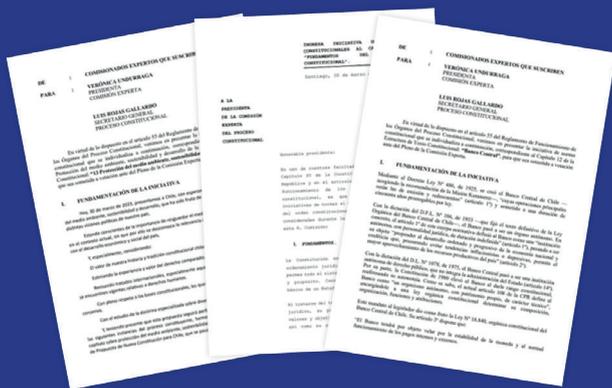


ANTEPROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN:

UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS



Sigue nuestras redes sociales para más información:

 [observatoriociudadanochile](#)  [ObservatorioC](#)
 [observatoriociudadanochile](#)



**OBSERVATORIO
CIUDADANO**



ANTEPROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN: **UNA LECTURA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS**

 JULIO 2023

Artículo liberado bajo licencia Creative Commons



Licencia Creative Commons:

Reconocimiento - No comercial - Compartir igual: El artículo puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se reconoce la autoría en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original. Más información en: <http://creativecommons.org>

OBSERVATORIO CIUDADANO

Antonio Varas 428, Temuco - Chile
+56 45 2 213963 | +56 45 2 218353
contacto@observatorio.cl

Introducción

El miércoles 7 de junio se marcaron tres hitos relevantes en el marco del actual proceso constituyente: se hizo de público conocimiento el Anteproyecto elaborado por la Comisión Experta sobre el que trabajará el Consejo Constitucional para proponer un texto de una nueva Constitución por el que tendremos que votar en el plebiscito de diciembre próximo. Sumado a esto, se inició el periodo de participación ciudadana con cuatro mecanismos disponibles para aportar a la elaboración de dicho texto. Y, en tercer lugar, comenzó el funcionamiento del Consejo Constitucional que trabajará durante los siguientes meses en la redacción del nuevo texto constitucional.

Como señalamos en su oportunidad, el actual proceso constituyente está lejos de ser representativo de los principios que defendemos como organización de derechos humanos. En particular, por los límites al derecho de participación en los órganos constituyentes, al dificultar la inclusión de la diversidad de comunidades, pueblos y sectores que integran el país. Los límites a este derecho se ven reflejados también en el escaso tiempo, un mes, que el nuevo proceso considera para hacer posible el aporte de las mismas diversidades y de la ciudadanía en general en la elaboración del nuevo texto constitucional. Además de lo anterior, señalamos en su oportunidad que los bordes constitucionales constituían un límite al derecho de libre determinación de los pueblos para definir su condición política. Ello toda vez que dichos límites fueron definidos arbitrariamente por un órgano del Estado,

el Congreso Nacional, que además de tener una bajísima confianza ciudadana, no fue mandatado para limitar al poder constituyente.

En el presente documento hacemos una primera lectura y análisis de los contenidos del Anteproyecto Constitucional elaborado por el Comisión Experta desde la perspectiva de los derechos humanos. Constatamos que el texto emanado del Comité de Expertos mantiene varios de los contenidos y estructuras consagrados en la Constitución de 1980, y al igual que dicha carta fundamental, tiene serias deficiencias desde la perspectiva de los derechos humanos.

A continuación, nos referiremos a algunos de los contenidos del Anteproyecto que consideramos relevante examinar:

1. | Estado y derechos humanos

- El artículo 1 N°2 del Anteproyecto consagra a Chile como un “Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”. Dicha declaración viene a cambiar parcialmente el paradigma del Estado Subsidiario consagrado en la Constitución de 1980, poniendo al Estado como un ente cuya principal función es “servir a las personas y a la sociedad y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible” (artículo 2 N°1). Como se señala al analizar los derechos sociales, el rol asignado a los privados y los límites establecidos para la realización de estos derechos, no son consistentes con el estándar internacional en la materia. Pese a ello, cabe destacar que el solo hecho de poner los derechos y el bienestar de las personas como un eje central del quehacer público es un avance en relación con el modelo constitucional vigente.

- Por otro lado, al igual que en la matriz de la Constitución de 1980, el Anteproyecto considera los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes como límite al actuar del Estado, así como también un imperativo para la interpretación del derecho interno, sujetándolo a dicho ámbito normativo (artículo 5). Pese a ello, dicha propuesta normativa no considera de manera explícita la jerarquía que revisten los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes. Hubiese sido deseable, de acuerdo a las tendencias del derecho constitucional contemporáneo, su incorporación explícita con jerarquía constitucional. El Anteproyecto además no hace referencia alguna a las demás fuentes del Derecho Internacional de los derechos humanos como son la Costumbre Internacional, el *Ius Cogens*, y la Jurisprudencia y resoluciones de los Organismos internacionales de derechos humanos, los que forman parte del *Corpus* de los derechos humanos.
- Otro elemento preocupante en materia de derechos humanos, es que no se consagran los principios de “no regresividad”, “progresividad” y “pro persona”, los que son clave para impedir cualquier tipo de retroceso normativo que vaya en contra del avance civilizatorio que significa el reconocimiento de derechos humanos.

- Por otra parte, el Anteproyecto mantiene la estructura de exigibilidad de derechos consagrada en la Constitución de 1980, conocida como recurso de protección, otorgando su regulación al legislador y no a los Tribunales de Justicia como opera actualmente. Dicho recurso ante la justicia, como se señala más adelante, se hace extensivo a los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación, lo mismo que en materia ambiental. En este último caso, sin embargo, se requieren condiciones específicas como la “imputabilidad” del acto u omisión a un agente estatal o persona, lo que viene a complejizar el acceso a la Justicia en relación a este derecho.
- Asimismo, existe una carencia importante en materia de derechos humanos del Anteproyecto es la falta de consagración de un órgano autónomo encargado de la promoción y defensa de los derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo u Ombudsperson, que asuma dicho rol clave en las democracias modernas.

2. | Deberes constitucionales:

- Llama la atención la inclusión al Anteproyecto de una sección sobre “Deberes Constitucionales”. Si bien la incorporación explícita de deberes de todas las personas como correlatos de los derechos que les asisten no es cuestionable, y en muchos casos es deseable, como lo es el deber de cumplir con las cargas públicas y contribuir al sostenimiento del gasto público mediante el pago de tributos, incluido en el Anteproyecto, llama la atención la incorporación de deberes como el “honrar la tradición republicana”, establecida en su artículo 38 inciso 1. Nos preguntamos qué puede significar ello, por ejemplo, para los pueblos indígenas, para quienes la tradición republicana ha significado el despojo de sus tierras de ocupación tradicional, la negación de sus lenguas y culturas, entre otros efectos adversos.
- De la misma manera, si bien resulta valorable que en el mismo artículo del Anteproyecto se incluya el deber de las personas de respetarse y comportarse fraternal y solidariamente, no se haya hecho una referencia explícita a su deber de respetar los derechos humanos, los que, como señala el Anteproyecto, son considerados en el artículo 5 de su texto como un límite a la soberanía del Estado.

- Más aún, consideramos una omisión que dicho deber no se haya hecho extensivo a las instituciones, algunas de las cuales, como las empresas, hoy tienen enorme poder, y por lo mismo, de acuerdo a los estándares internacionales de empresas y derechos humanos a que hace referencia el mismo artículo, tienen responsabilidades de respeto de los mismos derechos y de responder por su afectación.

3. | Derechos de Pueblos Indígenas

- Por primera vez se reconoce a nivel Constitucional a los pueblos indígenas, asegurando en el artículo 7 N°1, el respeto y promoción a sus derechos tanto individuales como colectivos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile. Sin embargo, no existe una referencia explícita a los derechos colectivos referidos en el Anteproyecto, los que incluyen derechos de carácter territorial, político y cultural. Resaltando en este vacío los derechos políticos, así como de los derechos sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales, siendo necesaria su constitucionalización como premisa para la resolución de los conflictos que hoy existen en relación a estos derechos.
- Preocupa también que se señale en el artículo N°1 que las garantías de los derechos indígenas deben estar acordes con las leyes nacionales. Ello porque las leyes vigentes relativas a pueblos indígenas no han sido modificadas para adaptarse a los estándares que establecen los tratados internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, pudiendo a través de ellas limitarse sus derechos.

Por ello, el reconocimiento de los derechos indígenas en la nueva propuesta constitucional no debe limitarse exigiendo que se estos derechos se encuentren acordes con las leyes vigentes; ni debe poner al mismo nivel los

tratados internacionales y las leyes vigentes, sino que debe asegurar que el foco que guía la garantía de los derechos indígenas deben ser siempre los estándares del derecho internacional.

- Es importante destacar en el artículo 7 N°2, en que “El Estado reconoce la interculturalidad como un valor de la diversidad étnica y cultural del país y promueve el diálogo intercultural en condiciones de igualdad y respeto recíprocos.” Si bien se trata de un reconocimiento que sirve a la ciudadanía en general, el texto constitucional lo vincula directamente a pueblos indígenas. De especial importancia es el reconocimiento al diálogo intercultural como una de las formas en las que la interculturalidad se expresa, lo que obliga al respeto de las diversas culturas, racionalidades y cosmovisiones, dialogo que constituye un instrumento que puede contribuir a asegurar una convivencia en condiciones de igualdad para todos y todas.
- Se establece también en el artículo 53 N°2, que una ley podrá establecer mecanismos para promover la participación política de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional. Cuando el texto debió asegurar un mecanismo para hacer posible la participación política de los pueblos indígenas en todos los órganos del Estado que toman decisiones que les concierne, no solo a nivel del Congreso. También que dicho mecanismo, en el caso del Congreso, quede a voluntad del legislador y no sea establecido a nivel constitucional.

4. | Derechos a la Movilidad humana, Nacionalidad y Ciudadanía

- Creemos que una nueva propuesta constitucional debe incluir entre sus capítulos la Movilidad Humana, fenómeno que no sólo abarca los procesos de inmigración, emigración y migración interna, sino que también aquellos desplazamientos forzados por razones medioambientales, los que han aumentado a nivel mundial, producto de la crisis climática, la sequía, los incendios y otros desastres naturales, y Chile no es la excepción. Asimismo, es importante que se incluya a nivel constitucional el abordaje y prevención de la trata y tráfico de personas, cuyos casos han tenido un alarmante aumento en el país los últimos años.
- Respecto a los derechos políticos de las personas extranjeras se valora el reconocimiento de su derecho a sufragio en votaciones populares, tras cinco años de vecindamiento en Chile (artículo 21), tal como se indica en la actual Constitución. No obstante, se restringe la opción a optar a cargos públicos, ya que ello ocurre sólo si se obtiene la nacionalidad chilena.

Particularmente preocupa el artículo 17 referente a la obtención de la nacionalidad chilena, en lo referido a los “hijos de extranjeros transeúntes” (HET) a quienes no se

les concederá la nacionalidad por *Ius Solis*, aun cuando se indique que podrán optar a la nacionalidad chilena. Si bien el numeral 3 señala que “Con todo, los nacidos según la situación excepcional del literal a) del inciso 1 serán siempre chilenos cuando, por efectos de lo dispuesto en dicha norma, devienen en apátridas”, no se garantizan o explicitan los mecanismos institucionales a través de los cuales se evitaría la apatridia.

La Constitución de 1980 en el artículo 10 N°1 establece la misma excepcionalidad a los HET, lo cual ha conllevado a miles de casos de apatridia y a contravenir las obligaciones del estado de Chile en la materia. Durante años, la administración del Estado ha interpretado tal concepto como a hijos de padres que se encuentran en situación migratoria irregular, independiente de la cantidad de años residiendo en el país o los vínculos que tuviesen con Chile. Así, alrededor de 2.000 personas, la gran mayoría niños, niñas y adolescentes son apátridas, a pesar de haber nacido en territorio nacional.

Por tal motivo, instamos al Consejo Constitucional a que adecúe tal artículo y se consagre el *Ius Solis* sin excluir a los HET, de manera de respetar los distintos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos y se respete así el principio de no apatridia. La nacionalidad es un derecho humano y el deber del Estado es erradicar la apatridia.

5. | Género

- Solo se menciona en el artículo 5 N°2 que la ley asegurará el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos electivos y que el Estado garantizará el ejercicio de la participación política de las mujeres. Además, se establece en el artículo 17 N°20 que se garantizará la igualdad salarial por trabajo de igual valor, especialmente entre hombres y mujeres, de conformidad a la ley.
- No hay mención en el Anteproyecto constitucional a diversidades sexo-genéricas.
- Existen diferencias sustanciales que contrastan con notoriedad la inclusión de los derechos de las mujeres y las diversidades sexuales y de género entre el proyecto constitucional rechazado y el actual Anteproyecto, desde la inclusión de términos como paridad, derecho al libre desarrollo y pleno reconocimiento de la identidad, educación sexual integral o acciones afirmativas sobre la autonomía en el libre ejercicio de decidir.
- Con esto, se desconocen las importantes contribuciones sociales, culturales, políticas y económicas que realizan las mujeres en su diversidad, y como actoras clave en la sociedad, así como su necesidad de asegurar su participación política en paridad, de acuerdo a la realidad actual y cambios sociales que hemos vivido en los últimos años, donde el rol de las mujeres ha cobrado especial

relevancia, siendo la paridad en todos los espacios de representación una de sus demandas principales, junto a otras importantes demandas como el reconocimiento a las políticas de cuidado, la salud sexual integral y el tema del aborto.

- Uno de los artículos vinculado al debate sobre el aborto tiene similitudes con el artículo 19 de la actual Constitución y refiere al derecho a la vida. En el artículo 16 del Anteproyecto, se establece el “derecho a la vida” y a su vez prohíbe la pena de muerte. Esto viene a enmarcar el debate sobre la demanda feminista la despenalización del aborto sin causales hasta los tres meses, que ha visto limitado su avance a partir de argumentaciones por este artículo.

6. | Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)

- Resulta valorable que, en consistencia con el reconocimiento de Chile como un “Estado social y democrático de derecho”, se reconozcan varios derechos económicos, sociales y culturales, a cuyo respeto, protección y realización, en virtud de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, este se encuentra obligado a garantizar y promover de la misma manera que en el caso de los derechos civiles y políticos.
- Así, el Anteproyecto se refiere, entre otros derechos de esta naturaleza al derecho a la protección de la salud en sus dimensiones física, mental y social (artículo 21), al derecho a la Educación (artículo 22); al derecho a la Cultura (artículo 24), al derecho al trabajo decente, a su libre elección y libre contratación (artículo 25), a la libertad sindical, incluyendo la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga (artículo 26), a la seguridad social (artículo 27) y a la vivienda adecuada (artículo 28).
- Debe valorarse que, de acuerdo al artículo 26 del Anteproyecto, la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos se encuentren protegidos por una acción constitucional a ser interpuesta ante la justicia (Corte de Apelaciones respectiva), la que deberá adoptar las providencias necesarias para restablecer el

imperio del derecho (artículo 26 N°1). De la misma manera, las prestaciones asociadas al ejercicio del mismo derecho gozan de la misma protección (artículo 26).

- Resulta preocupante, sin embargo, que el principio general de dicho reconocimiento consignado en el artículo 1 inciso 2 del Anteproyecto sea, a diferencia de en el caso de las libertades fundamentales, el de su desarrollo progresivo por el Estado “con sujeción al principio de responsabilidad fiscal”. Más aún, en el caso del derecho a la Educación se agrega como criterio para la implementación de este derecho el de la “razonabilidad “en la asignación de recursos (artículo 22).
- Si bien es efectivo el propio Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, reconoce en su artículo 2 N°1 el carácter progresivo de estos derechos, mandata a los estados a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga”, para lograr su materialización. De acuerdo al estándar de este Convenio, es dudoso que el principio de responsabilidad fiscal o el de la razonabilidad en la asignación de recursos públicos puedan considerarse como criterios constitucionales que impidan que el Estado desarrolle el máximo de los esfuerzos para hacer efectivo estos derechos.

- Llama la atención además que de acuerdo al mismo artículo del Anteproyecto su implementación sea entregada tanto a instituciones estatales como privadas. La referencia a las instituciones privadas como mecanismos para satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales incorporados en el Anteproyecto es hecha explícitamente en el caso de la Salud, la Educación, la Seguridad Social y la Vivienda adecuada, lo o cual viene a cristalizar de manera constitucional la situación actual en dichas materias, donde las entidades privadas han puesto el lucro y usufructo de los derechos, por sobre el bienestar de las personas y comunidades.
- En alguno de estos casos, como en el derecho a la Salud y el derecho a la Educación el énfasis del Anteproyecto está, al igual que en el caso de la Constitución de 1980, puesto en la libertad de elección entre el sistema privado y el público, más que en garantizar la plena efectividad de este derecho. Llama la atención, además, que de manera contradictoria a los límites que se le ponen al Estado para el pleno desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA), no se establezcan para los privados criterios, como la transparencia, la probidad y el respeto de los derechos humanos en el desarrollo de sus actividades.

7. | Medioambiente

- El Anteproyecto constitucional avanza en el reconocimiento de derechos ambientales con un mayor desarrollo y profundidad que la Constitución de 1980. En esa línea es importante resaltar el hecho de que se establezca en su artículo 12 como un deber del Estado el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo. A ello debe sumarse el hecho que dentro del Capítulo de los Derechos y Libertades Fundamentales (artículo 16) se consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones, numeral 20, lo que, pese a no ahondar en el contenido sustantivo de este derecho, en términos generales significa un avance en relación al estándar de la Constitución vigente.
- Es importante destacar también la incorporación de un Capítulo relativo a protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo, que implica una avance significativo en relación a la actual Constitución, reconociendo temáticas como la importancia de la protección del medio ambiente, la biodiversidad y su enfoque intergeneracional (artículo 201), el deber de protección del medio ambiente (artículo 202) y las medidas de mitigación y adaptación para enfrentar el

cambio climático (artículo 206). Pese a ello, la propuesta del Anteproyecto en materia ambiental carece de un enfoque ecosistémico que considere la importancia del ordenamiento territorial en materia ambiental. Por otra parte, se extraña la consagración de los principios precautorios, preventivos y de no regresión en materia ambiental, y en especial en el actuar de los agentes estatales en la materia, así como la consagración de un órgano público encargado de velar por la protección del medio ambiente.

- Es importante destacar el reconocimiento que el Anteproyecto hace del derecho al agua y al saneamiento, artículo 16 N°29, Se evidencia en él, sin embargo, la intención de mantener el modelo actual de distribución de los recursos hídricos, consagrado constitucionalmente la figura de los derechos de aprovechamiento de aguas. Asimismo, el Anteproyecto carece de un reconocimiento de las funciones ambientales del agua y de la importancia de las cuencas para dicho fin.

Conclusiones

A la luz del análisis realizado anteriormente, y no obstante algunos avances que se pueden observar en el texto del Anteproyecto emanado de la Comisión Experta en relación al texto de la Constitución Política vigente, de 1980, consideramos este contiene importantes deficiencias en lo que respecta al reconocimiento y protección de los derechos humanos. Ello en particular en lo referido a los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos ambientales, en materia de derechos de pueblos indígenas, movilidad humana y género.

Por lo mismo, consideramos que dichas deficiencias deben ser abordadas y superadas por el Consejo Constitucional en el trabajo que se le ha encomendado para elaborar una propuesta de nueva constitución a ser sometida a la ratificación de la ciudadanía en diciembre próximo. Ello de modo de obtener un texto constitucional final que esté acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, suscritos por el Estado de Chile, y que recoja las nuevas tendencias de los derechos humanos que hoy se imponen en los estados democráticos. Solo con un texto de esta naturaleza Chile se podrá proyectar hacia el futuro como una sociedad basada en la dignidad de las personas, y en el buen vivir de las comunidades y pueblos que habitamos en el país, dignidad y vida buena cuya negación generó la crisis político institucional que vive el país y que dio origen al proceso constituyente aun en desarrollo.

De no hacerlo, se corre el riesgo de perpetuar dicha crisis hacia el futuro, con la consecuente inestabilidad política y la fragmentación social que ello generara, cuestión que consideramos el Anteproyecto constitucional que emane del Consejo Constitucional debe hacer todos los esfuerzos que estén a su alcance por evitar.

Finalmente, y aún conscientes de las dificultades que el calendario impuesto para el desarrollo del trabajo del Consejo Constitucional plantea, nos hacemos un deber de señalar la obligación que dicho Consejo tiene, como un órgano del Estado, de impulsar un proceso de consulta con los pueblos indígenas al menos sobre aquellas normas susceptibles de afectarles directamente. De no hacerlo, no solo estará incumpliendo una obligación contraída en un tratado internacional, sino que prolongando hacia el futuro una de las heridas más profundas de nuestra historia como país, que tanto dolor y fragmentación han generado hasta nuestros días. Impulsar un proceso de consulta con dichos pueblos constituiría un gesto fundamental para sanar dichas heridas y para iniciar un proceso de reconciliación para con ellos hacia el futuro.