

PRIETO

PROPUESTA CONSTITUCIONAL

AGOSTO 2022



**CAMBIOS EN LA
REGULACIÓN
TRIBUTARIA**

**MEDIOAMBIENTE Y
LA CRISIS DEL
PARADIGMA**

**LA REGULACIÓN DEL
TRABAJO EN LA
PROPUESTA DE NUEVA
CONSTITUCIÓN**

EN ESTA EDICIÓN

- 3** Editorial
- 4** Cambios en la regulación tributaria
- 6** Buen Gobierno y función pública
- 9** Regulación económica y libre competencia:
¿Cambios positivos o incertidumbre en su aplicación?
- 12** DL211: La inviabilidad de la Delación Compensada
- 14** Corte Constitucional: análisis crítico sobre los
mecanismos de control de constitucionalidad
- 17** Estado regional y organización territorial: ¿El
camino a la descentralización?
- 20** Protección de datos personales: La novedad de
la propuesta de nueva constitución
- 22** Derecho a la energía: ¿Debería regularse como
un derecho en sí mismo?
- 25** Cambios estructurales en los derechos de aguas
- 28** Derecho de propiedad privada: El espacio de la
interpretación
- 30** La flexibilidad de la nueva propuesta constitucional
- 33** Medio ambiente y la crisis del paradigma
- 35** Actividad minera en manos de leyes simples: la
estabilidad regulatoria como fundamento de las
inversiones de largo plazo
- 36** La regulación del trabajo en la propuesta de nueva
Constitución
- 38** "Acción de tutela de derechos fundamentales":
Modificaciones al recurso de protección



Editorial

AGUSTÍN MARTORELL
SOCIO

El próximo 4 de septiembre de 2022, en Chile, se llevará a cabo el plebiscito de salida del proceso de elaboración de una nueva Constitución. En éste, la ciudadanía decidirá si aprueba o rechaza la propuesta de texto constitucional elaborada por la Convención Constituyente.

Prieto, como una oficina de abogados que ha asesorado en Chile a clientes nacionales y extranjeros por más de 45 años en el desarrollo de sus negocios en las más diversas industrias, tiene el deber de poner a disposición de quienes quieran informarse sobre el contenido de la propuesta, un documento accesible, de fácil lectura y que aborde los temas que se han discutido a lo largo de todo el proceso.

Con ese objetivo en mente, nos propusimos que todo nuestro equipo estuviera al día del debate constitucional. Tuvimos la posibilidad de recibir a convencionales constituyentes de diferentes sectores y opiniones, quienes nos contaron de primera fuente la evolución del texto. También, cada área de trabajo siguió periódicamente las novedades que iban sucediendo con el fin de entender el proceso de elaboración del texto. Nuestro equipo ha realizado charlas internas y externas sobre la propuesta constitucional para que todos puedan entender el alcance de la misma.

Como resultado de ese ejercicio, logramos identificar las implicancias esenciales que para nuestros clientes tiene la propuesta constitucional. Logramos también

tener equipo preparado para asesorar a nuestros clientes frente a un nuevo escenario, entendiendo que, tanto de aprobarse como de rechazarse el texto propuesto, varias industrias deberán adaptarse a un nuevo marco regulatorio, el cual, a su vez, deberá continuar en evolución a través de un largo trabajo legislativo. Logramos asimismo debatir, pensar y desafiar nuestras ideas.

La presente revista es una síntesis de ese ejercicio. En ella, se puede encontrar diferentes artículos sobre temas como trabajo y seguridad social, medio ambiente, recursos naturales, energía, derecho de propiedad, impuestos, entre otras materias. También, se incluyen análisis sobre los procesos de reforma constitucional y sobre la forma que adoptará el Estado y la Administración, en caso de aprobarse el texto propuesto.

Creemos que esta revista es un aporte para que nuestros clientes y amigos puedan tomar una decisión informada este 4 de septiembre. Creemos también que, en caso de aprobarse el texto propuesto y también de rechazarse, varios de los artículos que acá se presentan pueden ser una hoja de ruta para diseñar estrategias de adaptación a un nuevo marco regulatorio. Creemos, finalmente, que el proceso de elaboración de esta revista nos ha permitido contar con un equipo altamente preparado para enfrentar los desafíos que se aproximan.

Los invitamos a leer y a seguir conversando.



Cambios en la regulación tributaria

Comentarios desde lo tributario a los artículos aprobados por el Pleno de la Convención Constitucional y contenidos en el texto de la Propuesta de Nueva Constitución ¹



BEATRIZ BUSTOS
BBUSTOS@PRIETO.CL

[1]En base al documento consolidado que reúne las normas aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional. Texto disponible en:<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf>

La Propuesta de la Nueva Constitución (en adelante, “Propuesta o PNC”) regula principalmente en su artículo 185 aspectos tributarios, modificando la regulación tributaria que actualmente consagra la Constitución Política de la República (en adelante, “Constitución o CPR”).

En primer lugar, el enunciado del artículo 185 en la PNC establece que *“todas las personas y entidades deberán contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de los impuestos, las tasas, y las contribuciones que autorice la ley”*. Así, se consagra el principio de deber de contribuir al gasto público a nivel constitucional, lo cual no se encuentra expresamente previsto en nuestra Constitución actual, pero sí en constituciones anteriores (1818, 1822, 1823 y 1828).

Luego, establece que el sistema tributario debe fundarse en los principios de igualdad, progresividad, solidaridad y justicia material. Se señala como límite que en ningún caso tendrá un alcance confiscatorio (principio que se encuentra en el actual artículo 19 N°20 de la CPR), y dentro de sus objetivos se incorpora la reducción de las desigualdades y la pobreza.

Con respecto al principio de legalidad, actualmente consagrado en nuestra CPR, este se ve mermado en la PNC, ya que en el enunciado del artículo 185, se establece que los impuestos, tasas y contribuciones deben ser autorizadas por la ley, y no fijados por ella como lo señala la actual Constitución. De esta manera, al solo exigir que los tributos sean autorizados por ley, parece ser que su fijación podrá ser determinada a través de otros procesos, o delegada a otras autoridades, con un origen distinto al Mensaje del Presidente o la Moción Parlamentaria.

El principio de legalidad también se encuentra en el artículo 264 de la PNC, el cual señala que en virtud de la ley se puede crear, modificar y suprimir tributos de cualquier clase o naturaleza y los beneficios tributarios aplicables a estos, determinar su progresión, exenciones y proporcionalidad, sin perjuicio de las excepciones se establezcan en la misma Constitución.

En ese sentido, se establece en el mismo artículo 185, que las *“entidades territoriales podrán establecer tasas y contribuciones dentro de su territorio, conforme a una ley marco que establecerá el hecho gravado”*. Por consiguiente, se les otorga a las

entidades territoriales facultades de fijación de ciertos tributos (tasas y contribuciones), y no solo la facultad de exigir su cumplimiento. Por tanto, existe un riesgo de doble tributación entre los tributos fijados por la ley a nivel nacional, y aquellos que fije la entidad territorial.

En cuanto al principio de no afectación, actualmente establecido en el artículo 19 n° 20 de la CPR, por el cual los tributos que se recauden ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un fin determinado, existe una excepción para el caso de los tributos que gravan actividades, o bienes que tengan una clara identificación regional o local, donde pueden ser aplicados por autoridades regionales para el financiamiento de obras en desarrollo. En la PNC este último requisito se elimina, por lo que no hay un incentivo a la inversión y el desarrollo, y además las autoridades regionales pueden no solo aplicar, sino también fijar tasas y contribuciones. Se elimina la excepción a este principio de no afectación, de tributos con fines propios de la defensa nacional.

También se consagra un principio de transparencia, pero enunciado de tal manera que anualmente la autoridad competente publicará: (i) las "cargas" tributarias estatales, regionales y comunales, por un lado, y (ii) los "beneficios tributarios, subsidios, subvenciones o bonificaciones de fomento" a la actividad empresarial, incluyendo personas naturales y jurídicas, por lo que no habría contrapesos para el Estado en esta materia.

En cuanto a los impuestos verdes y el cuidado al medioambiente, el artículo 184 de la PNC, establece que, con el objeto de contar con recursos para el cuidado y la reparación de los ecosistemas, la ley podrá establecer tributos sobre actividades que afecten el medioambiente. Asimismo, se señala que se podrá establecer por ley tributos sobre el uso de bienes comunes naturales, bienes nacionales de uso público o bienes fiscales.

Por último, la PNC señala que dentro de los 3 años de aprobada la PNC, el Presidente de la República deberá presentar un Proyecto de Ley en que se fusionen los Tribunales Tributarios y Aduaneros, que se crearon con el objeto de tener jueces especialistas en materia tributaria, con el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Contratación Pública y el Tribunal de Propiedad Industrial en los nuevos tribunales administrativos para su integración al Sistema Nacional de Justicia.

No se incorpora el principio de eficiencia tributaria, principio de proporcionalidad de los tributos y principio de neutralidad tributaria. Tampoco un principio de certeza jurídica tributaria de manera expresa.

"Se les otorga a las entidades territoriales facultades de fijación de ciertos tributos (tasas y contribuciones), y no solo la facultad de exigir su cumplimiento. Por tanto, existe un riesgo de doble tributación entre los tributos fijados por la ley a nivel nacional, y aquellos que fije la entidad territorial"



CONTACTO

MARIO GORZIGLIA
mgorziglia@prieto.cl

LEONIDAS PRIETO
lprieto@prieto.cl

BEATRIZ BUSTOS
bbustos@prieto.cl

Buen Gobierno y Función Pública



DIEGO MADARIAGA
DMADARIAGA@PRIETO.CL

El compromiso de Chile con la probidad y la lucha contra la corrupción no es reciente.

En su momento, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”) reconoció los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativas como parte de aquellos que la Administración del Estado debe observar.

Asimismo, el año 2005 la Ley N° 20.050 sobre reforma constitucional consagró en el artículo 8° de la Carta Fundamental el principio de probidad, extendiéndolo no sólo a quienes ejercen funciones

administrativas, sino a todos quienes ejerzan funciones públicas.

Por otra parte, nuestro país ha ratificado distintos tratados relativos a estas materias, como la Convención de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra la Corrupción. De conformidad con el desarrollo normativo expuesto, el borrador de propuesta de nueva Constitución dedica un capítulo completo al “Buen Gobierno y Función Pública”.

En él, no sólo se amplía el mandato constitucional vigente en relación con la rectitud e integridad, al



disponer que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar cumplimiento a los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas en todas sus actuaciones” , sino también se define por primera vez en una Carta Magna nacional el principio de probidad[1].

Asimismo, se introducen, entre otras, las siguientes innovaciones: (i) se establece una serie de otros principios que rigen el desempeño de las funciones públicas, tales como la eficiencia, eficacia, responsabilidad, buena fe, interculturalidad y el enfoque de género; (ii) se asegura a todas las personas el derecho a la transparencia de la información pública; (iii) se consagra constitucionalmente el deber de rendición de cuentas de los órganos del Estado y quienes ejercen una función pública; (iv) se dispone que, respecto de las altas autoridades del Estado –vocablo que no se encuentra determinado ni se vuelve a usar en la propuesta–, la ley establecerá mayores exigencias y estándares de responsabilidad para el cumplimiento de los principios de probidad, transparencia y rendición de cuentas; y, (v) se regula el Consejo para la Transparencia, cuerpo que estará a cargo de promoverla, fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a ésta y garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Adicionalmente, la propuesta de Constitución señala que “La corrupción es contraria al bien común y atenta contra el sistema democrático”. Esta idea bien podría considerarse como piedra angular del capítulo en cuestión –perfectamente podría haber sido su artículo inaugural–, toda vez que subyace al resto de sus disposiciones e instaura conceptos claves, los que, lamentablemente, no son definidos ni dotados de mayor contenido a lo largo del borrador.

[1]Según el artículo 166 de la propuesta –y con algunos matices al actual texto de la LOCBGAE–, éste consiste en “observar una conducta funcionaria responsable e intachable, desempeñando la función o el cargo correspondiente en forma leal, honesta, objetiva e imparcial, sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo, con preeminencia del interés general por sobre el particular”.

Las disposiciones presentadas por los convencionales constituyentes apuntan directamente a elevar el estándar de comportamiento de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, seguramente, con el objetivo de propender a la erradicación de las conductas contrarias tanto a la normativa como a la ética, las mismas que tanto daño han generado durante los últimos años al socavar las bases de nuestro sistema democrático.

En este sentido, aparentemente la propuesta constitucional busca instituir como idea central en estas materias el dar preeminencia al **interés general por sobre el particular**.

De hecho, esta máxima pareciera ser una de las razones por las que se establecen tantos límites al ejercicio de la función pública, entre ellos la “rendición de cuentas” y el desempeño de los cargos de forma “objetiva e imparcial, sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo”.

Sin embargo, cabe tener presente que “Se quiere siempre el bien propio; pero no siempre se le conoce”[2]. En el papel y en sueños es fácil aspirar a los más altos ideales en el ejercicio de la función pública para así velar por el interés general y, por consiguiente, el bien común, pero ¿cómo distinguir – más allá de los objetivos de rectitud e integridad– a qué corresponden dichos conceptos en la práctica?

¿De qué forma se previene que la función pública sea un mero mandato que pesa sobre las autoridades, en cuya virtud no existe, en definitiva, discrecionalidad para tomar decisiones?, ¿Es posible realmente cumplir de la mejor forma con dicho mandato frente a las limitaciones antes expuestas?, ¿Cómo evitar que lo “conveniente” y lo “provechoso” sucumban ante lo “popular” y lo “políticamente correcto”?

En cualquier caso, no ha de adoptarse una actitud negativa hacia el texto propuesto, argumentando que de nada sirve establecer absolutos normativos

[2] Rousseau, Jean-Jacques (1996): *El contrato social*. (Espasa Calpe, Octava Edición), p. 60.

que busquen un ejercicio límpido y probo de la función pública porque, de hecho, es probable que este no sea el resultado esperado, sino que esta última tienda paulatinamente a mejores prácticas.

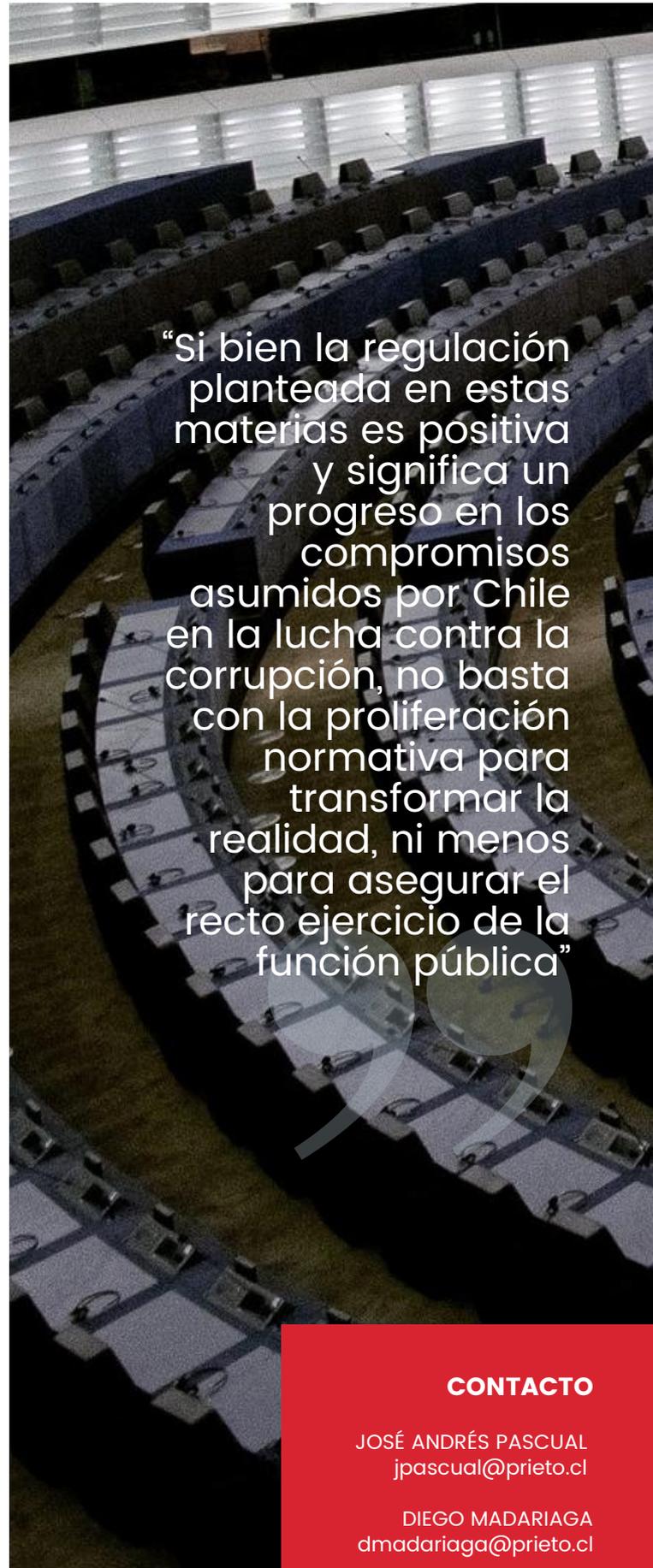
Por nuestra parte, si bien la regulación planteada en estas materias es positiva y significa un progreso en los compromisos asumidos por Chile en la lucha contra la corrupción, no basta con la proliferación normativa para transformar la realidad, ni menos para asegurar el recto ejercicio de la función pública.

Tal como lo señaló la profesora Marisol Peña, “[...] *el andamiaje constitucional y legal que lo complementa es hoy bastante potente en orden a frenar la corrupción promoviendo conductas éticas por parte de quienes ejercen funciones públicas y en las que se distinga adecuadamente entre el interés público y el privado [...], pero ello no asegura, per se, que se producirá el consecuente cambio de actitudes y de conductas*”[3].

Coincidimos, entonces, en que el solo establecimiento y reconocimiento de normas, derechos y principios relacionados con la probidad y el buen gobierno no es suficiente si, en contrapartida, no nos dotamos de una institucionalidad poderosa y que nos permita asegurar su efectividad.

No obstante, y más allá de las consideraciones que se puedan tener respecto del borrador de nueva Constitución, las ambiciones de una función pública íntegra y proba son un desafío a largo plazo, el cual deberemos enfrentar de todas maneras y sin importar cuál sea el resultado del plebiscito del 4 de septiembre.

[3]Peña Torres, Marisol (2016): *Democracia, Constitución y probidad pública y privada*. En Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Núm. 7-1, enero 2016, pp. 117 - 132.



“Si bien la regulación planteada en estas materias es positiva y significa un progreso en los compromisos asumidos por Chile en la lucha contra la corrupción, no basta con la proliferación normativa para transformar la realidad, ni menos para asegurar el recto ejercicio de la función pública”

CONTACTO

JOSÉ ANDRÉS PASCUAL
jpascual@prieto.cl

DIEGO MADARIAGA
dmadariaga@prieto.cl

Regulación económica y libre competencia: ¿Cambios positivos o incertidumbre en su aplicación?

Comentarios desde la mirada de la libre competencia y regulación económica a los artículos aprobados por el pleno de la convención constitucional y contenidos en el texto de la propuesta de nueva constitución ¹

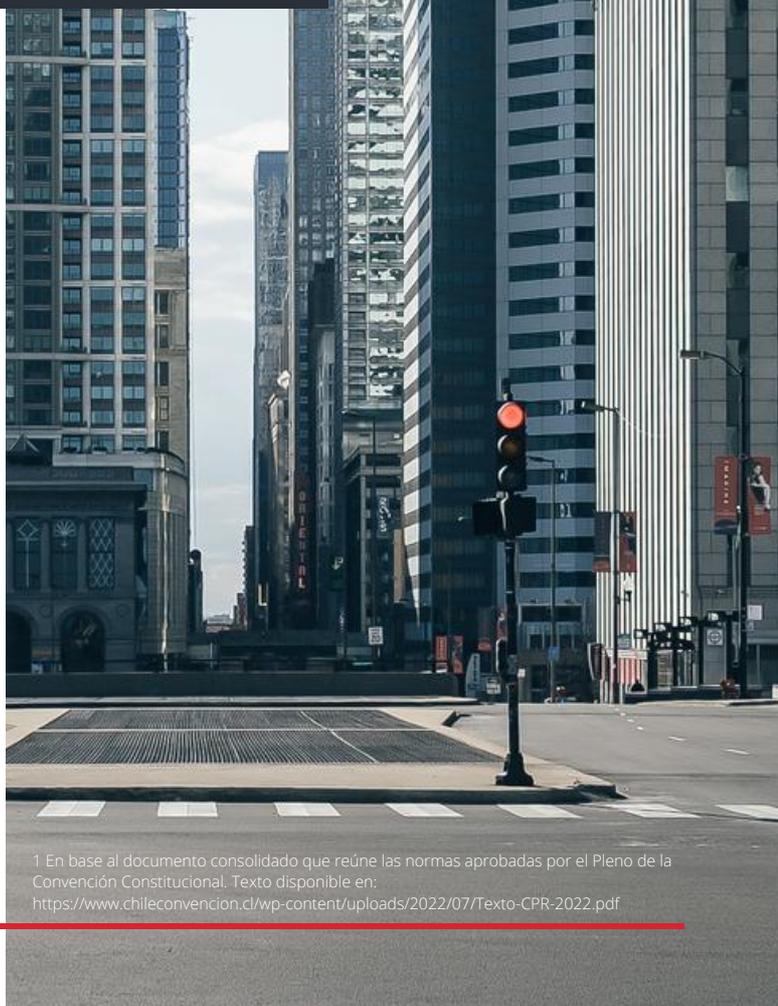
La propuesta de nueva Constitución promueve, por una parte, la libertad de emprender y de desarrollar actividades económicas, y por otra parte, reconoce al Estado un rol relevante como actor en la economía.

En particular, el artículo 80 de la propuesta de nueva Constitución reconoce la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas, en la medida que el ejercicio de esa libertad sea compatible con los derechos consagrados en la Constitución, la protección de la naturaleza y lo que determinen las leyes para que se promueva el desarrollo de las empresas de menor tamaño y se asegure la protección de las consumidoras y los consumidores.



CATALINA BRUNER
C Bruner@Prieto.cl

¹ En base al documento consolidado que reúne las normas aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional. Texto disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf>





“Dentro de las novedades de esta regulación es que se establece como derecho la libertad de emprender, incluyendo la protección de la naturaleza como sujeto de derechos”

Asimismo, el artículo 182 establece que el Estado cuenta con potestades regulatorias, fiscalizadoras, de fomento y de desarrollo de actividades económicas. Así, el texto le reconoce iniciativa para desarrollar actividades económicas, mediante las formas diversas de propiedad, gestión y organización que autorice la ley, y deberá fomentar la innovación, los mercados locales, los circuitos cortos y la economía circular.

Si bien la propuesta de nueva Constitución no lo establece expresamente, es de esperar que el legislador, en caso de entrar en vigencia este texto, reconozca en las leyes que autoricen la actividad empresarial del Estado, que las empresas públicas son, al igual que las privadas, sujetas a la regulación y fiscalización del Estado en el ejercicio de esas potestades, y sujetos pasivos de la legislación de competencia, reconociendo así el principio de neutralidad competitiva.

El principio de neutralidad competitiva es reconocido en el derecho y política de libre competencia, tanto a nivel comparado como nacional, y garantiza que tanto las empresas públicas como las privadas compitan en base a sus méritos en el mercado, en igualdad de condiciones, enfrentando la misma regulación, sin que algunas de ellas puedan beneficiarse de ventajas indebidas entregadas por el Estado (como por ejemplo, subsidios directos, exenciones de regímenes regulatorios u otros). Asimismo, es promovido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, de manera que las economías cuenten con marcos legales neutrales que no impidan, restrinjan, ni distorsionen la competencia en los mercados.

Por otro lado, el mismo artículo 182 establece en su número 5 que *“el Estado debe prevenir y sancionar los abusos en los mercados. Las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición dominante, así como las concentraciones empresariales que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados, se entenderán como conductas contrarias al interés social. La ley establecerá las sanciones a los responsables.”*

Esta disposición establece una consagración de aspectos de libre competencia, optando por establecer que ciertas conductas son contrarias al interés social, en contraposición a lo que podría haber sido, por ejemplo, consagrarlo en términos positivos.²

La redacción del artículo hace referencia a la colusión entre empresas. En este sentido, la redacción dejaría fuera la colusión entre personas naturales u otro tipo de instituciones distintas de las empresas, aun cuando sean proveedoras de bienes o servicios y actúen en el mercado. Lo anterior implicaría que podría verse dificultado que la ley pueda establecer sanciones a otros actores de mercado, como por ejemplo, las personas naturales o las instituciones u organizaciones que aun cuando no sean empresas, sí actúan como agentes de mercado, quienes desde luego también deben velar por la libre competencia en el mercado. En general, se reconoce que es importante que la ley de libre competencia –tal como lo es en la actualidad– sea aplicable para todo aquel que ejecute actos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tienda a producir esos efectos, incluyendo empresas, personas naturales o entidades públicas, nacionales o extranjeras, indistintamente.

Asimismo, el artículo se refiere a los abusos de posición dominante. Esta redacción es producto del trabajo de la Comisión de Armonización, ya que anteriormente, se refería a una posición monopólica, lo que conceptualmente, es distinto de un abuso de posición dominante.

La redacción del numeral 5 incluye un juicio previo a las concentraciones empresariales bajo parámetros de textura abierta (estableciendo como *contrarias al interés social aquellas que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados*), siendo que actualmente y desde el 2017, la institucionalidad del control obligatorio previo de las operaciones de concentración ha funcionado muy bien para los fines que busca la libre competencia.

Esto podría eventualmente introducir cierta incertidumbre, si el legislador tendrá o no que incorporar un nuevo estándar en el análisis de operaciones de concentración (distinto al actual de reducción sustancial de la competencia), mediante nuevos criterios como la eficiencia, la justicia y la

lealtad. Si bien estos criterios pueden ser positivos y bien intencionados, técnicamente podrían ser más difíciles de evaluar y establecer por parte de las autoridades de competencia.

Finalmente, el artículo dispone que ley deberá sancionar a los responsables a continuación de la frase que se refiere tanto a las concentraciones como a la colusión o los abusos de posición dominante. Resulta problemático pensar que la forma en la cual se promoverá la competencia por medio de un control a las operaciones de concentración será meramente sancionadora, es decir, actuando ex post, y no como un régimen de carácter preventivo obligatorio, como es en la actualidad. Efectivamente la ley debe sancionar a los responsables de aquellas concentraciones que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados en la medida que éstas se materialicen aun cuando hayan sido prohibidas, pero en ningún caso ello debiese suponer el término de un régimen de carácter preventivo o ex ante.

Si el sentido de la propuesta de nueva Constitución fuese únicamente sancionatoria o ex post, sería difícil de conciliarla con el sistema de control obligatorio previo de operaciones de concentración que desde la reforma al DL 211 del 2016 existe en nuestra legislación.

CONTACTO

BENJAMÍN GREBE
bgrebe@prieto.cl

ANDREA VON CHRISMAR
avonchrismar@prieto.cl

CATALINA BRUNER
cbruner@prieto.cl

² Si es que hubiese señalado la importancia de la libre competencia para contar con mercados sanos que generen bienestar social o el deber de la ley de protegerla y promoverla.

DL211: La inviabilidad de la Delación Compensada



ANDREA VON CHRISMAR
AVONCHRISMAR@PRIETO.CL

El artículo 365 de la propuesta de nueva Constitución establece en su número 3 que *“La facultad exclusiva de ciertos órganos de la administración para presentar denuncias y querellas no impide que el Ministerio Público investigue y ejerza la acción penal pública en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos”*.

Respecto de esta norma, resulta de interés desde el punto de vista de la libre competencia el hecho que se establezca que la acción exclusiva de ciertos órganos de la administración, como es el caso de la Fiscalía Nacional Económica para presentar querellas en casos de colusión, no impide la acción penal pública y el desarrollo de la investigación por parte del Ministerio Público.

En este sentido, lo establecido en la propuesta de nueva Constitución viene a modificar lo dispuesto el DL 211. En particular, el artículo 64 del DL 211 dispone que las investigaciones referidas a los acuerdos entre competidores que se describen en el artículo 62 del mismo cuerpo normativo, sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica,

la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

Atendida la modificación completa que supone esta disposición, la propuesta de nueva Constitución estableció, en su artículo Quincuagésimo Sexto Transitorio, que se encontrarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 del DL 211, las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere el inciso primero de dicho artículo, mientras el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios de los artículos 39 bis y 63, inciso primero, del mencionado decreto ley, en concordancia con lo establecido en el artículo 365 inciso 3 de la propuesta de nueva Constitución.

Asimismo, se rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62 del DL 211, a las personas a que se refiere el inciso cuarto del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere dicho inciso, mientras el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios de los artículos 39 bis y 63, inciso cuarto, del mencionado decreto ley, en concordancia con lo establecido en el artículo 365 inciso 3 de la propuesta de nueva Constitución.

El origen de esta norma transitoria es una indicación que fue aprobada de acuerdo a lo informado por medio del Oficio N° 825 de fecha 14 de junio de 2022.[1] Sin perjuicio de ello, la indicación contó como antecedente el Oficio Ord. 784 de 20 de mayo de 2022 de la Fiscalía Nacional Económica, en donde la autoridad advirtió a la Comisión de Normas Transitorias de la Convención Constituyente acerca de las dificultades que la inmediata entrada en vigencia del número 3 del referido artículo supondría para quienes ya se han acogido o se acojan en el futuro a los beneficios de exención de responsabilidad penal, o de reducción de la pena por el delito de colusión, conforme al artículo 63 del Decreto Ley N°211 (DL 211), mediante el mecanismo conocido como delación compensada.

En el documento, la Fiscalía Nacional Económica explica que la delación compensada constituye, tanto a nivel nacional como comparado, la principal herramienta de detección y persecución de carteles. Por eso, solicitó que se propusiera al pleno de la Convención Constitucional una norma transitoria, con el objeto de salvaguardar la herramienta de la delación compensada.

“Podría verse dificultado que la ley pueda establecer sanciones a otros actores de mercado, como, por ejemplo, las personas naturales o las instituciones u organizaciones que aun cuando no sean empresas, sí actúan como agentes de mercado”

De acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica, la referida disposición de la propuesta de nueva Constitución implicaría una modificación tácita al artículo 64 del DL 211, que establece que la investigación penal por el delito de colusión solo podrá iniciarse por querrela de la Fiscalía Nacional Económica. En este sentido, la norma de la propuesta de nueva Constitución permitiría el inicio de un proceso penal en contra de quienes han colaborado con la autoridad revelando la existencia de una colusión, sin que haya existido antes una sentencia del TDLC que reconozca su exención de esa responsabilidad penal.

Conforme a lo anterior, la disposición transitoria ya referida contenida en la propuesta de nueva Constitución es relevante, ya que buscaría evitar que, al menos en un corto plazo y respecto de quienes ya hayan accedido o accedan a la delación compensada, esto es, quienes revelen o hayan revelado la existencia de una colusión a la autoridad, confiesen su participación y aporten prueba al respecto, podría iniciarse (o incluso terminar) el proceso penal sin que haya existido la instancia procesal que exige la ley para que se reconozca su exención de responsabilidad penal.

Con todo, y atendido lo dispuesto en el número 3 del artículo 365 de la propuesta de nueva Constitución, en caso de aprobarse el texto, la institución de la delación compensada será inviable en los términos del diseño institucional actualmente vigente.

En este sentido, de aprobarse el texto, la delación será distinta a la herramienta que conocemos en la actualidad, ya que no asegurará el beneficio en sede penal a quienes hayan colaborado con la autoridad de libre competencia anteriormente, a menos que se adoptan a nivel legal ciertos resguardos para que este mecanismo tan útil para desestabilizar y desbaratar carteles pueda ser compatible con la nueva norma de la propuesta. El desafío está planteado y parece relevante, más aún cuando las propias autoridades reconocen que, parte del descontento que habría originado el proceso constitucional, se podría haber relacionado con casos de carteles respecto de bienes especialmente sensibles y masivos.

CONTACTO

BENJAMÍN GREBE
bgrebe@prieto.cl

ANDREA VON CHRISMAR
avonchrismar@prieto.cl

[1] <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/06/Oficio-825-a-la-Secretaria-de-Comunicaciones-con-normas-transitorias-aprobadas-FEA.pdf>

Corte Constitucional: análisis crítico sobre los mecanismos de control de constitucionalidad

JUAN PABLO RIESCO
JPRIESCO@PRIETO.CL



Un cambio fundamental en la importancia de la protección constitucional de los derechos se ha producido en los últimos 60 años. El respeto a los derechos humanos es ahora considerado como parte esencial de cualquier sociedad democrática. Los mecanismos que permiten a las personas invocar, directa o indirectamente, los derechos que les fueron conferidos son, en consecuencia, cada vez más importantes. En efecto, hace ya 12 años, la Comisión de Venecia[1], en su 85ª Sesión Plenaria sobre el Acceso a la Justicia Constitucional, alertaba sobre la necesidad que las constituciones de sus estados miembros contengan mecanismos constitucionales efectivos y concretos de resguardo y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a una carta fundamental.

En términos conceptuales, es posible distinguir entre el acceso individual directo, en el cual a los individuos se les da la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma determinada o actuar directamente, y el acceso individual indirecto, en el que la constitucionalidad sólo puede ser impugnada a través de los órganos del Estado.

Pues bien: ¿qué mecanismos de impugnación constitucional establece la propuesta constitucional?

[1]La Comisión de Venecia es un órgano consultivo del Consejo de Europa, formado por expertos independientes en el campo del derecho constitucional, creada en el año 1990 tras la caída del muro de Berlín.

La propuesta constitucional contiene un mecanismo de acceso principalmente indirecto, radicando en el juez de la gestión pendiente la titularidad para interponer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 181, Nº1, letra a). El borrador de Constitución no les permite a las partes la posibilidad de interponer directamente dicha acción ante la Corte Constitucional, órgano técnico y autónomo creado por la convención constitucional en su artículo 377.

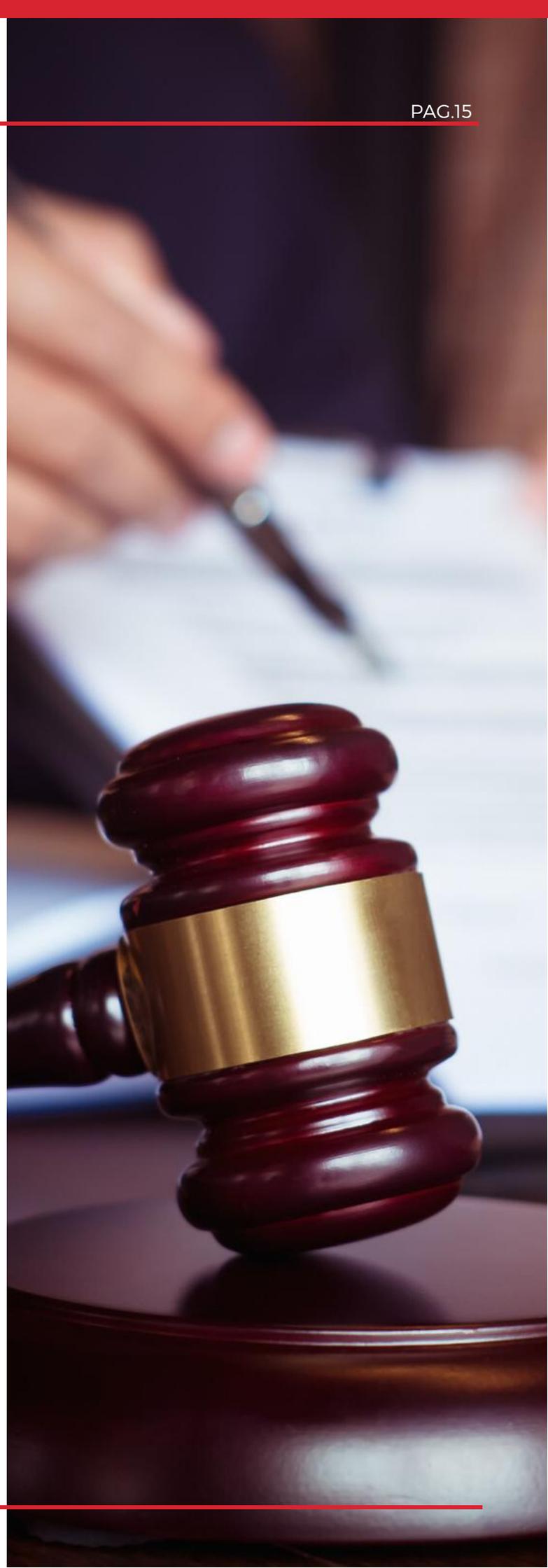
¿Por qué principalmente indirecto, entonces? Porque si bien es el juez quien tiene la legitimación activa para interponer una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo puede hacer de oficio o previa petición de la parte. Es decir, las partes pueden presentar una petición al juez de la gestión pendiente, pero finalmente es éste quien, de manera autónoma, decide unilateralmente si interponer o no la referida acción de inaplicabilidad ante la Corte Constitucional. Asimismo, este mecanismo indirecto de protección se limitó de manera adicional, impidiéndose su interposición si el asunto ya está sometido al conocimiento de la Corte Suprema.

Esta acción será resuelta por la Corte Constitucional por mayoría de sus integrantes, y sólo podrá ser acogida cuando el precepto impugnado no sea posible de ser interpretado de un modo que evite efectos inconstitucionales (por aplicación del artículo 377, existe una presunción de constitucionalidad de la ley, lo que restringirá y

limitará además el campo de acción de la futura Corte Constitucional, pues verá restringida sus atribuciones para ejercer el control preventivo de constitucionalidad de la ley, con las importantes consecuencias políticas y constitucionales que de ello se derivan y que escapan a este artículo). Ello implicaría, para algunos autores, la incorporación del concepto "abstracto" en esta acción, pues en contraposición a lo que se establece en la Carta Fundamental de 1980, en donde la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se acogía en la medida que el precepto legal produjese efectos inconstitucionales aplicados al caso concreto, ahora esta acción se acogerá previo análisis en abstracto - y no en concreto- de la norma legal, y sólo en la medida que el precepto legal no sea posible de ser interpretado -no en la gestión pendiente, sino que de manera genérica- de un modo que evite efectos inconstitucionales.

Resulta relevante destacar también que la propuesta constitucional considera un mecanismo de acceso directo. En efecto, el artículo 181, N°1 letra b) de la propuesta constitucional dispone que *"si existen dos o más declaraciones de inaplicabilidad de un precepto legal conforme a la letra a) de este artículo, habrá acción pública para requerir a la Corte la declaración de inconstitucionalidad"*, declaración que deberá efectuarse con el voto conforme de los tres quintos de las y los integrantes de la Corte Constitucional, la que estará compuesta de once integrantes -independientes de todo otro poder e inamovibles, salvo causales del artículo 379 de la propuesta constitucional-, de conformidad al artículo 378 de la misma.

En las restantes materias que serán de competencia de la Corte Constitucional (establecidas en las letras c), d), e), f), g), h), i), j) del artículo 381 de la Propuesta Constitucional, y en los numerales 2 y 3 del mismo artículo 381), en ninguna de ellas los legitimados activos serán los ciudadanos comunes y corrientes, lo que a todas luces significa un retroceso en materia de acceso a la justicia para los ciudadanos, ya que el borrador constitucional, salvo una excepción muy concreta y limitada, impide el acceso directo de los ciudadanos a la Corte Constitucional para resguardar y solicitar la tutela de sus derechos constitucionales, vulnerándose con ello el principio de supremacía constitucional, principio que se fundamenta y estructura en base a un control de constitucionalidad permanente, por parte del órgano especialmente creado al efecto, de una carta fundamental.





A modo ilustrativo y para graficar esta limitación para los ciudadanos, durante el año 2021, ingresaron 2.606 requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al actual Tribunal Constitucional: de esos 2.606 requerimientos, sólo 10 fueron presentados por jueces (lo que equivale a un 0,38% del total de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ingresados en el año 2021).

Creemos que si bien el borrador de propuesta constitucional acierta en la creación de un órgano autónomo y técnico como la Corte Constitucional, la restricción de las vías directas que disponen los ciudadanos para el resguardo y protección de sus derechos constitucionales podría entenderse como una afectación del principio de primacía constitucional y contraría las corrientes y tendencias constitucionales modernas, las que apuntan a garantizar, de manera eficiente, clara y sin mayores limitaciones, el acceso de todos los ciudadanos a gozar y disponer de mecanismos de resguardos efectivos de sus derechos constitucionales garantizados en una carta fundamental.

Las limitaciones a estos derechos de los ciudadanos que consagra el borrador de propuesta constitucional podrían tener, un efecto regresivo importante e importarían una limitación en el acceso a la justicia constitucional, teniendo la potencialidad además de afectar los principios de igualdad ante la ley y la defensa jurídica del que gozan todos los ciudadanos.

“Si bien el borrador de propuesta constitucional acierta en la creación de un órgano autónomo y técnico como la Corte Constitucional, la restricción de las vías directas que disponen los ciudadanos para el resguardo y protección de sus derechos constitucionales podría entenderse como una afectación del principio de primacía constitucional y contraría las corrientes y tendencias constitucionales modernas”

CONTACTO

FERNANDO SAMANIEGO
fsamaniego@prieto.cl

JUAN PABLO RIESCO
jpriesco@prieto.cl

El Estado regional y organización territorial en la propuesta constitucional

¿El camino a la descentralización?

JOSÉ MARÍA LAGOS
ILAGOS@PRIETO.CL



El texto del proyecto de nueva Constitución considera una importante modificación relativa al Estado Regional y la transición hacia un sistema cada vez más descentralizado. La nueva institucionalidad sobre Estado regional y organización territorial se desarrolla en el capítulo VI de la propuesta constitucional, el cual podemos dividir en los siguientes temas: las entidades territoriales, la comuna autónoma, la provincia, la región autónoma, la autonomía regional indígena, los territorios especiales, la ruralidad y la autonomía fiscal.

En la propuesta encontramos una reconfiguración de las autoridades regionales a través de la creación de distintas entidades territoriales autónomas con diversas competencias y potestades. Esta autonomía territorial está dotada en sus diversas formas de facultades políticas, administrativas y financieras, con importantes atribuciones y potestades, alterando sustancialmente la estructura y sistema de la administración regional, como lo conocemos hasta la fecha.



El capítulo inicia con una regulación genérica de las denominadas “entidades regionales”, señalando que el Estado se organiza territorialmente en *entidades territoriales autónomas y territorios especiales*, las cuales deberán actuar coordinadamente en cumplimiento de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, respetando las diversas formas de concebir y organizar el mundo, de relacionarse con la naturaleza y garantizando los derechos de autodeterminación y de autonomía de los pueblos y naciones indígenas. A su vez, se establece que, en la participación de las entidades territoriales en el Estado regional, estas deben garantizar el derecho a sus habitantes a participar en las decisiones públicas, comprendiendo en ello la *formulación, la ejecución, la evaluación, la fiscalización y el control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes*. A continuación de esta regulación, en el artículo 191 de la propuesta, se regula que, para efectos de la participación de las entidades territoriales en el Estado regional, *los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten sus derechos reconocidos en esta Constitución*, regulación que en los términos redactados y en atención de las potentes facultades con las cuales se dotan a las autoridades regionales, podría ser fundamental y crítico en la ejecución de la política administrativa regional.

A modo de esquema general, podemos identificar tres grandes nuevas institucionalidades: las regiones autónomas, las comunas autónomas y los territorios especiales. A su vez, la región autónoma se estructura en un gobierno regional, una asamblea regional y un consejo social regional, agregado a una importante norma como el “estatuto regional”. Por su parte, la comuna autónoma mantiene en general su estructura, basada en el alcalde y el consejo municipal como partes del gobierno comunal, innovándose en la figura del “estatuto comunal”. Finalmente, se crean las denominadas autonomías territoriales indígenas como entidad dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, donde se remite al legislador, la regulación de las competencias exclusivas de las autonomías territoriales indígenas, garantizándose que estas

deberán contar con las competencias y financiamiento necesario para el adecuado ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos y naciones indígenas.

En cuanto al gobierno regional, este corresponde al órgano ejecutivo de la región autónoma, ejerce la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que se encuentren en su competencia conforme a la Constitución, la ley y el estatuto regional. Tiene entre sus atribuciones, la potestad de proponer a la asamblea regional, la creación de empresas públicas regionales o la participación en empresas regionales. A su vez, debe preparar y presentar a la misma asamblea, el plan regional de ordenamiento territorial, el plan de desarrollo urbano y los planes de manejo integrado de cuencas. Entre otras novedosas atribuciones tales como el ejercicio de competencias fiscales y la celebración y ejecución de “acciones de cooperación internacional”, el gobierno regional tendrá la atribución de convocar a referendos y plebiscitos regionales en virtud de lo previsto en la Constitución, el estatuto regional y la ley.

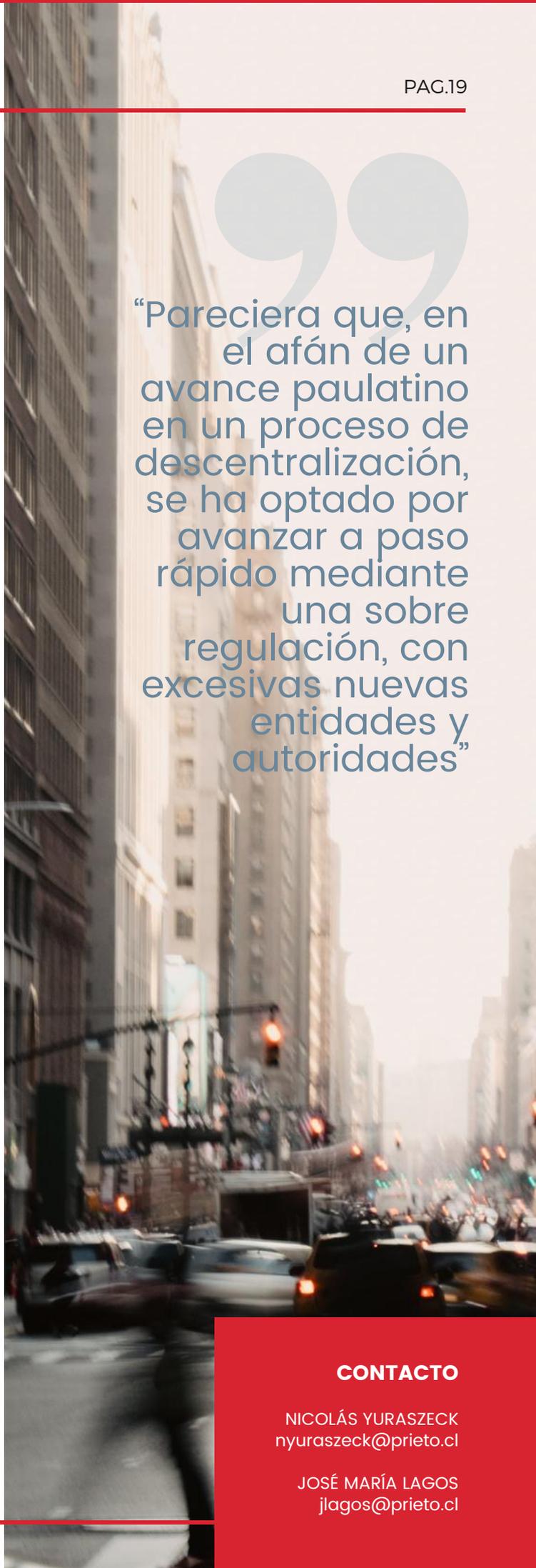
A su vez, las denominadas “asambleas regionales” corresponden al órgano colegiado de representación regional, que está dotado de potestades normativas, resolutivas y fiscalizadoras, y que dentro de sus atribuciones está la potestad de dictar las normas regionales que hagan aplicables las leyes de acuerdo regional (cuya formación está a cargo de la Cámara de las Regiones), iniciar en materias de interés regional el trámite legislativo ante la Cámara de las Regiones, solicitar al Congreso de Diputadas y Diputados la transferencia de la potestad legislativa en materias de interés de la región autónoma, aprobar, previa ratificación de la Cámara de las Regiones, la creación de empresas públicas regionales o la participación en empresas regionales, entre otras atribuciones. Es interesante analizar que las asambleas regionales han sido dotadas de importantes atribuciones que podrían involucrar inclusive, potestades legislativas, algo propio de un estado federal.

Finalmente, en lo relativo a la región autónoma se incluye el denominado “estatuto regional”, el cual contendrá las disposiciones sobre la organización administrativa y del funcionamiento interno de cada región autónoma, estatuto que será propuesto por el gobierno regional a la asamblea regional para su aprobación, mediando un proceso en el cual se *deberá garantizar la participación popular, democrática y vinculante.*

En cuanto a la autonomía fiscal, se innova dotando de atribuciones financieras a las entidades territoriales, otorgándole facultades a los gobiernos “regionales y locales” de emitir deuda, crear tasas y contribuciones, sumado a la facultad de crear empresas públicas.

Como comentario general, pareciera que en el afán de un avance paulatino en un proceso de descentralización, se ha optado por avanzar a paso rápido mediante una sobre regulación, con excesivas nuevas entidades y autoridades (no han sido mencionados todas las nuevas entidades regionales en este texto), con atribuciones de participación en el proceso de formación de la ley, referendos regionales y locales de carácter vinculantes, con autorizaciones previas de pueblos indígenas para la adopción de decisiones de impacto regional y con atribuciones que parecieran ser propias de otros poderes del Estado.

Se le ha dejado una gran carga al legislador de poder ordenar de forma coherente y armónica la detallada regulación en rango constitucional de la propuesta de texto, para efectos de poder aterrizar la idea de un Estado descentralizado, pero con esferas de competencia y atribuciones delimitadas mediante una regulación clara y efectiva en su aplicación real.



“Pareciera que, en el afán de un avance paulatino en un proceso de descentralización, se ha optado por avanzar a paso rápido mediante una sobre regulación, con excesivas nuevas entidades y autoridades”

CONTACTO

NICOLÁS YURASZECK
nyuraszeck@prieto.cl

JOSÉ MARÍA LAGOS
jlagos@prieto.cl

Protección de datos personales: La novedad de la propuesta de nueva constitución



IGNACIO VALENZUELA
IVALENZUELA@PRIETO.CL

“La Propuesta le entrega la responsabilidad a la ley de regular únicamente el tratamiento, pero la protección queda consagrada y regulada, en sus puntos más relevantes, en la misma constitución, debiendo la ley en todo momento guiarse por los principios indicados en la Propuesta”

Dado el contexto globalizado y altamente tecnologizado en que vivimos, uno de los temas que ha protagonizado el debate público en el último tiempo es la Protección de Datos Personales. Es por esto que varios ordenamientos jurídicos han empezado a regular este tema de forma exhaustiva, siendo el más importante el Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”) de la Unión Europea.

En el ámbito nacional, actualmente la protección de datos tiene reconocimiento constitucional, en el artículo 19 N° 4, que señala lo siguiente: *“Artículo 19: La constitución asegura a todas las personas: 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”*. La ley a la cual se le encarga la regulación de la materia es la Ley 19.628, sobre la Protección a la Vida Privada. Dicha ley fue promulgada el año 1999, encontrándose al día de hoy sumamente desactualizada y siendo insuficiente para garantizar una adecuada protección en materia de Protección de Datos Personales.

Es por esto que una de las grandes novedades que trae la propuesta sobre la Nueva Constitución es en materia de Protección de Datos Personales, ya que en su artículo 87 la reconoce constitucionalmente y la regula, según lo veremos a continuación. Además, establece los principios que inspiran esta materia: licitud, lealtad, calidad, transparencia, seguridad, limitación de la finalidad y minimización de los datos; y los derechos que tienen los titulares de los datos: acceso, rectificación, cancelación, oposición y

CONTACTO

PATRICIO PRIETO L.
pdprieto@prieto.cl

IGNACIO VALENZUELA
ivalenzuela@prieto.cl

portabilidad (en adelante los "Derechos ARCOP"). Siendo el tenor literal del artículo 87 el siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales. Este derecho comprende la facultad de conocer, decidir y controlar el uso de los datos que le conciernen, acceder, ser informada y oponerse al tratamiento de ellos, y a obtener su rectificación, cancelación y portabilidad, sin perjuicio de otros derechos que establezca la ley.

2. El tratamiento de datos personales solo podrá efectuarse en los casos que establezca la ley, sujetándose a los principios de licitud, lealtad, calidad, transparencia, seguridad, limitación de la finalidad y minimización de datos".

Este cambio en la forma de consagrar la protección de datos trae grandes implicancias prácticas. En primer lugar, la actual redacción del artículo 19 N°4 de la CPR consagra la protección de datos personales, pero le entrega a la ley toda la responsabilidad de regular el tratamiento y **la protección** de datos. En cambio, la propuesta le entrega la responsabilidad a la ley de regular únicamente el tratamiento, pero la protección queda consagrada y regulada, en sus puntos más relevantes, en la misma constitución, debiendo la ley en todo momento guiarse por los principios indicados en la propuesta. Como se puede apreciar, este es un cambio importantísimo, ya que al alero de la Constitución podrían cambiar las condiciones del tratamiento de forma radical y no tendría expresa prohibición en hacerlo. Por el contrario, con

la propuesta, si bien la ley será la encargada de regular el tratamiento, si ésta cambia no podría en ningún caso, vulnerar las garantías fundamentales que la propuesta plantea. A modo de ejemplo, una ley jamás podría eliminar los Derechos ARCOP, o modificar los principios que inspiran el tratamiento de datos.

Además, la propuesta trae otra gran novedad en materia de protección de datos. Esta es la consagración constitucional de la Agencia Nacional de Protección de Datos, regulada en el artículo 376 de la propuesta, constituyéndolo como un órgano autónomo. Dicho artículo señala que las facultades de la Agencia son normar, investigar, fiscalizar y sancionar a entidades públicas y privadas. Cabe señalar que en la actualidad no existe un órgano competente para conocer todas estas materias en protección de datos, existiendo una protección débil, insuficiente y sumamente dispada entre diversos órganos del Estado que se han atribuido facultades de fiscalización y sancionatorias. Esta agencia es la misma entidad que está regulada en el proyecto de ley de protección de datos personales, por lo que sería una gran ventaja, ya que lo consagra constitucionalmente y no lo deja únicamente supeditado a una Ley.

Para concluir, se debe señalar que, en materia de protección de datos personales la propuesta, en conjunto con una nueva ley de protección de datos, eleva considerablemente los estándares nacionales actuales.

Derecho a la energía: ¿Debería regularse como un derecho en sí mismo?



EMILIA VALENZUELA
EVALENZUELA@PRIETO.CL

La energía juega un rol fundamental en el desarrollo social y bienestar de las personas. Sin embargo, en el debate constitucional poco se ha dicho al respecto sin perjuicio de que su consagración en la propuesta de nueva Constitución.

La Constitución vigente no garantiza explícitamente el derecho a la energía. La propuesta de nueva Constitución ensaya una regulación. Varios temas son los que llaman la atención de esta propuesta, pero en esta oportunidad se revisarán dos de ellos: 1) la regulación del derecho a la energía como un derecho aislado; y 2) qué significa que la infraestructura energética sea de "interés público".

1) Regulación del derecho a la energía como un derecho aislado

A nivel comparado, este derecho no es nuevo y se encuentra reconocido en distintos cuerpos constitucionales de otros países. Por ejemplo, las de Nicaragua y Bolivia (reconocimiento expreso) y la de Ecuador (reconocimiento implícito). A su vez, está presente en varios instrumentos internacionales que otorgan directrices y metas.

Por ejemplo, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la

salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia de 25 de mayo de 2017, Caso Masacre de Río Negro vs Guatemala) también se ha pronunciado al respecto en el sentido que "El acceso a la energía eléctrica es fundamental para la garantía de otros derechos humanos. Así, la Observación general No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que la disponibilidad de energía eléctrica para la cocina y el alumbrado se encuentra entre los requerimientos para una vivienda digna. En lo que respecta a la asequibilidad de la energía eléctrica, la referida observación general No. 4 reconoce que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda, incluyendo la energía eléctrica, sean soportables por las personas, y conmensurados con los niveles de ingreso. Igualmente, el suministro de la energía eléctrica debe ser de carácter ininterrumpido."

Por su parte, el Objetivo de Desarrollo Sostenible N°7 de Naciones Unidas busca garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos, afirmando que el acceso universal a la energía es fundamental para mejorar las actividades económicas, el empleo, la seguridad, la producción de alimentos, el bienestar de las personas y el desarrollo de la sociedad.



A nivel nacional, tenemos la Política Energética de Chile Energía 2050 que demuestra un real interés del Estado en promover el acceso universal a la energía, hacerla más barata, limpia y eficiente, y prueba de ello han sido las leyes y reglamentos que se han dictado con impactos positivos en el cumplimiento de estos objetivos[1].

A partir de lo anterior, queda claro que el acceso a la energía no es un derecho que surgió de la nada en el debate constitucional, ni tampoco algo que se aleje de nuestra realidad nacional, pues existen varios instrumentos legales y reglamentarios que apuntan en esa dirección. Además, es un pilar que permite garantizar otros derechos fundamentales, entre ellos, la dignidad, igualdad, vivienda, salud, educación, vivir en un medio ambiente sano, etc., puesto que la energía es un componente esencial para el desarrollo de estos otros derechos.

Ahora, si el derecho a la energía se encuentra implícito en otros derechos fundamentales, surge la pregunta de si debe regularse como un derecho en sí mismo o si basta la consagración de otros derechos fundamentales para considerarlo reconocido. Por ejemplo, para garantizar el derecho a la vivienda digna se requiere necesariamente del acceso a un mínimo vital de energía.

Discusión similar se presentó respecto a si incluir o no el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación en la Constitución de 1980 bajo la misma

[1]Por ejemplo, la creación del Coordinador Eléctrico Nacional, el que se haya permitido que las licitaciones de suministro eléctrico sean a través de bloques horarios, la publicación de la Ley de Eficiencia Energética y de la Ley Marco de Cambio Climático.

“Si el derecho a la energía se encuentra implícito en otros derechos fundamentales, surge la pregunta de si debe regularse como un derecho en sí mismo o si basta la consagración de otros derechos fundamentales para considerarlo reconocido”

lógica anterior puesto que, ¿cómo se puede asegurar la salud sin garantizar un medio ambiente libre de contaminación?

Este no es un tema libre de debate, pues ¿hasta qué punto conviene explicitar cada uno de los derechos? Quizás, al intentar abarcarlo todo, terminamos en la paradoja de limitar más los derechos.

2) La infraestructura energética es de “interés público”

El concepto de “*interés público*”, incluido en la propuesta constitucional en materia de energía, ha generado dudas sobre su alcance. En ese sentido, cabe preguntarse ¿cuáles podrían ser las implicancias de que la infraestructura energética sea de “*interés público*”? Dentro de ese debate existen sectores que consideran que esto podría significar otorgar al Estado la potestad para expropiar la infraestructura energética a privados. Sin embargo, esa interpretación es poco plausible. Aparentemente, el concepto apunta al rol que puede tener el Estado en el desarrollo de la energía.

En ese sentido, se considera que el concepto de “*interés público*”, además de entregar un estatuto de protección al sector energético por parte del Estado, redefine el rol que ha tenido el Estado en este ámbito desde 1982, fecha en que se dictó la Ley General de Servicios Eléctricos. Dicha Ley, junto con el derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad empresarial por parte de los particulares y que el Estado sólo puede hacerlo mediante una ley de quórum calificado (artículo 19 N°21 de la Constitución vigente), ha permitido que el desarrollo de esta actividad sea conferido a los privados y el Estado ha quedado con un rol subsidiario en el ámbito energético, pues sus funciones se han limitado a la planificación, regulación y fiscalización.

Además, a diferencia de la Constitución vigente que requería de una ley de quórum calificado para que el Estado ejerciera alguna actividad empresarial, conforme al artículo 182 de la propuesta constitucional, bastaría una ley que autorice ello. Por consiguiente, se elimina el requisito de los altos quórum que hoy se exigen y de esa manera, en parte, se facilita la participación del Estado en esta área.

Por tanto, este “*interés público*” podría cambiar el papel que el Estado ha tenido por 40 años en el sector de la energía, otorgándole un rol activo al permitirle ingresar como un competidor más y en igualdad de condiciones que a los entes privados, al mercado de dicho sector, ya sea en la generación, transmisión o distribución.

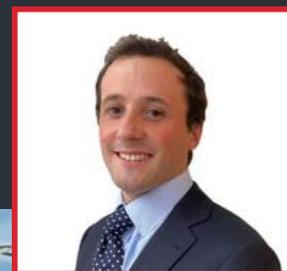
CONTACTO

JUAN TAGLE
jtagle@prieto.cl

EMILIA VALENZUELA
evalenzuela@prieto.cl

Cambios estructurales en los derechos de aguas

IGNACIO QUINTANA
IQUINTANA@PRIETO.CL



La propuesta de nueva Constitución comprende un cambio estructural en el estatuto jurídico que rige a las aguas, no sólo respecto a la naturaleza misma de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, sino que también respecto a las instituciones que tendrán injerencia en la administración del recurso. Parte de dicho cambio estructural, tendrá un efecto inmediato de aprobarse el nuevo texto constitucional en el plebiscito de salida, según se dispone expresamente en las normas transitorias que se analizarán a continuación.

Para poder analizar el alcance de este cambio estructural, es pertinente dar un breve contexto de la legislación actual sobre la materia: en Chile, las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación (artículo 5 del Código de Aguas y 595 del Código Civil), encontrándose por tanto dentro de la categoría con rango constitucional de los denominados “bienes públicos” que “deban pertenecer a la Nación toda” (artículo 19 N°23). El citado artículo 5 del Código de Aguas, recientemente reformado por la ley 21.435 – que fue producto de un

acuerdo transversal del Congreso y cuya tramitación se extendió por más de una década – consagra el carácter concesional de los derechos de aprovechamiento de aguas y establece que, en función del interés público, “se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad a las disposiciones de este código”. El acto administrativo constitutivo de los derechos de aprovechamiento de aguas, le entrega a sus titulares un derecho real que recae sobre el uso y goce de las aguas y que se encuentra amparado expresamente por el derecho de propiedad en la Constitución actual en su artículo 19 N°24, siendo relevante aclarar que la propiedad recae sobre el “derecho de aprovechamiento” (como cosa incorporal) y no sobre las aguas propiamente tal, ya que, como se señaló, son bienes nacionales de uso público cuyo dominio pertenece a todos los habitantes de la nación.

Un primer aspecto relevante es el cambio de la naturaleza jurídica sobre las aguas, ya que la propuesta dispone que las aguas están comprendidas en la categoría de “bienes comunes naturales inapropiables” sobre las cuales podrán otorgarse

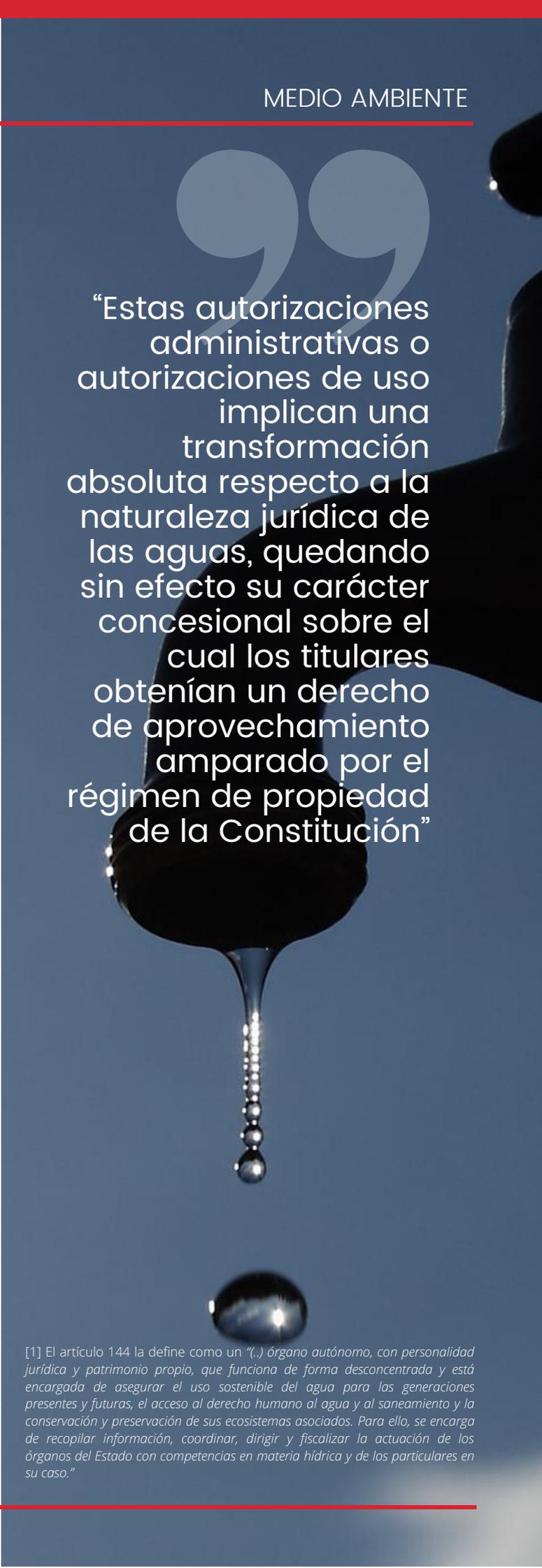
conforme a la ley, "autorizaciones administrativas" que serán temporales, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación y que según se dispone expresamente en el numeral 5 del artículo 134 "no generan derechos de propiedad". A estas características ya señaladas para las autorizaciones administrativas que son compartidas con todos los bienes comunes inapropiables, se incorpora una especial sólo relativa a las aguas en el artículo 142 de la propuesta: las autorizaciones de uso de agua son de carácter intransferible.

Estas autorizaciones administrativas o autorizaciones de uso implican una transformación absoluta respecto a la naturaleza jurídica de las aguas, quedando sin efecto su carácter concesional sobre el cual los titulares obtenían un derecho de aprovechamiento amparado por el régimen de propiedad de la Constitución. Se pasa, entonces, a una autorización administrativa cuya temporalidad se desconoce, que puede ser revocable y que se encuentra expresamente fuera de la protección del derecho de propiedad.

De aprobarse el nuevo texto constitucional, no cabe duda que las aguas seguirán siendo utilizadas para sus distintos fines. Sin embargo, el carácter revocable de las autorizaciones de uso, entrega un alto grado de incertidumbre a los titulares de dichas autorizaciones, quienes ante esa situación no podrán ampararse en el derecho de propiedad para ser indemnizados a una eventual revocación.

Sumado a lo anterior, resulta difícil de prever cuáles serán los impactos de la intransferibilidad de las autorizaciones administrativas de las aguas, ya que su consagración constitucional implica que cualquier acto o contrato que recaiga sobre la mismas adolecerá de objeto ilícito. Dicha condición no distingue entre las distintas naturalezas del agua, siendo aplicable, por ejemplo, al agua desalada, que se vislumbra como parte de la solución a la actual sequía que atraviesa parte del país y cuya generación requiere de una inversión importante, la que podría verse afectada ante este escenario.

Un segundo aspecto que merece especial atención es la creación de nuevas instituciones que tendrán distintos grados de incidencia en la regulación y manejo de las aguas. Entre las más relevantes se encuentra la Agencia Nacional del Agua[1], entidad a cargo de otorgar las autorizaciones de uso de aguas (artículo 142) y que tendrá algunas atribuciones de las



“Estas autorizaciones administrativas o autorizaciones de uso implican una transformación absoluta respecto a la naturaleza jurídica de las aguas, quedando sin efecto su carácter concesional sobre el cual los titulares obtenían un derecho de aprovechamiento amparado por el régimen de propiedad de la Constitución”

[1] El artículo 144 la define como un "(...) órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que funciona de forma descentralizada y está encargada de asegurar el uso sostenible del agua para las generaciones presentes y futuras, el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento y la conservación y preservación de sus ecosistemas asociados. Para ello, se encarga de recopilar información, coordinar, dirigir y fiscalizar la actuación de los órganos del Estado con competencias en materia hídrica y de los particulares en su caso."

mismas características que las que actualmente ostenta la Dirección General de Aguas, como las de fiscalización (artículo 144 N°2 letra c.) y de coordinación de un sistema unificado de información de carácter público (artículo 144 N°2 letra e).

La propuesta comprende también la creación de los Consejos de Cuencas, los que serán *“los responsables de la administración de las aguas”* y deberán estar integrados, *“a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de agua, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca”* No obstante, estos no serán los únicos organismos con competencias en materia de aguas, también se le otorgan algunas atribuciones a la Región Autónoma (artículo 220, letra i.), a la Asamblea Regional (artículo 226) y al Gobierno Regional (artículo 224 letra e.). En el contexto de la denominada *“megasequía”* que enfrenta el país en los últimos años, el marco normativo debe entregar herramientas que permitan, tanto a las autoridades como a los titulares de las autorizaciones de uso, una reacción rápida y versátil en la administración efectiva del recurso, lo que se vislumbra como un enorme desafío ante la *“dispersión institucional”* señalada.

Por último, las normas transitorias sobre las aguas dan cuenta del sentido de urgencia de la propuesta constitucional de aplicar, desde el día de su eventual aprobación, parte del nuevo estatuto jurídico de las aguas. Un ejemplo claro de lo anterior es el artículo 35 transitorio, que establece que con el sólo hecho de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, todos los derechos de aprovechamientos de aguas otorgados con anterioridad, se considerarán, para todos los efectos legales, *“autorizaciones de uso de aguas según lo establecido en esta Constitución”* concretándose, en ese mismo momento, la transformación jurídica ya mencionada.

Junto con lo anterior se establece en el artículo 34 transitorio un plazo de 12 meses para que el Presidente envíe un proyecto de ley para la creación de la Agencia Nacional del Agua y para la *“adecuación normativa relativa a las autorizaciones de aguas”*, agregando que mientras no entre en vigencia dicha ley, las funciones de la Agencia Nacional del Agua, serán asumidas por la Dirección General de Aguas, agregando en el artículo 36 transitorio que la Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional del Agua, según corresponda, deberán de manera gradual, progresiva y con *“sentido de urgencia”*, realizar un *“proceso de redistribución de los caudales*

de las cuencas (...) para garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución”, estableciendo un plazo de 6 meses para realizar el primer proceso regional (artículo 36 transitorio N°2).

De las normas descritas puede apreciarse que existe una transformación estructural respecto a la regulación de las aguas, cuya aplicación tendrá algunos efectos inmediatos en caso de aprobarse el nuevo texto constitucional, el cómo se adecuará esta nueva normativa y sus distintas instituciones ante una realidad nacional que requiere una administración eficaz del recurso, se aprecia como un gran desafío cuya respuesta deberá analizarse con el paso del tiempo en caso de aprobarse el nuevo texto constitucional.



CONTACTO

AGUSTÍN MARTORELL
amartorell@prieto.cl

IGNACIO QUINTANA
iquintana@prieto.cl

Derecho de propiedad privada: El espacio de la interpretación



MAGDALENA STEINMETZ
MSTEINMETZ@PRIETO.CL



Intenso fue el debate constituyente en torno al derecho de propiedad y su consagración como derecho fundamental en la propuesta de Constitución, generando, en más de una ocasión, dudas respecto a la consagración expresa de este derecho. El texto definitivo de propuesta constitucional incluyó dentro del capítulo de Derechos y Garantías Fundamentales el derecho de propiedad. Si bien podemos tener certeza de que el derecho de propiedad se consagra en la propuesta normativa, el alcance de este derecho es incierto y su protección, débil.

Tanto en la Constitución actual, como en el texto a ser votado en septiembre, se consagra el derecho de propiedad en dos aristas: (i) libertad para adquirir toda clase de bienes, salvo aquellos comunes a todos los hombres, o que la Constitución o la ley los declare inapropiables - es decir el derecho a la propiedad -, y (ii) protección del derecho de dominio sobre los bienes ya adquiridos, o - derecho de propiedad.

Si bien los párrafos en los que se trata el derecho de propiedad son bastante similares en ambos cuerpos legales, lo que genera discusión y críticas a la propuesta normativa es la interpretación e implicancias prácticas que generan dichas modificaciones.

La primera diferencia que podemos destacar entre ambos es la consagración legal de los atributos derivados del derecho de propiedad. La propiedad viene aparejada de las facultades de usar, gozar y disponer; las cuales, en virtud de la carta magna actual deben ser establecidas por el legislador. La propuesta normativa elimina dichos conceptos, estableciendo de manera amplia que corresponderá a la ley determinar *“el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, (...)”*, quedando entregado al legislador la posterior determinación del contenido del derecho, entendiéndose que la ley podría, eventualmente, eliminar del contenido del derecho, alguno de sus atributos clásicos.

En segundo lugar, y como bien sabemos, el derecho de propiedad en nuestro país no se consagra como un derecho absoluto, sino que su ejercicio se ve restringido por ciertos límites. Actualmente, aquellos límites están dados por (i) la *“función social”* de la propiedad, es decir, cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, y; (ii) la ley y el derecho ajeno según prescribe el art. 582 del Código Civil. Con la propuesta constitucional se incorpora como nuevo límite constitucional, la *“función ecológica”*, cuyo

concepto no quedó definido y su contenido sin desarrollar; provocando gran incertidumbre y, por ende, una mayor posibilidad de judicialización respecto de la interpretación de la norma por los nuevos “sistemas de justicia”.

Consecuencia derivada de la función social, es la consagración de la expropiación, institución regulada en la Constitución actual. El nuevo texto constitucional conserva la garantía de que ello debe ser previamente autorizado por una ley dictada al efecto, la cual deberá ser fundada, en los términos propuestos por utilidad pública o el *“interés general”*, concepto que se incorpora como novedad al texto constitucional.

El texto a ser votado en septiembre cambia el paradigma actual, sobre todo en términos de la indemnización consecuencia de una expropiación, estableciendo que *“la propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado”*, distinto a la disposición actual que establece que el expropiado *“tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado”*, concepto que la Corte Suprema ha asimilado a la pérdida que representa para el expropiado la privación de su propiedad, y que esa pérdida corresponde al valor económico de mercado del bien expropiado[1]

Adicionalmente, la disposición propuesta no establece ni detalla los medios de pago por los cuales el Estado podrá pagar la indemnización a diferencia de la disposición actual en la cual, a falta de acuerdo se debe pagar en dinero efectivo al contado, suprimiendo la posibilidad de pago en cuotas o en otros medios de pago (por ejemplo, bonos del Estado).

Sin embargo, la propuesta mantiene el derecho para que el expropiado reclame de la ilegalidad del acto expropiatorio, así como del monto y de la modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley, difiriendo levemente de la disposición original. Aun así, dicha disposición genera duda, ya que no queda claro si puede realizarse el pago de la indemnización sujeta a modalidades y no en efectivo y previo a la toma de posesión material que establece la Constitución vigente.

A primera vista, da la impresión de que la expropiación tiene un tratamiento casi idéntico entre ambos cuerpos legales. Sin embargo, otras normas del texto generan cierta incertidumbre. Por ejemplo, la propuesta establece que *“El Estado reconoce y garantiza conforme a la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos”* y que dicha propiedad *“de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución”* y que *“La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general”*. Es así como, declarándose en la Constitución que la restitución de tierras (lo que a todas luces implicaría la acción del Estado respecto de tierras que tienen actualmente un dueño), y estableciéndose expresamente a nivel constitucional que la restitución es de utilidad pública e interés general (requisitos para la expropiación), no sería necesaria una ley expropiatoria dictada especialmente al efecto, en virtud que la Constitución ya la estaría autorizando de manera previa.

Así, un análisis integrado de la regulación de la propiedad en la propuesta de nueva Constitución requerirá ver el comportamiento de la jurisprudencia en la definición de nuevos conceptos, así como en el análisis sistémico de las normas consagradas a lo largo de todo el texto.



“Si bien los párrafos en los que se trata el derecho de propiedad son bastante similares en ambos cuerpos legales, lo que genera discusión y críticas a la propuesta normativa es la interpretación e implicancias prácticas que generan dichas modificaciones”

CONTACTO

FERNANDO BRAVO
fbravo@prieto.cl

MAGDALENA STEINMETZ
msteinmetz@prieto.cl

[1]Causa N° 2338/2001. Recurso de Casación. Resolución N° 8740 de la Tercera Sala de la Corte Suprema de fecha 19 de junio de 2002.

La flexibilidad de la nueva propuesta constitucional

FRANCISCA AEDO
FAEDO@PRIETO.CL



La flexibilidad o rigidez de una Constitución es sólo uno más de los criterios por los cuales podemos escoger clasificar estos textos. Sin embargo, este criterio ocupa un importante lugar en la certeza jurídica del ordenamiento de un país, y en qué tan protegidos se encuentran los derechos que dicho texto consagra.

Entendemos que la rigidez o flexibilidad de una constitución tiene que ver con que tan fácil o engorroso puede llegar a ser modificarla. Así, mientras más complejo sea el mecanismo de reforma que esta tiene, mientras más se aleje este de la tramitación de una ley ordinaria, se le considera más rígida, y viceversa.

Si bien la rigidez se considera como una de las maneras de reforzar el principio de supremacía constitucional (uno de los principios fundantes del Estado según el artículo 16 de la nueva propuesta), el que una Constitución sea extremadamente rígida tampoco representa un ideal para este tipo de textos fundamentales, sobre todo bajo el entendido de que el derecho es un reflejo de la sociedad que ordena, y que, por ende, se debe ir modificando en conjunto con las necesidades de ésta, a riesgo de desembocar en una crisis política o institucional.

Una de las principales críticas que se le ha hecho a la Constitución vigente es su extrema rigidez, la existencia de “candados” que han dificultado la introducción de reformas durante los últimos cuarenta años, y la manera que esta tiene de defenderse “por sí sola”, para así proteger el modelo que ella misma contiene.

“La nueva propuesta ha decidido mantener la opción de que estas reformas se efectúen sin necesidad de un referéndum, cumpliendo con la condición de que estas hayan sido aprobadas por los dos tercios de los Diputados, Diputadas y Regionales en ejercicio, conservando así el criticado quórum de la constitución vigente”

En respuesta a su predecesora, la nueva propuesta constitucional emerge en la búsqueda de una alternativa más flexible, lo que trata de hacer en tres principales aspectos, y que pretende involucrar directamente a la ciudadanía en los cambios constitucionales que puedan ser necesarios a lo largo del tiempo.

La primera diferencia que podemos observar en la nueva propuesta de constitución es en el origen que pueden tener los proyectos de reformas constitucionales. Además de lo ya contemplado en la Constitución actual, la iniciativa de proyectos de reforma por el Presidente de la República o el Poder Legislativo, agrega las iniciativas indígena y popular. En su artículo 385, la propuesta de la convención señala que el diez por ciento de la ciudadanía, correspondiente al último padrón electoral, podrá presentar una propuesta de reforma constitucional para ser votada mediante referéndum nacional conjuntamente con la próxima elección. Sin embargo, el texto no aclara en ninguno de los artículos del capítulo XI, o en sus disposiciones transitorias, si dicha disposición se refiere solo a la iniciativa popular o contempla también la iniciativa indígena. No queda claro cuál sería el alcance de mencionar estas dos alternativas, o si el requisito del patrocinio del diez por ciento aplica sólo para la iniciativa popular o la iniciativa indígena, si es que acaso se refiere al padrón de toda la nación o solo al diez por ciento del padrón indígena, ni la razón de la distinción hecha en dicho punto (si es que acaso existe exclusión en el concepto de ser ciudadano e indígena a la vez).

Otra de las aristas en que se busca dar un paso hacia la flexibilidad del texto es en los quórum que

van a ser requeridos para la modificación de la nueva Carta Fundamental.

Siendo este uno de los puntos en torno a los cuales se generó un mayor debate, la propuesta de la convención constituyente establece, en su artículo 383, que el nuevo quórum para aprobar las reformas a la Constitución será de las cuatro séptimas partes del Poder Legislativo en ejercicio como regla general. Sin embargo, en el caso que se requiera alterar sustancialmente el régimen político y el periodo presidencial, el diseño del Congreso de Diputadas y Diputados o de la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes; la forma de Estado Regional; los principios y los derechos fundamentales; y el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución, será necesario llevar a cabo un referéndum nacional que confirme dicha reforma.

A pesar de esto, y paradójicamente como dirían algunos, la nueva propuesta ha decidido mantener la opción de que estas reformas se efectúen sin necesidad de un referéndum, cumpliendo con la condición de que estas hayan sido aprobadas por los dos tercios de los Diputados, Diputadas y Regionales en ejercicio, conservando así el criticado quórum de la Constitución vigente.

Esta fórmula no ha sido pacífica entre sus críticos, quienes han contemplado la posibilidad de que sea incluso más rígida que la Constitución actual por la instauración del plebiscito ratificador como medida de control. Podría llegar a serlo si es que tomamos en cuenta que el artículo 160 de la nueva propuesta instaure nuevamente el voto obligatorio, y un nuevo deber del Estado de facilitar y fomentar “la participación del pueblo en la vida política”. A pesar

de ello, el cambio en el quórum para todo el resto de las materias implica una diferencia, una rebaja en los votos necesarios para reformar, que acercan la nueva propuesta a algo más flexible.

No obstante, otro punto importante que no ha sido resuelto, y que quedará en manos de la interpretación constitucional en caso de que el resultado del 4 de septiembre sea el apruebo, es qué pasará con el capítulo de reforma y la consulta indígena.

La nueva propuesta constitucional contempla la necesidad de consultar a la población indígena en toda materia que les pudiese afectar sus derechos otorgados por la Constitución, por lo que esto incluso podría llegar a actuar como un tercer control o especie de veto para los intentos futuros de reforma constitucional, dependiendo de la interpretación que la nueva Corte Constitucional le otorgue.

Finalmente, la nueva gran incorporación al proyecto constitucional es el procedimiento para elaborar una nueva Constitución.

El mecanismo contemplado para redactar una nueva Constitución es a través de una Asamblea Constituyente. Esta podrá ser convocada por una iniciativa popular que sea presentada con el patrocinio del veinticinco por ciento del padrón electoral de la última elección, también por un decreto del presidente de la República que deberá contar con la aprobación del poder legislativo en sesión conjunta por tres quintos de sus integrantes en ejercicio; y finalmente, podrá ser convocado por una ley aprobada por los dos tercios de los integrantes en ejercicio del poder legislativo.

Esta convocatoria para la instalación de la Asamblea Constituyente será aprobada mediante votación del referéndum obteniendo la materia de los votos válidamente emitidos, y el proyecto que ésta presente, será nuevamente votado a través de un plebiscito.

Esta nueva arista es, principalmente, la diferencia más grande que tiene la propuesta con la Constitución de 1980, la cual simplemente no contemplaba un mecanismo para la creación de una nueva Constitución sino hasta el actual proceso, y, según sus redactores, lo que más acerca a la nueva propuesta al carácter de flexible, a la posibilidad de adaptarse a los nuevos tiempos.

No obstante, la flexibilidad constitucional se basa en el objetivo de resistir a este paso del tiempo, de mantenerse vigente dando estructura y estabilidad al ordenamiento jurídico de un país, reafirmando la posibilidad de que los derechos consagrados en ella no serán modificados tan fácilmente y de que las bases fundantes de su institucionalidad no están sujetas a las exigencias del momento, pero que, a pesar de esto, puede responder a un cambio de paradigma social. A lo mejor, la idea de presentar tan ligeramente una nueva propuesta se acerca más a la de un detonador, que a la de una estructura más flexible.

La verdadera flexibilidad de la nueva propuesta aún no está muy clara en el texto definitivo, y quedará en manos de los intérpretes alcanzar un consenso interpretativo que sirva para darle a la nueva propuesta la flexibilidad o rigidez que necesita para actuar como respuesta a los desafíos que se presentan en el nuevo orden político del país.



CONTACTO

JUAN PABLO RIESCO
jpriesco@prieto.cl

FRANCISCA AEDO
faedo@prieto.cl

Medio ambiente y la crisis del paradigma



AGUSTÍN MARTORELL
AMARTORELL@PRIETO.CL

Según Thomas Kuhn, los paradigmas constituyen un conjunto de ideas sostenidas por un grupo coherente de científicos contemporáneos. En algún momento, los paradigmas son incapaces de dar cuenta de ciertos problemas, generando una crisis del paradigma.[1] La reacción, es lo que se denomina la ciencia revolucionaria.

El borrador de nueva Constitución denota el proceso de un cambio de paradigma, relacionado con la forma en la que entendemos la relación del ser humano con la naturaleza.

La Constitución vigente, siendo una de las pioneras en América Latina en el reconocimiento de un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se encuentra basada en una tesis antropocéntrica. El borrador de nueva Constitución, en cambio, da cuenta de un sistema que transita hacia corrientes ecocéntricas.

Ahora bien, ¿cómo se manifiesta este cambio de paradigma?

En primer lugar, el borrador de nueva Constitución reconoce los derechos de la naturaleza. Entre otras normas, el artículo 103 del nuevo texto: *“La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.”*

En este texto, se da cuenta de un esquema donde el sujeto de derechos es la naturaleza, concepto muy novedoso en el contexto nacional. Ahora, si bien la fórmula de reconocimiento de los derechos de la naturaleza es novedosa en el contexto nacional, no lo es a nivel comparado. En países como Nueva Zelanda, Ecuador, Panamá, entre otros, mediante diferentes instrumentos, se ha reconocido los derechos de la naturaleza.

La eficacia de este mecanismo de protección no es clara, por lo que poco se puede anticipar respecto de esta nueva fórmula en el contexto nacional.

En segundo lugar, el borrador de nueva Constitución elabora un nuevo concepto en términos de recursos naturales: los bienes comunes naturales. Estos consisten en *“elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.”*

Se trata de una categoría nueva, puesto que no responde a la taxonomía del régimen de dominio conocido por la Constitución vigente. En esta nueva categoría, se confunden elementos de los bienes nacionales de uso público y de los bienes comunes. Los bienes comunes naturales son *“el mar territorial y su fondo marino, las playas, las aguas, glaciares y*

[1] Marín, J. Del Concepto de Paradigma en Thomas S. Kuhn. A los paradigmas de las ciencias de la cultura. (2007. Magistro

humedales, los campos geotérmicos, el aire y la atmósfera, la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos, el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.”

Algunos de estos bienes se declaran inapropiables, como las aguas, el aire, el mar territorial y las playas, además de los que reconozcan el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes los declaren como tal. Respecto de éstos, el Estado debe adoptar actos de administración que respondan a los principios democrático, de solidaridad, de participación y de equidad.

Así, el Estado puede otorgar autorizaciones administrativas, en la medida en que éstas sean temporales, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, señala el texto, no generan derechos de propiedad.

Respecto de estos bienes, la Constitución establece que cualquier persona podrá exigir el cumplimiento de los deberes constitucionales de custodia. El procedimiento para el ejercicio de esta acción queda entregado a la ley. De esta norma, se desprende la posibilidad de la existencia de una acción popular respecto de los bienes comunes naturales, lo que significa una disminución en las barreras de acceso a la justicia, al debilitarse la exigencia de acreditar un interés o amenaza.

Un tercer elemento que da cuenta del cambio de paradigma es la creación de una defensoría de la naturaleza. Se trata de un órgano autónomo cuyas principales funciones son la fiscalización de los órganos del Estado y de las entidades privadas en el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, tramitar y hacer seguimiento a los reclamos sobre vulneraciones de los derechos ambientales, deducir acciones constitucionales y legales en estas materias y promover la educación ambiental.

Finalmente, una cuarta modificación estructural se relaciona con los tribunales ambientales. Respecto de ellos, se amplía su competencia para resolver la acción de tutela de derechos de la naturaleza y derechos ambientales, junto con las actuales competencias relativas a la legalidad de los actos administrativos en materia ambiental, la reparación por daño ambiental y los demás que señalen la

Constitución y la ley. Además, se establece que cada región tendrá un Tribunal Ambiental, por lo que hay un incremento sustantivo de tribunales, en relación con los tres actualmente existentes.

Como puede apreciarse, se plantean reformas estructurales en la forma en que se desarrolla el derecho ambiental. Muchas de ellas, de naturaleza orgánica. Otras, sin embargo, apuntan directamente al modelo de sociedad y la forma en que entendemos la relación del ser humano con la naturaleza. El real alcance que éstas puedan tener, de aprobarse el borrador de propuesta constitucional, se irá delineando con la jurisprudencia y las leyes que se dicten bajo la nueva constitución, de aprobarse, lo que, a nuestro juicio, da cuenta de una oportunidad perdida de generar certezas en el alcance de la protección del medio ambiente, a través del proceso legislativo.

Al final, este nuevo paradigma, para consolidarse como tal, deberá demostrar ser el más competente para leer los tiempos que vivimos.

“Se desprende la posibilidad de la existencia de una acción popular respecto de los bienes comunes naturales, lo que significa una disminución en las barreras de acceso a la justicia, al debilitarse la exigencia de acreditar un interés o amenaza”

CONTACTO

AGUSTÍN MARTORELL
amartorell@prieto.cl

Actividad minera en manos de leyes simples: La estabilidad regulatoria como fundamento de las inversiones de largo plazo



BENJAMÍN BRAVO
BBRAVO@PRIETO.CL

La Propuesta de Nueva Constitución regula la actividad minera en su Capítulo III: Naturaleza y Medioambiente y, específicamente, en el denominado “Estatuto de los minerales” compuesto por los artículos 145, 146, 147 y en la disposición transitoria trigésimo octava, sin perjuicio de las normas contenidas en otros artículos referidos al medioambiente.

De manera general, la propuesta de Nueva Constitución no dispone un régimen concesional, establece zonas de exclusión y prohibición y establece la obligación de reparación de daños causados por la actividad minera. De manera general, contiene breves disposiciones que regulan la actividad minera, entregando la normativa específica de este sector productivo a leyes simples, lo que genera incertidumbre respecto de su contenido.

Así, en primer lugar, se debe mencionar que la Propuesta de Nueva Constitución mantuvo el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre las minas, incluyendo ahora las sustancias minerales, refiriéndose también al producto ya extraído de las minas.

De esta forma, se genera incertidumbre jurídica debido a que, al no existir una regulación a nivel constitucional, bastaría una simple modificación legal para cambiar el sistema. Por su parte, de la Constitución actual se desprende que se tendrá derecho de propiedad sobre la concesión que se conceda y que su otorgamiento es competencia de los Tribunales de Justicia. En consecuencia, surge la interrogante sobre un posible conflicto entre la nueva legislación minera -materia de ley simple- y la propiedad sobre las concesiones ya otorgadas por resolución judicial.

Otro punto a considerar son las exclusiones y prohibiciones establecidas respecto a los glaciares, las áreas protegidas y las demás que la ley declare.

Al respecto, cabe mencionar dos puntos: en primer lugar, es difícil encontrar otra actividad productiva que tenga prohibiciones de desarrollo sólo por ser tal y, en segundo lugar, nuevamente se está entregando la regulación de las prohibiciones a una ley simple, dejando solamente establecido que está prohibida la actividad minera respecto a glaciares, pero abriendo la posibilidad de nuevas exclusiones. Asimismo, se incluyen otros límites a la exploración, explotación y aprovechamiento: el carácter finito, no renovable, la protección ambiental e incluso el interés público intergeneracional, cuyo contenido y significado se desconoce.

Sobre todo, la propuesta genera incertidumbre debido al bajo quórum que se requerirá, en caso de aprobarse, para realizar modificaciones a un sistema que se basa en ciclos de inversión de larga duración. Correspondería que el límite estuviera en la política de Estado, que debería contener lineamientos de largo plazo, considerando la importancia que esta actividad tiene en nuestro país.

“Surge la interrogante sobre un posible conflicto entre la nueva legislación minera -materia de ley simple- y la propiedad sobre las concesiones ya otorgadas por resolución judicial”

CONTACTO

AGUSTÍN MARTORELL
amartorell@prieto.cl

BENJAMÍN BRAVO
bbravo@prieto.cl

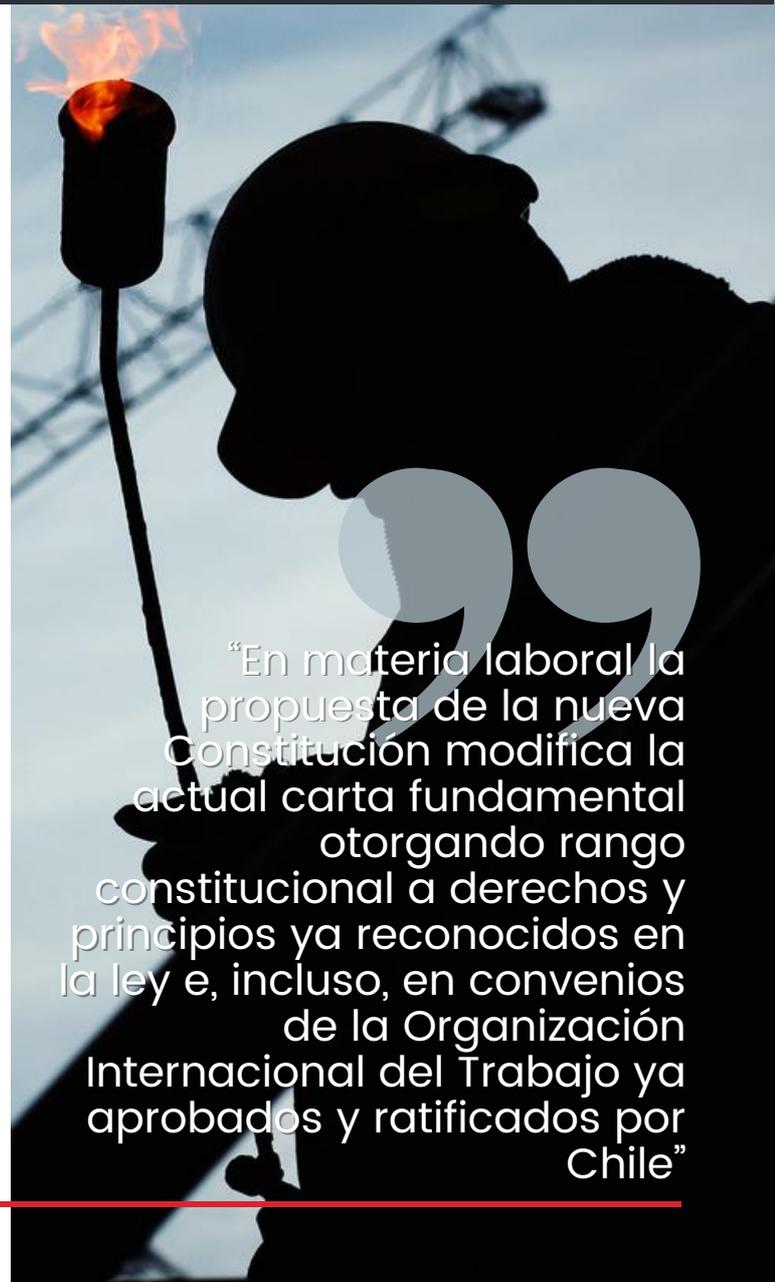


KILIAN VARGAS
KVARGAS@PRIETO.CL

La regulación del trabajo en la propuesta de nueva Constitución

Dentro de los cambios que se proponen en el borrador de nueva Constitución destaca el reconocimiento constitucional de la función social del trabajo; la referencia al derecho al trabajo decente, al derecho a una remuneración equitativa, justa y suficiente, y la igualdad de remuneraciones, se formulan en términos estrictamente laborales, es decir, en el supuesto de una relación de subordinación y dependencia, sin incluir expresamente el trabajo independiente. Además, se mantiene la prohibición de la discriminación, pero sin perfeccionar la norma, acotándola a conductas arbitrarias, y abriendo la puerta a la posibilidad de calificar los despidos injustificados, indebidos o improcedentes también como arbitrarios. Una innovación es el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo cual va en línea con el principio de igualdad de género que impregna todo el texto, por medio de la inclusión de la paridad y perspectiva de género.

Asimismo, resulta relevante el reconocimiento expreso del derecho a la libertad sindical, tanto del sector público, como del privado, y la consagración de la titularidad sindical para la negociación colectiva, desconociendo las prerrogativas de los grupos de trabajadores reunidos para el solo efecto de negociar con su empleador. También, se consagra el derecho de sindicalización en cualquier nivel, de carácter nacional e internacional, mientras que se asegura el derecho a la negociación



“En materia laboral la propuesta de la nueva Constitución modifica la actual carta fundamental otorgando rango constitucional a derechos y principios ya reconocidos en la ley e, incluso, en convenios de la Organización Internacional del Trabajo ya aprobados y ratificados por Chile”

colectiva, incluyendo la negociación ramal, sectorial y territorial, lo cual podría no ajustarse a la realidad de la configuración geográfica y poblacional de nuestro país, a la par de que podría afectar a pequeñas y medianas empresas que deberán cumplir con los estándares mínimos laborales que lleguen a implementar las grandes empresas producto de las negociaciones sectoriales. Respecto al derecho a huelga, se establece que esta no podrá ser prohibida por ley, sino que solo limitada excepcionalmente, quedando con una regulación que desborda el ámbito actual de la negociación colectiva reglada. Además, se establece respecto de las trabajadoras y los trabajadores, el derecho de participar en las decisiones de la empresa a través de sus organizacionales sindicales, por medio de los mecanismos que regule la ley.

En cuanto a la seguridad social, se reconocen constitucionalmente principios recogidos de la doctrina y la experiencia comparada y, a su vez, se advierte que la propuesta constitucional se decantó por un sistema público, cuando en su lugar pudo haber recogido el anhelo de ciertos segmentos de la población por respetar su libertad de elección del sistema previsional, y permitiendo la coexistencia de administradores y prestadores tanto públicos como privados, bajo un régimen de financiamiento obligatorio, voluntario y solidario, encomendando al legislador la necesaria corrección de los vicios del sistema actual. Del mismo modo, queda en incertidumbre la supervivencia de las Mutuales de Empleadores para la cobertura de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales como, asimismo, de las Cajas de Compensación y Asignación Familiar.

Respecto al derecho a la salud, si bien se establece que la ley determinará los requisitos y procedimientos para que prestadores privados puedan operar, habrá que prestar atención a cómo en la práctica se integran al denominado Sistema Nacional de Salud, el cual no es referido como "Plurinacional", pese a que la propuesta constitucional señala que el Estado pasará a ser de carácter plurinacional, según recoge en varias de sus normas.

Así las cosas, en términos generales, es posible concluir que en materia laboral la propuesta de la nueva Constitución modifica la actual carta fundamental otorgando rango constitucional a derechos y principios ya reconocidos en la ley e, incluso, en convenios de la Organización Internacional del Trabajo ya aprobados y ratificados por Chile, no estando exenta, eso sí, de ciertas falencias en el lenguaje técnico-jurídico utilizado, que evidentemente darán espacio al debate para su interpretación y aplicación en la práctica. Asimismo,

se dispone el ejercicio de derechos asociados a la libertad sindical en nuevas formas que impactarán en el desarrollo de las relaciones laborales, la productividad y la economía del país, en un contexto de crisis derivado de la propia situación política del país, la pandemia y la anunciada recesión mundial y ante cualquier crisis futura. Por otra parte, en materia de seguridad social, las principales modificaciones propuestas dicen relación con la transformación hacia un sistema público, con una aptitud para que el legislador establezca una limitación de las personas en cuanto a la elección del régimen previsional y de salud que prefieran, sin que ello represente necesariamente una corrección de los vicios de fondo del sistema de seguridad social.

Por último, en lo que respecta a disposiciones transitorias, cabe señalar que la vigesimoséptima dispone que el Presidente de la República deberá presentar proyectos de ley que tengan por objeto la creación, adecuación e implementación del Sistema de Seguridad Social y Sistema de Cuidados, en el plazo de 12 meses, y el Sistema Nacional de Salud, en el plazo de 18 meses desde la eventual entrada en vigencia de la nueva Constitución. A su vez, la disposición transitoria trigésima establece que, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigencia de la Nueva Constitución, el Presidente de la República deberá presentar un proyecto de ley que adecúe la legislación laboral según lo dispuesto en el artículo 47 del capítulo sobre Derechos Fundamentales y Garantías, y en el plazo de 24 meses deberá presentar un proyecto de ley que adecúe la legislación laboral, según lo dispuesto en el artículo 46 y 48 de dicho capítulo. Y, asimismo, la disposición transitoria trigésima novena dispone que los arbitrajes forzosos que al momento de la entrada en vigencia de esta Constitución se encuentren radicados en tribunales arbitrales continuarán su tramitación hasta su conclusión.

CONTACTO

CHRISTIAN VON BERGEN
cvonbergen@prieto.cl

CRISTÓBAL RABY
craby@prieto.cl

KILIAN VARGAS
kvargas@prieto.cl



BEGOÑA ALBORNOZ
BALBORNOZ@PRIETO.CL

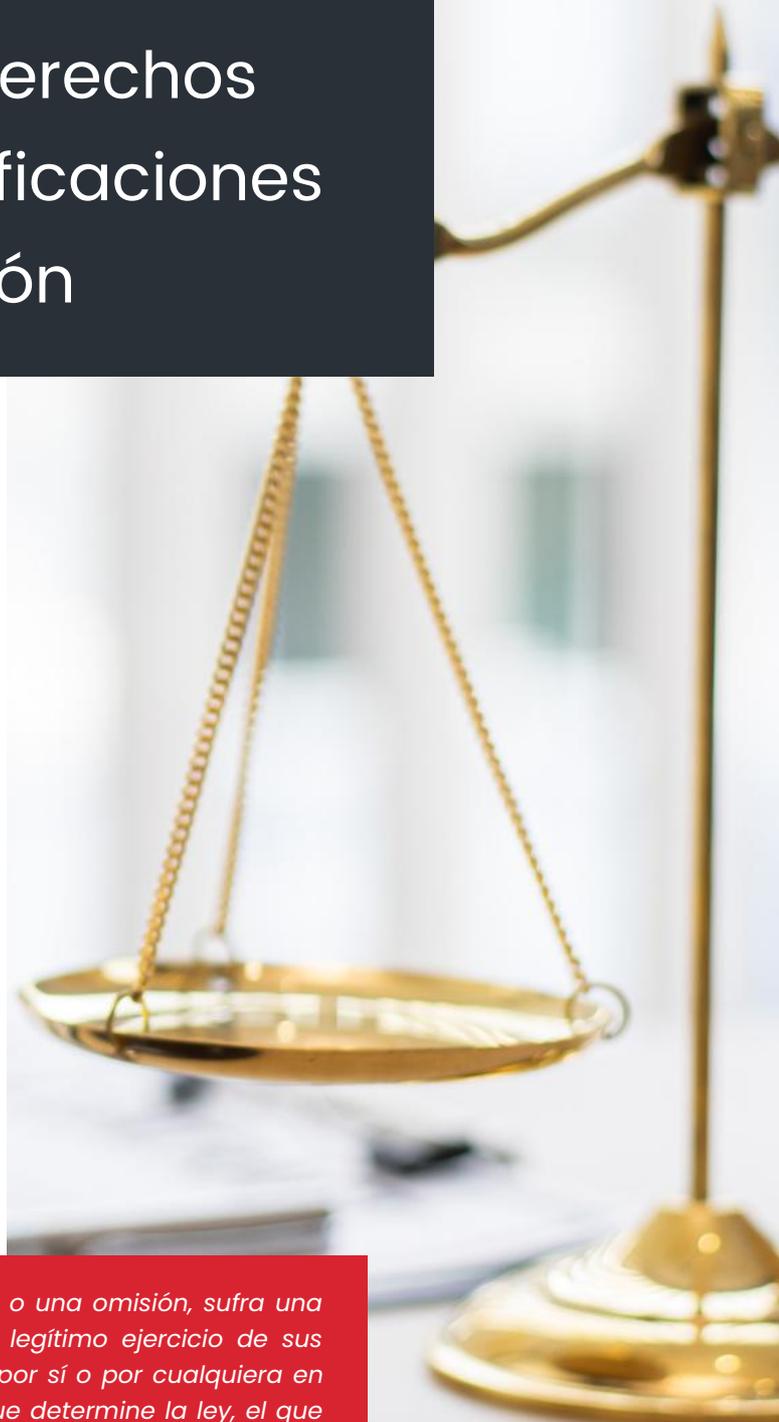
“Acción de tutela de derechos fundamentales”: Modificaciones al recurso de protección

Sin duda un tema relevante de la nueva propuesta constitucional es el reemplazo del actual recurso de protección, una de las vías judiciales más expeditas y utilizadas, para el debido resguardo de los derechos fundamentales.

Sin ir más lejos, en la cuenta pública presentada por la Corte Suprema el presente año, se indica que 81,271 de un total de 97,186 ingresos a la Corte Suprema son apelaciones de recurso de protección, mientras que 168,166 de un total de 293,479 ingresos a las Cortes de Apelación del país corresponden a recursos de protección. En efecto, estas cifras ilustran con claridad la importancia que reviste el recurso de protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en la propuesta de texto constitucional, el famoso recurso de protección pasa a denominarse “acción de tutela de derechos fundamentales”, disponiendo en su nuevo artículo 119 que,

“Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista (...)”.



De este modo, la nueva acción de tutela de derechos fundamentales introduce una serie de modificaciones sustanciales al recurso de protección, zanjando diversas discusiones, -tanto jurisprudenciales como doctrinales-, que han aparecido desde la implementación de dicha acción.

El primer cambio relevante es que se ha ampliado el ámbito de aplicación de la nueva acción de tutela de derechos fundamentales, dejando atrás el listado taxativo de los derechos tutelados, señalando que será para resguardar todos los derechos fundamentales. Sumado a ello, la propuesta elimina el requisito de que la actuación perseguida sea "arbitraria o ilegal", criterio que ha sido fundamental a la hora de declarar recursos de protección inadmisibles o improcedentes.

Si bien estas dos modificaciones amplían el ámbito de competencia en comparación al recurso de protección, se agrega como un nuevo criterio de admisibilidad de la acción cautelar, que la persona no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar en su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocar un daño grave inminente o irreparable.

Al respecto, varios han sostenido que esta consideración viene a zanjar la discusión en torno a la vía idónea para accionar, delimitando el ámbito de aplicación del recurso de protección únicamente para aquellos casos en que no hay una acción específica de reclamación, lo cual la jurisprudencia ha sostenido para el recurso de protección hace varios años. Si bien a primera vista esto pareciera verse como una delimitación al ámbito de aplicación, el texto expresa que procederá de igual manera en aquellos casos en que hay una acción específica, pero que, dado su urgencia y gravedad, pueda provocar un daño grave inminente o irreparable.

Un segundo cambio relevante es que la acción será presentada ante tribunales de instancia, dejando atrás la competencia de las cortes superiores de justicia, alternativa que también fue planteada en la discusión de la Constitución vigente. En efecto, según consta en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en la sesión N°214, se debatió respecto de cual debiese ser el tribunal que conociera del recurso de protección, estando

todos los miembros de acuerdo con que fuese la Corte de Apelación respectiva, con la sola excepción del comisionado Alejandro Silva Bascuñán, quien consideró conveniente entregarle la competencia los jueces letrados de la jurisdicción respectiva.

En la propuesta de nueva constitución vuelve surgir esta interrogante, zanjando la discusión en que serán competentes los tribunales de instancia, con la intención de potenciar el principio de proximidad, acercando la justicia a aquellas personas que viven más alejados de las Corte de Apelación del país. Además, se ha agregado que la tramitación será sumaria y preferente a toda otra causa que conozca el tribunal, tratando de asegurar una solución rápida a quien presente la acción.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema se ha pronunciado advirtiendo que entregar la competencia de la acción de tutela a tribunales de instancia lentificará el procedimiento, aun siendo el caso que tengan preferencia, porque los tribunales ordinarios están cargados de trabajo.

A su vez, la modificación en la competencia de primera instancia, produce un cambio en el rol que tendrá la Corte Suprema. Así, su intervención pasará de actuar como tribunal de segunda instancia, a

intervenir de forma excepcional, conociendo solamente las acciones en casos de que existan interpretaciones contradictorias en dos o más sentencias firmes emanadas por los tribunales. Este viene a ser un cambio sustancial, en que se acentuará el rol de unificación de criterios jurisprudenciales que tiene la Corte Suprema.

Por último, la acción de tutela de derechos fundamentales innova al incorporar dos nuevas causales, primero, la acción contra resoluciones judiciales respecto de personas que no hayan intervenido en el proceso y a quienes afecten sus resultados y, segundo, una acción en contra de la privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena.

En suma, si bien esta nueva acción ha intentado zanjar una serie de discusiones jurisprudenciales y doctrinarios, los distintos puntos recogidos anteriormente deben ser analizados en la práctica para concluir su adecuada aplicación. Así, esperemos que no haya un retroceso en el recurso de protección, que, si bien tiene sus defectos, ha sido un medio útil y eficiente para conseguir un pronunciamiento por parte de los tribunales respecto de privaciones, amenazas, y perturbaciones en el legítimo ejercicio de derechos.



“la nueva acción de tutela de derechos fundamentales introduce una serie de modificaciones sustanciales al recurso de protección, zanjando diversas discusiones, -tanto jurisprudenciales como doctrinales-, que han aparecido desde la implementación de dicha acción”

CONTACTO

JUAN PABLO RIESCO
jpriesco@prieto.cl

BEGOÑA ALBORNOZ
balbornoz@prieto.cl

AGOSTO 2022

PRIETO

Alonso de Córdova 4355, piso 15, Vitacura, Santiago, Chile | +562 2280 5000 | prieto@prieto.cl | www.prieto.cl

