

Revisa toda la actualidad legal del

PROCESO CONSTITUYENTE

Junto a Barros & Errázuriz



PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN: NORMAS RELEVANTES PARA LA ACTIVIDAD DE EMPRESAS U ORGANIZACIONES

ÍNDICE:

I. TRABAJADORES Y SINDICATOS	1
II. CONSUMIDORES	2
III. ÓRGANOS PÚBLICOS REGULADORES Y FISCALIZADORES: DEBIDO PROCESO	2
IV. PRINCIPIO DE BUENA FE Y DEBERES DE PROBIDAD DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS	2
V. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	2
VI. RECURSO DE PROTECCIÓN	3
VII. CORTE SUPREMA	3
VIII. GOBERNANZA DEL PODER JUDICIAL	4
IX. SISTEMA POLÍTICO	4
X. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MACROECONOMÍA	5
XI. LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO DEBER PRIORITARIO DEL ESTADO	8
XII. LIBERTAD DE EMPRENDIMIENTO Y DERECHO DE PROPIEDAD	8
XIII. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS MINERALES	9
XIV. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS	9
XV. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIOAMBIENTE	10
XVI. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUTOS	12

PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN: NORMAS RELEVANTES PARA LA ACTIVIDAD DE EMPRESAS U ORGANIZACIONES

El día martes 7 de noviembre de 2023, se llevó a cabo la ceremonia oficial de entrega de la propuesta de nueva Constitución por parte del Consejo Constitucional al Presidente de la República [ver texto completo], instancia en la que el mandatario convocó a la ciudadanía al plebiscito constitucional que tendrá lugar el próximo 17 de diciembre (cuyo voto es obligatorio). De tal forma, se inicia el periodo de campaña electoral en el que las distintas fuerzas políticas promoverán el voto “A favor” o “En contra”.

A continuación, explicaremos algunos de las materias más relevantes que presenta la propuesta de nueva Constitución desde la perspectiva -principalmente- de una empresa u organización. Para esto, hemos identificando actores con los que éstas deben relacionarse, ámbitos o entornos en los que actúan, así como algunas reglas y derechos con incidencia en dichas relaciones y ámbitos.

I. TRABAJADORES Y SINDICATOS:

Una de las relaciones más inmediatas e importantes existentes en cualquier empresa u organización es la que se tiene con los trabajadores individualmente considerados y colectivamente agrupados en sindicatos. La regulación constitucional de la relación aludida reviste, por lo mismo, gran trascendencia. En lo que sigue, se destacarán los siguientes dos tópicos altamente sensibles: la negociación colectiva y la huelga.

Negociación colectiva. Ésta se concibe como un *derecho de los trabajadores*. Esta disposición es idéntica al de la actual Constitución. Y diametralmente opuesta a la de la propuesta 2022 rechazada, la que establecía el monopolio sindical de la negociación colectiva. El anteproyecto de la Comisión Experta no se pronunciaba al respecto, habilitando al legislador a que optara por cualquiera de las dos opciones precedentes. Sin embargo, el Consejo Constitucional optó por mantenerlo como *derecho de los trabajadores*.

La segunda característica principal para tener en consideración es que la negociación colectiva ha de desarrollarse *dentro del ámbito de la empresa*. Se repite, nuevamente, lo establecido en la Constitución de 1980. En contraste, la propuesta rechazada el 2022 contemplaba expresamente que el nivel en que se desarrollará la negociación, la que podía ser ramal, sectorial o territorial, era una definición que correspondía a los trabajadores. El legislador no estaba habilitado para una opción distinta. El anteproyecto de la Comisión Experta permitía la negociación fuera del ámbito de la empresa, pero en la medida que el legislador así lo dispusiera.

Huelga. Se explicita que es un *derecho, pero que solo puede ser ejercido dentro del marco de la negociación colectiva*. La Constitución de 1980 no efectúa un pronunciamiento expreso sobre el particular. Hoy, existen algunas interpretaciones judiciales que entienden que la huelga es un derecho que puede ejercerse fuera del marco de la negociación colectiva. La propuesta que se plebiscitará zanja cualquier discusión al respecto. El anteproyecto de la Comisión Experta ampliaba el ejercicio del derecho a huelga, el que tenía por finalidad la defensa de sus intereses laborales, concepto que abrigaba la posibilidad de una huelga fuera de la negociación colectiva.

Asimismo, se *prohíbe la huelga en el sector público*. El anteproyecto de los expertos, no acogido en el proyecto final, garantizaba la huelga en el sector público (con muy pocas excepciones).

II. CONSUMIDORES:

Otra relación directa presente en el devenir de toda empresa u organización es la que se tiene con los consumidores o clientes. El proyecto de nueva Constitución contempla algunas disposiciones sobre el particular.

Se expresa a nivel constitucional una realidad ya presente en nuestra legislación: la protección de los consumidores. En este sentido, no hay una innovación con implicancias prácticas de fondo sobre esta materia. Si bien se entrega a la ley la regulación específica de los derechos y deberes de los consumidores, así como las garantías y procedimientos para hacerlos valer, queda abierta -quizás- la incógnita sobre el alcance que podría tener el recurso de protección sobre la materia.

Como respuesta crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de ley sobre el SERNAC, la propuesta constitucional rechazada el 2022 enfatizaba la constitucionalidad de sus facultades interpretativas, fiscalizadoras y sancionadoras. El actual proyecto nada dice sobre el particular.

III. ÓRGANOS PÚBLICOS REGULADORES Y FISCALIZADORES: DEBIDO PROCESO

Toda empresa u organización está sujeta a regulación y debe relacionarse -de alguna forma- con entes públicos encargados de fiscalizar (y también, a veces, sancionar) el cumplimiento por parte de particulares de obligaciones legales (normas dictadas por el Congreso Nacional) y reglamentarias (normas dictadas por el Presidente de la República).

Desde la perspectiva de los regulados y fiscalizados, las pautas y derechos establecidos por una Constitución para poder defenderse (debido proceso) son muy importantes. Estos derechos determinan, como contrapartida, los límites a que están sujetos los órganos públicos. El proyecto de nueva Constitución que se plebiscitará pretende incrementar -en alguna medida- la efectividad de la defensa jurídica que los particulares pueden desplegar frente a las autoridades administrativas.

Uno de los aspectos que mayores críticas ha despertado por parte de aquellos que están en contra de la aprobación del proyecto de nueva Constitución ha sido, precisamente, lo que ellos interpretan como una severa restricción a las posibilidades de los mencionados entes públicos para dictar normas y, en general, para sancionar infracciones. En efecto, resienten el énfasis (posiblemente más tenue del que se cree) que el texto hace a favor de que las obligaciones susceptibles de ser sancionadas estén establecidas con un mayor grado de precisión por normas de rango legal.

IV. PRINCIPIO DE BUENA FE Y DEBERES DE PROBIDAD DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

Una innovación del proyecto que puede concebirse como complemento de los instrumentos de protección de los particulares frente a la administración del Estado es el principio de buena fe que debe inspirar a los funcionarios públicos. Si bien puede dar lugar a discusiones interpretativas, existe algún sustento para sostener que se estaría respaldando el deber de respeto que han de dispensar los órganos del Estado respecto de las actuaciones de particulares ejecutadas en la confianza de que la autoridad no los perjudicará a través de cambios de criterio imprevistos.

El aludido principio de buena fe se enmarca en el deber que se le exige al Estado de garantizar la integridad pública. Hay un marcado énfasis en la necesidad de prevenir y sancionar actos poco probos (conflictos de interés, actos de corrupción, etc.) por parte de quienes ejercen funciones públicas. La creación de una agencia nacional contra la corrupción es ilustrativa de la orientación ya señalada.

V. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

Este órgano constitucionalmente autónomo tiene un rol relevante en la fiscalización de la legalidad y probidad de la actuación de los órganos de la administración del Estado, de las municipalidades y de las autoridades regionales.

Una de las innovaciones consiste en la explicitación de la facultad del Contralor General de la República (CGR) para también fiscalizar a los privados en el uso de fondos públicos.

Asimismo, el proyecto de nueva Constitución reitera la facultad del Contralor ya establecida en la ley para interpretar a través de dictámenes, en forma obligatoria y vinculante para la Administración, la legislación administrativa que rige sus funciones. La novedad al respecto radica en reconocer implícitamente la necesidad de que las controversias interpretativas que conciernen a particulares y organismos del Estado se tramiten bajo mayores estándares de debido proceso. En la misma línea, se respalda el derecho de impugnar judicialmente (recurso de protección incluido) las actuaciones del Contralor.

VI. RECURSO DE PROTECCIÓN:

Una de las vías más recurridas para reclamar ante una corte de justicia frente a una acción u omisión ilegal o arbitraria es el recurso de protección (acción de rango constitucional). Sobre el particular, vale la pena subrayar algunas innovaciones.

La primera es la *extensión de dicho recurso* para remediar actos u omisiones que priven, perturben o amenacen el ejercicio de *todos los derechos constitucionales* y no sólo de algunos, como lo ocurre con la Constitución vigente.

La segunda dice relación con el *tratamiento especial para la protección judicial de derechos sociales cuya satisfacción conlleve obligaciones de prestación por parte del Estado*. La propuesta hace referencia, específicamente, a los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación. A diferencia de otros tipos de derechos, el texto restringe las posibilidades de reclamo en aquellos casos en que las prestaciones estatales regladas expresamente en la ley a cuyo ejercicio se tiene derecho sean objeto de privación, perturbación o amenaza por un acto u omisión ilegal. Es decir, el recurso de protección se restringe a garantizar aquellas prestaciones sociales que sean específicamente determinadas en la Constitución o las leyes.

Asimismo, ante el declarado temor de que las cortes de justicia, en especial la Corte Suprema, intervengan decididamente en el diseño de políticas públicas, el texto señala expresamente que para la realización de los derechos sociales de prestación antes mencionados, *los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas*.

VII. CORTE SUPREMA:

¿Activismo judicial? Sin perjuicio de qué tan justificable sea el temor que se tenga ante un eventual “rol transformador” de la sociedad por parte de la Corte Suprema, lo cierto es que los resguardos frente al riesgo de una eventual extralimitación en sus funciones se ven reflejada en varias otras disposiciones del proyecto de nueva Constitución.

El llamado “fallo Isapres” es considerado por muchos como un ejemplo paradigmático de lo recién advertido, en que por medio de una sentencia judicial se altera significativamente, en los hechos, todo el diseño legislativo de un sector o industria.

Grosso modo, uno de los principales mecanismos jurídicos utilizados por la Corte Suprema para avanzar en cambios estructurales ha sido -según la mayoría del Consejo Constitucional- la relativización de la vigencia de normas legales en casos concretos. La vía para lograr lo anterior ha consistido en dar aplicación directa -sin mediación del legislador o intervención del Tribunal Constitucional- de principios generales (redactados con un bajo nivel de precisión) establecidos en la Constitución y, preferentemente, en convenios internacionales de derechos humanos. Según la propia Corte Suprema, éste tipo de disposiciones tendría un rango supraconstitucional. Esta interpretación ha sido cuestionada. No es casualidad, entonces, que el proyecto haya contemplado modulaciones (o restricciones) a la forma de aplicar normas internacionales de contenido temático parcialmente similar a los de un texto constitucional. Esto ha sido un tema muy discutido entre los diferentes bloques políticos representados en el Consejo Constitucional y en la Comisión Experta.

VIII. GOBERNANZA DEL PODER JUDICIAL:

El proyecto de nueva Constitución, al igual que como lo hiciera la propuesta rechazada el 2022, innova significativamente sobre esta materia. Hoy, la Corte Suprema no sólo ejerce funciones jurisdiccionales, sino también tiene a su cargo (directa e indirectamente) todas las tareas de gobierno judicial. Esto es, la administración de los recursos, la formación de los jueces, su nombramiento y los aspectos disciplinarios. Existe un extendido acuerdo en que esta concentración de funciones en manos de la Corte Suprema no es eficiente y, principalmente, afecta la independencia del resto de los jueces miembros del poder judicial.

Para contribuir a la solución de los problemas diagnosticados, la propuesta constitucional rechazada el año pasado radicó todas las funciones no jurisdiccionales de la Corte Suprema (es decir, las de gobierno judicial) en un órgano constitucionalmente autónomo denominado Consejo Judicial. Dicho órgano estaría integrado por miembros elegidos políticamente, y por jueces y funcionarios del poder judicial elegidos por sus respectivos pares. Este diseño no es extraño a nivel global. De hecho, recibió el respaldo de la misma Corte Suprema. Sin embargo, la experiencia en algunos países dio señales sobre el riesgo de politización de este tipo de órganos dotados de tanto poder. Se estimó que la independencia, no ya de los jueces, sino del poder judicial como institución, estaría en peligro con un diseño como el mencionado.

El proyecto de nueva Constitución aborda la problemática de una manera original. En lo esencial, *externaliza las funciones no jurisdiccionales en tres órganos separados y con autonomía legal*. Uno encargado de los nombramientos de los jueces (con excepción de los ministros de la Corte Suprema); otro dedicado a la formación y el perfeccionamiento de jueces y funcionarios; y un último a cargo de la gestión y administración del Poder Judicial. Se establece que la Corte Suprema, a través de su presidente, velará por el debido funcionamiento y coordinación de los entes aludidos, respetando su autonomía.

IX. SISTEMA POLÍTICO:

Junto con la nueva estructura de gobernanza del poder judicial, la otra gran innovación en el diseño orgánico de la Constitución que se propone es el referido al sistema político, esto es, lo concerniente a los otros dos poderes del Estado: el Ejecutivo (Presidente de la República) y el legislativo (Congreso Nacional).

La efectividad de la mayoría de las disposiciones contenidas en un texto constitucional depende del buen funcionamiento del engranaje entre estos dos poderes, también conocido como “sala de máquinas”.

Hubo un consenso transversal de que una de las principales “enfermedades” del sistema político es su fragmentación (hoy hay alrededor de 20 partidos políticos con representación parlamentaria), lo que dificulta la posibilidad de llegar a acuerdos y, en definitiva, de que la agenda legislativa de los gobiernos avance. Complementariamente, se ha hecho hincapié en la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación y cooperación entre el Congreso y el Presidente de la República. Algunas de las innovaciones más relevantes son las siguientes:

- **Umbral electoral:** se establece la obligación de obtener un 5% como requisito mínimo para que un partido político pueda acceder a escaños en la Cámara de Diputados. Esta regla no se aplicará al partido que tenga escaños suficientes para sumar como mínimo ocho parlamentarios en el Congreso Nacional. Se contemplan reglas transitorias que moderan temporalmente los requisitos señalados.
- **Regla de disciplina partidaria:** como medida para evitar que un parlamentario abandone, una vez elegido, el partido político por el cual compitió, se establece la renuncia al partido como causal de cesación en el cargo de diputado o senador.
- **Disminución en el número de diputados:** el proyecto disminuye el número de parlamentarios que integran la Cámara de Diputados (de 155 a 138).
- **Ajuste en el tamaño de los distritos y en el número de diputados elegibles por distrito:** en cada uno de los distritos se elegirán entre dos y seis escaños, en contraste con los tres y ocho, como ocurre en la actualidad.
- **Agenda legislativa prioritaria del Presidente de la República:** el 1º de junio de cada año, el Presidente informará al país hasta tres proyectos de ley que integrarán la agenda legislativa prioritaria, los que deberán ser puestos en votación y terminar su tramitación legislativa en el plazo máximo de un año contado desde que se informa dicha agenda.

Con mayor o menor entusiasmo, casi todos los consejeros constitucionales (y antes, los comisionados expertos) han reconocido que las disposiciones del proyecto concernientes al sistema político representan un aporte innovador y bien orientado. Posiblemente, el más significativo de todos. No obstante, la disminución en el número total de diputados, así como el ajuste en el tamaño geográfico de los distritos y la reducción del número mínimo y máximo de diputados elegibles en cada uno, han generado una aguda división entre las fuerzas políticas de la oposición y las afines al gobierno (que las rechazan).

X. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MACROECONOMÍA:

Así como un mayor grado de gobernabilidad política tiene incidencia en el desarrollo de los negocios o actividades de una empresa u organización, el entorno macroeconómico en el que éstas se desenvuelven también puede tener un impacto significativo.

Tanto el texto constitucional vigente, como el que se someterá a plebiscito, establecen una serie de reglas que, indirectamente, tienen la aptitud de contribuir a un escenario económicamente propicio.

Lo primero que cabe tener presente es que en la propuesta de nueva Constitución el *Estado* de Chile se define como *social y democrático de derecho*. A lo largo del texto se advierte una **profundización de lo social**. Esto significa que los requerimientos de recursos para poder satisfacer las expectativas declaradas son exigentes. Esta marcada orientación social (no tan presente en la Constitución vigente) y que se expresa en múltiples disposiciones, se encuentra atenuada a través de diversos mecanismos. Aunque, sin duda, la inclusión del *principio de responsabilidad fiscal* al que debe sujetarse la promoción del desarrollo progresivo de los derechos sociales (como fundamento del orden constitucional) es el aspecto más destacado del equilibrio que pretende lograrse, al menos en teoría.

A continuación, distinguiremos algunos aspectos relativos a la política monetaria (Banco Central), para, luego, explicar algunas reglas constitucionales con repercusión en la política fiscal.

Banco Central: el proyecto, al igual que como ocurre con la Constitución vigente, incorpora un capítulo dedicado exclusivamente al Banco Central, el que es concebido como un organismo autónomo de carácter técnico. No hay innovaciones significativas respecto de la reglamentación constitucional y legal actualmente vigente. Permanecen inalteradas normas esenciales como las prohibiciones de que el Banco (i) otorgue garantías a instituciones financieras (públicas o privadas), o adquiera documentos emitidos por el Estado, sus organismos y empresas; o (ii) financiar con créditos directos o indirecto gastos públicos o préstamos. Igualmente, al final se mantuvo su discutida facultad excepcionalísima del Banco Central de, bajo ciertas condiciones, comprar y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el Fisco.

La principal diferencia existente entre la actual Constitución y la propuesta de nueva Constitución está en la mayor extensión de su regulación. Esto se debe a que se incorporan en el texto constitucional muchas materias que, actualmente, se encuentran normadas en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central. La razón radica en que al reducirse el quórum para modificar las leyes institucionales (equivalentes a las orgánicas constitucionales) se arriesga la estabilidad requerida para favorecer una actuación autónoma de dicha institución. El texto final del proyecto es exactamente el mismo que el propuesto al Consejo por la Comisión Experta, la que recibió un apoyo unánime.

Esto contrasta con lo ocurrido con la propuesta rechazada el año pasado, en la que la determinación de los criterios para el cumplimiento del objetivo histórico de la institución (velar por la estabilidad de los precios y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos) originó críticas. En efecto, dicha propuesta preceptuaba que, para el cumplimiento de su objeto, el Banco Central debía considerar la estabilidad financiera, la volatilidad cambiaria, la protección del empleo, el cuidado del medio ambiente y del patrimonio natural y los principios que señalen la Constitución y la ley (hay que recordar que la propuesta rechazada consagraba varias decenas de principios).

Política fiscal (1). *Regulación constitucional de iniciativas legislativas que involucren gasto público:* el proyecto de nueva Constitución mantiene (e, incluso, perfecciona) diferentes resguardos que favorecen una planificación presupuestaria ordenada y equilibrada. A modo ilustrativo, se prescribe que *corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley* para imponer, suprimir, reducir o condonar tributos, y otras cargas públicas de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión.

La misma facultad presidencial exclusiva procede para celebrar cualquiera clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado. En el mismo sentido, se expresa que *no podrá el Congreso, en la tramitación del proyecto de Ley de Presupuestos ni en cualquier otra iniciativa, aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.* Se repite, igualmente, la regla que dispone que el *Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos, sino solo reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente; o la que preceptúa que la estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente de la República, previo informe de los organismos técnicos respectivos.*

Entre las novedades más destacadas del texto propuesto es posible mencionar las siguientes:

- La labor del Congreso Nacional recibirá apoyo técnico e independiente de la Biblioteca del Congreso Nacional y de la Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas y de Impacto Regulatorio, como servicios comunes a las dos ramas. *Corresponderá a la Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas y de Impacto Regulatorio el análisis del impacto financiero y regulatorio de los proyectos de ley, así como el análisis de la Ley de Presupuestos.*
- La ley institucional del Congreso Nacional determinará la información que deberá acompañarse al momento del ingreso de los mensajes y mociones la que, en todo caso, *deberá incluir un informe de impacto regulatorio y un informe de gasto fiscal, cuando sea procedente.*

La creación de la mencionada oficina parlamentaria busca, además, que el Congreso pueda ser una contraparte efectiva del Poder Ejecutivo en ciertos proyectos de ley con alta complejidad financiera o presupuestaria.

Todas estas materias fueron pacíficamente acordadas. Quizás, la que más discusión generó es la reinstalación por el Consejo Constitucional de una regla previamente descartada por la Comisión Experta consistente en incluir, dentro de las materias de iniciativa presidencial de ley, la que establezca las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva.

Política fiscal (2). *Descentralización fiscal. Financiamiento de la administración territorial.* Una de las novedades del proyecto de nueva Constitución consiste en que la Ley de Presupuestos deberá propender a que, progresivamente, una parte significativa del gasto público sea ejecutado a través de los gobiernos regionales y locales, en función de las responsabilidades propias que debe asumir cada nivel de gobierno para el adecuado cumplimiento de sus responsabilidades, debiendo para ello fijar metas anuales para su efectivo cumplimiento.

Asimismo, se dispone que los gobiernos regionales y locales podrán contratar empréstitos si una ley de quorum calificado (de iniciativa presidencial exclusiva) lo autoriza, la que deberá considerar a lo menos los siguientes elementos, todos los cuales reflejan el principio de responsabilidad fiscal: a) mecanismos que garanticen que la deuda sea servida íntegra y debidamente por el deudor; b) límites máximos de endeudamiento como porcentaje del presupuesto anual de la región o comuna respectiva; y c) la obligación de mantener una clasificación de riesgo actualizada. Se agrega, además, que en ningún caso podrán: a) contratarse empréstitos durante períodos electorales; b) financiarse gastos corrientes con fondos provenientes de empréstitos; y c) establecerse garantías o cauciones del Fisco para dichos empréstitos.

XI. LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO DEBER PRIORITARIO DEL ESTADO:

El adecuado desarrollo de cualquier actividad económica depende, también, del grado de seguridad pública percibido. En la propuesta de nueva Constitución hay múltiples disposiciones sobre la materia. Entre éstas pueden mencionarse las siguientes:

- La consagración del derecho constitucional a vivir en un entorno seguro, siendo deber del Estado garantizar una protección efectiva de las personas contra la delincuencia, especialmente contra el terrorismo y la violencia criminal organizada.
- La creación del Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensoría de las Víctimas. Este servicio tendrá, entre otras funciones, entregar orientación, asesoría y representación jurídica a las personas que así lo requieran; y brindar apoyo integral, de carácter psicológico y social, especialmente a las personas víctimas de delitos.
- La creación, bajo el alero del Ministerio Público, de una Fiscalía Supraterritorial para la persecución de los delitos de crimen organizado y aquellos de alta complejidad determinados por el Fiscal Nacional.
- Los responsables de delitos relacionados con conductas terroristas no podrán ser indultados y, además, se establece para ello la pena accesoria de inhabilitación perpetua para ejercer funciones o cargos públicos, para ejercer funciones de enseñanza, para administrar medios de comunicación social, para ser dirigente político o gremial, etc.
- El establecimiento de “acto terrorista” como una nueva causal para la declaración de estado de sitio.
- Las reglas sobre protección de la infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas.
- La expulsión en el menor tiempo posible, según corresponda, de aquellos extranjeros que hayan ingresado al territorio nacional de forma clandestina o por pasos no habilitados, así como de aquellos que hayan cumplido en Chile una pena de presidio efectivo por crímenes o simples delitos.
- Se mandata al legislador para crear una Policía Fronteriza que será encargada del control, patrullaje y resguardo de las fronteras terrestres nacionales.

XII. LIBERTAD DE EMPRENDIMIENTO Y DERECHO DE PROPIEDAD:

Para una empresa particular, el ejercicio del **derecho a desarrollar cualquier actividad económica** (respetando las normas legales que la regulen) es algo connatural a su existencia. Este derecho constitucional, consagrado en términos muy similares a los de la Constitución de 1980, se encuentra íntimamente vinculado al **derecho de propiedad** (también contemplado en el proyecto de una manera similar a la Constitución vigente).

En lo concerniente al primero de los derechos recién mencionados, cabe advertir algunas innovaciones:

- *Deber del Estado de promover y defender la libre competencia.* Esta declaración no reviste mayor sorpresa, debido a que bien podría haberse entendido implícito en el texto constitucional hoy vigente.
- *Estado empresario sí. Empresa estatal reguladora no.* Esto sí resulta novedoso. La propuesta dispone que “en ningún caso las sociedades y empresas estatales podrán regular, fiscalizar o supervigilar las actividades económicas comprendidas en su giro u objeto”. Esta prohibición validada por el Consejo Constitucional fue controvertida, sin éxito, por la Comisión Experta.

Al igual que como se señala en la actual Constitución (mas no en la propuesta rechazada de 2022), las actividades empresariales del Estado estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley de quorum calificado que autorice su existencia. Si se tiene presente la innovación identificada precedentemente, es posible colegir que las excepciones jamás podrán dar lugar a empresas estatales con funciones reguladoras, fiscalizadoras o de supervigilancia.

En cuanto al estatuto general del derecho de propiedad (en sus diversas especies sobre toda clase bienes corporales e incorporeales), el texto propuesto por el Consejo Constitucional y que, en lo esencial, es igual al sugerido por la Comisión Experta, otorga una amplia protección, tal como lo hace, casi en los mismos términos, la Constitución de 1980. Esta continuidad contrasta con la aproximación que sobre la materia tuvo la propuesta rechazada el 2022. Esta última buscaba habilitar cambios significativos en el modelo de desarrollo de nuestro país, para lo cual resultaba necesario consagrar un derecho de propiedad que brindara menores niveles de protección. Por ejemplo, en la propuesta fracasada el parámetro de valorización de la indemnización frente a una expropiación consistía en el “precio justo” en vez del “daño patrimonial efectivamente causado”, como ocurre hoy.

XIII. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS MINERALES:

La Constitución vigente, así como la propuesta de nueva Constitución, consagran la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Los matices entre ambos textos (no muchos, por cierto) se encuentran al revisarse los estatutos constitucionales de algunos recursos naturales, como los minerales y las aguas. Ambos se examinarán separadamente, comenzando con la regulación de los minerales.

Al respecto, el texto propuesto establece que el Estado tiene el dominio absoluto de todas las minas y depósitos de hidrocarburos. El proyecto consagra un sistema de concesiones de exploración y explotación minera otorgado por un tribunal de justicia. Se reconoce el derecho de propiedad del titular sobre su concesión minera. Se estipula que la ley determinará las sustancias que, exceptuados los hidrocarburos, líquidos o gaseosos, o el litio pueden ser objeto de concesiones.

Asimismo, se dispone que las concesiones mineras tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que una ley de quorum calificado exprese. Además, dicha ley establecerá las causales de caducidad o de simple extinción del dominio sobre la concesión que, en todo caso, deben estar establecidas al momento de su otorgamiento.

Finalmente, la exploración y explotación de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión (tales como los hidrocarburos, líquidos o gaseosos o el litio) podrán ejecutarse directamente por el Estado, o mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación debidamente licitados.

XIV. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS:

Son múltiples los preceptos del proyecto de nueva Constitución que, de una u otra forma, hacen referencia al agua. Por de pronto, el texto consagra el acceso al agua y al saneamiento como un *derecho constitucional*. Además, se vuelve a señalar que las aguas son bienes nacionales de uso público y que, en consecuencia, su dominio y uso pertenece a la Nación toda. Esto es algo que jamás se ha puesto en duda, pero que, sin embargo, parece generar malentendidos de cara a la opinión pública.

En lo que sí hay una verdadera discrepancia es en el grado de seguridad jurídica que pretende conferírsele a quienes usan y gozan de las aguas. En un extremo, se encuentra la fórmula defendida en la propuesta rechazada de 2022, la que declaraba que se trataba de meras autorizaciones administrativas de uso de agua de carácter intransferible. En el polo opuesto se ubica la actual Constitución, la que estipula 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. El proyecto del Consejo Constitucional que se plebiscitará en diciembre próximo, aspira a brindar niveles importantes de seguridad jurídica a los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas. En efecto, este último texto dispone que “podrán constituirse o reconocerse derechos de aprovechamiento de aguas, los que confieren a su titular el uso y goce de estas, y le permiten disponer, transmitir y transferir tales derechos en conformidad a la ley”.

Otro ejemplo de la opción del proyecto rechazado por títulos jurídicos de uso y goce de las aguas más precarios se encontraba en las disposiciones transitorias de dicho documento. En uno de sus pasajes se advertía que cuando entrara en vigencia el texto constitucional (lo que no ocurrió) todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarían, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de aguas. No es casualidad, por tanto, que -a modo de reacción- la propuesta que se plebiscitará establezca que “los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos, reconocidos o regularizados conforme a la ley se regirán por las normas legales vigentes al tiempo de promulgarse esta Constitución”.

Como aspectos adicionales, cabe hacer presente que se contempla que “es deber del Estado promover la seguridad hídrica, acorde a criterios de sustentabilidad”, y que “la legislación, regulación y gestión deberán incorporar todas las funciones de las aguas, priorizando el consumo humano y su uso doméstico de subsistencia”.

Con ocasión de la consagración del derecho constitucional a la vivienda adecuada, la propuesta de nueva Constitución dispone que “el Estado adoptará medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos”. Demás está decir que la provisión de agua potable y servicios sanitarios es uno de éstos.

A su vez, a propósito de la regulación de una materia distinta, se prescribe que “no podrán declararse en huelga (...) las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública (...)”.

Asimismo, y siguiendo lo señalado por una reciente reforma a la Constitución de 1980, la propuesta de nueva Constitución contempla la posibilidad de que el Presidente de la República disponga que las Fuerzas Armadas se hagan cargo de la protección de la infraestructura crítica del país cuando exista peligro grave o inminente a su respecto. ¿Qué comprende la infraestructura crítica? El conjunto de instalaciones, sistemas físicos o servicios esenciales y de utilidad pública, entre otros.

XV. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIOAMBIENTE:

La propuesta de nueva Constitución contempla todo un capítulo dedicado a la “Protección del Medio Ambiente, Sustentabilidad y Desarrollo”. La importancia del tópico se ve reflejada, también, en la consagración, como fundamento del orden constitucional, del deber del Estado de proteger el medio ambiente, velando por el cuidado y conservación de la naturaleza, su biodiversidad y promoviendo la sustentabilidad y el desarrollo. Esta aspiración se reitera en el epígrafe sobre deberes constitucionales, destacándose la idea de que es una obligación que alcanza a todos los habitantes de la República,

considerando las generaciones futuras, y que ha de operar tanto en su faceta de prevención de la generación de daño ambiental, como en el de su reparación por parte de los responsables.

Siguiendo lo que en su momento fue un aporte inédito al constitucionalismo nacional por parte de la Constitución de 1980, el proyecto contempla el derecho constitucional “a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, que permita la sustentabilidad y el desarrollo”. Igualmente, se expresa que se trata de un derecho susceptible de ser amparado a través del recurso de protección. Continuando en el plano de los derechos, se subraya que “la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Un ejemplo clásico sobre el particular es la incorporación de “la conservación del patrimonio ambiental” como obligación derivada de la función social de la propiedad.

Del mencionado capítulo específico sobre esta materia, rescataremos algunos puntos interesantes a tener en consideración.

- En primer lugar, se declara que el Estado promoverá la colaboración público-privada.
- En seguida, se establece que es deber del Estado la promoción de una matriz energética compatible con la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo, así como de la gestión de los residuos, de conformidad con la ley. En otras palabras, se descarta el principio de neutralidad tecnológica en el ámbito energético, y se dota de sustento constitucional a las normas sobre gestión de residuos (piénsese, por ejemplo, en la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor).
- Luego, se contempla una disposición que parece respaldar la existencia de una justicia ambiental de carácter técnico. En efecto, se estipula que “el Estado contará con instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia ambiental, las que serán de carácter técnico, según corresponda, y establecidas por ley”.
- Asimismo, se prescribe que “los procedimientos de evaluación ambiental serán de carácter técnico y participativo, emplearán criterios, requisitos, trámites y condiciones uniformes, y concluirán en decisiones oportunas e impugnables de conformidad con la ley”. Una norma como la citada va en la dirección de abrir mayores espacios para reclamar en contra de arbitrariedades.
- Resulta destacable, también, la mención al fenómeno del cambio climático, respecto al cual “el Estado implementará medidas de mitigación y adaptación de manera oportuna, racional y justa”. Como complemento de lo recién mencionado, se expresa que el Estado “promoverá la cooperación internacional para la consecución de estos objetivos”.

Por último, vale la pena terminar con un breve comentario general contrastando esta propuesta constitucional con aquella rechazada el 2022, la que, como se recordará, definía a Chile como un Estado ecológico. La diferente orientación entre ambos proyectos estriba, primero, en que el anterior elevaba a la naturaleza misma como sujeto de derechos, relativizando la centralidad de la persona humana y su dignidad como base del derecho y la justicia. La segunda diferencia (y que es en parte reflejo de lo primero) radica en que el proyecto constitucional actual reconoce la necesidad de equilibrar objetivos y valores que pueden entrar en tensión.

Las materias tributarias están tratadas en diferentes preceptos del texto constitucional que el Consejo Constitucional nos ha propuesto.

Así, al igual que lo que ocurre con otras temáticas, hay una referencia general en el epígrafe sobre deberes constitucionales: “los habitantes de la República deben cumplir con las cargas públicas, contribuir al sostenimiento del gasto público mediante el pago de tributos de acuerdo con su capacidad económica, (...) todo en conformidad con la Constitución y la ley”.

Desde el punto de vista de una empresa u organización, el aspecto medular reside en los mecanismos que le proporciona una Constitución para cumplir sus obligaciones tributarias sin que el Estado abuse de la posición de privilegio que le otorga su poder de imperio. A este respecto, adquieren relevancia, entre otros, los principios tributarios de legalidad, igualdad, y proporcionalidad y no confiscatoriedad. Asimismo, para poder garantizar el respeto de estos derechos consagrados a nivel constitucional, reviste importancia el acceso a la justicia constitucional (en especial a través de la acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional) y, como ya lo anotáramos previamente, el debido proceso como derecho constitucional.

El **principio de legalidad** de los tributos, esto es, que sólo el legislador pueda establecerlos, se encuentra presente en varias disposiciones. Por de pronto, a modo ilustrativo, está presente en la disposición que establece que son materia de ley aquellas que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, entre las cuales están las referidas a tributos.

El **principio de igualdad**, tiene reconocimiento general en la norma que establece que “ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias” y una recepción específica en la que consagra la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión que fije la ley. Nada de lo dicho respecto a los dos principios hasta ahora mencionados representa innovación alguna, lo que no por ello le resta importancia.

Es en el **principio de proporcionalidad y no confiscatoriedad** en donde se aprecian algunos matices innovadores orientados a fortalecer la posición de los contribuyentes. La Constitución de 1980 actualmente vigente consagra este principio en la manera indicada a continuación: “En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”. La redacción utilizada en la propuesta es del siguiente tenor: “*La ley no podrá, en caso alguno, establecer tributos que, individual o conjuntamente considerados, respecto de una misma persona, sean desproporcionados, de alcance confiscatorio, injusto o retroactivo*”. Tal como es posible advertir, la primera novedad es que el límite a la potestad tributaria del Estado es más exigente; no se requiere que la desproporción sea *manifiesta*. A mayor abundamiento, se estipula que en la evaluación de si un tributo es proporcionado o no (algo que suele ser más fácil aquilatar al analizar casos particulares) puede considerarse el efecto acumulativo (*conjuntamente*) de otros tributos. Igualmente, se introduce la no confiscatoriedad en el efecto (*alcance*) que pueda tener un tributo, tanto en abstracto como en su aplicación concreta. Por último, se hace referencia al alcance retroactivo, con lo cual los contribuyentes recibirían, eventualmente, un mayor respaldo jurídico frente, por ejemplo, a los -a veces- continuos cambios interpretativos de la autoridad administrativa.

Lo señalado respecto a los tributos es aplicable, también, a las cargas públicas, concepto más amplio que el anterior. Adicionalmente, se contempla otra interesante innovación respecto de la regulación constitucional vigente. Nos referimos a la obligación del Estado de *“compensar a aquel que ha tenido que soportar cargas públicas discriminatorias, desproporcionadas o de alcance retroactivo”*. Esto explicita y fortalece aquellas interpretaciones que postulan que hay regulaciones que pueden tener un efecto expropiatorio y que, por lo mismo, debieran ser indemnizadas.

Ante una situación como la reseñada, caben -en principio- al menos dos opciones de defensa jurídica: (i) requerir que el Tribunal Constitucional declare que dicha ley, con ocasión de un pleito en que un contribuyente sea parte, no puede ser aplicada para dirimir el conflicto por vulnerar los límites constitucionales antes explicados; y/o (ii) recurrir ante los tribunales de justicia para solicitar que el perjuicio del que ha sido víctima (v.gr. soportar especial y singularmente un sacrificio -los costos- que la ley impone en beneficio de la comunidad) le sea indemnizado o compensado. Situaciones como la descrita en el ejemplo dotan de sentido al precepto (nuevo, también) que señala que *“la ley establecerá un procedimiento para hacer efectiva esta compensación [... y,] además, un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador que contravengan esta Constitución, cuando así lo declare el Tribunal Constitucional”*. Desde luego, si el afectado es un inversionista extranjero y no encuentra remedio haciendo legítimo uso de las vías disponibles en nuestro ordenamiento jurídico nacional, éste podría, según el caso, demandar al Estado de Chile ante una instancia arbitral internacional.

El proyecto de nueva Constitución contiene otra regla inédita. Se trata de aquella que dispone que *“los gastos objetivamente necesarios para la vida, cuidado o desarrollo de la persona y su familia se considerarán deducibles para la determinación de los tributos que correspondan”*. Esta es una norma que la Comisión Experta desaconsejó, pero que fue, finalmente, respaldada por el Consejo Constitucional, órgano electo que tenía *“la última palabra”* en la etapa de redacción del texto. Como es posible advertir, sin embargo, el electorado es quien tendrá, realmente, la *“última palabra”* por medio del plebiscito que tendrá lugar el próximo 17 de diciembre.

En otro orden de cosas, el Consejo Constitucional le dio el visto bueno a la controvertida norma (ubicada en el numeral referido al derecho a la vivienda adecuada) que establece que *“el inmueble destinado a la vivienda principal del propietario, sea que la habite solo o con su familia, en su caso, estará exento de toda contribución e impuesto territorial”*. La implementación de esta disposición se encuentra regulada con algún detalle en una disposición transitoria. En breve, dicha regla transitoria establece, en primer lugar, que el Presidente de la República deberá presentar al Congreso Nacional un proyecto de ley que contemple excepciones a la exención impositiva consagrada. En segundo lugar, se estipula la aplicación progresiva en el tiempo de la mencionada exención. Y, en tercer lugar, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso un proyecto de ley que contemple mecanismos que permitan compensar la disminución de los ingresos municipales que tendría como efecto la comentada disposición.

Finalmente, el proyecto de nueva Constitución persevera en una norma que data de la Constitución de 1925 y que postula que *“las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias. Aquellos destinados exclusivamente al servicio de un culto estarán exentos de toda clase de contribuciones”*.



**JUAN JOSÉ
ROMERO**
Consejero



**JAVIER
SAN MARTÍN**
Socio



**ALBERTO
SÁNCHEZ**
Asociado senior



**MARISSA
BALDAZZI**
Asociada



**CRISTÓBAL
MILLAR**
Asociado



**SANTIAGO
KITTO**
Procurador

Alliances and recognitions



Barros & Errázuriz Abogados



BARROS & ERRÁZURIZ

Isidora Goyenechea 2939, 10th floor
Las Condes Santiago, Chile
Telephone: +56 2 23788900