



# ¿QUÉ DEBE DECIR LA NUEVA CONSTITUCIÓN? CONTENIDOS ESENCIALES (PARTE II)

FEBRERO 2022

SERIE  
INFORME  
LEGISLATIVO  
67

AUTOR: LIBERTAD Y DESARROLLO

ISSN 0717-1544



**AUTOR:** LIBERTAD Y DESARROLLO



# CONTENIDO

1. RESUMEN EJECUTIVO	4
2. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN	5
3. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA	7
4. LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN	10
5. PRINCIPIOS TRIBUTARIOS, NECESARIOS PARA UNA SOCIEDAD JUSTA	12
6. NUEVA CONSTITUCIÓN Y EL MUNDO DEL TRABAJO	15
7. MEDIO AMBIENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN	18
8. MINERÍA EN LA CONSTITUCIÓN: PRINCIPIOS ORIENTADORES	20
9. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL AGUA	23
10. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	26

# 1. RESUMEN EJECUTIVO

La presente Serie Informe es parte del esfuerzo de Libertad y Desarrollo por aportar en la discusión constitucional con mínimos que pueden ayudar a guiar la redacción del texto constituyente.

Cada una de las secciones de este informe fue publicado como un Tema Público que se difundió ampliamente con la idea matriz “¿Qué debe decir la Constitución? Contenidos esenciales” y que más tarde incluso se plasmaron las ideas centrales en un breve video. Los temas elegidos distan de ser los únicos relevantes, sino sólo una selección de aquellos que parecen principales y que deberían ser parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En cada apartado se comenta sobre lo que ya se encuentra en nuestra Constitución y que debería permanecer y en algunos casos, se hacen recomendaciones de lo que se podría modificar para modernizar, mejorar o precisar lo que dice actualmente nuestra Carta fundamental.

Se trata de 18 temas que se han dividido en dos Serie de Informe y que se han agrupado según temas de análisis.

Esta segunda aborda los derechos económicos y sociales presentes -o que deberían ser parte- de la nueva Constitución. Desde el punto de vista de una sociedad libre se analizan elementos como la educación, los recursos naturales y la economía. Se trata de una visión transversal de temas que no se constituyen como apartados independientes, sino como la defensa de derechos que deberían inspirar el articulado de la discusión constitucional. Al abordar la minería y el agua, por ejemplo, no significa que estos deberían ser los únicos recursos a proteger, sino una muestra de cómo en ellos el derecho de propiedad ha sido un elemento fundamental para permitir el mejor aprovechamiento del recurso y el desarrollo de diversas actividades económicas.

Este trabajo con mayores referencias, desarrollo y análisis sobre cada elemento en particular puede encontrarse en el apartado de nuestra web “Constitución en Chile. Aportes para el debate”, donde también están los Temas Públicos a los que aquí se hace mención, además de otros elementos para el análisis<sup>1</sup>.

1. <https://lyd.org/centro-de-prensa/destacados/2019/11/constitucion-chile-aportes-para-el-debate/>

## 2. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los países en el mundo han ido incorporando a sus constituciones derechos económicos y sociales, teniendo la mayoría su inspiración en la Declaración Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, en particular, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que Chile ratificó en febrero de 1972. Por cierto, la Constitución actual de Chile ya incorpora algunos derechos económicos y sociales, tales como el derecho a la educación, a la salud, a la sindicación, a la libertad y seguridad del trabajo y a la seguridad social, establecidos en el artículo 19. A diferencia de las libertades clásicas o de los llamados derechos civiles y políticos, que demandan abstención por parte del Estado y que se erigen como límites del poder, los derechos económicos y sociales exigen una actuación positiva por parte de terceros para su satisfacción y un diseño adecuado de política pública para estos fines.

En el proceso constituyente chileno es importante discutir, primeramente, sobre la pertinencia de incluir

estos derechos, como tales, en la Constitución. En la literatura comparada vemos que la Constitución de Estados Unidos no incorpora los derechos económicos y sociales; la alemana incorpora al efecto sólo grandes principios que los jueces constitucionales han usado con gran deferencia hacia los poderes electos; la española establece los derechos, pero la forma en que se aseguran es competencia de los poderes políticos; la Constitución suiza los establece como objetivos estatales y no como derechos reclamables ante la judicatura.

Si de todas formas la Convención Constitucional estima pertinente incluirlos como derechos propiamente tales, debe analizarse con mucho cuidado la forma en que ellos eventualmente se incorporarán en la Constitución, específicamente cuáles se desean incluir, con qué alcance y cómo se espera que estos se materialicen. El mayor riesgo al que se encuentra expuesto el proceso en esta materia es que todas las demandas sociales se intenten plasmar en la forma de derechos constitucionales, lo que no solamente puede terminar por desvalorizarlos, pues su constitucio-

nalización no asegura su goce -lo que generará gran frustración en la población-, sino que puede provocar una serie de conflictos entre poderes del Estado.

## INCLUSIÓN DE DERECHOS SOCIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Si bien ha habido una tendencia a ir incorporando derechos económicos y sociales a las constituciones de distintos países, sobre todo latinoamericanos, surge la pregunta de si este reconocimiento constitucional se ha traducido en la práctica en un mayor acceso a servicios sociales por parte de la población más vulnerable.

En un primer intento para responder esta pregunta, Ben-Bassat y Dahan (2008) construyen un índice de “compromiso constitucional” considerando cinco derechos sociales: seguridad social, educación, salud, vivienda y laborales. El índice toma un valor mayor en la medida que mayor sea el compromiso constitucional con el derecho social correspondiente. Usando una muestra de 68 países, los autores no encuentran un efecto robusto del compromiso constitucional con los derechos sociales y las políticas públicas, excepto en el caso del derecho a la seguridad social.

En un trabajo más reciente, Chilton y Verteeg estudian el efecto de incorporar los derechos constitucionales a la educación y a la salud en el gasto público. Usando una muestra de 186 países y distintos enfoques estadísticos, los autores no encuentran que la adopción de derechos constitucionales en educación y salud se traduzcan en un mayor gasto público en estas áreas. En el mismo sentido, Edwards y García, en un estudio que relaciona los resultados de los alumnos en la prueba PISA con las constituciones de sus países, concluyen en forma categórica que no hay evidencia que permita concluir que la inclusión del derecho a la educación y su extensión inci-

dan en mejor calidad de los sistemas educativos, siendo variables más importantes los antecedentes socioeconómicos de las familias y los insumos escolares.

De este modo queda en evidencia que las demandas sociales se resuelven con buenas políticas públicas y no en el texto de la Carta Fundamental. En esta materia, las constituciones sólo deben contener directrices para que el legislador sea capaz, en cada época, de decidir de qué manera el Estado puede contribuir al bien común, resguardando la libertad y responsabilidad de las personas de satisfacer sus necesidades, eligiendo entre alternativas de oferta diversas. La libertad de elección, en este sentido, impide que el Estado se constituya en el único proveedor en la entrega de servicios sociales y genera su obligación de “promover y contribuir a financiar, cuando sea el caso, una amplia oferta de servicios que permitan que las personas ejerzan su libertad de elección al momento de acceder a la educación, a la salud y a la vivienda”, resguardando la participación del sector privado en la provisión de bienes públicos. Los derechos económicos y sociales que eventualmente se consagren en el nuevo texto deben admitir, en consecuencia, una provisión mixta, esto es que tanto el Estado, como los particulares puedan participar en la provisión de estos. Sólo así se puede entender al Estado como un ente al servicio de las personas.

Los derechos sociales, de ser incluidos en la Constitución, deben serlo en la forma de mandatos de acción al legislador, de modo que, a través de la materialización de políticas públicas, sean los gobiernos y los parlamentarios -como representantes de la voluntad soberana de cada época- quienes determinen el mejor camino para su satisfacción, distribuyendo -de acuerdo con los compromisos adquiridos frente a la ciudadanía- los recursos públicos escasos de manera equitativa entre el universo objetivo.

### 3. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Uno de los puntos álgidos a ser discutidos en la Convención Constitucional será la definición del rol del Estado en la prestación de los denominados “derechos sociales”, debido a la expectativa que existe en algunos sectores respecto al impacto que ello puede llegar a tener en su correcta materialización. Así, desde los grupos más radicales de la izquierda, se plantea que la satisfacción de las demandas sociales sólo se podría lograr con un Estado más poderoso, incrementando su rol prestador y poniendo límites a su rol subsidiario. La gran amenaza entonces podría ser la iniciativa privada, una de las formas en las que se despliega la libertad de las personas, tanto para emprender y colaborar en la solución de problemas públicos, como para satisfacer las propias necesidades.

En la redacción de la nueva Constitución es posible que la discusión en materia educacional esté marcada por la falsa disyuntiva entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. No obstante, en realidad son dos caras de una misma moneda, que sin ser iguales se necesitan una de la otra para la satisfacción armoniosa de todos los intereses que confluyen en el ámbito educativo. El argumento para incluir el derecho a la educación en la Constitución es la importancia que ésta tiene para el desarrollo de las facultades de la persona humana, lo que

justifica que sea exigible al Estado para generar igualdad de oportunidades para todos. No obstante, el que el Estado deba cumplir con dicha garantía no exige que sea éste el que deba simultáneamente proveer el servicio de forma exclusiva.

A su vez, para ser educado y para que los padres puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos en concordancia con sus valores y preferencias, es necesario que otros tengan el derecho de abrir, organizar y mantener escuelas que ofrezcan dichas alternativas. Y esto es precisamente a lo que apunta la libertad de enseñanza: es el derecho tanto a elegir, como a ofrecer proyectos educativos que representen la diversidad presente en la población. Al Estado, entonces, le corresponde no sólo respetar dichos derechos, sino también protegerlos para impedir que terceros los limiten, así como poner a disposición de las personas facilidades para acceder a la educación cuando no puedan obtenerla por sus propios medios.

Para materializar esta última obligación, el Estado puede crear escuelas o entregar financiamiento educacional a las personas más vulnerables. Esto es lo que dispone la actual redacción constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Establece asimismo deberes: el de la sociedad de aportar al desarrollo educacio-

nal y el del Estado de financiar una educación parvularia a partir del nivel medio menor, básica y media gratuita, debiendo asegurar el acceso a ellas a toda la población.

A la hora de materializarlos, siguen siendo discutibles los márgenes entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, la autonomía de los cuerpos intermedios y el rol que corresponde al Estado. Por ello, en la próxima discusión constitucional, la actual redacción de estos derechos debe ser el “desde” donde partir y no el “hasta”, de modo de avanzar en una correcta definición y no retroceder en el reconocimiento de los derechos y, sobre todo, en las libertades de las personas.

Una exclusión completa no es concebible, pues se trata de dos derechos fundamentales reconocidos en varios tratados suscritos que se encuentran vigentes, y que deben ser respetados por los constituyentes. Sin embargo, se han hecho propuestas en las que se quiere establecer una primacía de la educación pública por sobre la privada, para terminar con el principio de subsidiariedad del Estado en materia educacional y limitar la libertad de enseñanza.

Los primeros gran afectados serían entonces los colegios particulares que hoy reciben subvención del Estado y de la mano, la mayoría de las familias chilenas que hoy prefieren estos proyectos educativos, pues dejarían de recibir ayuda para financiar la educación en los colegios de su elección, debiendo aceptar la educación pública monopolizada por el Estado o bien, si pueden costearlo, cubrir todos los gastos de la educación de sus hijos en colegios particulares pagados.

Esto no es adecuado, en primer lugar, porque el solo hecho de que la educación sea suministrada directamente por el Estado no hace que sea más valiosa. Si lo relevante es el bienestar social, los recursos deberían ser destinados al que entregue mejor educación, respetando las preferencias de las familias y orientando los recursos públicos en quienes requieran más ayuda. Por

ello es necesario que en la nueva Constitución se establezca un reconocimiento explícito -y no tácito como es en la actual-, del deber de subsidiariedad del Estado en materia educacional, en que sea un derecho del estudiante y su familia decidir libremente dónde destinar la ayuda económica entregada por el Estado, priorizada según criterios socioeconómicos y de mérito, en el caso de la educación superior, en la que se debería establecer el deber del Estado de garantizar un sistema de financiamiento para quienes accedan a ella. Esto, sin necesidad de zanjar el mecanismo, lo que debe quedar en manos de la política pública.

Así también, reforzar la autonomía de los establecimientos educacionales como cuerpos intermedios, tanto en lo referente al contenido de la educación entregada, estableciendo que aquellos exigidos por el Estado sean realmente mínimos, y también en materia organizacional y financiera, de modo que, pudiendo establecerse normas necesarias para el buen destino de los recursos públicos, éstas no pasen a llevar el derecho en su esencia.

Por otro lado, reforzar el derecho de los padres a educar a sus hijos, estableciendo a nivel constitucional su derecho a decidir sobre la entrega de ciertos contenidos, constituyéndose así en verdaderos partícipes de su educación. En este sentido, debiera consagrarse expresamente el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación valórica o religiosa de acuerdo a sus convicciones. Así también, que no se pueda impedir la cooperación financiera de las familias en la educación de sus hijos sin perder la ayuda estatal, como es en la actualidad. Estos derechos, de todas maneras, no sólo deben referirse a los padres, sino también a quienes tengan el cuidado personal de los niños y adolescentes, conforme a la ley.

Junto a lo anterior, la actual prohibición de propagar tendencias político-partidistas debería recaer no sólo respecto de los establecimientos, sino sobre todo para los profesores, que son quienes tienen el mayor poten-

cial de influir en sus estudiantes. De la mano, debería eliminarse la inamovilidad docente, estableciéndose que esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, resguardando la igualdad de trato entre los establecimientos públicos y privados, como sucede hoy con las empresas del Estado.

Además, se debería establecer a nivel constitucional el deber del Estado de fomentar la calidad de la educación y la investigación. Asimismo, la formación ciudadana y cívica, pues sin ciudadanos con valores cívicos firmes es imposible el buen funcionamiento de la democracia y

de sus canales representativos para llegar a acuerdos, tal como se ha podido apreciar en nuestro país en los últimos años.

Por último, la determinación de las prestaciones que se podrán exigir en virtud de estos derechos y su financiamiento debería corresponder exclusivamente al legislador, dando el suficiente espacio a las mayorías para establecer las políticas educativas que estimen más apropiadas acorde a la evolución de cada época, con los límites indispensables para asegurar el contenido de los derechos.

## 4. LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN

El artículo 19 de nuestra Constitución consagra y asegura a todas las personas diversos derechos fundamentales. Entre ellos, identificamos un conjunto de derechos que forman parte el Orden Público Económico donde se incluyen la libertad de emprender, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes corporales o incorporales -excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley y el derecho de propiedad lo declaren así en sus diversas especies-.

De esta manera, la Constitución da el marco en el cual se puede desarrollar la actividad económica privada en la medida que no sea contraria a la moral, el orden público y la seguridad nacional y que se respete el marco regulatorio aplicable. Consistente con la dignidad y libertad que la Constitución reconoce a las personas y con otras garantías y derechos que la Constitución ampara, la libertad de emprendimiento evita que, como regla general, ante un nuevo emprendimiento hubiese que ir a pedir un permiso particular al Estado para desarrollarlo.

En la medida que los países garantizan la libertad para emprender y velan por la libre competencia es posible observar una mayor tasa de creación de nuevas empresas con productos innovadores, lo cual atrae inversiones

y genera nuevos empleos más calificados, con la consiguiente creación de nueva riqueza. Ello se refleja en el ingreso per cápita, por lo cual se observa una robusta correlación entre esta libertad para iniciar nuevos negocios y el nivel de desarrollo de los países. De hecho, las personas emprendedoras que ven que en sus países se reprime la iniciativa privada terminan migrando a otros países con marcos jurídicos más atractivos -como Estados Unidos- para llevar a cabo sus ideas creativas y materializar ahí el desarrollo de sus proyectos productivos.

De hecho, en el segundo inciso del numeral 21 del artículo 19, se observa el inverso en relación a la actividad empresarial del Estado, la que debe ser autorizada por ley de quorum calificado y quedará sometida a la legislación común aplicable a los particulares pues, de lo contrario, podría convertirse en un competidor desleal para cualquier negocio privado.

Junto con el derecho a emprender, en una economía de mercado o social de mercado es fundamental que el derecho de propiedad esté protegido y garantizado y que su protección sea robusta, ya que ello posibilita el progreso y el desarrollo integral de las naciones, siendo un pilar fundamental de una sociedad libre. Asegurar a las personas y cuerpos intermedios de la sociedad el

derecho de propiedad sobre los frutos de su trabajo genera los incentivos correctos en términos de esfuerzo e inversión, pues se garantiza que no podrán ser indebidamente apropiados o explotados por terceros. En último término, la protección de los derechos de propiedad proporciona a las personas una importante defensa ante el poder que detenta el Estado. Sin derecho de propiedad y sin la certeza jurídica asociada al mismo, la materialización de las inversiones necesarias para iniciar un negocio o proyecto productivo no sería posible por el temor a que posteriormente sean expropiadas arbitrariamente y sin compensación alguna.

## **SOBRE LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL**

Nuestro marco institucional en la materia, asociado asimismo a otros derechos y garantías relacionadas amparados por el marco jurídico vigente, ha permitido que se realicen en Chile inversiones de largo plazo gracias a la seguridad que dan las normas constitucionales analizadas previamente, beneficiando a la población en general.

De esta forma, no se advierte que sea conveniente o necesario introducir cambios en la regulación constitucional al efecto, menos en una orientación que persiga debilitar estos derechos que han sido pilares esenciales

del progreso de Chile. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es posible analizar perfeccionamientos a la Carta Fundamental que permitan potenciar la libertad para emprender y el derecho a la propiedad.

En ese ámbito, una propuesta consiste en constitucionalizar el Recurso de Amparo Económico, actualmente establecido como artículo único en la Ley N° 18.971, con algunas precisiones como establecer expresamente que este recurso está comprendido para resguardar sólo el inciso segundo del artículo 19 N°21 e incorporar la posibilidad que los Tribunales de justicia puedan adoptar las medidas y providencias para reestablecer el imperio del derecho.

Asimismo, podría también estudiarse con mayor profundidad la cuestión de las regulaciones expropiatorias en el sentido de revisar la posibilidad de establecer una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado al propietario cuando se establezcan limitaciones en consideración a la función social de la propiedad en la medida que el gravamen impuesto o perjuicio sufrido por efecto de la regulación sea significativo o desproporcionado. La indemnización se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales ordinarios.

## 5. PRINCIPIOS TRIBUTARIOS, NECESARIOS PARA UNA SOCIEDAD JUSTA

Los principios constitucionales en materia tributaria constituyen las bases sobre las cuales se edifica toda la institucionalidad tributaria, estableciendo tanto criterios para organizar e interpretar toda su normativa, como límites jurídicos frente a la potestad tributaria del Estado. La importancia de este límite radica en que la autoridad tributaria siempre tiene una posición de ventaja frente al contribuyente, por lo cual la norma constitucional debe imponerle límites a esta autoridad. Por otro lado, estos principios también podrían, eventualmente, ayudar a evitar la tendencia a un gasto público insostenible, al darle una institucionalidad y borde a los impuestos.

Los principios constitucionales en materia de tributos se encuentran contenidos en el artículo 19 N° 20 de nuestra Constitución que asegura a todas las personas “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a

finés propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”.

Como punto de partida al análisis tributario de la Constitución, es necesario establecer que de acuerdo al artículo antes citado y al artículo 65, todo proyecto de ley en materia tributaria es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y su discusión sólo puede tener su origen en la Cámara de Diputados. La incorporación de esta atribución en nuestra CPR se debe a nuestra propia historia económica y legislativa, la cual está plagada de ejemplos en que, por la vía de indicaciones a proyectos de ley o iniciativas parlamentarias, se aprobaron políticas que terminaron afectando gravemente el normal desenvolvimiento económico y social del país. Es fundamental que en el contexto de la nueva Constitución esta atribución se mantenga, así como las materias que abarca, de forma de evitar el desorden fiscal y económico al limitar, de alguna manera, los conflictos político-electorales e institucionales que pudieran generarse para los legisladores.

Del artículo 19 N° 20 se desprenden los siguientes principios tributarios esenciales, todos ellos muy relevantes y que a nuestro juicio debieran ser previstos en el texto de la nueva Carta Magna:

**a. Principio de legalidad tributaria:** significa que los tributos (y todos los elementos para determinarlos) sólo pueden ser establecidos, modificados, suprimidos y condonados por ley, siendo ésta de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Dado que los impuestos implican una restricción del dominio, este principio se justifica en la necesidad de una protección democrática dada la tensión que existe entre potestad tributaria del Estado y el derecho de propiedad de los contribuyentes, el cual también se encuentra protegido en la CPR.

**b. Principio de igualdad tributaria:** surge del principio de igualdad contenida en el artículo 19 N° 2 de la CPR, pero referido al ámbito tributario. Esto quiere decir que el tratamiento impositivo debe ser el mismo para quienes se encuentren en condiciones similares (equidad horizontal) y que es permitido gravar de forma distinta a personas que se encuentren en situaciones diferentes (equidad vertical).

**c. Principio de proporcionalidad tributaria:** es la simetría o conformidad “cuantitativa” entre la carga tributaria y el sujeto u objeto de ella.

**d. Principio de justicia tributaria:** este principio está directamente relacionado con la protección del derecho de propiedad y es una combinación de los principios anteriores.

**e. Principio de la no afectación específica:** de acuerdo con este principio, aunque con algunas excepciones consideradas en el mismo artículo, los recursos provenientes de los impuestos no pueden estar destinados a financiar un proyecto o finalidad específica, sino que han de ingresar al fondo común

denominado “Tesoro Público”, para ser distribuidos a través de la Ley de Presupuestos que aprueba cada año el Congreso Nacional.

## ¿QUÉ OTROS PRINCIPIOS EVENTUALMENTE SE PODRÍAN CONSAGRAR?

Sin perjuicio de la relevancia de todos los principios anteriormente expuestos, los cuales debieran ser previstos en el texto de la nueva Carta Magna, también es conveniente incorporar otros principios con el objeto de completar los lineamientos y limitaciones ya contenidos en los primeros. Estos nuevos principios son coherentes con las características que debe tener un sistema tributario moderno, presentadas anteriormente.

**a. Principio de generalidad de los tributos:** implica que todos tienen el deber de contribuir al mantenimiento de los gastos públicos, impidiendo que se establezcan impuestos con nombre y apellido, así como la existencia de exenciones y privilegios arbitrarios o injustificados.

**b. Principio de la capacidad contributiva:** sugiere que las personas deben ser gravadas de acuerdo con sus medios económicos. Por tanto, es una manifestación o medida de la igualdad tributaria.

**c. Justicia o equidad vertical:** referida al establecimiento de impuestos personales progresivos, cuya carga sea diferenciada en función de la capacidad económica de las personas.

**d. Principio de la no confiscatoriedad de los impuestos:** este principio es uno de los pilares sobre los que descansa la protección del contribuyente, basado en el respeto de la propiedad privada. Aun cuando este principio ya se encuentra contenido en nuestro ordenamiento jurídico, su incorporación en forma expresa ayuda a su aplicación en forma indiscutida, tal como existe en otras legislaciones.

**e. Neutralidad:** alude a que el diseño de la política tributaria busque minimizar los impactos no deseados de los impuestos en la actividad económica en general.

**f. Simplificación, modernización, eficiencia y certeza jurídica:** considera que el sistema tributario sea fácil de entender para los contribuyentes,

les otorgue certeza en cuanto a poder prever las consecuencias tributarias de sus actuaciones y que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos legales establecidos.

Toda esta nueva institucionalidad sólo logrará cabalmente los objetivos buscados en la medida que sea respetada. En caso contrario, sólo serán palabras de buena voluntad.

## 6. NUEVA CONSTITUCIÓN Y EL MUNDO DEL TRABAJO

A raíz de la pandemia, se ha evidenciado no sólo lo vital que es la creación de puestos de trabajo para el desarrollo económico, el crecimiento del país y la entrega de mejores estándares de vida a la población, sino también lo frágil que es y por lo tanto, lo importante que resulta su correcta protección y regulación.

Considerando lo anterior, los cambios que se incorporen a la nueva Constitución sobre la materia, o incluso la mantención de su actual regulación, deben dejar espacio a los cambios y nuevas dinámicas del mercado laboral como, por ejemplo, la transformación de los espacios de trabajo y su valor para la sociedad, lo que es dinámico y evolutivo en el tiempo. En este sentido, las demandas o problemas actuales deben ser abordados sin afectar la flexibilidad que el mundo del trabajo deberá tener para adaptarse a los nuevos escenarios, aún desconocidos.

Los aspectos antes señalados deben ser los elementos esenciales que caractericen el debate laboral en la Convención Constituyente. Con todo, y entendiendo la multiplicidad de materias que se pueden abordar en esta área, trataremos algunas de las discusiones que podrían darse en dicha instancia, sin que la siguiente enumeración sea taxativa.

### ¿LIBERTAD DE TRABAJO O DERECHO AL TRABAJO?

Nuestra actual Constitución consagra en el artículo 19 N° 16 la “libertad de trabajo y su protección”. Para entender de mejor manera las diferencias que implican consagrar la “libertad de trabajo” versus “el derecho al trabajo” desde un punto de vista académico, hay quienes asocian la “libertad de trabajo” a la fase inicial de una relación laboral, restringiéndola únicamente a si se acepta o no un determinado puesto de trabajo, mientras que el “derecho al trabajo” se entiende como el derecho de toda persona a obtener o acceder a un empleo cuando se encuentre en su búsqueda, o incluso hay quienes van más allá, y consideran que también implicaría el derecho a conservar el empleo, por lo que directamente implica que el Estado realice acciones que incentiven la generación de empleo para que nadie se quede sin la oportunidad de acceso cuando así libremente lo quiera.

Se debe tener en cuenta que si se consagra finalmente el “derecho al trabajo”, la Constitución no tiene la capacidad de asegurar que todas las personas tendrán un trabajo, y si bien el promover y crear empleo corresponde a una tarea propia de las políticas públicas,

éstas tampoco pueden garantizar el empleo, ya que la creación de puestos de trabajo depende de múltiples factores en donde las nuevas inversiones, innovación y las oportunidades para emprender son muy relevantes, cuestión que los constituyentes deben asimismo considerar. En este punto, y para ejemplificar lo señalado, si se consagrara el “derecho al trabajo”, se entendería entonces que el Estado debe realizar todas las acciones posibles para que nadie quede sin la oportunidad de trabajar. Una de estas posibles acciones sería que el sector público tuviese que emplear a todos aquellos que no tengan empleo en el sector privado, lo que parece absurdo y poco adecuado si se considera que el aumento del tamaño del Estado es inversamente proporcional a su eficiencia y que además, implica un mayor costo de mantención, que finalmente es pagado por la ciudadanía.

En cuanto a la “libertad de trabajo”, y tal como señala la doctrina en materia laboral, esta significa que “a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución”. Sobre la base de la definición es posible entender que nuestra actual garantía constitucional envuelve cuatro aspectos: (1) el derecho de toda persona a trabajar con su consentimiento, sin ser forzada u obligada a desarrollar una labor; (2) la libertad de contratación que supone el poder escoger, libremente, a la persona, la labor y las condiciones en que se contratarán los servicios, teniendo únicamente como límites aquellos establecidos por ley; (3) la imposibilidad de sufrir discriminaciones arbitrarias; y (4) el derecho a recibir una justa retribución. En este mismo sentido, y realizando una bajada práctica de la norma constitucional, nuestro Código del Trabajo establece expresamente que se reconoce la función social que cumple el trabajo y la libertad y dignidad que deben revestir las relaciones laborales. En este sentido, estimamos que lo correcto sería mantener la “libertad de trabajo” en la nueva Constitución, ya que dicha garantía se ha entendido en términos amplios y favorables para los trabajadores, entregando además un

margen de actuación para otros factores económicos relevantes en la materia, lo cual no ocurriría en caso de garantizarse el “derecho al trabajo”.

Por último, y respecto de la incorporación del “trabajo decente”, y tal como la misma OIT lo indica, este es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. Por lo tanto, y pese a la complejidad que puede significar su materialización al ser un término en construcción, sería interesante explorar su alcance y, tras un mayor análisis, determinar si es conveniente o no su incorporación en la nueva Carta Magna, teniendo en cuenta que nuestra regulación ya contempla varios de los pilares que lo sustentan.

### **a. Negociación colectiva y rol de los sindicatos:**

nuestra Constitución actual establece este derecho entre los trabajadores y la empresa en la cual trabajan. En base a esta regulación, se desprenden muchos temas esenciales para la regulación laboral y que generan controversia:

**(a) Titularidad sindical:** actualmente la Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores con la empresa en la que trabajan.

Sobre este aspecto, la propuesta “Con Control de Cambios” establece que el derecho a negociar pertenece a los trabajadores con independencia de si están afiliados o no a un sindicato, lo que es coherente con el derecho a la libertad de asociación (artículo 19 N° 15) y con el hecho de no ser obligado a sindicalizarse, derechos que, a nuestro juicio, son intransables si se quiere mantener una protección adecuada del trabajador (como individuo) dentro de la relación laboral.

Es interesante señalar que en Latinoamérica la única Constitución que establece como obligatoria la participación de los sindicatos en la

negociación colectiva es la de Brasil, no encontrándose una disposición similar en las constituciones europeas revisadas y tampoco su reconocimiento a nivel internacional.

**(b) Negociación colectiva por rama de actividad económica:** actualmente a nivel constitucional sólo se permite la negociación colectiva de los trabajadores en la empresa en la cual trabajen. Se debe tener en cuenta que la realidad de cada empresa y su tamaño, aun cuando pertenezca a un mismo sector económico, es distinta, además de que los derechos y obligaciones que emanan de la relación laboral, sólo vinculan al trabajador con el empleador respectivo, por lo que permitir negociar a trabajadores que no forman parte de la empresa resulta contraproducente y contribuiría únicamente a empoderar al sindicato por sobre el trabajador individualmente considerado.

**b. Derecho a huelga:** sobre este derecho hay discusión respecto a si efectivamente se consagra o no

en la Constitución. Hay quienes argumentan principalmente que se encuentra contenido en el derecho a la libertad sindical y que considerando que en la Constitución se indica a los que no pueden declararse en huelga, la interpretación a contrario sensu, es que si lo restringe es porque lo consagra. Compartimos la propuesta de “Con Control de Cambios” al incluir que la huelga debe ser pacífica y extender que la prohibición de declararse en huelga también comprende la prohibición de paralizar o suspender las funciones.

## FORTALECIMIENTO DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Si bien la Constitución no reconoce explícitamente este principio, sí regula expresamente la prohibición de toda discriminación arbitraria (artículo 19 No. 16), entendiéndose dentro de ésta aquella fundada en el sexo, además de la regulación consagrada en el artículo 1° que establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

## 7. MEDIO AMBIENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN

Debido a la pandemia por Covid-19, muchos países corren el riesgo de perder décadas de progreso, trayendo consigo complejos efectos sociales. Hoy más que nunca se requieren políticas públicas con visión de largo plazo, que promuevan el crecimiento económico, compatibilizándolo con el cuidado del medio ambiente y el desarrollo social para lograr el bienestar general de la población.

La nueva Constitución debe permitir un equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el desarrollo social. En este sentido, una forma de consagrar estos 3 pilares en la nueva Carta Fundamental debe considerar:

**a) Desarrollo sostenible como principio inspirador y ordenador:** existe un amplio consenso en que para lograr una mayor y robusta protección del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en nuestra nueva Constitución, debe incorporarse en el Capítulo I de Bases de la Institucionalidad un deber del Estado al efecto, de manera que infunda todo el resto de las disposiciones constitucionales y normativas, dando así un alcance amplio y significativo al resguardo del medio ambiente, en tanto éste posibilita el desarrollo integral de las personas.

**b) Eje Social, un enfoque antropocéntrico:** la protección del medio ambiente debe considerar el desarrollo social para garantizar el rol de la persona humana como sujeto de derecho y centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tal como señala la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992. En este mismo sentido lo ha reconocido en nuestra actual Constitución al establecer la garantía de “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 No. 8) a “todas las personas”, siendo clara la norma en establecer que la tutela del medio ambiente está dada en función de ser éste el entorno que permite el *desarrollo de la vida de los seres humanos*, y por lo tanto, se entiende también su protección jurídica bajo el criterio de funcionalidad que supone para el goce de otros derechos fundamentales, como lo son el derecho a la vida (artículo 19 No. 1) y el derecho a la salud (artículo 19 No. 9).

Finalmente, y reafirmando la importancia de mantener el carácter antropocéntrico en la nueva Carta Magna, es posible señalar que el actual recurso de protección, consagrado en el artículo 20 inciso 2, es precisamente una acción cautelar reconocida en favor de la persona que la eleva a un lugar prioritario cuando exista privación, perturbación o amena-

za en el ejercicio legítimo de sus derechos o libertades. En este punto, y si bien estimamos que este recurso debe mantenerse en la nueva Constitución, requiere de una mayor armonía sobre el rol que le cabe a los Tribunales Ambientales en la materia y las medidas de protección que se pueden hacer valer en sede administrativa, para evitar incoherencias y hacer más eficiente la protección.

### **c) Eje Medioambiental, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación:**

en Latinoamérica, en general las constituciones establecen el derecho a vivir en un “medio ambiente sano” y/o “medio ambiente equilibrado”, mientras que en nuestra actual Constitución se establece la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 No. 8), no consagrándose entonces el derecho a un medio ambiente incontaminado, lo cual hubiese sido utópico si se tiene en cuenta que toda actividad humana genera algún tipo de contaminación. En consecuencia, la protección del medio ambiente se consagra en la práctica por medio de: (i) la remisión a los instrumentos de gestión ambiental que permiten controlar los niveles de contaminación de un determinado contaminante, (ii) el desarrollo legislativo de la garantía constitucional para determinar qué se entiende por tal, lo que en nuestro ordenamiento jurídico ha ocurrido con la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, existiendo armonía y coherencia entre los distintos cuerpos normativos, y (iii) la institucionalidad ambiental que vela por la protección ambiental, la existencia de Tribunales Ambientales especializados, la responsabilidad por daño ambiental y la existencia de la Superintendencia de Medio Ambiente.

### **d) Eje Económico, la función social de la propiedad e institucionalidad ambiental robusta:**

a lo largo de la evolución del derecho medioambiental se ha reconocido una tensión entre la protección

del medio ambiente y el crecimiento económico, tensión que justamente se supera con la inclusión del concepto “desarrollo sostenible” y la creación de una institucionalidad ambiental robusta que medie entre ambos aspectos.

En este sentido, y considerando que esta materia requiere de flexibilidad, se considera que debe ser la ley quien cumpla el rol de: (i) establecer restricciones a ciertos derechos o libertades en pos de la protección del medio ambiente; (ii) definir los instrumentos de gestión ambiental necesarios para este objetivo; y (iii) crear una adecuada y eficiente institucionalidad ambiental.

Tal como se consagra en nuestra actual Constitución, es la ley la que, en base a la función social de la propiedad, establece un límite al derecho de propiedad en función de la conservación del patrimonio ambiental, lo que asegura que la compatibilidad entre lo económico y lo ambiental de cara al bien común se sustente en criterios objetivos que permitan certeza jurídica en la limitación. Este es un punto que se debería conservar.

Adicionalmente, también se debe consagrar que sea la ley quien defina los instrumentos de gestión ambiental necesarios para proteger el medio ambiente, lo cual debe considerar: (i) los avances más actualizados de la ciencia y la tecnología, (ii) un análisis de costo-beneficio, (iii) y mecanismos de transparencia y rendición de cuentas.

Por último, se debe velar para que sea la ley la que cree la institucionalidad ambiental necesaria que cumpla un rol eficaz en la fiscalización correspondiente y que permita una convivencia armónica entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, lo que se traduce en la posibilidad de consagrar una correcta gestión ambiental, vital para el desarrollo sostenible del país.

## 8. MINERÍA EN LA CONSTITUCIÓN: PRINCIPIOS ORIENTADORES

Chile es un país privilegiado en recursos minerales, especialmente cobre. Es el primer productor de este mineral del mundo y también cuenta con las mayores reservas. Pero tener potencial geológico no es suficiente. Para que ello se traduzca en riqueza se requieren actividades de exploración y explotación, lo cual involucra inversiones cuantiosas, riesgosas y de muy largo plazo. En un mundo globalizado, la certeza jurídica y la estabilidad de las instituciones y de las políticas económicas en los países son cruciales para permitir que inversiones de esas características se materialicen.

La Constitución de 1980 y la legislación minera en Chile de los años siguientes permitieron dar certeza a los inversionistas, lo cual posibilitó un dinamismo sin precedentes en la minería privada nacional y extranjera. En gran parte producto de una abundante inversión extranjera, Chile se convirtió en un líder mundial en el mercado del cobre desde los años noventa en adelante.

En los últimos 20 años, la minería tanto pública, como privada ha contribuido al desarrollo y prosperidad del país mucho más allá de los recursos fiscales que genera (13% del total de los ingresos fiscales). El sector mine-

ro representa el 10% del PIB, 53% de las exportaciones, 14% de la inversión total y 8% del empleo (650 mil personas) considerando el empleo directo más el indirecto. En términos regionales, la minería representa una parte fundamental del PIB de regiones como Antofagasta (53,8%), Tarapacá (36,9%), Atacama (36,9%), Coquimbo (25%) y O'Higgins (20%).

El crecimiento del sector minero beneficia a la sociedad con la creación de empleos permanentes especializados y bien remunerados, pero también a través del desarrollo de una red de proveedores y contratistas, con encadenamientos productivos cada vez más robustos. En efecto, el multiplicador del PIB minero (esto es, cuánta actividad económica adicional crea la minería en otros sectores como construcción, industria y servicios empresariales) ha pasado de ser 1,4 entre los años 2008-2010 a ser 1,78 para el período 2015-2017. Ello significa que por cada \$100 de PIB minero, se generan adicionalmente \$78 de PIB en otros sectores.

### MINERÍA EN LA CONSTITUCIÓN

Teniendo en consideración la importancia del sector

minero en Chile y el destacado crecimiento de la minería privada en las últimas décadas, a continuación se proponen principios orientadores sobre cómo debería ser la regulación de la minería en la nueva Constitución, poniendo énfasis en la necesidad de conservar aquellos elementos que han contribuido a la certeza jurídica y han permitido el desarrollo exitoso del sector.

En Chile, el marco constitucional y jurídico para la minería, más allá de las normas aplicables a cualquier actividad económica, está compuesto de tres cuerpos principales: la Constitución Política de la República (“CPR” o “Constitución”), la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) y el Código de Minería (CM). Esta trilogía de cuerpos normativos, además de la estabilidad del régimen de inversión extranjera proporcionado por el Decreto Ley 600 sobre Inversión Extranjera, derogado el 2015, y por la Ley N° 20.848, que aseguró la plena vigencia de los derechos y deberes adquiridos por los inversionistas extranjeros bajo el Decreto Ley 600, han establecido reglas claras y garantías que han permitido atraer capitales extranjeros y han contribuido al desarrollo de la minería en Chile. Ello, sin perjuicio de otros cuerpos normativos que tienen impacto directo en el sector, como el que regula la tributación de la actividad minera.

La Constitución, en su artículo 19 N° 24 que asegura a las personas el derecho de propiedad, establece el marco constitucional para la minería en Chile y se funda en los siguientes pilares:

**a) Dominio del Estado sobre todas las minas:**

el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

**b) Concesiones privadas para exploración y explotación de sustancias concesibles, que se constituyen y extinguen por resolución judicial:**

por mandato expreso de la Constitución, la LOCCM determinará qué sustancias pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Conforme a la CPR, estas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la LOCCM exprese. De esta norma, se derivan diversas garantías que han sido fundamentales para el desarrollo de la minería.

En primer lugar, el hecho que la constitución, subsistencia y extinción de la concesión queden entregadas a la competencia de los Tribunales de Justicia constituye una garantía fundamental, toda vez que evita arbitrariedades en las que podría incurrir la administración del gobierno de turno.

Respecto a la duración de las concesiones, la LOCCM establece que, sin perjuicio de las causales de caducidad- entre ellas el no pago de la patente-, la concesión de exploración no podrá tener una duración superior a 4 años; y la de explotación tendrá una duración indefinida. A nuestro juicio, la duración indefinida para el caso de las concesiones de explotación constituye otra importante garantía, atendiendo a las cuantiosas inversiones de largo plazo que implica el desarrollo de proyectos mineros.

Otra garantía importante es la existencia de una ley orgánica constitucional (LOC) para regular las concesiones mineras, ya que ello brinda una mayor estabilidad.

**c) Régimen de amparo:** según la actual Constitución (artículo 19 N°24), la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será estable-

cido por la LOCCM, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Respecto al régimen de amparo al que alude el texto constitucional, la LOC de Concesiones Mineras contempla que éste consistirá en el pago anual y anticipado de una patente a beneficio fiscal, en la forma y por el monto que determine el Código de Minería.

**d) Sistema de explotación de las sustancias no concesibles:** conforme al décimo inciso del artículo 19 N°24, la exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación. La Constitución le otorga al Presidente de la República la posibilidad de poner término, en cualquier tiempo y sin expresión de causa, pero con la indemnización

que corresponda, a las concesiones administrativas o contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

**e) Derecho de propiedad de los titulares sobre sus concesiones:** el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad contemplado en el art. 19 N°24 de la CPR. Así, el concesionario tiene derecho al pleno uso, goce y disposición de las sustancias concesibles que encuentra en la mina. De la protección del derecho de propiedad se deriva, además, que éste no puede ser alterado por el Estado, sino sólo por vía de expropiación con indemnización por el daño patrimonial.

Consideramos que debería mantenerse la regulación constitucional que hoy existe para la minería, por todas las garantías y beneficios que ha proporcionado, tal como se ha explicado en detalle. Una alteración que pueda poner en duda las características de las concesiones sería un craso error para una actividad que es crucial no sólo para la inversión y empleo, sino en cuanto a lo que aporta al Fisco.

## 9. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL AGUA

El estatuto jurídico vigente de las aguas en Chile tiene su origen en tres cuerpos normativos: el Decreto Ley N°2.603, de 1979, la Constitución Política de la República de 1980 y el Código de Aguas de 1981.

Conforme al actual Código de Aguas, las aguas son consideradas bienes nacionales de uso público, pero el Estado puede conceder a los particulares derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales son de propiedad de su titular. Asimismo, se trata de derechos cuya duración es indefinida y plenamente transferibles, siendo los mercados de aguas el instrumento de promoción de la reasignación eficiente del agua a otros usos y/o titulares según vayan cambiando las circunstancias. Estas características, junto a la especial protección constitucional contemplada en el artículo 19 N°24 de la Constitución que garantiza el derecho de propiedad de los titulares sobre sus derechos de aprovechamiento de aguas, han sido elementos fundamentales para permitir el mejor aprovechamiento del recurso y el desarrollo de diversas actividades económicas, tales como la agricultura, la minería, el sector hidroeléctrico y sanitario.

### ORÍGENES Y FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL VIGENTE

La Constitución se refiere a las aguas en su artículo 19 N°24, en relación al derecho de propiedad, garantizando que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

La consagración de esta norma, que recogió íntegramente lo dispuesto en el Decreto Ley N°2.603 de 1979, que modificó el Acta Constitucional N°3, fue un tema ampliamente debatido y su inclusión se debe a razones históricas.

Fue la Constitución de 1980 la que estableció la base jurídica primaria para construir un nuevo ordenamiento de las aguas, que se consolidó posteriormente en el Código de Aguas de 1981. En efecto, el Código de Aguas vino a sistematizar la regulación sobre las aguas, definiéndolas como bienes nacionales de uso público y al derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas de dominio de su titular. Así, y una vez que entró en vigencia el nuevo diseño,

la seguridad jurídica dada por el nuevo mecanismo de asignación y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas junto a regulaciones que incentivaban la participación del rol privado, permitieron la proliferación de diversas peticiones para constituir derechos de aguas no consuntivos. Uno de los sectores que reaccionó con mayor rapidez fue el sector hidroeléctrico, dando lugar al desarrollo de importantes proyectos de inversión en generación hidroeléctrica.

En consecuencia, dicha normativa en su conjunto ha permitido el desarrollo de actividades e inversiones que hacen uso del agua y ha fomentado la utilización eficiente de la misma, virtud reconocida por el propio Banco Mundial.

## ¿QUÉ CONSAGRAR Y NO CONSAGRAR EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

**a) Reconocer a las aguas como bienes nacionales de uso público:** tanto el artículo 595 del Código Civil, como el artículo 5° del Código de Aguas, ya establecen expresamente que las aguas son bienes nacionales de uso público. Lo anterior significa que su dominio no pertenece a privados ni al Estado, sino a la nación toda.

Consideramos que, dada la importancia de la dimensión pública del recurso hídrico, es pertinente incluir en la nueva Constitución su carácter de bien nacional de uso público, sin perjuicio de mantener el reconocimiento y protección del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua, tanto a nivel constitucional, como legal. Creemos que ambos conceptos son perfectamente compatibles, tal como ocurre en la actualidad en el Código Civil y el Código de Aguas, ya que establecen que el agua es un bien nacional de uso público. Además, dicha regulación no sería ajena a otros casos en que el Estado otorga un título para usar un bien nacional de uso público y se reconoce al

particular el derecho de propiedad sobre su título o concesión.

**b) Derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua:** conforme al referido artículo 5° del Código de Aguas, se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de aguas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas. A su vez, el artículo 6° del Código de Aguas define este derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y conforme a las reglas legales, añadiendo que el derecho de aprovechamiento de aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él conforme a la ley.

Dadas las razones históricas y económicas esgrimidas con anterioridad, consideramos importante que se mantenga a nivel constitucional la protección del derecho de propiedad de los titulares sobre sus derechos de aprovechamiento de aguas. Dicha norma ha sido fundamental en otorgar a los titulares la certeza jurídica necesaria para que puedan materializarse inversiones privadas en el sector, toda vez que en virtud de ella el Estado no puede privarle al particular de su dominio, a menos que expropie y pague la justa indemnización. En efecto, el artículo 19 N°24 de la Constitución establece expresamente que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. Asimismo, y junto con esta norma constitucional, la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Chile es parte, también dispone que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés

social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

En todo caso, cabe recordar que en la actualidad el Estado puede regular el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas a través de varias normas del Código de Aguas vigente, tales como: reducción temporal de explotación de aguas subterráneas en caso de afectación a la sustentabilidad del acuífero o a otros titulares de derechos (art. 62), caudal ecológico mínimo (art. 129 bis 1°), patentes de no uso (Título XI), decretos de escasez (art. 314), posibilidad de expropiar derechos de aprovechamiento de aguas para satisfacer menesteres domésticos de la población cuando no existan otros medios para obtener agua (artículo 27), reserva de caudales para el abastecimiento de la población (artículo 147 bis inciso 3°).

**c) Usos del agua para consumo humano y resguardo ecológico de cuencas:** la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas (2010), señala que “el derecho al agua potable y saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Concordando con la importancia de resguardar el consumo humano y el caudal ecológico, en nuestra opinión no es necesario establecer limitaciones explícitas al derecho de propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas a nivel constitucional. Cabe recordar que, bajo el marco constitucional y regulatorio vigente, Chile ha alcanzado niveles destacables en cuanto a calidad y cobertura en saneamiento y agua potable, aunque en algunas áreas rurales aún existen falencias importantes. En efecto, más del 90% de la población en Chile vive en

áreas urbanas con altos estándares en materia de coberturas de servicios sanitarios. En las zonas urbanas concesionadas, la cobertura de agua potable alcanza un 99,97%, la de alcantarillado un 97% y la de tratamiento de aguas servidas un 99,9%. Sin embargo, en el caso de las zonas rurales, el 53% de las viviendas se abastece a través de la red pública, 28% por medio de pozo o noria, 12% a través de río, vertiente, estero, canal, lago, entre otros y el 7% vía camión aljibe.

En Chile los derechos de aprovechamiento de aguas se transan libremente en pro del uso más eficiente, no se vinculan a un uso específico y postulamos que ello se debe mantener.

Aun cuando en la actualidad existen desafíos pendientes y espacios de mejora en materia de gestión del recurso hídrico, consideramos que ellos exceden de lo que una nueva Constitución podría o no hacer. En efecto, el problema de disponibilidad de las aguas y los retos pendientes que existen no se resuelven modificando la naturaleza y características de los derechos de aprovechamiento de aguas, y tampoco tienen relación con la norma constitucional que establece el derecho de propiedad sobre los mismos, sino que con medidas que apunten a una adecuada gestión del recurso.

En un contexto de cambio climático, se requiere más que nunca de flexibilidad en los instrumentos de gestión del agua, y por ello consideramos que debe ser la ley quien cumpla el rol de establecer restricciones a ciertos derechos o libertades en pos del consumo humano y la protección del caudal ecológico y los ecosistemas; definir los instrumentos de gestión del recurso hídrico necesarios para este objetivo; y crear una adecuada y eficiente institucionalidad del agua.

## 10. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en la nueva Constitución debe realizarse desde la unidad de la nación y del Estado.

El texto de propuesta de nueva Constitución que redactará la Convención Constitucional debe reconocer y valorar los distintos pueblos y culturas existentes en nuestra nación. Toda disposición que promueva su aislamiento, ya sea por razones identitarias y etnocéntricas, debiera quedar marginada de nuestra carta fundamental.

La constitucionalización del concepto de plurinacionalidad, entendido como “la existencia de varias naciones dentro de un Estado”, tiene implicancias graves, ya que significa destruir o desmembrar la nacionalidad chilena, quitándole parte de sus integrantes y elementos culturales que la componen, socavando así la identidad nacional. Además, implica generar estructuras autonó-

micas que no favorecen la actualización del bien común. Es inconveniente que se constitucionalice un reconocimiento de pueblos indígenas que expresamente indique que el Estado ha vulnerado sistemáticamente los derechos humanos de estos pueblos, ya que esto genera mayores conflictos sociales, abre riesgos de litigios internacionales donde el Estado ya habría reconocido su responsabilidad y además, establece una norma constitucional que impide la libertad de expresión sobre una cuestión que requiere estudios históricos detallados caso a caso.

El término correcto para plantear un reconocimiento constitucional que convoque a todos los chilenos debe realizarse en base al concepto de pueblos indígenas y no sobre la idea de pueblos originarios, ya que es una categoría que fija la idea que representa sólo un aspecto, a saber, la preexistencia de comunidades en un territorio que luego es ocupado por otra comunidad.