentos del modelo social de Estado, se ubican como rectores. Luego, los provisión de los derechos sociales podrán ser otorgados por el Estado o un una fórmula mixta con los privados. La forma e intensidad de cómo se ejecutará la ejecución de esos derechos debe tener como objeto la corrección de las desigualdades sociales, siendo el legislador democrático el llamado a fijar la fórmula concreta (ley, política o programas sociales) de ejecución del modelo social de este tipo. Esto ubica la relación entre Estado social y subsidiariedad. La subsidiariedad es tributaria de la fórmula social de Estado. Así lo sostuvo el Informe de la Comisión de Venecia en el año 2023. Para la Comisión el Estado social y democrático de derecho no es incompatible con la subsidiariedad, pero ésta es una expresión de los medios que se pueden emplear para realizar la cláusula social, no es un reemplazo o un equivalente. Expresa el Punto Nº 82 del Informe de la Comisión:

> 82. Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, la Comisión observa que, en principio, no existe incompatibilidad alguna entre el principio de subsidiariedad, tal como se incorpora expresa o implícitamente en diversos sistemas constitucionales, y el objetivo de establecer un "Estado social y democrático de Derecho". Este último es ante todo una afirmación de los resultados que se persiguen, *mientras que la subsidiariedad es ante todo una expresión de los medios que deben emplearse*. El principio del Estado social (distinto del Estado socialista) debe leerse en armonía con los otros dos principios: el Estado de derecho y el Es-

tado democrático, y cada principio limita una posible interpretación maximalista del otro. Como queda implícito en la referencia de ambos borradores "a través de instituciones estatales y privadas", *la subsidiariedad puede ser una herramienta legítima y eficaz* para realizar los objetivos sociales más amplios sin dejar de respetar los derechos,[19] libertades y deberes a los que se hace referencia en el texto. A la inversa, un "Estado social y democrático de Derecho" no implica necesariamente que las acciones dirigidas a objetivos sociales más amplios sean siempre adoptadas directamente por las instituciones del Estado en detrimento de las formas intermedias de organización social, por lo que en principio no contradice el principio de subsidiariedad. Esta interpretación de la compatibilidad de principio entre las dos ideas constitucionales se confirma en la práctica de los Estados que pueden caracterizarse razonablemente por buscar un sistema social y democrático de derecho, y que también han constitucionalizado explícitamente el principio de subsidiariedad como una dimensión de la política social (como Italia), o han dado efecto implícitamente a la subsidiariedad en su estructura constitucional y su política social (como Alemania).

Esta fórmula de compromiso fue expresada en el texto de los Expertos. El artículo 16.21, del Anteproyecto, al abordar el derecho a la protección de la salud dispone un rol preferente del Estado es este derecho, imponiéndole roles en el acceso libre e igualitario a las acciones de salud, deberes de coordinación y control, como, especialmente, "crear, preservar y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos y uniformes de calidad".

Estas acciones y tareas se pueden realizar por medio de instituciones pública y privadas, disponiendo, como hemos señalado, un modelo social de Estado, pero con provisión mixta. La letra b), de este numeral 21, expresa: "b) Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, *a través de instituciones estatales o privadas,* en la forma y condiciones que determine la ley".

Lo mismo ocurre en materia de derecho a la educación (numeral 22) y libertad de enseñanza (numeral 23). Siguiendo el esquema de la Constitución de 1980, el texto Experto separa el derecho a la educación de la libertad de enseñanza. En el primero, dispone el objeto de la educación y el rol y deberes del Estado. Entre los deberes del Estado se reconoce el de fortalecimiento de la educación en todos los niveles y fomentar su mejora-

[19] Lo resaltado es nuestro.

miento continuo. Promover la educación parvularia y la obligatoriedad de las educación básica y media. Al igual que en salud, le impone al Estado el deber de "crear, sostener y coordinar una red nacional de establecimientos educacionales pluralista en todos los niveles de enseñanza." (letra f); lo que fija un deber preferente de éste.

La libertad de enseñanza concurre como garantía de participación de los privados en el derecho a la educación, en particular, el derecho de "abrir, organizar, mantener y desarrollar establecimientos educacionales" (letra a), el derecho y deber de las familias de escoger la educación de sus hijos o pupilos (letra c) y el respeto a la autonomía de las instituciones de educación superior (letra d).

El modelo social de provisión mixta se expresa en los derechos a la protección de la salud, educación y liberta de enseñanza. La formulación se produce con base a tres elementos: i) la cláusula de Estado social, ii) la consagración de la provisión pública/privada y iii) el imperativo del Estado de crear una red de establecimiento de salud y educacionales que ejecutan lo sostenido en los puntos i y ii, pero sujeto al diseño legal con base al principio de deliberación democrática. En materia del trabajo se consagró en el numeral 25 "El derecho al trabajo decente, a su libre elección y libre contratación". El avance hacia el modelo social se ordena al establecer el derecho al trabajo decente que extiende a las condiciones equitativas en el trabajo, seguridad y salud en el mismo, una remuneración justa, descanso y desconexión digital (letra a).

En numeral 26, del artículo 16 reguló no sólo la libertad sindical (actualmente consagrada), sino explícitamente los derechos a la negociación colectiva y a la huelga. Es uno de los derechos de mayor alcance social. Expresa este número: "26. La libertad sindical. Esta comprende el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga". El texto establece la sindicalización multinivel (letra b), el derecho a la huelga para la defensa de sus intereses laborales (letra c), la libertad sindical de los funcionarios públicos (letra d).

Luego, el numeral 27, establece el derecho a la seguridad social, ya sea que se otorguen por instituciones públicas o privadas (letra a). El Estado tiene un rol normativo y fiscalizador. El numero 28, consagra un nuevo derecho constitucional en el ordenamiento chileno y es el derecho a la vivienda adecuada. El Estado debe promover este derecho, por medio de instituciones públicas y privadas, a través de la satisfacción progresiva (letra

a). Como nuevo derecho social también se dispuso el derecho al agua en el numeral 29, debiendo el Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones. En todos ellos es el legislador el llamado a su normación y desarrollo legislativo. En materia de garantía de los derechos, el proyecto Experto radicó un apartado de "Garantía de los derechos". El artículo 23.3 fija el contenido esencial de los derechos y el numeral 1, del mismo artículo norma la relación entre derechos y ley, la cual puede regular, limitar y complementar los derechos fundamentales. Especial relevancia adquiere la forma de cumplimiento de ciertos derechos sociales (salud, vivienda, agua y saneamiento) en el artículo 24, cuya realización se someterán a ciertos principios de ejecución. El acuerdo en esta materia es sustancial pues busca permitir la realización efectiva de estos derechos, junto con ejecutar el principio de posibilidad de cumplimiento. Es así que confluyen el principio de progresividad, no discriminación y la responsabilidad fiscal. Junto a ello se afirma el modelo de provisión mixta reasegurando la prestación por institucional estatales y privadas.

Establece el artículo 24 que los derechos de salud, vivienda, agua y saneamiento se ejecutarán conforme a: a) El desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de estos derechos; b) El aseguramiento de un nivel adecuado de protección para cada derecho; c) La no discriminación o diferenciación arbitraria; d) La remoción de obstáculos para asegurar condiciones efectivas de igualdad; e) El empleo del máximo de recursos disponibles, con responsabilidad fiscal; f) La satisfacción a través de instituciones estatales y privadas, según corresponda. Estos mandatos deberán ser desarrollados por el legislados y las normas infra-legales en su caso, no pudiendo los jueces(as) definir o diseñar políticas públicas (art. 25).

Sobre el mecanismo de cumplimiento, el Acuerdo Experto se extiende a varias cuestiones. Primeramente, les confiere contenido esencial a los derechos sociales. Luego, les confiere tutela a tales derechos, pero en ello, diferencia según sean libertades o derechos prestacionales. Para la exigibilidad de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16; el accionar debe ser «ilegal», es decir, antijurídico, operando más bien como un contencioso administrativo, asunto que no reconoce la jurisprudencia constitucional del recurso de protección que ha afirmado que los actos legales pueden, igualmente, vulnerar los derechos sociales de las personas. En cambio, las libertades

pueden ser infraccionadas por actos ilegales o arbitrarios, ampliando el ámbito de tutela.

Como se expresó, la responsabilidad fiscal concurre como un elementos del sistema de derechos sociales. El reconocimiento de Chile como un Estado social, de acuerdo al artículo 1.2, requiere la sujeción al principio de responsabilidad fiscal. Este principio se concretiza en el artículo 24, letra e) antes examinado que impone que para la realización de los derechos sociales se empleen los máximos recursos disponible, con responsabilidad fiscal.

De esta manera el sistema de derechos sociales elaborado por la Comisión Experta considera la fijación del enunciado normativo del derecho, el rol del Estado, la facultad de los privados de participar en las prestaciones de los derechos sociales y la habilitación al legislador para su desarrollo particular.

IV. Conclusiones

A modo de corolario podemos afirmar:

(i) El proceso constituyente chileno entre 2022 y 2023 tuvo una discusión constitucional de fondo que fue la pugna por el modelo de Estado que se instituiría en el nuevo texto constitucional. La tensión se dio entre el actual modelo de Estado subsidiario y el modelo social clásico o tradicional.

(ii) Como camino de compromiso, pero con base al modelo social de Estado, se dispone el modelo de Estado en «perspectiva social», fórmula que tiene como elementos componentes el establecimiento de la cláusula de Estado social, de los derechos sociales, sus garantías y una norma de responsabilidad fiscal y la habilitación al legislador democrático para determinar el grado e intensidad de la corrección de las desigualdades sociales, como el rol del Estado y los privados para el otorgamiento de las prestaciones sociales.

(iii) El acuerdo alcanzado por la Comisión Experta en el año 2023 sobre el sistema de derechos sociales se ordena como un tipo de Estado en perspectiva social sostenida en la fórmula social de Estado. El acuerdo considera la fijación del enunciado normativo del derecho, el rol del Estado, la facultad de los privados de participar en las prestaciones de los derechos sociales y la habilitación al legislador para su desarrollo particular.

Capítulo décimo tercero

El segundo proceso constitucional chileno: síntesis político-constitucional y algunas reflexiones sobre su desenlace

Máximo Pavez Cantillano*

Sumaria: I. *Introducción*. II. *El "Acuerdo por Chile": el inicio del segundo proceso constitucional. Estructura y mecanismos del proceso para la redacción de una nueva Constitución*. III. *El funcionamiento orgánico del proceso*. IV. *El trabajo de la Comisión Experta y los acuerdos fundamentales*. V. *Los acuerdos de la Comisión de Experta en la visión de la centroizquierda-izquierda.* VI. *Los acuerdos de la Comisión de Experta en la visión de la centroderecha-derecha*. VII. *Los otros temas de debate de la Comisión Experta*. VIII. *La etapa del Consejo Constitucional*. IX. *El impacto de la elección de Consejeros Constitucionales*. X. *La propuesta del Consejo Constitucional*. XI. *Votación final del texto en el pleno y resultado del plebiscito constitucional.* XII. *Conclusiones y reflexiones finales*. XIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto ofrecer una panorámica general sobre el origen, desarrollo y las principales conclusiones que dejó segundo proceso constitucional chileno llevado adelante durante el año 2023 y que terminó con el rechazo de la propuesta de texto por parte de la ciudadanía

* Magíster en Derecho Regulatorio LLM UC, Pontificia Universidad Católica de Chille; profesor de Derecho Constitucional y profesor de Clínica Jurídica de Derecho Público de Pontificia Universidad Católica de Chile. Durante el año 2023 el auto fue miembro de la Comisión Experta en el proceso constitucional chileno siendo presidente de la subcomisión de principios, derechos civiles y políticos. Correo electrónico: *mfpavez@uc.cl*.

en un plebiscito nacional. ¿Qué fue lo que pasó? ¿Dónde se produjo el quiebre político que determinó que no se plebiscitara un acuerdo? ¿Qué consecuencias e implicancias tuvo para la discusión constitucional chilena la forma en que concluyó? Este texto busca ofrecer algunas reflexiones a fin de permitir una lectura política de la discusión constitucional del proceso. No tiene por finalidad entrar al detalle del debate científico-jurídico de temas específicos sino permitir que un lector no especializado en materias constitucionales pueda entender desde el punto de vista político por qué Chile no pudo a través de este segundo proceso aprobar una nueva constitución en democracia. Para esto, se recurrirá a las propias fuentes formales de la historia fidedigna de la discusión las cuales están contenidas en los boletines de sesiones del proceso constitucional.

Estas notas abarcan el proceso desde su inicio con el llamado "Acuerdo por Chile", explica la forma orgánica de cómo se llevó a cabo, expone en forma general el funcionamiento de la Comisión Experta, y busca dar cuenta de la elección del 7 de mayo de los consejeros constitucionales y su efecto político en el Consejo con relación a la discusión de normas constitucionales en algunos temas específicos. Finalmente, se ofrecen algunas reflexiones y conclusiones del autor.

II. El "Acuerdo por Chile": el inicio del segundo proceso constitucional. Estructura y mecanismos del proceso para la redacción de una nueva Constitución

El denominado segundo proceso constitucional en Chile comenzó el 12 de diciembre de 2022 con el Acuerdo por Chile. Luego de un largo e intenso proceso de negociación política, y de forma transversal, casi la totalidad de los partidos políticos con representación parlamentaria concurrieron a suscribir un documento que fijaba un nuevo itinerario para la discusión y aprobación de una nueva Constitución para Chile. Es importante consignar que no concurrieron todos los partidos políticos, lo cual tuvo una incidencia decisiva que se revisará más adelante. Esta negociación tuvo como antecedente inmediato el contundente rechazo de la propuesta constitucional en el plebiscito nacional del 4 de septiembre de 2022. En dicho plebiscito, en el cual participaron de acuerdo con el

Servicio Electoral[1] 13.028.739 electores correspondiente al 85,86% del padrón electoral total, un 61,89% (equivalente a 7.891.415 electores) rechazó el texto propuesto por la Convención Constitucional.[2] Las notas de este trabajo no tienen por objeto analizar dicha propuesta. Sin embargo, es un hecho generalmente aceptado que el texto propuesto establecía un cambio radical y refundacional en el orden y tradición de las bases fundamentales constitucionales chilenas a través de un contenido esencialmente de izquierdas.[3] También es un hecho indiscutible que el gobierno del presidente Gabriel Boric estuvo íntegramente a favor del texto rechazado.

Las fuerzas políticas de oposición al texto propuesto por la Convención Constitucional se comprometieron durante la campaña del plebiscito a que un eventual rechazo no cerraría las puertas al objetivo de tener una nueva Constitución para Chile. Honrar este compromiso fue decisivo para explorar las alternativas que permitieran iniciar un segundo proceso. El presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, senador Matías Walker, señaló con ocasión de la discusión de la reforma constitucional que dio origen al segundo proceso que

> dijimos que el 4 de septiembre no rechazábamos para quedarnos con la Constitución actual, sino que lo estábamos haciendo para darnos una nueva oportunidad como país para generar una nueva y buena Constitución. Dijimos "rechazo por una mejor", "ni esta ni la otra; vamos por una mejor", y eso fue en definitiva lo que establecimos y que estamos cumpliendo con el Acuerdo por Chile…".[4]

El entonces presidente de uno de los partidos de oposición al gobierno y al texto rechazado, senador Javier Macaya, decía en la misma sesión

[1] Para los resultados electorales se puede consultar el sitio web del Servicio Electoral de Chile, disponible en: *https://www.servel.cl/centro-de-datos/resultados-electorales-historicos-gw3/*.

[2] De acuerdo a la ley 21.200 de 23 de diciembre de 2019, ley de reforma constitucional "que modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República", el órgano encargado de aprobar y proponer al país un texto de nueva Constitución se denominó "Convención Constitucional".

[3] Para obtener un análisis formal acerca de las consideraciones del contenido de la propuesta de la Convención Constitucional, se sugiere mirar la historia del debate legislativo de la ley 21.533 de reforma constitucional que dio origen al segundo proceso constitucional, disponible en: *https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8133/* .

[4] Historia de la ley 21.533. Sesión 97 del Senado. Legislatura 370, 3 de enero de 2023.

a propósitos de las críticas que se escuchaban en el mundo de las derechas por este acuerdo:

> Creo que lo más importante de resaltar en lo ocurrido con el Acuerdo por Chile, que nos lleva hoy día a la discusión de esta modificación constitucional, es que se trata de un pacto que no está pensado en un sector político o en ayudar a un gobierno, que es parte de lo que se critica. Porque, por un lado, algunos pretenden transmitir en los días que corren que no debíamos hacer nada, que no podíamos movernos ni un milímetro después del apabullante triunfo del "rechazo" el 4 de septiembre pasado; y, por otro, algunos querían repetir un ejercicio prácticamente idéntico al que fracasó.[5]

El Acuerdo por Chile se sostenía en dos columnas esenciales: una constitucional-material y una procedimental. Respecto del ámbito constitucional-material, las fuerzas políticas que concurrieron al acuerdo establecieron un "catálogo de 12 bases constitucionales" que el nuevo texto tenía que incorporar y respetar a todo evento. Lo anterior tenía como objetivo —en la práctica— evitar que la discusión constitucional careciera de "bordes" y tendiera a una segunda experiencia refundacional. Estas 12 bases representaron un acuerdo constitucional sustantivo previo al proceso constitucional siendo íntegramente incorporadas al texto de la moción parlamentaria con que se inició la tramitación de la reforma constitucional (Boletines 15614-07 y 15615-07), y quedando finalmente incorporadas de forma exacta en el texto aprobado en la ley 21.533 de reforma constitucional que "Modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República".

El texto de las bases es el siguiente:

> 1. Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo; 2. El Estado de Chile es unitario y descentralizado; 3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos; 4. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El

[5] *Idem.*

> Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas; 5. Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas; 6. Los emblemas nacionales de Chile son la bandera, el escudo y el himno nacional; 7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: a) Poder Ejecutivo, con un jefe de gobierno con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público, b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, c) Poder Legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular; 8. Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, justicia electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República; 9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones; la libertad de conciencia y de culto; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos; entre otros; 10. Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas; y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones; 11. La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: estado de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia: 12. Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad.[6]

En nuestra opinión, y para los propósitos de este trabajo, resulta imprescindible detenerse en laBase número 5: "Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas". En ella se depositó, en lógica de acuerdo político, el corazón de lo que sería la nueva arquitectura constitucional de manera de aplacar el foco de tensión

[6] Artículo 154 de la Constitución Política de la República agregado a través de la ley de reforma constitucional 21.533 de 13 de enero del 2023, disponible en: *https://bcn.cl/2eph2* (fecha de consulta: 3 de febrero del 2025).

político-constitucional sobre el rol del Estado y los derechos sociales. Requeriríamos un trabajo entero para dar cuenta de la profundidad de esta discusión filosófica, histórica, política y constitucional en Chile. Sin embargo, trataremos de hacer un esfuerzo de síntesis para explicar el problema el cual resumiremos así: para los sectores de centroizquierda e izquierda, uno de los problemas constitucionales esenciales es que no existe un mandato en el texto constitucional vigente que obligue al Estado a la realización y concreción de los derechos sociales. El responsable de esta situación sería el concepto de subsidiariedad del Estado que se encuentra implícita o explícitamente (depende la mirada) en todo el texto constitucional, constitucionalizando (valga la redundancia) un modelo específico de política pública alejado del concepto de "Constitución habilitante" donde quien tiene el impulso es el legislador democrático. De esta forma, la desigualdad social tendría como "correlato" (digámoslo así para no decir "causa") la forma en que la Constitución dispuso el rol del Estado el cual no tendría responsabilidad directa en la concreción de los derechos sociales debiendo ceder ésta ante las lógicas de mercado y donde el legislador democrático estaría limitado. De ahí la importancia de consagrar en lo más alto de la Constitución el "Estado Social y Democrático de Derecho".[7] En cambio, para los sectores de centroderecha y derecha la subsidiariedad del Estado, al configurar al Estado en torno a un rol de "ayuda y subsidio", promoviendo la libertad y la iniciativa privada —y no sustituyéndolas— en la realización de prestaciones, ha permitido incrementar sustantivamente los niveles de desarrollo institucional, certeza jurídica, crecimiento económico y superación de la pobreza. Por otro lado, la Constitución jamás ha sido un problema a la hora de generar políticas de subsidios, el aumento del tamaño del Estado o acordar reformas importantes por lo que no es efectivo que el texto no permite el despliegue del legislador democrático. De ahí que, para esta sensibilidad, la redacción de la base relativa al Estado Social y Democrático de Derecho resultaba clave al prescribir que este Estado Social debía promover el desarrollo progresivo de los derechos sociales, pero con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas. En resumen, el acuerdo constitucional previo buscó, por un lado, readecuar

[7] El artículo 1o. del texto propuesto por la convención constitucional prescribía: Artículo 1o. 1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico, disponible en: *https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf*

el rol del Estado para el desarrollo progresivo de los derechos sociales. Por otro lado, buscó que este nuevo diseño fuera coherente con un esquema de libertades que se opusiera claramente a cualquier interpretación totalizante del rol del Estado de manera de asegurar la participación de los privados en la provisión de los derechos sociales.

La segunda columna esencial sobre la cual descansaba el Acuerdo por Chile era dotar al proceso de un itinerario seguido de fases en las que intervendrían sucesivamente distintos órganos redactores y cuyo principio de generación fuera mixto. El primer proceso constitucional se estructuraba con base en un solo órgano denominado Convención Constitucional que fue el único encargado de aprobar una propuesta de nuevo texto constitucional a ser plebiscitada. Estaba compuesto por 155 miembros elegidos popularmente siguiendo el criterio de la Cámara de Diputados con la misma conformación de distritos electorales (28 distritos electorales) en base a un sistema proporcional, pero exigiendo reglas de paridad en cada uno de los territorios electorales y reservando 17 escaños de pueblos indígenas dentro de los 155 convencionales electos los cuales se elegirían a través de un distrito nacional. La conformación final de la Convención Constitucional estaba fuertemente inclinada hacia la izquierda y, dentro de la izquierda hacia la izquierda más radical. Esto fue un elemento decisivo en cuanto al tono que tuvo la primera propuesta constitucional ampliamente derrotada en el plebiscito del 4 se septiembre del 2022.

El segundo proceso constitucional, originado en el "Acuerdo por Chile" y refrendado por la ley 21.533 del 13 de enero de 2023, estableció dos órganos principales. En primer lugar, una Comisión Experta compuesta por 24 miembros elegidos por la Cámara de Diputados y el Senado (cada corporación elegía 12 comisionados) en proporción a las fuerzas políticas y partidos actualmente allí representados. Para la aprobación de los nombres se requería el acuerdo de los cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio en una sola votación. De acuerdo al artículo 145 de la Constitución modificada con la reforma, "esta comisión deberá proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución, y realizar las demás funciones que esta Constitución le fije". En segundo lugar, existiría un Consejo Constitucional. El artículo 144 de la Constitución modificada con la reforma dispuso "El Consejo Constitucional es un órgano que tiene por único objeto discutir y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución, de acuerdo al procedimiento fijado en el

presente epígrafe. Sus integrantes serán electos en votación popular y su conformación será paritaria". Además, señaló que "a la elección de los integrantes del Consejo Constitucional les serán aplicables las disposiciones pertinentes a la elección de senadores". De esta forma, una comisión de personas con "destacada trayectoria profesional" (artículo 145) con experticia en temas jurídicos, constitucionales o institucionales iniciarían el debate y propondrían un primer texto: un anteproyecto de nueva Constitución. Llegado el plazo constitucional, un Consejo Constitucional, cuya generación obedecería íntegramente a la soberanía popular a través de una elección popular, debatiría dicho anteproyecto, lo enmendaría y finalmente propondría una propuesta de nueva Constitución la cual sería objeto de un plebiscito nacional. Luego de entregar el anteproyecto al Consejo Constitucional, los comisionados expertos se integrarían a dicho consejo en todas las instancias, pero sólo con derecho a voz.

Con todo, el texto aprobado por el Consejo Constitucional debía volver a ser revisado por la Comisión Experta. De haber discrepancias entre dichas instancias (comisión y consejo), se procedería a la formación de una comisión mixta formada por comisionados y consejeros constitucionales los cuales harían una propuesta al pleno del Consejo Constitucional el cual debía aprobar dichas propuestas y someter el texto íntegro a una votación final.

Se puede apreciar así con claridad la estructura de un "proceso mixto". Los sectores de centroderecha y derecha abogaron para evitar que una conformación cien por ciento electoral impidiera una adecuada deliberación técnica y constitucional. A su turno, los sectores de centroizquierda e izquierda hicieron propio el planteamiento que dictaba que el texto, para que fuera legítimo, debía ser redactado por un órgano elegido por la ciudadanía. Finalmente, sería la ciudadanía la que refrendaría o no el texto en un plebiscito constitucional nacional, el segundo en menos de un año y medio.

A los dos órganos descritos se sumó un tercero. La pregunta era ¿cómo tutelar que las bases constitucionales concordadas en el "Acuerdo por Chile", incorporadas en la reforma constitucional que daba origen al proceso y que debían estar contenidas en la propuesta de texto constitucional fueran respetadas? La respuesta vino con la creación de un tercer órgano denominado "Comité Técnico de Admisibilidad" que estaba compuesto por 14 personas y que sería el encargado de resolver los requeri-

mientos contra aquellas propuestas de normas aprobadas por la Comisión Experta o por el Consejo Constitucional que contravengan lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución (Bases Constitucionales). Dicho de otra manera, si se contrariaban las bases a través de cualquier propuesta de texto en el proyecto o no se incorporaba alguna de ellas, este comité serviría como método de control jurídico vinculante para mantener vivos los bordes constitucionales.

Es importante consignar una última consideración. El "Acuerdo por Chile" y la consiguiente reforma constitucional habilitante del proceso estableció que todas las normas debían ser aprobadas por un quórum de los ⅗ de los miembros en ejercicio tanto de la Comisión Experta como del Consejo Constitucional. Lo anterior significaba —al menos en el caso de la Comisión Experta— que ningún sector político podía aprobar las normas sin el concurso de al menos una fracción pequeña de integrantes de signo político contrario. En el caso del Consejo Constitucional, se debía esperar la elección de los consejeros. Sin embargo, los ⅗ resultaban un quórum razonablemente alto para promover lógicas elementales de acuerdo y evitar que un sector impusiera al otro su visión.

El proceso constitucional fue breve. De acuerdo con la reforma constitucional de la ley 21.533, el 6 de marzo de 2023 se instaló la Comisión Experta. El 7 de mayo del mismo año fue la elección de consejeros constitucionales. El 30 de junio finalizaba el trabajo de la comisión experta aprobando un anteproyecto de nueva Constitución. Un mes después de la elección —el 7 de junio— se instaló el Consejo Constitucional el cual trabajó por 5 meses (comisión mixta incluida) hasta que el 30 de octubre se sometió a una votación final en el Pleno de dicho Consejo la propuesta de nueva Constitución que sería sometida a plebiscito. El 7 de noviembre el presidente de la República convocó dicho plebiscito nacional el cual se celebró el domingo 17 de diciembre del año 2023.

III. El funcionamiento orgánico del proceso

El artículo 153 de la Constitución política modificada por la ley de reforma constitucional 21.533 estableció lo siguiente:

> El trabajo del Consejo Constitucional y de los órganos establecidos en el presente párrafo se regulará, además, por un reglamento que elaborarán, conjuntamente, las secretarías del Senado y de la Cámara de Diputados, y será sometido a la discusión y aprobación de una comisión bicameral compuesta por nueve diputados y nueve senadores.

La propuesta debió ratificarse por ambas cámara del Congreso Nacional. El 3 de marzo se publicó dicho reglamento. Donde quedó regulado el funcionamiento de la Comisión Experta, el Consejo Constitucional y el Comité Técnico de Admisibilidad. En su artículo 4o., además, reforzó el mandato que "los órganos señalados en el inciso 1, del artículo 1o., de este reglamento, deberán respetar las bases institucionales y fundamentales establecidas en el artículo 154, de la Constitución Política de la República".

El reglamento determinó la forma en que debían abordarse los contenidos. El artículo 24 dispuso:

> la Comisión Experta conformará las siguientes subcomisiones para su funcionamiento, compuestas de seis integrantes cada una: a) Sistema Político, Reforma constitucional y Forma de Estado; b) Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos; c) Principios, Derechos Civiles y Políticos; d) Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. El Consejo Constitucional trabajaría en torno a la misma división temática las cuales recibirían el nombre de comisiones.

IV. El trabajo de la Comisión Experta y los acuerdos fundamentales

Por mandato de la reforma constitucional, la Comisión Experta inició su funcionamiento el 6 de marzo del 2023. En dicha fecha se ratificaron la mesa de la comisión y la integración y la presidencia de las 4 subcomisiones. Los comisionados expertos habían sido nombrados ratificados en las sesiones de la Cámara de Diputados y del Senado los días 24 y 25 de enero del 2023 quedando conformada por 12 comisionados de sensibilidad política y constitucional de centroderecha y derecha y 12 de centroizquierda e izquierda. Para los efectos de este trabajo, y para no entrar en detalles que tiendan a confusión (y a riesgo de perder cierta finura política en el análisis de las posturas), cada que vez que identifiquemos a un co-

misionado experto —o a un consejero constitucional después— indicaremos si se encuentra ubicado en el eje de la centroderecha y derecha, o si su sensibilidad se encuentra a fin de la centroizquierda e izquierda. Salvo excepciones, no indicaremos el partido político del cual forma parte.

Es importante detenerse en el hecho que ningún sector político por sí mismo podía aprobar ninguna norma. Al requerirse 14 votos (3/5 de los comisionados en ejercicio), se requerían de 14 votos en el pleno y de 4 votos en las subcomisiones las cuales quedaron conformadas por 6 comisionados, a razón de 3 comisionados por cada sensibilidad. De ahí que todo el trabajo de la comisión experta debía tender de manera invariable a los acuerdos políticos.

La Comisión Experta no tenía un texto de base, por lo cual hubo un esfuerzo que merece ser reconocido, pues inició su trabajo prácticamente desde una hoja en blanco (sin perjuicio de las 12 bases constitucionales largamente descritas). En primer lugar, el reglamento exigía la aprobación de una estructura de texto constitucional. Dicho texto fue aprobado quedando la siguiente manera: 1. Fundamentos del Orden Constitucional; 2. Derechos Fundamentales, libertades y deberes constitucionales; 3. Representación Política y Participación; 4. Congreso Nacional;[8] 5. Gobierno y Administración del Estado; 6. Gobierno y Administración Regional y Local; 7. Poder Judicial; 8. Corte Constitucional;[9] 9. Ministerio Público; 10. Justicia Electoral y Servicio Electoral. 11. Contraloría General de la República; 12. Banco Central; 13. Protección del Medio Ambiente, sostenibilidad y desarrollo; 14. Procedimiento de cambio constitucional.

Los días 3 y 5 de abril, se aprobaron "en general" en el Pleno de la Comisión Experta las primera normas consensuadas en las 4 subcomisiones para luego del debate en particular de cada una de las enmiendas en las comisiones y en el pleno terminando con la votación de todas las normas y aprobando finalmente un anteproyecto completo el 30 de mayo de 2023 en el pleno de la Comisión Experta.

La Comisión Experta, por razones políticas y de diseño, aprobó casi todas las normas por una amplia mayoría por no decir que en casi todos los

[8] A iniciativa de los comisionados de centroizquierda e izquierda, se incluyó al Congreso Nacional antes que el capítulo de gobierno siguiendo el esquema de la Constitución de 1925 y diferenciándose de la Constitución de 1980, que tiene el capítulo de gobierno antes del capítulo referido al Congreso Nacional.

[9] Se cambiaba el nombre de Tribunal Constitucional a Corte Constitucional.

capítulos hubo derechamente unanimidad. Como nuestro esfuerzo estará centrado en revisar alguno de los principales disensos que terminaron en un texto sin acuerdo en el Consejo, nos vamos a extender entrando al detalle del trabajo de la Comisión Experta. Con todo, mencionaremos algunas características del resultado del trabajo de este órgano:

1. Se aprobó un texto constitucional completo, que abordó todos los capítulos de la estructura constitucional aprobada por el pleno. Recordemos que como la Comisión no partió con un texto base, vale la pena señalar que se hizo un esfuerzo para que ningún capítulo "pasara en blanco" a la etapa del Consejo Constitucional.
2. Es un texto que recogió la tradición constitucional chilena, pero actualizando y modernizando sus instituciones, y también incorporando nuevos elementos que permitan reconocer los consensos de la sociedad chilena del siglo XXI. Se manifestaron en él elementos esenciales de "tradición y cambio".
3. Es un texto que incorporaba de manera matizada las sensibilidades mayoritarias de las tradiciones políticas y constitucionales de izquierdas y derechas en Chile.
4. Desde luego resultó un texto que no dejaba totalmente satisfecho a ningún sector político, pues ambos sectores tuvieron que renunciar a la incorporación de algún elemento relevante de la propia tradición.

Una muy buena síntesis del contenido y espíritu de la Comisión Experta está en el informe que rindieron la presidenta de la Comisión Experta, comisionada Verónica Undurraga (centroizquierda-izquierda) junto al vicepresidente del órgano Sebastián Soto (centroderecha-derecha) en la sesión de instalación del Consejo Constitucional el miércoles 7 de junio. A continuación, se presentan algunas citas del informe a modo de resumen general.

> —En el mismo artículo 1o., recogiendo las bases, se declara que Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.[10]
>
> —Para que la libertad, los derechos y la igualdad de las personas se realicen, se establece que el Estado promoverá condiciones de justicia

[10] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 0, 7 de junio 2023, p. 26.

y solidaridad, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten esa realización.[11]

—Se asegura el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos selectivos y se establece que se promoverá su participación en condiciones de igualdad en los distintos ámbitos de la vida nacional.[12]

—Honrando nuestro compromiso con la dignidad y los derechos de las personas, se declara que el ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile que se encuentran vigentes, agregándose un mandato constitucional de interpretar las normas de Derecho interno en forma compatible con dichos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.[13]

—Los pueblos indígenas reciben por primera vez en nuestra historia reconocimiento constitucional. Se declara que son parte de la nación chilena y se prescribe que el Estado respetará y promoverá los derechos garantizados por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes. La interculturalidad se reconoce como un valor, debiendo el Estado promover el diálogo intercultural en condiciones de igualdad y respeto recíprocos.[14]

—El anteproyecto mantiene la regla de oro de nuestro sistema político y jurídico al estatuir que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.[15]

—Anticipando los principios que inspiran el nuevo capítulo XIII, se establece el deber del Estado de cuidar y conservar la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo.[16]

—Seguidamente, el anteproyecto regula, en su capítulo II, los derechos y libertades fundamentales, sus garantías y los deberes constitucionales. Este apartado incluye los artículos 16 a 38 del anteproyecto. En

[11] *Idem.*
[12] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 0, 7 de junio 2023, p. 27.
[13] *Idem.*
[14] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 0, 7 de junio 2023, p. 28.
[15] *Ibidem.*
[16] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 0, 7 de junio 2023, p. 29.

él se definen los derechos y libertades fundamentales, la nacionalidad y ciudadanía, las garantías de los derechos y libertades, los estados de excepción y, finalmente, los deberes constitucionales. El artículo 16, en sus 38 incisos, asegura a todas las personas un conjunto de derechos fundamentales que forman parte de nuestra tradición constitucional y que también incluyen aquellos que son consecuencia de nuestra reciente evolución política, social y cultural.[17]

—Una innovación del anteproyecto es el tratamiento que hace de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Estos incluyen el derecho a vivir en un ambiente sano, sostenible y libre de contaminación que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; el derecho a la protección de la salud en sus dimensiones física, mental y social; el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza; el derecho a la cultura en todas sus manifestaciones; el derecho a la vivienda adecuada; el derecho al agua y al saneamiento. Respecto de este último derecho recae en el Estado el deber de garantizarlo a las generaciones actuales y futuras. Las y los trabajadores ven reconocido el derecho al trabajo decente, a su libre elección y libre contratación. En el ámbito laboral se reconoce también la libertad sindical. Esta comprende el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga e, igualmente, el derecho a la seguridad social.[18]

—No se innovó mayormente en relación a las libertades económicas. El anteproyecto asegura a todos el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la salud pública, al orden público o a la seguridad de la Nación. Para que tal derecho se respete, se garantiza la no diferenciación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.[19]

—Hay dos tipos especiales de garantías. La primera es la clausula general que regula la limitación y regulación de los derechos constitucionales. Esta cláusula establece, como la actualmente vigente, la garantía de reserva legal y el límite de afectación de los derechos en su esencia. Adicionalmente, se agrega que los derechos consagrados en la Constitución solo estarán sujetos a aquellos límites que sean razonables y que puedan ser justificados en una sociedad democrática, fórmula de amplio uso en el derecho comparado e internacional. Así, en nuestro sistema constitucional se recogen las mejores tradiciones doctrinarias y jurisprudenciales en esta materia, a la vez que damos cuenta de la evolución que ha tenido nuestra jurisprudencia constitucional en las últimas décadas.[20]

[17] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 0, 7 de junio 2023, p. 30.
[18] *Ibidem*, p. 32.
[19] *Ibidem*, p. 33.
[20] *Ibidem*, p. 34.

—Respecto del nuevo capítulo III, sobre participación ciudadana: "Finalmente, se establecen mecanismos de participación ciudadana en el proceso de formación de la ley: la iniciativa popular de ley, la iniciativa de derogación total o parcial de ley, las audiencias o consultas públicas en los procesos de elaboración de normas de carácter general y los foros de deliberación ciudadana".[21]

A continuación, prosiguió ante el pleno el vicepresidente de la Comisión Experta, comisionado Sebastián Soto, quien se refirió a los aspectos orgánicos del proceso.

—Un cambio que va en la línea con lo establecido en el capítulo III dice relación con una serie de disposiciones que fortalecen los partidos políticos. Entre ellas, se incluyen normas de disciplina y coherencia partidaria que pueden llevar incluso a la perdida del escaño por parte de algún parlamentario.[22]

—También facilita el trabajo colaborativo y coordinado entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional, que los parlamentarios puedan participar de la firma de los mensajes, la posibilidad de comisiones bicamerales, la regulación del patrocinio, los días especiales de sesiones para examinar mociones, la nueva regla de urgencias que exige la calificación por parte de la respectiva cámara y la llamada "agenda prioritaria" del presidente de la República que debe ser tramitada según el cronograma que conjuntamente acuerden el Ejecutivo y ambas cámaras que no podrá exceder de un año.[23]

—En concordancia con una reforma constitucional reciente, se establece la mayoría simple como regla general para la aprobación de las leyes, salvo excepcionalmente para aquellas que por su carácter deberán ser aprobadas por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, que aquí llamamos leyes institucionales o leyes de quórum calificado, según la materia. Solo las leyes que regulan asuntos vinculados a cuestiones electorales requerirán el voto de los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. En materias electorales se establece la obligación del Consejo Directivo del Servicio Electoral de actualizar cada diez años la asignación de los escaños de diputados.[24]

—Además, establecimos una regla que estimamos importante para evitar la fragmentación y promover la gobernabilidad. Esta regla, que llamamos "umbral", establece que solo los partidos políticos que alcan-

[21] *Ibidem*, p. 38.
[22] *Ibidem*, p. 40.
[23] *Idem.*
[24] *Ibidem*, p. 42.

cen al menos el 5% de los votos válidamente emitidos a nivel nacional en la elección de los miembros de la cámara de Diputadas y Diputados tendrán derecho a participar en la atribución de escaños en dicha cámara. Esta regla no se aplicará al partido que tenga escaños suficientes para sumar como mínimo ocho parlamentarios en el Congreso Nacional. Finalmente, ha sido incorporada una norma transitoria que exige ingresar un proyecto de ley al Congreso Nacional para consagrar transitoriamente un mecanismo de integración paritaria que establezca normas para la distribución de escaños en elecciones de diputados y senadores cuando algún sexo supere el 60% de los electos en los respectivos actos electorales. De esta forma, el sexo sobrerrepresentado cederá en favor de los candidatos del sexo subrepresentado hasta lograr la proporción que se persigue. Esta disposición estará vigente por dos elecciones o hasta que se dé cumplimiento a la referida proporción".[25]

—Respecto del Poder Judicial, en el capítulo VII, "cabe destacar que se innova en el desarrollo normativo de la función jurisdiccional con énfasis en sus fundamentos, se establece que ella se regirá por los principios de independencia, imparcialidad, inexcusabilidad, imperio, responsabilidad, inviolabilidad e inamovilidad".[26]

—La propuesta establece una separación dentro del Poder Judicial de las funciones propiamente jurisdiccionales y de las de gestión, estableciendo órganos autónomos encargados de la dirección administrativa del Poder Judicial, quedando consiguientemente la función jurisdiccional a cargo de los jueces.[27]

—Respecto de la Corte Constitucional, en su capítulo VIII, "las principales innovaciones del texto aprobado en relación con la Constitución vigente son, en primer lugar, en lo relativo a su integración; estará integrada por nueve miembros, suprimiéndose así el voto dirimente del miembro que presida la Corte Constitucional. En segundo lugar, se cambia la forma en que los ministros son designados al incluir una etapa previa de concurso público de antecedentes y la participación conjunta de la Corte Suprema, del presidente de la República y del Senado en el nombramiento de sus integrantes."[28]

—"En relación con las atribuciones de la Corte Constitucional hay continuidad y cambio. En cuanto al control preventivo, se elimina el control obligatorio y permanece el control preventivo a requerimiento en caso de infracción de procedimientos o de competencia. Se crea, además, la facultad para informar las consultas de cuestiones de cons-

[25] *Idem.*
[26] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 0, 7 de junio 2023, p. 45.
[27] *Ibidem*, p. 46.
[28] *Ibidem*, p. 47.

titucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. También, se innova al consagrar la nueva atribución especial para resolver si una determinada moción o indicación a un proyecto de ley es de iniciativa exclusiva del presidente de la República, y se agrega una nueva atribución respecto del control de constitucionalidad de los referendos de iniciativa de derogación total o parcial de ley".[29]

—Sobre el último capítulo de reforma a la constitución, "se establece, entre los artículos 208 a 211, un mecanismo de reforma constitucional que exige un quórum especial de ⅗ de los diputados y senadores en ejercicio para aprobar una reforma constitucional".[30]

—"Otro asunto importante de destacar es el acuerdo arribado en materia de procedimiento de reemplazo constitucional. En efecto, se aprobó un nuevo artículo que indica que tal procedimiento sólo puede iniciarse a propuesta del presidente de la República y con el acuerdo de ⅔ de los integrantes en ejercicio de la Cámara y del Senado. Asimismo, se regulan los aspectos mínimos que deben contener el acuerdo mencionado, como la forma de elección de una comisión para redactar el anteproyecto, el procedimiento que deberá seguirse para tal propósito, los mecanismos de participación ciudadana, entre otros asuntos".[31]

El comisionado Soto cerró su intervención así: "señoras y señores integrantes del Consejo Constitucional, finalmente, quiero dejar expresa constancia de que, con la proposición de estas normas del anteproyecto, hemos dado total y cabal cumplimiento a las bases institucionales y fundamentales que fijó el artículo 154 de la Constitución Política vigente".[32]

Esta reseña nos pareció mucho más adecuada a modo de exposición general de los principales hitos de acuerdo de la Comisión Experta e ilustra bien el resultado del encargo constitucional. Desde el punto de vista político, podemos identificar diversas situaciones: elementos que recogidos de la tradición constitucional chilena y sobre los cuales hubo pleno acuerdo; elementos innovadores y respecto de los cuales también hubo acuerdo; elementos que presentan una innovación positiva desde el punto de vista de la centroizquierda-izquierda y que representaron concesiones del mundo de la centroderecha-derecha; y elementos que, al revés, representaron concesiones del mundo de la centroizquierda-izquierda a las

[29] *Idem.*
[30] *Ibidem*, p. 47.
[31] *Idem.*
[32] *Idem.*

derechas. Por último, algunos silencios que representaron ciertos "dolores políticos" para una y otra sensibilidad.

Por ejemplo, mantener presidencialismo chileno en su estructura fundamental con un Congreso Nacional Bicameral, un Poder Judicial independiente y los tradicionales órganos constitucionales como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Banco Central y la Justicia Electoral, fueron acuerdos pacíficos. Lo mismo respecto a la regla de oro del Derecho Público chileno representada en los principios de legalidad y juridicidad. Ambos sectores políticos reafirmaron el compromiso con la iniciativa exclusiva del presidente de la República para el envío de proyectos de ley al Congreso en diversas áreas y la exclusividad del Ejecutivo en materia de administración de gasto fiscal. En materias antropológicas, se mantienen conceptos tales como la dignidad humana, la libertad y la familia como pilares del orden fundamental constitucional. La estructura de derechos civiles —y también la estructura de derechos económicos y sociales— se mantienen, pero agregando algunos nuevos derechos o nuevas visiones de acuerdo a la observancia de los cambios de la sociedad chilena. Ejemplo de ellos el derecho a la vivienda o al agua y al saneamiento.

En segundo lugar, el anteproyecto consagró innovaciones consensuadas muy importantes fundamentalmente en los temas asociados al sistema político. Fue en esta subcomisión donde se alcanzaron los acuerdos e innovaciones más sustantivas en materia de gobernabilidad. Se consagró un umbral de votación mínima para evitar la excesiva proliferación y dispersión de partidos políticos en el Congreso los cuales terminan siendo en ocasiones más decisivos que las fuerzas políticas mayoritarias y tradicionales. Esto es especialmente complejo cuando existe una baja importante en la adhesión del presidente de la República.[33] A su turno, se consagraron en la propuesta de texto constitucional elementos de disciplina partidaria que hoy no existen. Por ejemplo, parlamentario que renuncie al partido que lo inscribió en la respectiva elección, perdería su escaño. Además de esto, se aprobó una dinámica acotada de órdenes de partido. Estas reformas permitirían un sistema mucho más ordenado de frenos y contrapesos dis-

[33] Al momento de llevarse acabo el segundo proceso constitucional, existían 23 partidos políticos en la Cámara de Diputados. Teniendo en cuenta que en Chile existe un régimen presidencial y no un parlamentarismo, la alta fragmentación de partidos políticos dificulta en exceso la gobernabilidad y la posibilidad de alcanzar acuerdos legislativos amplios.

minuyendo incentivos al discolaje que ha impedido el diálogo político y legislativo en Chile hace ya un tiempo.

Otra innovación importante que obtuvo apoyo transversal fue la aprobación de un nuevo sistema de nombramientos, de administración de recursos y de evaluación de los miembros del Poder Judicial. En la Constitución vigente, dichos elementos recaen fundamentalmente en la Corte Suprema lo que se ha considerado como un modelo agotado para una administración de justicia moderna, más transparente y menos politizada. El objetivo que se propuso la comisión experta fue separar las funciones jurisdiccionales de las que no son jurisdiccionales lo que fue ampliamente destacado.

Hubo un consenso también en la forma en que fue llenándose de contenido la noción de Estado social y Democrático de Derecho equilibrando a lo largo del texto las sensibilidades y miradas de ambas tradiciones en lo relativo al rol del Estado, el rol del Legislador, el consenso en evitar el activismo judicial en estas materias, el diseño de un esquema efectivo y acotado de acciones cautelares para hacerlos justiciables y reglas constitucionales ponderadas para avanzar en la progresividad de los derechos sociales equilibrando la responsabilidad fiscal.

V. Los acuerdos de la Comisión de Experta en la visión de la centroizquierda-izquierda

Desde la mirada de la tradición política y constitucional de la centroizquierda y la izquierda hay varios elementos que se incorporaron al anteproyecto que daban cuenta de avances que para dicho mundo resultaban importantes. Desde luego, la sola idea de avanzar hacia una nueva Constitución nacida y plebiscitada en democracia era una conquista política simbólica y muy relevante para concretar el anhelo de dar por terminado el ciclo institucional de la Constitución de 1980, la cual fue promulgada en el gobierno militar. En segundo lugar, se encontraba la organización del Estado en torno a un Estado social y democrático de Derecho. Para esta tradición que siempre ha reprochado la preponderancia del principio de subsidiariedad en el diseño institucional, estampar en la Carta fundamental el sello de una identidad constitucional reflejada en elementos de la socialdemocracia, era un segundo elemento decisivo.

En términos de los fundamentos del orden constitucional, la tradición de la centroizquierda-izquierda logró incorporar el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y un mandato para que la ley contemplara un mecanismo de igualdad en el acceso a los cargos de elección popular entre hombres y mujeres. También se destacaba que habría un capítulo completo dedicado a la preservación del medio ambiente y la naturaleza.

En materia de derechos, se consagraba en la Constitución el derecho a la huelga (reconocido en la Constitución de 1980 sólo de manera indirecta); se introdujo una redacción distinta a la actual en materia laboral consagrando el "derecho al trabajo decente" (la Constitución de 1980 habla de libertad de trabajo); se incorporaron el derecho al agua y al saneamiento, y se lograba aprobar un texto constitucional sin el mandato de "la ley protege la vida del que está por nacer" contenido en la carta fundamental vigente.

En materia orgánica, había aspectos que reflejaban ciertas reivindicaciones muy sustantivas. Por ejemplo, la iniciativa popular de ley. Otro elemento era el fin a los quórum "supra mayoritarios" para aprobar leyes en determinadas materias; un mecanismo transitorio de "paridad" para avanzar en mayor equilibrio de sexos en la Cámara de Diputados estableciendo un mecanismo transitorio que asegure que ningún sexo tenga más del 60% de los escaños. En materia de Tribunal/Corte Constitucional, el anteproyecto de la Comisión Experta eliminó el control preventivo obligatorio de los proyectos de ley que abordaban materias orgánicas constitucionales[34] y eliminaba la facultad consagrada en la Constitución vigente que permite al presidente de la República o a un cuarto de los parlamentarios de cada cámara requerir que una norma aprobada durante el trámite legislativo fuera declarada inconstitucional antes del despacho del proyecto de ley (el llamado "control preventivo sustantivo eventual"). En cambio sí se permitiría recurrir a la Corte Constitucional ante vulne-

[34] La Constitución de 1980 dispone que todos los proyectos de ley que abordan materias orgánicas constitucionales (las normas que regulan funcionamiento de los tribunales de justicia, las que regulan las Fuerzas Armadas, el Congreso Nacional, los Estados de Excepción Constitucional, las normas del funcionamiento del sistema electoral, las que regulan algunos derechos fundamentales como la educación, el otorgamiento de concesiones mineras, entre otros) deben someterse a un control preventivo obligatorio de constitucionalidad antes de su promulgación.

raciones de normas de procedimiento legislativo —como algún quórum, normas de trámite o la iniciativa exclusiva— pero no en cuanto al fondo.

Esto último resultaba una anhelada pretensión de la tradición constitucional progresista chilena la cual ha caracterizado muchas veces la labor del Tribunal Constitucional como una institución excesivamente contra mayoritaria.

Pero hubo también "dolores" para esta sensibilidad. No hubo espacio para aprobar un elemento de paridad más intenso en materia de conformación del Congreso ni quedó la declaración de la democracia chilena como "paritaria". No se consagraron como derecho los derechos sexuales y reproductivos. Tampoco se aseguraban escaños reservados en el Congreso Nacional para pueblos indígenas. Si bien es cierto se consagraba un Estado social y democrático de Derecho, no podría decirse que eliminaba la subsidiaridad del texto. Menos podía decirse que cambiaban las bases del orden público económico el cual quedaba prácticamente en los mismos términos que en la Constitución actual. En materia de derechos sociales, no podía interpretarse que las entidades privadas en materia de salud y previsión (ISAPREs y AFPs) fueran incompatibles con el nuevo orden constitucional. Recordemos que la cláusula del Estado social y democrático de Derecho incorporaba en su base constitucional la existencia de provisión mixta.

VI. Los acuerdos de la Comisión de Experta en la visión de la centroderecha-derecha

En la visión de la centroderecha-derecha, el acuerdo de la comisión experta resultaba razonable. Se había dibujado un esquema de Estado social alejado completamente de anhelos refundacionales, donde los elementos centrales de la subsidiariedad seguían presentes aunque con un lenguaje reformado y menos intenso, aunque muy claros. El anteproyecto mantuvo la servicialidad del Estado, la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, la autonomía de los cuerpos intermedios, y un catálogo de derechos civiles y económico-sociales sin que se apreciaran atisbos de populismo.

Además, mantener las bases esenciales del orden público económico de la Constitución de 1980 con el apoyo de la unanimidad de los comisionados expertos (incluyendo los de tendencia más izquierdista) era un

resultado sorprendentemente positivo. La propiedad quedaba bien resguardada, y la posibilidad de que el Estado pudiera desarrollar actividad empresarial seguiría siendo una excepción. Se mantuvo la independencia del Banco Central prácticamente en los mismos términos que la redacción actual, y quedaba muy bien resguardada la iniciativa privada en materia de provisión de derechos sociales, en especial a la educación, a la salud y el régimen previsional.

Si bien habían elementos valóricos que no parte esencial de esta tradición, fundamentalmente en materia de pueblos indígenas, paridad de sexo, etcétera, ellos estaban redactados en fórmulas que resultaban aceptables alejándose de consignas como el Estado plurinacional. Si bien el capítulo de medioambiente tenía elementos mandatorios de protección, le daba cierta preeminencia al desarrollo económico.

En materia de orden público y seguridad, se mantuvieron los Estados de Excepción Constitucional casi en los mismos términos que la Constitución vigente (la Convención Constitucional había eliminado algunos de ellos, así como el carácter de policía militar de Carabineros de Chile o el Estado de Emergencia, ampliamente utilizado en la macrozona sur). También se mantuvo en términos similares el estatuto del terrorismo como contrario a los derechos humanos. Se aprobó una norma en las bases fundamentales del orden constitucional que prescribía que "el orden constitucional supone métodos pacíficos de acción política", lo que era una señal muy importante en contra de la violencia política y que en el Congreso Nacional habría sido difícil obtener.

Si bien hubo elementos que tradicionalmente eran defendidos como las leyes de quórum especial o el control sustantivo preventivo o facultativo del Tribunal Constitucional, el anteproyecto resguardaba de manera más intensa la iniciativa exclusiva del presidente de la República en materias de ley y de iniciativa de gasto fiscal.

Con todo, también hubo "dolores" para esta tradición. El anteproyecto no contaba con un capítulo para las Fuerzas Armadas (como lo tiene la Constitución vigente) implicando de facto una especie de *capitis diminutio* que obedecía a razones históricas. No existía en el texto una mención a la protección a la vida del que está por nacer, lo que significaba en términos culturales y políticos, un retroceso importante respecto de la Constitución vigente. No contemplar un mecanismo de control preventivo por parte de la Corte/Tribunal Constitucional en materias sustantivas

resultaba incómodo como también lo era el mecanismo que buscaban eventualmente alterar resultados electorales a través de una corrección —aunque tenue— de paridad de sexo. Una de las banderas importantes en el plano político era la reducción del del número de parlamentarios para lo cual tampoco hubo espacio. Tampoco lo hubo para consagrar en el texto constitucional la propiedad de las cotizaciones de los trabajadores.

Desde luego la gran mayoría de este sector político prefería la Constitución de 1980. Sin embargo, la expectativa "quitar" de en medio de la discusión pública chilena el tema constitucional, relegitimando un nuevo texto con la firma del presidente Boric y cuyos contenidos permitían defender y promover aspectos sociales, políticos y económicos aunque propios de esta visión, resultaba a fin de cuentas constitucionalmente conveniente.

En resumen, el anteproyecto de la Comisión Experta resultaba un modelo aceptable, donde las visiones políticas y constitucionales se encontraban sin romper la tradición constitucional chilena, donde quedaron lejos los modelos refundacionales y populistas, y donde ninguna tradición podía sostener que se incorporaba el cien por ciento de su visión institucional.

VII. Los otros temas de debate de la Comisión Experta

Para terminar este apartado, debemos indicar que hubo un sinfín de materias que fueron objeto de deliberación y donde es posible advertir lo difícil que resultó la tarea de la Comisión Experta. Si bien es cierto hubo un acuerdo completo al final, fueron muchos los aspectos que se debatieron y donde fue muy difícil (a veces imposible) alcanzar un acuerdo de texto. A continuación, ofrecemos un listado de cuáles son los temas que generaron mayor debate en las subcomisiones de la Comisión Experta.

En la subcomisión de "sistema político", hubo debates en torno a la participación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a fin que pudieran ejercer de manera voluntaria el derecho a sufragio al cumplir los 16 años; la autoejecutabilidad de los tratados internacionales en especial los de derechos humanos; el bloque de centroizquierda-izquierda impulsó la posibilidad de tener listas cerradas para las elecciones parlamentarias; el

bloque de centroderecha-derecha propuso revisar la magnitud de los distritos electorales (bajar el número de parlamentarios electos por distrito); el diseño adecuado de una potestad reglamentaria; la necesidad de la creación de tribunales especiales contenciosos administrativos; entre otros.

En la subcomisión de "función jurisdiccional y órganos autónomos", se debatió en torno a la actualización de definición de jurisdicción; cómo limitar el activismo judicial; la necesidad que en el ejercicio de la función jurisdiccional se consideraren las "desventajas estructurales de los grupos en situación de vulnerabilidad con perspectiva intercultural y perspectiva de género"; la importancia de consagrar el principio de congruencia para generar una jurisprudencia coherente y razonablemente predecible; la creación de un nuevo Servicio de Acceso a la Justicia y Defensoría de Víctimas; la creación de fiscalías supraterritoriales para perseguir especialmente delitos de alta connotación social; la necesidad de considerar un Consejo Asesor para la Contraloría General de la República (órgano que mantendría su carácter unipersonal); entre otros.

Mientras tanto, la subcomisión de "principios, derechos civiles y políticos" debatió temas como el rango de los tratados internacionales de derechos humanos y la incorporación de los tratados en el ordenamiento constitucional; la forma de incorporar en el nuevo esquema de derechos las acciones cautelares de derechos (recursos de protección y amparo); la posibilidad de incorporar derechos como el derecho a la autonomía personal; la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes; se discutió sobre la importancia de incorporar un derecho a la verdad en materia de personas desaparecidas por razones políticas; la necesidad de prohibir una verdad oficial por parte del Estado en el ámbito de la libertad de expresión; la formación religiosa en los establecimientos que reciben recursos públicos; actualizar los conceptos asociados a las garantías del debido proceso; la incorporación de principios ordenadores para la concreción y desarrollo progresivo de los derechos sociales por parte del Estado; entre otros.

Finalmente, en la subcomisión de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, los temas centrales fueron la forma en que un Estado social de Derecho debía incorporar el derecho a la protección de la salud, educación, vivienda y previsión social; en específico la forma en que convendría la existencia de un seguro universal de salud consagrado en la Constitución; el alcance de la libertad de elección de prestadores en

el ámbito de estos derechos; la forma de consagrar la educación pública, la extensión constitucional de la libertad sindical, el concepto de interés superior del niño en materia de educación; la garantía de la igualdad salarial entre hombres y mujeres; entre otros.

Como se advierte, el proceso de debate para la creación y justificación de las normas abordó múltiples debates, énfasis, perspectivas. No todos los temas que fueron objeto de las deliberaciones quedaron finalmente en el anteproyecto. No hubo posibilidad de llegar a acuerdos en todos los ámbitos. En muchos temas las posiciones se hicieron derechamente irreconciliables. La situación de "empate político" por la conformación del órgano determinó la forma en que finalmente quedó configurado el texto. Cada una de las sensibilidades tuvo que promover y defender posiciones que, para ser incorporadas a las redacciones aprobadas, implicaron la adhesión de la sensibilidad contraria y, por sobre todo, una dosis no menor de voluntad política.

VIII. La etapa del Consejo Constitucional

Como se dijo al inicio del trabajo, el proceso constitucional fue un proceso mixto. Tenía un órgano cuya legitimidad de origen era la elección de representantes en el Congreso Nacional cuyo fundamento era la trayectoria profesional y académica, y un segundo órgano —el Consejo Constitucional— formado por 50 consejeros constitucionales, cuya legitimidad provenía de la elección popular. Obviamente, el Consejo Constitucional estaba instituido como el órgano redactor definitivo.

Hacia el final del trabajo de la Comisión Experta (que fue de sólo 3 meses) se realizó el domingo 7 de mayo la elección de consejeros constitucionales. El resultado llamó tremendamente la atención y definiría, en varios sentidos, la suerte del resto del proceso constitucional.

IX. El impacto de la elección de Consejeros Constitucionales

Como se señaló más arriba, a diferencia de la Convención Constitucional (proceso 2021-2022) que se originó siguiendo la forma de elección de la Cámara de Diputados dando lugar a 155 convencionales constituyentes, el Consejo Constitucional adoptó para su generación la forma de elección

del Senado para dar origen a 50 consejeros constitucionales. Sin perjuicio de esto, se dispuso una norma especial para el caso de los pueblos indígenas pero alejándose del diseño de escaños reservados del primer proceso. Habría una única circunscripción nacional indígena con una cédula electoral única. Se agregarían escaños indígenas por sobre los 50 escaños del Consejo según las reglas especiales contenidas en el artículo 144, de la Constitución Política reformada con la ley 21.533.[35]

En las elecciones hubo una partición un 85% del padrón electoral correspondiente a 12.506.673 personas. El resultado fue sorprendente. El Partido Republicano de Chile, partido de derechas que no suscribió el "Acuerdo por Chile" obtuvo un 35% de los sufragios totales obteniendo 23 de los 50 consejeros constitucionales. Las fuerzas de centroizquierda-izquierda obtuvieron 17 consejeros, y las fuerzas de centroderecha-derecha (sin incorporar al Partido Republicano de Chile) resultó con 10 consejeros electos. En el caso de los pueblos originarios, el resultado fue que se sumó un consejero constitucional de los pueblos indígenas,[36] por lo que el número de consejeros proyectado sería de 51. Con todo, debido a que un consejero constitucional del Partido Republicano de Chile decidió por circunstancias personales no jurar en el cargo, y al no proveer la Constitución un mecanismo de reemplazo, el Consejo Constitucional quedó integrado finalmente por 50 miembros.

Las razones por la cuales se dio esta dinámica electoral excede por largo los objetivos de este trabajo. Sin embargo, suscribimos la idea que el gobierno del presidente Gabriel Boric —y por ende los partidos de gobierno— se encontraba en márgenes importantes de desaprobación ciudadana lo que

[35] El artículo 244 disponía que el número de escaños a elegir se obtendrá de la aplicación de la siguiente regla: i. Se sumará el total de votos válidamente emitidos por las candidaturas de la circunscripción nacional indígena; ii. Si dicha suma representare un porcentaje igual o superior al 1.5% respecto de la suma total de votos válidamente emitidos en la totalidad de las 16 circunscripciones no indígenas del país al Consejo Constitucional, la circunscripción nacional indígena elegirá un escaño, el que se asignará a la candidatura más votada. Si dicha suma representare un porcentaje igual o superior al 3.5% de los votos válidamente emitidos en la totalidad de las 16 circunscripciones no indígenas del país al Consejo Constitucional, la circunscripción nacional indígena elegirá dos escaños en total; por cada vez que el porcentaje de 3.5% señalado precedentemente aumente en 2 puntos porcentuales, se elegirá y asignará un escaño adicional a la circunscripción nacional indígena, alternando respectivamente el sexo de la siguiente candidatura electa más votada.

[36] Para todos los efectos lo incluimos en el bloque centroizquierda-izquierda.

tuvo incidencia en la elección. El gobierno jugó un rol muy importante en la campaña a favor del texto de la Convención Constitucional y absorbió de forma importante una derrota electoral que fue demasiado contundente. Segundo, el "Acuerdo por Chile" —y por ende, el inicio de un segundo proceso constitucional— no concitaba el entusiasmo ciudadano que los dirigentes firmantes del acuerdo anhelaban. Al ser la elección del Consejo Constitucional con voto obligatorio, la fuerza política que se veía como más opositora al proceso obtuvo un mayor rendimiento electoral.

La elección del 7 de mayo tuvo en nuestra opinión un efecto político definitivo e irreversible en el resto del proceso. A pesar que faltaban 5 meses de trabajo es posible afirmar que ese día el proceso quedó políticamente definido. Lo diremos así.

1. El Partido Republicano de Chile, que no concurrió a la firma del "Acuerdo por Chile", y que se había manifestado en contra del proceso constitucional pues éste se había acabado el 4 de septiembre, pasó a tener el control político del órgano redactor del segundo proceso constitucional. El partido que se había formado recientemente pero había compitiendo en las elecciones presidenciales y parlamentarias anteriores, por lo que tenía un bancada de diputados que permitió elegir a un miembro de la Comisión Experta. Luego de la elección pasó a tener la hegemonía política del Consejo Constitucional. De hecho, la presidencia de dicha instancia fue ejercida por la conejera Beatriz Hevia.
2. El sector centroderecha-derecha (incluido el Partido Republicano) sumaban un total de 33 votos en el pleno del Consejo Constitucional lo que era suficiente para agregar, modificar, sustituir o eliminar cualquier tipo de norma del anteproyecto de la Comisión Experta ya que los ⅗ se alcanzaban con 30 consejeros en ejercicio.
3. El sector centroizquierda-izquierda con 17 integrantes no podría por sí solo ni agregar, ni modificar, ni sustituir ni eliminar ninguna norma del anteproyecto de la Comisión Experta ni tampoco bloquear ninguna iniciativa que tuviera unidad de propósitos en todo el bloque de las derechas. Esto significó que la acción política legislativa tendría que circunscribirse a defender con toda la fuerza posible el anteproyecto de la Comisión Experta y apostar a que todo cambio sustantivo significara quebrar un acuerdo esencial.
4. Finalmente, resultaba muy difícil de imaginar que con un resultado electoral tan contundente el partido mayoritario no tuviera la inclina-

ción a distanciarse del anteproyecto a fin de hacer las modificaciones que —en su visión— iban a ser correspondidas por la opinión pública en el plebiscito nacional del 17 de diciembre.

X. La propuesta del Consejo Constitucional

El Consejo Constitucional trabajó en torno a las mismas divisiones temáticas que la Comisión Experta con la diferencia que el reglamento no hablaba de subcomisiones sino que de comisiones. Luego de la deliberación en las comisiones, el 15 de septiembre comenzó el debate y votación en particular en el pleno del Consejo Constitucional de las normas que se convertirían en enmiendas al anteproyecto.

Como era de esperar, hubo múltiples cambios respecto del anteproyecto a lo largo de todo el texto. A continuación, desarrollaremos brevemente la discusión de aquellas normas que a nuestro juicio fueron las más decisivas para que el proceso terminara abandonando la lógica de un acuerdo constitucional amplio para dar paso a una dinámica de antagonismo de cara al plebiscito.

1. *En relación al Estado Social y Democrático de Derecho*

La comisión experta —por las obvias razones que obedecían a su conformación— propuso en el anteproyecto una redacción de artículo 1o. donde el Estado Social y Democrático de Derecho se encontraba en la cúspide la arquitectura constitucional. Decía:

> Artículo 1o.
>
> 1. La dignidad humana es inviolable y la base del derecho y la justicia. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización.
>
> 2. Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.

El Consejo Constitucional en su primera votación de pleno desplazó la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y la ubicó a con-

tinuación de la protección de la familia y la autonomía de los cuerpos intermedios. La comisionada y presidenta de la Comisión Experta Verónica Undurraga (centroizquierda-izquierda) lo graficaba así:

> Hay detalles que parecen insignificantes, pero que en la realidad encierran los compromisos más importantes. ¿Importa si la cláusula sobre Estado social de derecho está en el artículo 1 o en el 2? Sí, en la medida en que representó el resultado de una conversación en que mi sector incluyó al tuyo, al aceptar tu lenguaje de derecho natural para hablar de dignidad, y el tuyo comprendió que para mí la dignidad estaba profundamente unida a la construcción de un Estado social…por eso nos dolieron las enmiendas, y más aún la forma de su tramitación y aprobación, no porque estuviéramos enamorados del texto del anteproyecto, porque entendíamos que los consejeros traerían otras preocupaciones de la ciudadanía que había que acoger, sino, porque nos sacaron del texto, nos sacaron sin consideración alguna del texto.[37]

La presidenta del Consejo Constitucional, Consejera Beatriz Hevia (Partido Republicano) cuando se dirigió desde su pupitre en la sesión defendió la redacción propuesta:

> Los artículos 1o. y 2o. propuestos hoy día contribuyen a aumentar precisamente el peligro de una intervención exacerbada e indebida del Estado, el fantasma siempre presente del colectivismo estatista con capacidad para amenazar nuestra libertad y nuestra iniciativa personal, asfixiándolas, a la vez que no soslaya el rol del Estado en aquellas situaciones en que los particulares no podemos o no queremos tener esa iniciativa. No olvidemos que las principales críticas a este texto provienen de quienes promovieron, y quizás hasta el día de hoy reivindican, el texto propuesto por la Convención Constitucional y que fue ampliamente rechazado por millones de chilenos. Nuestro compromiso es trabajar por un texto que haga sentido a los chilenos que quieren mejores condiciones de vida.[38]

Desde luego la reflexión en torno al Estado social de Derecho no se cerraba en torno a la ubicación en el texto. Para los consejeros representantes de la tradición de centroizquierda e izquierda, el resultado final mirando la integridad del texto era incompatible con lo que, a su modo de ver, representaba el corazón del proceso constitucional: la redefinición constitucional

[37] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 9, 15 de septiembre 2023, p. 31.
[38] *Ibidem*, pp. 121 y 122.

de Chile como un Estado Social y Democrático de Derecho. El consejero constitucional Yerko Ljubetic (centroizquierda-izquierda), ex-ministro del trabajo del gobierno del ex-presidente Ricardo Lagos lo señalaba así:

> En las enmiendas impuestas por la mayoría en el capítulo que hoy nos corresponde analizar, el Estado social aparece subordinado a otras prioridades que representan los intereses y privilegios de unos pocos. Además, se reducen las formas de protección de quienes sean vulnerados en sus derechos a la salud, la vivienda, la educación y la seguridad social. También se elimina toda referencia a la obligación del Estado de remover los obstáculos que impidan que cualquier persona acceda a estos, independientemente de su género, condición económica u origen social. Finalmente, como veremos en los próximos plenarios, se subordinan los derechos sociales a la constitucionalización de modelos de negocios como son las AFP y las ISAPREs, constituyendo todo esto no solo la disolución de la idea de un Estado social de derecho, sino que la consolidación y profundización del Estado subsidiario del que chilenas y chilenos han sido víctimas por más de cuatro décadas.[39]

Desde luego advertimos que la discusión en torno al Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra injustamente resumida en estas intervenciones. No es la intención del trabajo profundizar respecto de la construcción del concepto del Estado Social en el proceso constitucional chileno, tema que abarcaría artículos completos y cuya reflexión sigue pendiente. Tampoco es nuestra intención hacer un juicio sobre si la crítica del mundo de las izquierdas en esta materia estaba o no justificada. En el contexto de estas notas buscamos identificar aquellos elementos que significaron puntos de quiebre específicos y decisivos para la dinámica política del plebiscito constitucional. Como se verá más adelante, la percepción de un Estado Social donde las izquierdas se sentían excluidas, fue determinante al momento de fijar la posición de cara al plebiscito.

2. *El Estatus y protección del que está por nacer en la propuesta constitucional*

Este es fue quizás el tema que detonó más fricciones en la discusión constitucional del segundo proceso. A modo de contexto debemos decir

[39] *Ibidem*, pp. 22 y 23.

que la Constitución vigente de 1980 establece en su artículo 19, N°1, que "La Constitución asegura a todas las personas: 1o. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. *La ley protege la vida del que está por nacer*". Esta norma, que nunca ha sido modificada, es uno de los preceptos más icónicos de la Constitución vigente en Chile. El precepto, que en nuestra opinión debería impedir todo tipo de aborto, no fue un escollo para que en el año 2017 entrara en vigencia la ley de aborto en 3 causales.[40] El Tribunal Constitucional chileno hizo compatible la ley de aborto con el texto constitucional al señalar que el que está por nacer representa "un interés jurídico" y no una persona en términos constitucionales por lo cual no tenía derecho a la protección constitucional del derecho a la vida primando en este caso el derecho de la madre.[41]

En el capítulo "Bases Fundamentos del orden Constitucional", la comisión de principios del consejo propuso dos normas que fueron duramente rechazadas por las izquierdas. En el artículo 1o. de la propuesta de la comisión se leía: "Artículo 1o. 1. La dignidad humana es inviolable y la base del derecho y la justicia. Todo ser humano es persona. Las personas son libres e iguales en dignidad y derechos. Su respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización". Esta alusión a que todo ser humano es persona resultó intolerable para las izquierdas. El argumento principal es que esta norma podría conllevar a que la ley de aborto en 3 causales aprobada en Chile deviniera en inconstitucional. La comisionada experta Catalina Lagos (centroizquierda-izquierda) señaló en el pleno que "la oración todo ser humano es persona entraña un riesgo jurídico real e inminente de que la ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales sea declarada inconstitucional. Hago el llamado a las y los consejeros a poner freno a esta falta de mesura."[42] Los impulsores de esta norma la defendieron. El profesor y consejero constitucional (Partido Republicano) Luis Silva señaló en la sesión: "hay quienes —y esto quedó explícito en la discusión de la comisión— no pueden ver en este sencillo texto, "todo ser humano es persona", nada que vaya más allá del ámbito del ser humano que está por nacer.

[40] Ley 21.030, de 14 de septiembre de 2017 que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", disponible en *https://bcn.cl/2645z* (fecha de consulta: 3 de febrero del 2025).

[41] Sentencia del Tribunal Constitucional ROL 3729-2017.

[42] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 9, 15 de septiembre 2023, p. 111.

Pareciera que esas pocas palabras se circunscriben exclusivamente a aquel ser humano concebido, pero que aún no nace, ignorando que el alcance de esta frase se extiende mucho más allá de las paredes del seno materno, al punto de estar dispuestos a eliminarla de la Constitución porque la creen obvia y, como la creen obvia, la callan y al callarla se olvida".[43] Llamó la atención la forma en que las izquierdas abordaron el debate. La norma propuesta estaba recogida de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) la cual en el propio artículo 1.2 señala: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". Además era plenamente consistente con el Código Civil chileno que en su artículo 55 prescribe "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros". Esta parte la norma finalmente no prosperó producto que hubo votos de abstención de algunos consejeros de sensibilidad centroderecha y derecha quienes estando de acuerdo con la frase, abogaron por dar alguna señal de entendimiento con el mundo de las izquierdas, lo que generó una tensión entre los consejeros de derechas.

Otro tanto ocurrió con la norma de protección a la niñez. La comisión de principios, derechos civiles y políticos reformuló la norma sobre protección a los niños que había aprobado la comisión experta agregando una frase que, según el mundo de las izquierdas, podría conllevar el mismo efecto derogatorio de la ley de aborto en 3 causales. La norma, que fue parte del texto final plebiscitado decía en su primera parte: "La Constitución reconoce y asegura el interés superior de los niños, el cual incluye las condiciones para crecer y desarrollarse en su familia. Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad." Esta última frase fue políticamente rechazada por argumentos similares a pesar que la norma estaba tomada de la Convención de los Derechos del niño que en su artículo 1o. señala "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".[44] Puesta

[43] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 9, 15 de septiembre 2023, p. 15.

[44] Esto se hizo ver en la discusión en el pleno del Consejo Constitucional. La consejera María Gatica (Partido Republicano) en su intervención señaló: "En segundo lugar, con este artículo queda definida la palabra niño como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad". Esta definición no es antojadiza, sino que ha sido tomada de la Convención sobre los Derechos del Niño." Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 9, 15 de septiembre 2023, p. 97.

en votación la norma, fue aprobada por 33 votos pero con 17 consejeros de centroizquierda e izquierda votando por su rechazo.

En materia de derecho a la vida la discusión fue mucho más álgida. Recordemos que la Comisión Experta no aprobó en el anteproyecto una norma de protección de la vida del que está por nacer.[45] Y recordemos también que la Constitución chilena vigente señala "la ley protege la vida del que está por nacer". Pues bien, la comisión de principios del Consejo Constitucional propuso una redacción nueva al agregar en el artículo respectivo del derecho a la vida: "la ley protege de la vida de quien está por nacer." El cambio "del que está por nacer" a "quien está por nacer", fue un punto decisivo para el ánimo de las izquierdas dentro y fuera del proceso.

Respecto del debate, ilustrativo resulta la intervención en el pleno de la consejera Paloma Zúñiga:

> En este punto es necesario ser transparentes. La norma propuesta, que indica: "La ley protege la vida de quien está por nacer." no es la contenida en la Constitución de 1980, incluso es un retroceso para la libertad de las mujeres. La libertad de la mujer chilena no es un juego, no es una bandera electoral, es un derecho humano que nos pertenece a nosotras, es decisión nuestra decidir libremente sobre nuestro cuerpo.[46]

La Comisionada Verónica Undurraga (centroizquierda-izquierda) secundó esta línea de argumentación:

> Quiero explicar mi preocupación por dos enmiendas que implican un riesgo para la vigencia de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. La primera ya fue aprobada y agregó al artículo 14 la siguiente norma: "Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad". La segunda se vota hoy y busca agregar al artículo 16, inciso 1, la oración: "La ley protege la vida de quien está por nacer".

[45] En la sesión respectiva del pleno del Consejo Constitucional, el autor de este trabajo aclaró esta situación lo cual consta en el acta de la intervención: "Quiero hacerme cargo del primer derecho, el derecho a la vida. ¿Por qué? Porque quiero recordar a todos quienes están siguiendo esta transmisión que no fue una intención deliberada de la Comisión Experta dejar fuera esta garantía y la protección de la vida del que está por nacer; de hecho, lo que ocurrió fue que no hubo votos ni siquiera para incorporar el texto que está vigente en la Constitución actual. Esa es la razón por la cual el derecho a la vida no tenía una consagración diferente a la que está hoy día", *Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional*, sesión 10, 20 de septiembre 2023, p. 91.

[46] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 10, 20 de septiembre 2023, p. 39.

La definición de niño pretende servir de argumento para afirmar que existe un niño desde el momento de la fecundación, como aquí mismo se ha dicho. La segunda enmienda al hablar de la vida de quien está por nacer, reconoce titularidad de derechos al embrión, yendo más allá de la Constitución de 1980 que contiene la frase

> la ley protege la vida del que está por nacer…En resumen, se han presentado a votación tres enmiendas que coinciden exactamente con los mismos argumentos que se han usado durante dos décadas para impugnar la constitucionalidad de la píldora y del aborto en tres causales. Los consejeros que presentaron estas enmiendas dijeron antes que no pretendían modificar la ley de aborto. En este Pleno han sido explícitos en que hubo un cambio de opinión o de estrategia.[47]

La presidenta de la comisión de principios, derechos civiles y políticos, consejera María de los Ángeles López (Partido Republicano), por su parte, defendió la iniciativa:

> si leyeran nuestra Constitución sabrían que no por nada el derecho a la vida del que está por nacer está consagrado en el primer número del artículo 19 sobre Derechos Fundamentales, sabrían que ese derecho humano que dicen que tiene toda mujer —el derecho al aborto— fue ampliamente rechazado el 4 de septiembre de 2022, porque no puede considerarse un derecho matar a un ser humano, y que por lo demás, en nada beneficia a las mujeres, porque eso que les quieren vender como un derecho es el mayor drama que una mujer puede sufrir… Proteger la vida de forma robusta no es un retroceso, sino un avance, un progreso. Se les olvida que es un derecho humano, un derecho fundamental, un derecho material, y apelan a lo que es el consenso. Se les olvida que el derecho a la vida es un derecho esencial que no se decide por consenso.[48]

Puesta en votación la norma, fue aprobada por 33 votos a favor (todo el bloque de centroderecha y derecha) y con 17 votos de rechazo.

Huelga decir que no compartimos las interpretaciones que sobre este tema hizo el mundo de la izquierdas en cuanto a que la norma propuesta —que finalmente fue plebiscitada— tendría un efecto derogatorio de la ley vigente. Sin embargo, es importante reconocer que este tema fue utilizado

[47] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 10, 20 de septiembre 2023, pp. 58 y 59.

[48] *Ibidem,* 66 y 67.

de manera muy enérgica en la campaña del plebiscito señalándose que la propuesta constitucional significaría un retroceso para los derechos de las mujeres.

3. *La objeción de conciencia institucional*

Otra norma que generó tensión fue la referencia, en la garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y de religión. La norma aprobada por la comisión de principios señaló: "este derecho incluye la libertad de toda persona para adoptar la religión o las creencias de su elección, a vivir conforme a ellas, a transmitirlas, y a la objeción de conciencia individual e institucional".

La objeción de conciencia institucional fue reconocida en Chile en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto en 3 causales, lo que permitió que entidades (clínicas y campus clínicos de universidades) puedan, institucionalmente, eximirse de realizar abortos. Es el único caso en la legislación nacional sobre este tema. La Constitución vigente no tiene alusión a la objeción de conciencia y tampoco la tuvo el anteproyecto de la comisión experta.

Esta propuesta fue rechazada airadamente por el mundo de las izquierdas. La comisionada experta Antonia Rivas (centroizquierda-izquierda) en la sesión respectiva en el pleno afirmó que una propuesta como esta es:

> particularmente preocupante en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que muchas instituciones privadas, con recursos públicos, se encuentran vinculadas a prestaciones que emanan de los derechos sociales. La norma prevista abre, entonces, un manto de incertidumbre sobre la garantía y efectiva materialización de este derecho. Aún más, se relativiza la obligatoriedad de los derechos y deberes jurídicos.[49]

El vicepresidente del Consejo Constitucional y ex-rector de la Universidad de Valparaíso Consejero Aldo Valle (centroizquierda-izquierda) por su parte manifestó en la sesión respectiva:

> Yo quiero reiterar y en parte agregar observaciones a ese derecho tan amplio que se otorga, a propósito de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Me refiero específicamente a la objeción de conciencia

[49] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 11, 20 de septiembre 2023, p. 27.

> institucional. Desde el punto de vista dogmático, es preocupante, a mi juicio, que no se establezca ni siquiera que la ley determinará los límites o la forma de ejercicio. Todas las corporaciones podrán invocar la libertad de conciencia, la de religión o de sus creencias, para efectos de no cumplir determinadas leyes, no se dice en la Constitución, se establece como un derecho absoluto.[50]

En tanto, desde la vereda defensora de la propuesta, la consejera Carolina Navarrete (centroderecha-derecha) argumentó que

> asumiendo la responsabilidad de abordar algunas de las observaciones formuladas por los consejeros del oficialismo, deseo aclarar que, aunque este proyecto de Constitución reconozca el derecho a la objeción de conciencia, es esencial comprender que este derecho —como tantos otros— debe ir de la mano de una regulación legal que permita su ejercicio en equilibrio con los deberes y derechos establecidos, tanto en la Constitución como en la ley. En lo que respecta a la objeción de conciencia institucional, es fundamental comprender que, cuando las personas se unen en asociaciones con un propósito específico, imprimen en esas instituciones los principios y valores que profesan. En este contexto, la conciencia de los fundadores está en juego cuando la asociación se ve compelida a actuar en contra de sus convicciones más profundas, debido a mandatos jurídicos que entran en conflicto con sus creencias fundamentales".[51]

En la oportunidad en que la Comisión Experta volció a revisar las normas aprobadas por el Consejo Constitucional, esta norma fue rechazada. En la instancia de comisión mixta —y siempre con el rechazo de los consejeros constitucionales de las izquierdas— la redacción fue matizada. La norma que finalmente se sometió a plebiscito incluía la siguiente redacción: "El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión…incluye la objeción de conciencia la que se ejercerá conforme a la ley".

4. *Los derechos sociales en materias de salud y previsión social: la libertad de elección*

Sin perjuicio de los temas que se han examinado, y que corresponden a lo que comúnmente se denominan temas "valóricos", es en los aspectos

[50] *Ibidem,* p. 40.
[51] *Ibidem*, p. 55.

asociados a los derechos sociales donde se produjeron las diferencias más acentuadas en cuanto a la discusión política. En materia de derechos sociales, ¿cuánto Estado es necesario para su provisión? ¿Cuánto de iniciativa privada? ¿Quién puede hacerlo mejor?¿Es lícita la ganancia del particular?

El texto propuesto por el Consejo no innovó en términos gruesos respecto del texto de la Comisión Experta en temas de salud. Es más, incluyó una obligación para el legislador: "la ley establecerá un plan de salud universal, sin discriminación por edad, sexo o preexistencia médica, el cual será ofrecido por instituciones privadas y estatales". Esta norma resultaba una innovación muy importante, ya que involucraba un tema que se ha debitado mucho en Chile: la necesidad de tener un plan garantizado universal de salud. Esta vez habría un mandato constitucional. La propuesta constitucional, además, reconocía el rol de la red asistencial pública —reconocimiento inexistente en la Constitución vigente—: "El Estado deberá sostener y coordinar una red de establecimientos de salud, de acuerdo con estándares básicos y uniformes de calidad y oportunidad". Esto fue totalmente insuficiente para el mundo de las izquierdas. Pero lo que generó más discrepancia entre los bloques fue la constitucionalización de la "libertad de elegir". En efecto, la norma aprobada por la comisión señalaba "cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado". Como el texto no hace referencia a "prestador" (porque eso encontraría amparo en la base constitucional), algunos entendieron que en esta disposición se estaba derechamente constitucionalizando el sistema de salud privado, lo que resultaba inadmisible. El comisionado experto, Domingo Lovera (centroizquierda-izquierda) a propósito de esta propuesta de texto señaló:

> Las bases no ordenan la inclusión de la libertad de elegir, antes bien, la provisión mixta. Lo que la propuesta que ahora se vota hace, en cambio, es avanzar en petrificar el marco regulatorio de esa provisión mixta, se constitucionaliza así —como en otros ámbitos ha venido ocurriendo en este Consejo— una política pública: no habilitamos al legislador. Se trata, entonces, de enmiendas que replican los mismos problemas que se identificaron en la propuesta de la Convención Constitucional, propuestas maximalistas que petrifican el programa de gobierno de un solo sector… Esta propuesta, presidenta, va en contra de la libertad porque termina por consolidar un modelo que ha traído grandes beneficios solo para unos pocos, para quienes cuentan con los recursos económicos para

> satisfacer esas prestaciones, mientras las grandes mayorías están apartadas de ellos. La libertad no puede ser un privilegio, la libertad es un derecho de todos los ciudadanos y las ciudadanas de esta patria".[52] En término similares, el comisionado experto Alexis Cortes (centroizquierda-izquierda) dijo: "En el inciso 21, se garantiza la libertad de elegir adónde van las cotizaciones de salud. Con esa redacción, si las ISAPREs no existieran, habría que inventarlas, o tal vez salvarlas, si quebraran.[53]

Desde el lado de la centroderecha y la derecha, se replicó que la libertad de elección no se opone a los fines del Estado social. La presidenta del Consejo Constitucional, consejera Beatriz Hevia (centroderecha-derecha) en su intervención en el debate señaló:

> Yo, por el contrario, creo que todos los ciudadanos deben tener el derecho a elegir, lo que no se logra limitándolo al Estado como único proveedor, sino consagrando que, independiente de que se trate de un proveedor estatal o privado, todos tienen derecho a elegir, sin importar ingresos o lugar de la república o del territorio en el que viven. No hay derecho a que los más vulnerables sean rehenes del Estado y no puedan elegir, por ejemplo, en salud o en educación. Lo que estamos consagrando hoy, de aprobarse lo propuesto por la comisión, es que todos tienen derecho a elegir y que no serán víctimas de quienes están sujetos a proveer el servicio.

A su turno, el consejero Carlos Recondo (centroderecha-derecha), quien en su momento fue elegido presidente de la Comisión Mixta en el proceso constitucional, señaló:

> hemos escuchado críticas —en mi opinión, al menos, infundadas— sobre lo que este Consejo Constitucional estaría haciendo en torno al Estado social y Democrático de Derecho. Hablan de un supuesto desmantelamiento, y la verdad es que, al menos en mi opinión, estamos lejos de esa realidad… Quiero decir a las bancadas de izquierda que es posible hacer dos cosas a la vez. Es posible garantizar el derecho a la salud y, al mismo tiempo, garantizar la libertad de elección; es posible garantizar el derecho a la educación y, al mismo tiempo, resguardar el derecho preferente de los padres a escoger; es posible garantizar el derecho a una pensión digna y, al mismo tiempo, proteger la propiedad de los ahorros".[54]

---

[52] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 12, 21 de septiembre 2023, p. 25.
[53] *Ibidem*, p. 13.
[54] *Ibidem*, pp. 52 y 53.

En el mismo pleno, secundamos dicha posición:

> No puedo estar más en desacuerdo con aquellos comisionados expertos que han señalado, de manera tajante, que nuestra construcción constitucional impide el desarrollo del Estado Social de Derecho. ¿Cuál es la norma constitucional que impide que el Estado asegure determinados derechos? Yo no la encuentro… ¿Cómo se va a oponer al Estado social de derecho que se pueda elegir el prestador o el sistema de salud?".[55]

En materia previsional, además de la libertad de elección, se criticó fuertemente por parte de las izquierdas la norma que consagraba la libertad de elección y la propiedad de las cotizaciones previsionales. La norma sometida a votación del Consejo Constitucional señalaba: "Cada persona tendrá propiedad sobre sus cotizaciones previsionales para la vejez y los ahorros generados por éstas, y tendrá el derecho a elegir libremente la institución, estatal o privada, que los administre e invierta. En ningún caso podrán ser expropiados o apropiados por el Estado a través de mecanismo alguno". Para algunos miembros del proceso constitucional, la norma de libertad de elección y de propiedad de las cotizaciones de previsionales resultaban insalvablemente opuestas al Estado social y democrático de Derechos. La comisionada experta Alejandra Krauss (centroizquierda-izquierda), ex-ministra del trabajo y presidenta de la Subcomisión de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la Comisión Experta, señaló en el pleno del Consejo Constitucional:

> La seguridad social es la promesa de no quedar abandonados a nuestra suerte, es contar con la certeza del apoyo de otros, mientras que el Estado social expresa aquello en lo que como comunidad colaboraremos mancomunadamente en beneficio de todos. Allí radica la relevancia de su amparo constitucional y del cuidado que debemos tener cuando lo abordamos sin una adecuada protección de la seguridad social, así como de otros derechos que por tiempo no abordo. El Estado social pierde vigencia y contenido. Este cuidado y mesura no existen en las enmiendas aprobadas. La seguridad social que propone este Consejo desdibuja el Estado social y democrático de derecho. Este Consejo está legislando política previsional, constitucionalizando cuestiones técnicamente complejas. Al establecer propiedad sobre las cotizaciones previsionales de vejez, nos lanzamos a las manos de un solo sistema posible, restrin-

[55] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 12, 21 de septiembre 2023, p. 116.

giéndonos como sociedad de dar viabilidad futura y legitimidad al sistema. Yo les digo a ustedes: no hemos sido capaces como sistema político de reformar el sistema en décadas a través del Congreso Nacional, ¿y ahora lo quieren constitucionalizar?".[56]

En síntesis, para la tradición de centroizquierda-izquierda, hubo elementos que se introdujeron en el Consejo Constitucional los cuales a juicio de varios de sus representantes, desarticulaban toda posibilidad de construir un Estado social y democrático de Derecho al impedir en el texto espacios de "solidaridad institucionalizada".[57] Independiente que no suscribimos dichas críticas, estos elementos como la libertad de elección y la propiedad sobre las cotizaciones previsionales, fueron elementos estructurales y decisivos en la posición que tomaron las izquierdas de cara al plebiscito constitucional.

5. *Redistritaje y reducción del número de parlamentarios*

En el plano orgánico, el Consejo Constitucional avanzó en normas que tendrían incidencia directa en los intereses de los sectores políticos involucrados en el proceso. Con plena conciencia que el sistema político requiere mejoras para evitar la excesiva fragmentación de un Congreso donde se han visto en el último tiempo manifestaciones importantes de indisciplina parlamentaria que han afectado de manera importante la gobernabilidad, la Comisión experta avanzó en proponer el umbral para que los partidos políticos tengan representación parlamentaria y alguno elementos consensuados de disuasión de la indisciplina partidaria. El Consejo constitucional, sin embargo, avanzó con dos propuestas que las izquierdas vieron como una amenaza a sus intereses políticos: el redistritaje y la reducción del número de parlamentarios.

El número de diputados a elegir en cada territorio electoral (distritos electorales) se encuentra definido en la ley. Y dependiendo la cantidad de población que abarque el distrito, pueden haber distritos que eligen entre 3 y 8 diputados. El Consejo constitucional aprobó una norma que

[56] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 12, 21 de septiembre 2023, p. 33.

[57] Expresión del comisionado experto, Flavio Quezada en la sesión 13, 21 de septiembre 2023, p. 29.

prescribía: "La Cámara de Diputadas y Diputados estará compuesta por miembros elegidos en distritos plurinominales. En cada uno de estos distritos se elegirán entre dos y seis escaños, de acuerdo con un sistema previamente establecido por la ley electoral." Esta norma podía afectar los intereses de las izquierdas pues, en dicho sector, al estar conformado por muchos partidos políticos —bastabte más que en las derechas— se requieren distritos con magnitud mayor de parlamentarios a elegir de forma tal que el sistema proporcional permita el mayor número de representantes de las colectividades políticas en el Parlamento. Con distritos que eligen un número menor de parlamentarios por el territorio, la posibilidad que los partidosy movimiento "más chicos" quedan fuera era de una alta posibilidad.

En el caso de la reducción del número parlamentarios, si bien el número final de diputados no quedaría en el texto constitucional, se le entregaba al servicio electoral la facultad de "delimitar" o "demarcar" los nuevos distritos electorales.[58] A su vez, a través de la disposición transitoria 30 se estableció lo siguiente: "La propuesta de demarcación de distritos que deberá efectuar el Consejo Directivo del Servicio Electoral a que se refiere la disposición transitoria anterior deberá considerar que la Cámara de Diputadas y Diputados sea integrada por un total de 138 diputados." De esta forma, a través de una disposición transitoria se vería reducido el número de diputados en la cámara baja.

El consejero Luis Silva (centroderecha-derecha) del Partido Republicano resume las enmiendas de la siguiente manera:

> La reforma de 2015[59] buscó aumentar la representatividad, y lo hizo al precio de la estabilidad. Hemos pagado el precio, y ahora cunden las quejas, porque muchos no calcularon bien. Nadie pensó, o muy pocos lo hicieron, que ese precio fuera tan alto. Hoy tenemos una buena oportunidad, una oportunidad extraordinaria para corregir los malos efectos

[58] Disposición 29 transitoria: "En el plazo de dieciocho meses contado desde la entrada en vigencia de la Constitución, el Consejo Directivo del Servicio Electoral deberá elaborar una propuesta de demarcación de distritos sobre la base de criterios de densidad poblacional, igualdad del voto y respeto a la división política y administrativa del país en comunas, provincias y regiones, las que no podrán ser divididas o alteradas al dividir o demarcar distritos".

[59] La ley 20.840, de 27 de abril de 2015, sustituyó el sistema binominal en Chile para dar paso a un proporcional, disponible en: *https://bcn.cl/2ey8j*, (fecha de consulta: 3 de febrero de 2025).

de una mala decisión, y la vamos a aprovechar. Hay un conjunto de medidas que se votarán hoy y el lunes, todas ellas dirigidas a disminuir la fragmentación y sus consecuencias negativas, con las miras puestas —y esto no debe perderse— en propiciar condiciones de estabilidad que hagan más fecundo el diálogo entre el Ejecutivo y el Congreso… aquí se encuentran —y aquí quiero detenerme— la reducción del número de diputados y la del número de escaños a elegir por distrito. Aunque hoy solo votaremos la reducción de escaños por distrito,[60] esto no puede ni debe separarse de la reducción del número de diputados, porque esta reducción se justifica principalmente porque robustece el efecto propio de reducir el número de escaños, en este caso, de un máximo de ocho a un máximo de seis diputados por distrito. Las críticas a esta medida, muy típicas de la izquierda, como pérdida de representatividad y empobrecimiento de la democracia, se originan en una falacia que confunde democracia con representatividad, y representatividad con el pluralismo de izquierda, porque, si alguien ha favorecido desde su implementación la reforma electoral. Yo haría exactamente lo mismo si estuviera en su lugar. Pero esto conlleva, entonces, que defiendan también el efecto necesario de la mayor representatividad, que es la progresiva parálisis del sistema político, porque no puede separarse una cosa de la otra".[61]

En la misma sesión la Académica y Consejera Constitucional María Pardo (centroizquierda-izquierda) hizo la siguiente reflexión:

> El sistema electoral proporcional para la elección de parlamentarios busca precisamente hacer más probable esa representatividad real. A través de un sistema proporcional se hace más probable que la diversidad de nuestro pueblo se vea representada en nuestro Congreso. En el transcurso de este proceso he visto con preocupación cómo los consejeros que son mayoría en este Consejo han redactado una propuesta que, lejos de representarnos a todos y todas, los representa solo a ellos, y ahora que discutimos las normas sobre Congreso Nacional observo que esa pulsión por proyectarse solo a ellos mismos en la Constitución parece emerger también en las decisiones que se han tomado respecto de la elección y de la integración del Congreso.[62]

Finalmente la norma se aprobó y pasó al plebiscito constitucional.

[60] La votación de la reducción de parlamentarios se efectuaría en la sesión siguiente del pleno.
[61] Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, sesión 17, 23 de septiembre 2023, p. 31.
[62] *Idem*

Así como estos hubo muchos temas. Por mencionar algunos: una norma sobre exención del impuesto a los bienes raíces que sirvieran de vivienda principal a la familia; la posibilidad o no de extender la negociación colectiva fuera de la empresa —negociación ramal—; la reposición en el Consejo Constitucional del control preventivo eventual sustantivo de los proyectos de ley, las redacciones sobre la incorporación de los tratados internacionales de los derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional, así como varios otros temas, fueron distanciando las posiciones entre las sensibilidades políticas participantes del proceso constitucional.

Resulta muy difícil resumir todas las discusiones, los énfasis, las disputas y también los acuerdos que hubo (que los hubo) en la etapa del Consejo Constitucional. Debemos recordar que luego de dicha instancia, el texto volvió a la Comisión experta. Luego de las observaciones de la Comisión experta el texto fue devuelto al Consejo constitucional. Algunas observaciones fueron rechazadas por el Consejo dando lugar a una comisión mixta entre consejeros y comisionados expertos pero donde existía mayoría de las derechas. Finalmente se aprobó una propuesta de texto definitivo. En ese sentido, el objetivo de este apartado no es dar cuenta de cada una de las discrepancias, ni de todos los debates constitucionales ni escrutar todas las normas en las cuales hubo acentuadas diferencias. Hubo muchas más. Se ha pretendido graficar, con sólo algunos debates y a riesgo de recibir una justa crítica por los que se han elegido, cuál fue la tonalidad política que la discusión fue adquiriendo conforme avanzó el proceso constitucional.

XI. Votación final del texto en el pleno y resultado del plebiscito constitucional

El artículo 155 de la Constitución Política de la República, reformada a través de la ley 21.533, dispuso: "Una vez terminada la votación de cada norma que formará parte de la propuesta de nueva Constitución, se deberá aprobar la totalidad del texto por los tres quintos de los miembros en ejercicio del Consejo." Dicha votación se llevó a cabo el día 7 de noviembre en una sesión plenaria donde todos los consejeros constitucionales y todos los comisionados expertos hicieron uso de la palabra para una reflexión final. En dicha sesión quedó de manifiesto que todo el bloque

de centroizquierda-izquierda rechazaría el texto constitucional y que todo el bloque de centroderecha-derecha lo aprobaría. El resultado fue que por la afirmativa hubo 33 votos a favor y 17 en contra. Finalmente, el texto sometido a plebiscito no fue objeto de un acuerdo constitucional transversal y quedaron marcadas claramente las opciones que uno y otro sector tomarían en la campaña del plebiscito constitucional.

El día 17 de diciembre se efectuó el plebiscito constitucional. Hubo 12.377.858 votos válidamente emitidos. La opción que estaba a favor del texto constitucional alcanzó 44,21% de los votos, mientras que la opción en contra del texto alcanzó una sustantiva cifra de 55,79% votos. Es importante dar cuenta que no todo el espectro de las derechas estuvo a favor del texto, pues hubo una fracción que estaba por rechazar y así mantener la constitución de 1980. Sin embargo, todos los partidos políticos de ese sector estuvo por aprobar. Por el otro lado, salvo algunas excepciones, las izquierdas estuvieron por rechazar. La ciudadanía fue la que dictaminó el resultado final. En definitiva, quedó rigiendo la Constitución de 1980 con los votos de una mayoría ciudadana contundente. Entre ella, toda la izquierda. Paradójico, por decir lo menos.

XII. Conclusiones y reflexiones finales

El presente trabajo tuvo dos objetos. Primero, exponer el proceso constitucional en lo que respecta a su origen, funcionamiento, y explicar el rol de los órganos intervinientes que daban cuenta de un proceso mixto. La Comisión Experta cumplió su objetivo de proponer un anteproyecto en el contexto de un acuerdo transversal para dar paso a un Consejo constitucional que tenía la función constitucional de la redacción final y cuyo propósito también fue cumplido al proponer un texto conformes a las mayorías electorales resultantes del 7 de mayo de 2023.

El segundo objetivo es que un lector no especializado pudiese entender qué fue lo que pasó. Para eso, establecimos un objetivo ambicioso, que es revisar algunas de las discusiones que, desde nuestro punto de vista, ilustran mejor las tensiones que se vivieron en la segunda etapa del proceso.

Finalmente, quedó vigente la Constitución de 1980. Esa que después de dos procesos constitucionales, la ciudadanía decidió no cambiar.

¿Qué reflexiones y conclusiones nos dejó el proceso constitucional? Quisiera proponer algunas a modo personal.

1. La lectura más simple sería sostener que la hegemonía del Partido Republicano de Chile y la forma en que la centroderecha y derecha no perteneciente a dicho partido se comportaron hicieron fracasar el proceso. Al no sostener un postura dialogante —al modo Comisión Experta— la ciudadanía rechazó los excesos que el texto propuesto contenía. El problema de esa conclusión es que no logra a nuestro juicio explicar cómo determinadas ideas, énfasis o mensajes que lograron el resultado electoral que lograron, en sólo 5 meses desaparecieron de la adhesión ciudadana. ¿Volvieron las personas a querer un texto como el de la Convención Constitucional? Eso es muy poco probable. Lo que sí, no cabe duda que las derechas perdieron una gran oportunidad de haber cerrado definitivamente el "problema constitucional" con un nuevo texto aprobado en democracia, con la firma de un presidente de izquierdas, dando una nueva legitimidad a un texto más parecido a Constitución de 1980 que al de la Convención Constitucional y con respaldo en las urnas. Sin embargo, una estrategia que muchas veces abusó de la confrontación conspiró con ese objetivo.
2. El mundo de las izquierdas defendió el texto de la Comisión Experta por razón principal: no tenían otra alternativa después de los resultados del 5 de mayo. Debemos preguntarnos, después de haber revisado sólo una fracción de discursos e intervenciones: ¿Habrían defendido con tanto entusiasmo el texto de la Comisión Experta si dicho sector hubiese obtenido el triunfo que obtuvo la derecha en la misma elección? Hay quienes dirán que sí. Se aprendió la lección del proceso anterior. Otros dirán que no, que cualquier sector político habría actuado como lo hizo la derecha en el segundo proceso tal como lo hizo la izquierda en el primer proceso.
3. Una tercera reflexión. ¿Qué hubiese pasado si se plebiscitaba el texto de la comisión experta? ¿Podría decirse que si la ciudadanía rechazó dos proyectos constitucionales con una clara impronta doctrinaria una Constitución de consenso podría ser ampliamente aprobada por la ciudadanía? Eso no lo vamos a saber. Por otro lado, vale la pena reflexionar sobre la altísima probabilidad que luego de al menos 3 años de debate constitucional de alta intensidad caracterizados por importantes niveles de polarización la ciudadanía haya ponderado los

alcances reales del "problema constitucional" en sus propias vidas. En este punto vale la pena detenerse un segundo. Creemos que las personas han podido aquilatar con perspectiva las enérgicas consignas en torno a si es efectivo que los principales problemas sociales de Chile tienen su origen en la Constitución vigente. Después de todo, quizás la Constitución no era un problema al modo que lo ha intentado hacer ver un sector político por tanto tiempo y con especial fuerza después del estallido de violencia de octubre de 2019.

4. Es evidente que la derecha política sufrió una contundente derrota electoral. Sin embargo, cabe detenerse si el problema al final lo tiene el sector perdedor del segundo proceso, o el sector de izquierdas que no tuvo más alternativa que ir a votar que se mantuviera vigente la Constitución de 1980. Si ponemos el foco en el corteo y mediano plazo, no vemos por ahora espacio político ni ánimo en la ciudadanía para sostener con vigor la bandera de una nueva Constitución. Creemos que no por un tiempo largo.

XIII. Bibliografía

Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 21.533, disponible en: *https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8133/.*

Boletín de Sesiones del Consejo Constitucional, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/salaconsejo/#!/verTabla/6042/178/6042/Default/0.6099372644255769.*

Constitución Política de la República de Chile, disponible en: *https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302*.

Ley 21.030, del 14 de septiembre de 2017, Regula la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, disponible en: *https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237.*

Propuesta de nueva Constitución del Consejo Constitucional, disponible en: *https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/10/Propuesta-de-nueva-Constitucion.pdf.*

Propuesta de nueva Constitución de la Convención Constitucional, disponible en: *https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf.*

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729, 28 de agosto del 2017.

La experiencia de transformación constitucional en Chile: distintas perspectivas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 30 de mayo de 2025. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Adobe Garamont Pro* en 10, 12, 13 y 14 puntos.

ENCLAVE
DE JURÍDICAS

ESTA PUBLICACIÓN reúne una serie de artículos que analizan tema que formaron parte del debate en los procesos de transformación constitucional e Chile, desarrollados entre 2021 y 2023. Dichos temas son abordados tanto por autore nacionales —que desde distintas perspectivas ideológicas participaron en est procesos— como por expertos internacionales en Derecho constitucional, Derech comparado y Derecho internacional.

Los artículos permiten acceder a un panorama amplio para quienes tengan intere no sólo en conocer las materias relevantes del debate constitucional en Chile, sino e profundizar en temas jurídicos contemporáneos de gran importancia, dada la actua dad y profundidad de los debates en dicho país.

Se presentan opiniones diversas de quienes fueron actores directos en los proces de constitucionales en Chile, así como de académicos de distintas disciplinas, qu analizan tópicos que también formaron parte de la rica discusión que tuvo lugar en país. La obra examina los desafíos, avances y tensiones de las reformas propuesta Desde esta perspectiva, e incluso más allá del conocimiento específico de los proc sos ocurridos en Chile, este libro ofrece la oportunidad de reflexionar y profundizar e temas jurídicos fundamentales de nuestro tiempo.

Los textos abordan cuestiones clave como la separación de poderes, el impacto d los derechos humanos en el Derecho constitucional, la libertad de expresión, la protec ción del medio ambiente, la progresividad de los derechos sociales y el presidencialis mo de coalición, entre otros.

La experiencia de transformación constitucional en Chile: distintas perspectivas, h sido posible gracias a la cooperación entre dos instituciones académicas: la Escue de Derecho de la American University y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, así como al valioso aporte de numerosos autores que contribuyeron con s conocimiento y dedicación para lograr este resultado. Esta colaboración ha permitid sentar las bases para continuar desarrollando procesos de cooperación y análisis qu resultan esenciales en el ámbito académico.