



LA
CASA
COMÚN

El plebiscito de diciembre y la propuesta del Consejo Constitucional

Fernando Atria

Noviembre 2023

ÍNDICE

LA OPCIÓN DE DICIEMBRE Y EL ESTADO DEL PROCESO CONSTITUYENTE / 04

¿Cuál es el contenido de esta última opción? ¿Puede decirse que los electores en diciembre deberán elegir entre la propuesta del Consejo y la Constitución de 1980? / 04

La destrucción por desahucio de la Constitución tramposa / 06

¿Qué y quién la desahució? / 08

Si la Constitución tramposa ha sido desahuciada, ¿qué es lo que hay ahora? / 09

Pero entonces, ¿por qué era necesaria una nueva Constitución? / 10

Pero ¿no queda todo lo anterior negado por el 62% de los votos en septiembre de 2022 y el triunfo republicano en mayo de 2023? / 12

EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL / 13

Como no comentar una propuesta de texto constitucional / 13

¿Cuál es la decisión fundamental que se nos propone? / 14

El abuso de la forma constitucional (la constitución como “programa de gobierno”) / 17

Una propuesta culturalmente conservadora / 21

El Derecho de asociación, un super derecho... ¿por qué? / 21

La familia como sujeto de derechos y la negación del interés superior del menor / 23

La objeción de conciencia / 24

**Derechos sociales desde la óptica de las empresas proveedoras,
no del ciudadano / 27**

La limitación injustificada de la libertad sindical / 27

Los derechos sociales / 28

La insólita simetría entre “consumidores y proveedores” / 31

Un Estado débil, incapaz de proteger / 32

La reserva legal / 32

La potestad administrativa regulatoria y sancionatoria / 34

Un sistema tributario pensado para los más ricos / 37

La compensación de las cargas públicas / 37

El derecho a deducir gastos para la determinación de los tributos / 40

La exención de contribuciones / 42

**¿QUÉ CONSECUENCIAS JURÍDICAS? UNA TEORÍA
“PLAN-Z” DE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL / 43**

EL SISTEMA POLÍTICO / 48



LA OPCIÓN DE DICIEMBRE Y EL ESTADO DEL PROCESO CONSTITUYENTE

La opción que enfrentarán los electores en diciembre de 2023 será entre aprobar o rechazar la propuesta de Constitución del Consejo Constitucional. En caso de aprobarla, estarán manifestando su voluntad de que dicha propuesta sea promulgada como Constitución de la república. En caso de rechazarla, estarán manifestando su voluntad de no cambiar el status quo constitucional actual por la propuesta del Consejo.

¿Cuál es el contenido de esta última opción? ¿Puede decirse que los electores en diciembre deberán elegir entre la propuesta del Consejo y la Constitución de 1980?

Esta pregunta es relevante, porque las cosas parecen haberse invertido una vez más. En 2005 el presidente Ricardo Lagos y los constitucionalistas de la Concertación celebraban la dictación de una “nueva Constitución, nacida en democracia”, y la derecha protestaba que era solo una reforma constitucional, de modo que la Constitución de 1980 seguía vigente. Luego, cuando el proceso constitucional de Bachelet primero y luego el proceso constituyente, era la derecha la que protestaba que la Constitución vigente ya no era la de 1980, sino la de 2005, y el propio Lagos, la Nueva Mayoría y el Frente Amplio sostenían que seguía siendo la Constitución de 1980, “de los cuatro generales”. Ahora, con vistas al plebiscito de diciembre, la derecha vuelve a su tesis original de que sigue siendo la Constitución de 1980 como una manera de forzar a quienes apoyan el rechazo a la incómoda posición de tener que defender la Constitución que siempre han impugnado, acusando su incoherencia.



¿Hay algún criterio que sirva de guía para esta cuestión, o debemos aceptar que es solo oportunismo? En mi opinión, la cuestión se confunde porque se discute como si la Constitución fuera un texto (los abogados la llaman, de hecho, “el texto constitucional”). Si una constitución es un texto, la pregunta por la identidad de la Constitución se transforma en la pregunta por la identidad de un texto. Entonces aparecen criterios cuantitativos, como el número de leyes de reforma constitucional que se han dictado, el número de artículos o de incisos que han sido modificados, etc. Pero esto, claro, siempre fue absurdo: es como decir dos contratos de compraventa son “el mismo” contrato porque solo se diferencian entre ellos por dos o tres palabras: la cosa y el precio. Pero entonces, ¿cómo responder la pregunta de si dos textos son el mismo texto? En estricto rigor, cualquier modificación de un texto hace que se trate de un nuevo texto, un texto distinto. Esto acaba con la distinción entre reforma constitucional y nueva constitución. Pero también sería absurdo intentar fijar un porcentaje, de modo que si el nuevo texto está en su continuidad sobre ese umbral sería un texto distinto, y si está debajo de ese umbral sería el mismo texto aunque reformado.



La destrucción por desahucio de la constitución tramposa

Una constitución no es un texto. Es una decisión sobre las bases fundamentales de la vida en común. Esa decisión usualmente se expresa en un texto, pero es la decisión, y no el texto, lo que es la Constitución. El texto puede incorporar cosas adicionales a esas decisiones fundamentales, y a esas incorporaciones adicionales las podemos llamar “leyes constitucionales”: disposiciones jurídicas que por su contenido son leyes, pero que han adoptado la forma constitucional. Cuando son modificadas solo las leyes constitucionales, lo que resulta es la misma constitución reformada; cuando cambian las decisiones fundamentales, ese cambio es la destrucción de la constitución antigua y la creación de una nueva.

La pregunta, entonces, debe ser la siguiente: ¿Cuál era la decisión fundamental de la Constitución de 1980? ¿Esa decisión cambió en 2005 o en algún otro momento, de modo que ya no vivimos bajo el imperio de la Constitución de 1980, o se mantiene hasta hoy?

Para evitar acusaciones de oportunismo, permítaseme citar un pasaje que escribí en 2013, que representa todavía mi opinión:

La eliminación de todo cerrojo, por tanto, y su reemplazo por reglas que busquen habilitar al pueblo para actuar y no neutralizarlo, sería la destrucción de la constitución de Pinochet y su reemplazo por otra, democrática. Eso sería una nueva constitución, incluso si el resto del texto no fuera modificado (Atria, *La Constitución Tramposa*, p. 55; para esta idea explicada en 2018, véase [Razón Bruta, §68](#); en 2020, véase [“Un Cadáver de Constitución”](#)).



Como fue explicado en 2013, la Constitución de 1980 era una Constitución tramposa porque esa decisión fundamental en la que toda constitución consiste era, en el caso de la Constitución de 1980, una decisión de neutralización de la agencia política del pueblo, contenida (a la fecha de escritura) en tres cerrojos y un meta cerrojo: el sistema binominal, las leyes orgánicas constitucionales que para su aprobación exigían el voto conforme de 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, el Tribunal Constitucional y las reglas de reforma constitucional, que exigían el voto conforme de 3/5 o en los casos importantes de 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio.

Actualmente, todos los cerrojos, incluido el metacerrojo, han sido eliminados: el sistema binominal fue cambiado por un sistema proporcional en 2015 por la ley 20840; los quórum de reforma constitucional fueron reducidos drásticamente, todos ellos a 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, por la ley 21481, de agosto de 2022; y el quórum de aprobación de las leyes orgánicas constitucionales fue reducido a la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio por la ley 21535, de enero de 2023.

Respecto del Tribunal Constitucional, no ha habido cambios en su configuración institucional. Sin embargo, los cambios que ha experimentado en su integración implican que al menos por el futuro previsible ha dejado de ser un cerrojo.

La consecuencia de lo anterior es clara: la Constitución tramposa ha sido desahuciada.



¿Qué y quién la desahució?

¿Cómo fue posible eliminar los cerrojos y acabar así con la Constitución tramposa? Ellos fueron defendidos a ultranza por los partidarios de la Constitución de 1980, como reglas sensatas, razonables, etc. Repentinamente se hizo posible alinear los votos suficientes en ambas cámaras del Congreso (el quórum para esas reformas era el más alto, 2/3). Es evidente que eso no se explica porque de pronto los diputados y senadores de la UDI y de Renovación Nacional se dieron cuenta de que, contra todo su discurso de cuarenta años, los cerrojos constitucionales eran reglas injustificadas, o inadecuadas para el Chile actual. La explicación es evidente: ellos entendieron, aunque no lo expresaron de este modo por obvias razones, que en octubre de 2019 la Constitución había sido desahuciada por el pueblo. La dictación de las leyes 21481 y 21535 solo certificó lo que ya había ocurrido: el desahucio de la Constitución tramposa. Ese desahucio no fue consecuencia de esas leyes, sino exactamente al revés: esas leyes fueron posibles solo porque la constitución ya había sido desahuciada.

Pero a pesar de que esas leyes fueron solo la certificación del desahucio de la Constitución tramposa, ellas tienen una importancia especial hoy. Como todo certificado, acreditan y así hacen imposible negar el hecho certificado.



Si la constitución tramposa ha sido desahuciada, ¿qué es lo que hay ahora?

Lo que hoy queda vigente ya no es, entonces, la Constitución de 1980. En realidad ya no es una Constitución, lo que hay hoy vigente son los retazos del texto constitucional que regulan materias que no son en general objeto del conflicto político. Cuando las circunstancias exigen apartarse de la constitución, los actores políticos lo han hecho, desde 2019, sin intentar siquiera ocultarlo, como lo declaró siendo presidente de la Cámara de Diputados el diputado Iván Flores (“impulsamos proyectos que pueden ser inconstitucionales por una cuestión de forma”, pero que son cuestiones “urgentes de resolver”, [dijo en su momento](#), refiriéndose a proyectos de ley iniciados por mociones parlamentarias en materias de iniciativa exclusiva del Presidente, relativos a, por ejemplo, extensión del plazo para el pago del permiso de circulación o suspensión de los servicios básicos por no pago); y el entonces presidente Piñera, en vez de recurrir al Tribunal Constitucional, para lo cual bastaba su sola voluntad, [anunció que convocaría un \(superfluo\) “grupo de expertos”](#) para discutir la cuestión (de este grupo, por cierto, nunca más se supo). Los columnistas de siempre [protestaban](#), desde luego, pero los proyectos se aprobaban y promulgaban.

La constatación de este desahucio de la Constitución tramposa nos muestra que el estallido de 2019 fue una fuerza destituyente, capaz de destruir la constitución entonces vigente. Lo que nos dejó, entonces, fue un conjunto de leyes constitucionales que regulan las cuestiones públicas de modo administrativamente aceptables, sin constitución.



Pero entonces, ¿por qué era necesaria una nueva Constitución?

Hay quienes creen encontrar en el argumento anterior solo oportunismo. Si la Constitución tramposa fue desahuciada en octubre de 2019, dicen ufanándose de su jaque-mate, ¿por qué era necesario el proceso constituyente? ¿No hay aquí una contradicción?

La respuesta es obvia: necesitábamos pasar del momento destituyente, de negación de la decisión vigente, al momento constituyente, de afirmación de una nueva decisión. Chile necesitaba (y necesita, aunque ya no va a tener, al menos por un buen tiempo) una nueva Constitución, una que logre detener el proceso de deslegitimación institucional que llevó al estallido. Yo sigo pensando, como desde antes de 2019, que ese proceso se explica fundamentalmente por la neutralización política que significó la Constitución tramposa y la cultura política que floreció bajo ella, cultura que hoy es habitualmente descrita como la de la “clase política”. Esa cultura política es incapaz de realizar transformaciones necesarias, y todavía estamos viviendo las consecuencias de esa incapacidad: como el problema de las ISAPREs, que se desarrolló lentamente, a lo largo de al menos quince años, bajo las narices de legisladores, ministros y funcionarios de la superintendencia de salud sin que fuera posible enfrentarlo hasta que... estalló poniendo en riesgo la subsistencia del sistema de salud chileno; o el problema de la reforma a las pensiones, que se arrastra por más de una década sin que haya sido posible introducir modificaciones significativas.



La nueva Constitución debía implicar una solución de continuidad con esa cultura política. Esto por cierto no habría solucionado de un día para otro el problema, pero podría haberlo puesto en vías de solución en la medida en que las personas vieran que algo significativo había cambiado como consecuencia de los eventos de octubre de 2019 y semanas posteriores. El fracaso del proceso constituyente cerró esa posibilidad, e implica que el proceso de deslegitimación institucional no ha encontrado una vía para (comenzar a) corregirse.

A mi juicio, el proceso constituyente terminó el 4 de septiembre de 2022, y su fracaso significa que enfrentar la crisis mediante la solución que ella necesitaba, una nueva constitución, se ha hecho imposible. Creo que eso vale con independencia del resultado del plebiscito de diciembre. La crisis no ha desaparecido, a menos que uno sostenga la creencia mágica de que por alguna razón en el momento en que una vía de solución a un problema se cierra el problema mismo automáticamente desaparece. Esto significa que vamos a seguir viviendo bajo una institucionalidad cada vez más deslegitimada, en un proceso que no se ha detenido, sin expectativa de que esto pueda revertirse.



¿Pero ¿no queda todo lo anterior negado por el 62% de los votos en septiembre de 2022 y el triunfo republicano en mayo de 2023?

Quienes miran los resultados electorales desde una perspectiva estrictamente política entienden que hubo un vuelco en 180° entre el resultado del plebiscito de entrada en octubre de 2020 y la elección de la Convención Constitucional en mayo de 2021, por un lado, y el plebiscito de salida en septiembre de 2022 y la elección del Consejo Constitucional en mayo de 2023. La comparación entre el (inesperado) éxito de la Lista del Pueblo y otras listas de independientes en mayo de 2021 y el (igualmente inesperado) éxito del Partido Republicano en mayo de 2023 mostraría la radicalidad de este giro.

No cabe duda de que políticamente hablando hubo un vuelco significativo. Y tampoco cabe duda de que en general es razonable juzgar políticamente el resultado de elecciones. Pero creo que en este caso esa interpretación no es correcta. Desde el punto de vista de la crisis de legitimación en la cual todavía nos encontramos, bien puede decirse no solo que no hubo vuelco, sino que el resultado es el mismo: en ambos casos triunfaron sorpresivamente quienes fueron capaces de presentarse ante el electorado (con buenas o malas razones, esa es opinión de cada uno) como outsiders al sistema político. Ambas elecciones fueron el equivalente chileno del “que se vayan todos” argentino. En ambos casos lo que se manifestó fue un voto negativo, de rechazo a la institucionalidad existente. Desde una perspectiva que podemos llamar social, el resultado fue el mismo. Esta explicación, permite también poner en línea a los plebiscitos de octubre de 2020 y de septiembre de 2022. En todos los procesos eleccionarios vinculados con el problema constitucional, lo que se ha manifestado es negación, negación, negación.

La explicación de esto, a mi juicio, es que todavía no hemos logrado salir del momento destituyente previo a todo proceso constituyente. Yo creo que, sea cual sea el resultado de diciembre de 2023, eso quedará pendiente.



EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

Como no comentar una propuesta de texto constitucional

La campaña para el plebiscito de 2022 nos mostró cómo es absurdo discutir el contenido de una propuesta de nueva constitución: tomar aisladamente una disposición y especular sobre lo que alguna autoridad (administrativa, legislativa o judicial) podría llegar a decir que significa. En mi opinión, por ejemplo, todas las predicciones acerca de si cambiar “que” por “quien” en la referencia actual a “el que está por nacer” son temerarias: la continua vigencia de la ley de aborto en tres causales dependerá mucho menos del texto y mucho más de la evolución de la sociedad chilena, de la integración de los órganos que sean llamados en su momento a pronunciarse sobre esa cuestión, si es que son llamados, y otras contingencias impredecibles. Las tonterías de las que se acusó al texto de la Convención, como la de poner en riesgo la propiedad de las viviendas o la de permitir expropiaciones sin pago de la debida indemnización, porque “solo” aseguraba el derecho a una vivienda digna y adecuada o el derecho a ser indemnizado por el “justo precio” de la cosa expropiada, o que llevaría a una justicia desigual al reconocer el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, ponen un estándar imposible de cumplir por un texto constitucional: el de ser un texto que permita anticipar, por décadas por venir, exactamente qué significará.



Lo anterior no quiere decir que el lenguaje no tenga sentido: el texto propuesto efectivamente propone pasar de una regla que protege la vida “del que” está por nacer a una que protege la vida de “quien” está por nacer. Esa diferencia no es anodina, no puede ser tratada como un mero cambio de redacción. Lo que sí quiere decir es que es absurdo entender que el sentido de ese cambio esté en las predicciones que cada uno hace sobre las declaraciones judiciales que ese cambio producirá. La cuestión no es si algún tribunal en el futuro decidirá o no que la ley de aborto entre causales es constitucional: lo importante es qué significa que la propuesta reproduzca la regla actualmente existente con una conspicua y notoria diferencia.

¿Cuál es la decisión fundamental que se nos propone?

Por eso debemos volver al principio: una constitución no es un texto, es una decisión sobre los términos fundamentales de la vida en común. La discusión sobre la propuesta es una discusión sobre cuál es esa decisión y si es buena para Chile. Eso es lo que ahora debemos identificar.

En mi opinión, la idea central que define a la propuesta que el Consejo presenta al país es que se trata de un modelo constitucional que despolitiza lo público, en otras palabras, privatiza las decisiones comunes. Lo hace, por cierto, sin decirlo directamente, sino ocultándolo tras eslóganes populistas: el de “quitar poder a ‘los políticos’ y dárselo a ‘las personas’”. Aunque, como todo eslogan, esto suena bien, lo que importa no son los sonidos, sino las realidades. Porque depolitizar esferas importantes de la vida social no quiere decir que esas esferas dejan de estar sujeta al poder. Lo que sí quiere decir es que dejan de estar sujetas al poder democrático, al de la sociedad y sus ciudadanos; y pasan a estar sujetas al poder privado, al de algunos cuya voz se hace sentir con más fuerza.



Porque el poder privado, fundado en la propiedad (con una excepción que mencionaremos después), no está igualmente distribuido. De modo el eslogan “más poder a ‘las personas’, menos a ‘los políticos’” significa menos relaciones sociales sujetas a reglas democráticamente dictadas, y más relaciones sociales entregadas a los poderes privados que entran en conflicto entre sí. La realidad nos enseña que en la esfera privada dejada a sí misma los conflictos se deciden del modo que interesa a quienes tienen más poder.

Esto no es teoría, no es un eslogan; es parte de nuestra experiencia. Recordemos, por ejemplo, a cuestión del plazo en que los grandes supermercados deben pagar a sus pequeños proveedores. ¿Qué quiere decir que esta cuestión quede entregada a “las personas” y no a “los políticos”, para decirlo en el lenguaje demagógico en que se funda la propuesta? Lo dijo en su momento Horst Paulmann, el dueño de una de las cadenas de supermercados más grande: era “un sueño” que sus supermercados pagaran a menos de 120 días. ¿Por qué era un sueño? La respuesta es clarísima: porque cuando una PYME que vende queso deben negociar con el Jumbo, el Jumbo, solo porque es más grande y tiene más poder, puede imponer los términos que le convengan. Y entonces el Jumbo obliga a la PYME a darle crédito gratis.

También sabemos qué ocurría, para recordar otro ejemplo, cuando los derechos de los estudiantes quedaban entregados a la buena voluntad de los directores de establecimientos. En algunos casos esto funcionaba bien, por cierto, pero en otros esos directores decidían, por ejemplo, que era contra la “identidad” de su proyecto educativo que pertenecieran a la comunidad escolar personas que no estaban casadas por la iglesia o que continuaran en ella sus estudios niñas de tercero o cuarto medio que estaban embarazadas. Y esos padres eran excluidos, esas niñas eran expulsadas.



En vez de aprender de todo esto, la propuesta vuelve atrás: esos mismos directivos ahora podrán decir que excluir a esas familias y expulsar esas estudiantes es necesario para “conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas” (art. 16 N° 13a). Ese modelo de privatización, de dejar entregadas las cosas a “las personas” (es decir, al poder de los dueños de la propiedad), es el corazón de la propuesta. Podemos decir que ella descansa en lo que en otros contextos se ha llamado “el principio Mateo”: “al que tiene (poder), se le dará más, y tendrá bastante; pero al que no tiene, hasta lo poco (de poder) que tiene se le quitará” (Mt 13:12).

En efecto, bajo la excusa del bien común y aprovechando el desprestigio de “los políticos”, la propuesta prefiere el interés de los propietarios de la riqueza antes que el de los que no la tienen; los derechos de los proveedores antes que los de los consumidores; dar seguridad al capital antes que a los trabajadores; apoyar a las grandes empresas antes que a los usuarios de los sistemas de salud o seguridad social, etc.

Esto puede apreciarse en cada paso de la propuesta. Por razones de espacio, no será posible comentar cada aspecto de ella. En lo que sigue nos detendremos en cuanto puntos especialmente sensibles: primero, se trata de una propuesta culturalmente conservadora, que supone una sociedad corporativamente organizada; segundo, en lo que se refiere a derechos sociales es más sensible a asegurar los derechos y la libertad de los proveedores que la seguridad de los ciudadanos; tercero, el Estado que la propuesta llama “social y democrático de derecho” es un Estado extraordinariamente débil, incapaz de proteger a los ciudadanos; cuarto, respecto de las cuestiones tributarias la propuesta se desentiende de la necesidad de financiar el “Estado social” y protege esperadamente a los más ricos. Mucho más podría decirse de las promesas vacías en materia de seguridad (sobre la realidad de la tan celebrada “Defensoría de las Víctimas”, véase [aquí](#)).



El abuso de la forma constitucional (la constitución como “programa de gobierno”)

Pero antes de discutir con algún detalle algunos aspectos de la propuesta constitucional conviene comentar una objeción general que se le ha formulado: la de que es, para decirlo en lenguaje de campaña, un “programa de gobierno” antes que una Constitución. Para decirlo en un lenguaje algo más estricto, que ella contiene un abuso de la forma constitucional, es decir, una “estrategia de dar forma constitucional (es decir, insertar en el texto constitucional, y sujetar entonces a su quórum de reformas) ciertas normas no porque sean en algún sentido ‘fundamentales’ o ‘constitucionales’, sino sólo porque son importantes para alguien que tiene poder en ese momento y que quiere asegurarse de su vigencia cuando haya perdido ese poder” ([aquí](#), p. 41).

Por cierto, esta cuestión es discutida en la campaña con lógica de campaña: quienes se oponen a la propuesta dicen que es un “programa de gobierno” quienes la defienden dicen que no lo es. Aquí debemos también preguntarnos si hay un criterio que nos permita aclarar esta cuestión más allá de los posicionamientos políticos de cada uno. Y a mi juicio lo hay, al menos en lo que se refiere a cuestiones de derechos fundamentales.

Los derechos “fundamentales” son, como su nombre lo significa, fundamentales: son los derechos que están en el fundamento, cuyo “respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización” (art. 1.1). Nótese: el primer deber, lo que quiere decir que no hay deberes más importantes, o que puedan derrotarlos.



La propuesta reconoce varios derechos fundamentales en su artículo 16. Pero en algunos casos admite, mediante disposiciones transitorias, que continúen en vigencia leyes que manifiesta y expresamente los violan. Así, por ejemplo, es un derecho fundamental, en el caso de la vivienda principal del propietario, estar “exento de toda contribución e impuesto territorial” (16 N° 29c); del mismo modo, la propuesta declara, como parte del derecho a la seguridad social (art. 16 N° 28) que “cada persona tendrá propiedad sobre sus cotizaciones previsionales para la vejez y los ahorros generados por estas, y tendrá el derecho a elegir libremente la institución, estatal o privada, que los administre e invierta” (16 N° 28b).

Por cierto, si esos dos son derechos fundamentales, hay hoy vigente en Chile legislación manifiesta y explícitamente contraria ellos: hay inmuebles habitacionales que hoy están gravados con contribuciones, aunque son la residencia principal del propietario o su familia, y el sistema previsional aplicable a los miembros de las fuerzas armadas y carabineros no reconoce propiedad del cotizante sobre sus cotizaciones previsionales ni, por cierto, la libertad de elegir la institución, estatal o privada, que las administre o invierta.

Si la propuesta llegara a ser aprobada, estas legislaciones deberían quedar derogadas de pleno derecho, por ser contrarias a los derechos fundamentales de las personas, esos derechos que la Constitución dice “asegurar a todas las personas” (art. 16) y cuya protección y garantía constituye el primer deber del Estado, como hemos visto (art. 1.1).



Pero no es así. Conforme al artículo 14.2 transitorio, “la exención establecida en el literal c) del inciso 29 del artículo 16 se aplicará de pleno derecho por la administración tributaria y de modo progresivo, respecto del impuesto territorial anual a pagar, a contar del primero de enero del año 2026, a razón de un veinte por ciento anual hasta su implementación total”; conforme al artículo 13 transitorio, por su parte, y pese a la declaración del artículo 16 N° 28, “las normas actualmente vigentes en materia previsional se entenderán conformes a la Constitución y seguirán aplicándose mientras no sean modificadas o derogadas expresamente por ley”.

Nótese que, como lo reconoce expresamente el artículo 13 transitorio, estas dos reglas de transitoriedad son distintas a la contenida en el artículo 2° transitorio, que dispone que “la normativa vigente” a la fecha de entrada en vigor de la Constitución “seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por el Tribunal Constitucional”. Esta no es una norma sustantiva, sino de competencia: significa que no cualquier persona o autoridad estará en posición de declarar la inconstitucionalidad de una norma. Mientras no lo haga el órgano competente, las demás personas y autoridades deben asumir que no hay inconstitucionalidad. Pero el artículo 2 transitorio no dispone que la “normativa vigente” es conforme a la Constitución, y por eso el Tribunal Constitucional podrá declarar su inconstitucionalidad. Las reglas de los artículos 13 y 14 transitorios son distintas, porque declaran que no hay inconstitucionalidad en normas cuyo contenido es abiertamente contrario a derechos fundamentales.



¿Cómo entender esto? ¿Cómo puede la propuesta declarar primero esos dos derechos fundamentales y después disponer que las leyes que los violan “se entenderán conformes a la constitución”? La respuesta es evidente: con esas disposiciones transitorias, la propia propuesta muestra conciencia de que los “derechos” reconocidos en los números 28 y 29 del artículo 16 no son derechos, son opciones de política. Al declarar conforme a la constitución legislación vigente que los niega, la propuesta está reconociendo que aquí no hay una cuestión de derechos fundamentales, sino una cuestión de “políticas públicas”. Con esto, es la propia propuesta, y no sus críticos, la que reconoce el abuso de la forma constitucional.



Una propuesta culturalmente conservadora

El Derecho de asociación, un super derecho... ¿por qué?

Lo primero que debe ser notado es la extraordinaria importancia que la propuesta le atribuye al derecho de asociación. Además de una mención junto a los demás derechos en el artículo 16 (Nº 17), el derecho de asociación aparece mencionado en el artículo 1º como una de los principales “fundamentos del orden constitucional”: “Las agrupaciones que libremente surjan entre las personas gozarán de la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos que no sean contrarios a la Constitución. El Estado respetará los efectos de este reconocimiento”. La redundancia aquí es una manera de enfatizar la importancia de este principio.



¿Por qué este principio, tan fundamental? ¿Qué justifica afirmarlo inmediatamente después de afirmar que el Estado es “social y democrático de derecho” y antes, de hecho, de afirmar nada menos que el deber del Estado de promover el bien común? ¿Por qué no es suficiente asegurar a todas las personas “El derecho a asociarse sin permiso previo (lo que por cierto está en el art. 16 N° 17)? La respuesta es: se busca asegurar que en el fundamento del orden constitucional está la protección de una esfera para el poder privado de la propiedad. Porque es claro para cualquiera que quiera verlo que lo que explica esta disposición no es la necesidad de defender, por ejemplo, la autonomía de las organizaciones vecinales o los clubes deportivos. Se trata de dar protección constitucional a las empresas, por ejemplo, no como organizaciones orientadas a obtener utilidades, sino como “asociaciones” con derecho a “proteger su identidad”. Y, de nuevo, para entender la significación de esto debemos mirar a realidades, no teorías o declaraciones. Para eso basta mirar un caso reciente decidido en Estados Unidos, en que un empresario católico conservador alegaba su derecho a negarse a financiar, conforme a la ley, seguros de salud para sus trabajadoras, cuando esos seguros incluyeran prestaciones de anticoncepción. Ajustados por la diferente forma en que está organizados los sistemas de salud en Estados Unidos y en Chile, este es el tipo de cuestiones que en la propuesta viene antes del deber del Estado de promover el bien común.



*La familia como sujeto de derechos y la negación
del interés superior del menor*

En el ámbito de la familia, la propuesta trastorna completamente el contenido del principio de interés superior del menor. Este principio afirma que los hijos no son instrumentos para la realización de los padres, por lo que los derechos que estos tienen respecto de sus hijos no responden al patrón general de los derechos: son derechos que protegen intereses de los hijos, no de los padres. Por eso uno de esos derechos de los menores es que en las decisiones que se toman respecto de ellos su interés sea superior, de modo que prime frente a los demás intereses. Al declarar que “los padres” son los que tienen “la prioridad en la determinación del interés superior de sus hijos o pupilos” (art. 12), lo que la propuesta hace es precisamente subordinar el interés superior de los hijos al interés de los padres. El populismo de la propuesta aquí radica en que apela a una idea de convivencia familiar que, con independencia de nuestras experiencias vitales, todos tenemos, en la que lo que más importa a los padres es el interés de sus hijos. Pero aunque todos tenemos esa expectativa para nuestras propias familias, sabemos que la realidad es distinta, y ella no puede ser ignorada. Conforme a [datos de UNICEF](#), por ejemplo, el 73% de los niños, niñas y adolescentes sufre violencia física o psicológica de parte de sus padres, familiares y conocidos. Es frente a estas realidades que, como una manera de fundar una regulación protectora de los menores, surgió el principio del interés superior del menor. La propuesta retiene el nombre del principio, pero niega precisamente su contenido, minando entonces la posibilidad de la ley de proteger a los menores cuando su interés entra en conflicto con las decisiones de los padres, porque son “los padres” los que tienen “prioridad” para decidir qué va en el interés del menor.



La propuesta llega al extremo de convertir a “las familias” en sujetos de derechos constitucionales, pues es para garantizarle a ellas (“a través de los padres o tutores legales”) el derecho preferente de educar a los hijos, de escoger el tipo de educación y enseñarles por sí mismos o elegir el establecimiento educacional para ellos (art. 24b; “las familias” son sujetos de derechos constitucionales también en el art. 16 N° 13a y en el art. 16 N° 24b).

La objeción de conciencia

Pero sin duda el caso más extraordinario y radical es el de la objeción de conciencia. La propuesta dispone que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión “comprende la objeción de conciencia” (art. 16 N° 13). Lo que aquí se reconoce es un derecho que tiene las siguientes características:

- (a) es general (es decir, no está vinculado a cuestiones específicas, como la conscripción a la manera de la Constitución española, art. 30.2);
- (b) es parte de la libertad de conciencia (es decir, que vale respecto de creencias de cualquier contenido, porque la libertad de conciencia es la de toda persona de “adoptar la religión o las creencias de su elección”: art. 16 N° 13); y
- (c) obliga al legislador a respetarla.

Este derecho es simplemente un absurdo, por incompatible con la obligatoriedad de la ley y por eso incompatible con la convivencia civilizada.



Hay quienes han dicho que este problema desaparece por la frase final del inciso, que dispone que la objeción de conciencia “se ejercerá de conformidad a la ley”. Esto es evidentemente un error. Que el legislador este autorizado por la Constitución para fijar el modo de ejercicio de un derecho constitucional no implica que pueda negarlo. De hecho, la propuesta es explícita: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia, ni se le podrá imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (art. 23.3). Y a diferencia de las disposiciones que estamos considerando, esta es enteramente razonable: la ley existe para regular el ejercicio de los derechos constitucionales, no para negarlos. Si la Constitución dispone (como ella por cierto debe disponer!) que las personas tienen derecho a la libertad de conciencia, es decir, derecho a sostener “las creencias de su elección”, cualquiera que sea su contenido, y que ese derecho “comprende” la objeción de conciencia, es decir, el derecho a eximirse del cumplimiento de las obligaciones legales cuando ellas estén en conflicto con esas creencias, entonces el legislador debe respetarlo, sin perjuicio que pueda regular su ejercicio. El problema aquí es que lo que es inaceptable (por incompatible con una de las bases de la convivencia civilizada, la obligatoriedad de la ley) es el principio general, no su modo de aplicación a ciertos casos: es la idea de que las personas tienen un derecho general, que en principio obliga al legislador, a eximirse del cumplimiento de la ley cuando ella les exija algo que pugne con las creencias de su elección.



Buscando alguna manera de hacer presentable este derecho imposible, algunos han citado la Constitución de Portugal, que dispone que “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia, en los términos que establezca la ley” (art. 41.6). Aquí hay dos diferencias importantes, que muestran la radicalidad (y así el absurdo) de la propuesta republicana. La primera es que la regla portuguesa deja a la ley definir los términos en que la objeción de conciencia es reconocida. Fuera de esos “términos”, la constitución portuguesa no protege la objeción de conciencia. Se trata, como puede verse, de un reconocimiento constitucional que no obliga al legislador. La propuesta republicana es distinta en precisamente este punto, porque ella solo autoriza a la ley para fijar el modo de ejercicio de un derecho cuyos términos ya los ha fijado la Constitución. Y ya hemos observado que toda limitación legal al ejercicio de cualquier derecho constitucional tiene el límite genérico del art. 23.3. La segunda es que, a diferencia de la propuesta, la Constitución de Portugal es consciente de que un derecho constitucional a la objeción de conciencia es un derecho imposible, y por eso en el mismo artículo ya había especificado que “nadie podrá ser... eximido de obligaciones o deberes cívicos por razón de sus convicciones o de su práctica religiosa” (art. 41.2). Yo no soy experto en derecho constitucional portugués, pero entendería que eso significa que lo dispuesto en el N° 6 del mismo artículo no debe entenderse como un derecho general que vincula al legislador, como lo hace la propuesta ahora comentada, sino como una habilitación especial al legislador para introducir, cuando lo juzgue adecuado, una objeción de conciencia debidamente delimitada.



Derechos sociales desde la óptica de las empresas proveedoras, no del ciudadano

La limitación injustificada de la libertad sindical

La misma atención a quienes detentan el poder privado de la propiedad aparece en la regulación constitucional de los derechos laborales colectivos. Porque es claro que los trabajadores no tienen el poder de la propiedad, pero tienen otro poder privado que podrían usar: el de sus números. Y para reducir ese poder la propuesta prohíbe a los trabajadores lo que no prohíbe a nadie más: decidir el modo en que se organizarán y actuarán colectivamente para defender sus intereses. Así, según la propuesta, la “libertad sindical” solo incluye la huelga “ejercida dentro del marco de la negociación colectiva” (art. 16 N° 27), y restringe el derecho a negociar colectivamente a la negociación “con la empresa en la que trabajen” (art. 16 N° 27c). Esta última fórmula, tomada del texto constitucional actual, se ha entendido habitualmente en el sentido de que declara inconstitucional la negociación por rama de actividad. De este modo la propuesta limita la libertad sindical como no limita la libertad de los empleadores, que son libres para organizarse y defender sus intereses de la manera legal que les parezca conveniente (como puede observarse, los sindicatos no están entre las “agrupaciones” que el art. 1.4 protege tan solícitamente).



Los derechos sociales

El reconocimiento y la protección de los derechos colectivos de los trabajadores es una de las características más distintivas del Estado social. Pero en la propuesta ellos están restringidos y limitados como ningún otro derecho, según acabamos de ver. Lo mismo ocurre con los derechos sociales, lo que muestra que la grandilocuente declaración del artículo 1.3 (“el Estado de Chile es social y democrático de derecho”) es vacía. En lo que se refiere a salud, la Constitución asegura constitucionalmente la libertad de elegir “sistema de salud” (art. 16 N° 22b). Esto se ha presentado como si fuera la libertad de elegir entre proveedores públicos o privados, pero es evidente que va mucho más allá: excluye la posibilidad de un sistema integrado de salud, en el que participen prestadores de salud públicos y privados sujetos a un régimen común entre los cuales pueda elegir el ciudadano, porque exige la existencia paralela de al menos dos sistemas de salud, y con eso muestra que la preocupación de la propuesta no está en asegurar la posibilidad de elegir, sino constitucionalizar un sistema organizado a través de compañías privadas de seguros (que por cierto no son “prestadoras”), como las ISAPREs.

En lo referido a seguridad social, la cuestión es mucho más simple: prohíbe derechamente un sistema de seguro social, al prohibir cualquier sistema basado en cotizaciones contributivas que sean genuinas cotizaciones (y no depósitos en cuentas especiales de ahorro previsional) y constitucionalizar un sistema de empresas privadas que “administren e inviertan” los depósitos que llama “cotizaciones”, es decir el sistema de AFP.



Más arriba está dicho que la esfera privada, esa que la propuesta defiende a toda costa, está ordenada por la propiedad y el poder unilateral que ella da a quien la tiene, con una excepción. La excepción es esta. Porque los trabajadores son dueños de sus ahorros previsionales, pero les es expropiado el poder que les da ser dueño de esos ahorros. Son las AFPs las que no solo deciden cómo invertir los fondos de los trabajadores, sino también las que ejercen el poder que en las empresas tiene el dueño de las acciones (nombrando directores en las sociedades anónimas respectivas, por ejemplo). ¿Por qué no pueden los trabajadores decidir, por ejemplo, no invertir en empresas que tengan prácticas antisindicales? La propuesta, tan preocupada de la propiedad de los trabajadores sobre sus fondos, no se refiere a esto, el más notorio despojo institucionalizado en Chile: el despojo a los trabajadores del poder que les da ser dueño de sus ahorros previsionales. Eso muestra que la propuesta no protege la propiedad de los trabajadores en interés de los trabajadores, sino en interés de las AFPs y del mercado de capitales, en línea con la filosofía general de preferir los intereses de proveedores, empresas, grupos conservadores, etc.



En educación, consagra lo que denomina “libertad de enseñanza” de modo más radical, si cabe, que el texto constitucional actual. De acuerdo a ella, los “padres” tienen incluso un derecho constitucionalmente garantizado a no enviar a sus hijos a la escuela, si desean “enseñarles por sí mismos” (art. 16 N° 24b), lo que significa un retroceso nada menos que al estado anterior a la ley de Instrucción Primaria Obligatoria (1920), que creó una obligación de escolarización; adicionalmente, exige un sistema de financiamiento escolar a la demanda y prohíbe que dicho sistema distinga (porque sería “discriminación arbitraria”) entre el financiamiento a la educación pública y a las escuelas particulares subvencionadas (art. 16 N° 23e). De este modo da rango constitucional a un sistema que ha llevado a la decadencia de la educación pública. Además exige al Estado “sostener y coordinar una red pluralista de establecimientos de educación de calidad en todos los niveles de enseñanza” (art. 16 N° 23i). Este deber es diferente del de mantener “establecimientos propios en todos los niveles” (art. 23j). Es decir, la propuesta no asume siquiera como una ideal al que el Estado debe tender a que la calidad recibida por cualquier estudiante en los establecimientos educacionales sea igual en el sentido de que abra iguales oportunidades de desarrollo de la personalidad.

Al asegurar la libertad de enseñanza, la propuesta prohíbe a la ley fijar un currículum nacional que ocupe más de “la mitad de las horas lectivas”, dejando el resto para “la identidad e integridad de su proyecto”. Con esta limitación constitucionalmente asegurada, se erosiona constitucionalmente la idea de que la educación puede ser una herramienta para conformar una cultura común pese a la diversidad de visiones y formas de vida que habitan en la sociedad.



La insólita simetría entre “consumidores y proveedores”

El surgimiento del derecho del consumo es consecuencia de que, en una sociedad de consumo y contratación masiva, la forma normal de contratación es entre partes de evidente desigualdad: por un lado, un banco o una compañía de telefonía celular o una tienda de departamentos (etc.) que ofrece al público servicios en condiciones fijadas en contratos que han sido cuidadosamente elaborados por equipos de abogados contratados por la empresa; por el otro lado, un consumidor que en general carece de conocimientos jurídicos y que en todo caso no tiene ni el tiempo ni las condiciones para analizar cuidadosamente cada cláusula del contrato que se le ofrece en un formulario de varias páginas impresas en letra apretada mientras el vendedor le habla sobre las ventajas del servicio que la empresa ofrece. Por cierto, en caso sufrir abuso el consumidor podría intentar una acción contractual ante el tribunal civil respectivo (tal como la PYME que produce quesos podría demandar al Jumbo, en un ejemplo anterior), pero incluso asumiendo que pudiera hacerlo se trataría de una lucha entre David y Goliat. Para compensar esta enorme diferencia entre consumidores y proveedores, ha surgido el derecho del consumo, que vela especialmente por los intereses de los consumidores. Como se trata de proteger especialmente a los consumidores, el derecho del consumo se define por la parcialidad respecto de los consumidores. Esta asimetría es afirmada por el inciso 2º del artículo 16 N° 37, pero solo después de que ella ha sido negada en el inciso primero, que dispone que “la ley regulará los derechos y deberes de los consumidores y proveedores, así como las garantías y procedimientos para hacerlos valer” (art. 16 N° 37). Esta simetría declarada es la que pone en cuestión la finalidad protectora de la legislación de consumo.



Un estado débil, incapaz de proteger

La reserva legal

Los derechos fundamentales no son absolutos, tienen límites. En particular, necesitan ser compatibilizados con otros derechos fundamentales o con otros fines como la protección medioambiental, la regulación del mercado, la protección el consumidor, etc. La propuesta reconoce esto, reproduciendo una versión de la regla de la Carta de Derechos canadiense: “los derechos consagrados en esta Constitución solo estarán sujetos a aquellos límites que sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática” (art. 23.2).

Pero el artículo 23.1 ya ha dispuesto que “solo la ley podrá limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales”. Regular y limitar derechos fundamentales, por cierto, es una de las funciones centrales de la ley. Pero la propuesta va más lejos: afirma que solo la ley podrá hacerlo, lo que reduce enormemente el alcance de la potestad administrativa. Esta regla elimina la posibilidad de que el reglamento concorra con la ley en la regulación (que por definición supone “restricción”) de los derechos constitucionales. La ley por cierto es garantía, pero requiere en muchos casos ser complementada por el reglamento. Esta reserva estricta de ley implica, en rigor, que pasan a ser inconstitucionales todos los reglamentos que al regular en un sentido u otro restringen la libertad religiosa (al crear, por ejemplo, requisitos y procedimientos para acceder a la personalidad jurídica) o la libertad personal; los reglamentos en que descansa parte relevante de la regulación medioambiental (sobre, por ejemplo, evaluación ambiental, creando condiciones para el ejercicio de la libertad de desarrollar cualquier actividad económica; o que fijan normas de calidad ambiental y de emisión, etc.). Centenares de decretos y resoluciones que colaboran con la ley en la limitación de derechos fundamentales serán contrarios a la Constitución.



Nada de esto es nuevo. La pretensión de reducir la esfera de acción de la potestad reglamentaria ha sido una constante de los abogados de derecha, que de ese modo buscan limitar la posibilidad de la regulación del poder económico, en materias financieras, ambientales, del mercado de capitales, etc. Esa pretensión hasta ahora ha sido exitosa a veces, otras no tanto. Ahora estaría explícitamente formulada en el texto constitucional.

Dos observaciones más sobre este tema: la primera, es que este extraordinario debilitamiento de la potestad reglamentaria es parte de una propuesta constitucional que dice crear un Estado social y democrático de derecho. Un Estado social es imposible sin una potestad administrativa significativa. La segunda, por último, es que nada de esto es inocente: hay que preguntarse qué intereses resultarían beneficiados si buena parte de la estructura regulatoria del derecho chileno quedara expuesta a ser declarada inconstitucional por invadir la nueva reserva de ley; al responder esta pregunta queda claro que esta regla no es casual, es parte del espíritu que estamos identificando de la propuesta republicana.



La potestad administrativa regulatoria y sancionatoria

Además de la debilitación de la potestad regulatoria de la Administración, la propuesta debilita su capacidad de fiscalizar y sancionar, lo que hace a la potestad administrativa aún más débil, algo incompatible, como ya está dicho, con el Estado social. Porque una de las condiciones de una potestad regulatoria significativa es que ella sea de cumplimiento obligatorio, y para esto es en los hechos necesario que haya reglas que impongan sanciones por su incumplimiento. Reglas como la contenida en el artículo 36 de la ley 21000, que permite a la Comisión para el Mercado Financiero sancionar a “las sociedades anónimas y empresas bancarias sujetas a la fiscalización de la Comisión que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Comisión”. El sentido de una regla como esta es fortalecer la potestad regulatoria de la Comisión para el Mercado Financiero, necesaria para velar por el “correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero” y para promover “el cuidado de la fe pública” (art. 1º ley 21000).

Conforme a la propuesta, reglas como el artículo 36 de la ley 21000 serán inconstitucionales, porque ella reconoce un derecho a que “las competencias sancionadoras administrativas solo se ejercen... por conductas determinadas en su núcleo esencial por la ley”.



Esta idea, la de que las conductas sancionadas deben estar fijadas “en su núcleo esencial por la ley”, es el estándar que hoy se aplica a los delitos penales. Es decir, la propuesta aplica al derecho administrativo sancionatorio el estándar actualmente existente para la ley penal. Las consecuencias de esto son extraordinarias. El caso más evidente es que priva a las municipalidades de competencia para dictar ordenanzas municipales y aplicar sanciones en caso de incumplimiento. Pero aunque este es el caso más notorio, no es el caso principal. Porque aquí, como en el caso anterior, se trata de un argumento que ha sido usado consistentemente en el pasado no para objetar las ordenanzas municipales, sino para objetar la regulación y las sanciones aplicadas a empresas por órganos administrativos (el caso más claro de esto fue la [sentencia sobre el proyecto de ley del SERNAC](#)). Esos argumentos en el pasado han sido, de nuevo, exitosos a veces y otras veces no. Ahora ellos tendrían consagración constitucional expresa.

Adicionalmente, la propuesta dispone que la potestad administrativa sancionatoria solo puede ejercerse respecto de conductas “cuya comisión haya sido evitable para el supuesto infractor”. Esto es una suerte de “principio de culpabilidad”, propio del derecho penal, aplicado a la potestad sancionadora de la Administración. Sujetar la potestad sancionadora de la Administración a los estándares del derecho penal le impide a esta responder con rapidez y agilidad a las conductas desviadas de los sujetos fiscalizados. Esto es, en los hechos, un “regalo regulatorio” a las empresas fiscalizadas en sectores fuertemente regulados.



Vale la pena detenerse especialmente en este último punto, y en particular en lo que significa para la regulación constitucional de los derechos sociales. Aunque la propuesta afirma que “el Estado de Chile es social y democrático de derecho”, ella busca asegurar reiterativamente el mercado en los derechos sociales. En efecto, en cada oportunidad redundantemente insiste que el “Estado social” se realiza “a través de instituciones públicas (o estatales) o privadas” (arts. 1º, 16 N° 22b, 16 N° 22c, 16 N° 23e, 16 N° 23f, 16 N° 28b, 16 N° 29, 24f). Hay aquí por cierto un argumento para decir que esta propuesta, es por esto mismo más un “programa de gobierno” que una propuesta de Constitución. De hecho, en esto la propuesta es mucho más ambiciosa, tiene una pretensión de determinar la política posterior mucho más exagerada, que la propuesta de la Convención Constitucional. Pero la cuestión ahora no es esta. Incluso asumiendo que lo que la propuesta busca es crear un peculiar (por contradictorio) “Estado social-subsidiario de derecho”, las limitaciones a la potestad administrativa que la propuesta contienen lo hacen enteramente imposible. Porque es claro que, si de lo que se trata es crear una nueva forma de Estado social que descansa tan intensamente en la provisión por empresas, la regulación y fiscalización administrativa se hace más, no menos crítica. La pregunta, entonces, es por el sentido de esas limitaciones, por los intereses que ellas protegen. La respuesta es clara: de nuevo, la propuesta tiene mucho más presente los intereses de las empresas proveedoras que los de los usuarios que pueden ser afectados por la conducta de éstas.



Un sistema tributario pensado para los más ricos

La compensación de las cargas públicas

Conforme al artículo 16 N° 31e, “El Estado deberá compensar las cargas públicas discriminatorias, desproporcionadas o de alcance retroactivo”. Las “cargas públicas” son deberes justificados que limitan derechos fundamentales, impuestos directamente a las personas por razones de bienestar o interés social, tales como el deber de votar, el de ser vocal de mesa, etc. La regla es extraña. Uno pensaría que las cargas discriminatorias deben ser prohibidas, no que ellas pueden existir si son compensadas. En todo caso, esta también es una regla que decide una cuestión con historia. Se han alegado que son cargas públicas desigualmente impuestas (en ese sentido “discriminatorias”) la que la ley impone a los canales de televisión de transmitir la franja electoral, la de los dueños de los predios costeros de permitir el paso a la playa cuando no hay un paso público habilitado, la obligación del urbanizador de destinar terrenos de la urbanización a áreas verdes y equipamiento comunitario, la fijación regulatoria de las tarifas eléctricas, el deber de las compañías de seguro de contribuir al financiamiento de los cuerpos de bomberos, etc. Esta enumeración, tomada no de la teoría sino de cómo se ha alegado el concepto de “carga pública” en el pasado más o menos reciente, ilustra respecto de los intereses que esta regla busca proteger.



A pesar de lo anterior, es claro que no son solo las empresas o los propietarios ribereños los que sufren cargas públicas. La doctrina suele distinguir entre cargas “reales” (que pesan, por así decirlo, patrimonialmente, afectando la propiedad) y cargas “personales” (que obligan a la persona a hacer algo, limitando así su libertad). Los comentaristas adicionalmente están de acuerdo que las cargas personales son más graves en principio que las cargas reales, porque la libertad personal es más importante que la propiedad (que sean “más graves” quiere decir que es más difícil justificarlas, que están sometidas a un estándar más alto). El artículo 16 N° 31, donde está la regla ahora comentada, se refiere a “la igual repartición de los tributos”, lo que hace evidente que las cargas a las que se refiere son las cargas reales, que afectan el patrimonio.

Respecto de las cargas personales, no hay una regla general análoga a la del artículo que comentamos ahora, que obligue a compensar las cargas “discriminatorias”. Pero hay una regla que se refiere al caso más claro y grave de carga personal, la que interfiere de modo más brutal con la libertad personal. Esta es la prisión preventiva. Cuando el que sufre la prisión preventiva es culpable, y es por eso condenado, la carga se le compensa, porque el tiempo servido en prisión preventiva se le abona al tiempo de la condena. Pero cuando el que sufre prisión preventiva es declarado posteriormente inocente, se trata de una carga pública que queda sin compensación alguna.



La propuesta se refiere al caso del que es sujeto a prisión preventiva y es luego absuelto en el artículo 29, reconociéndole derecho a ser indemnizado si la resolución que lo afectó es declarada “manifiestamente errónea o arbitraria”. Esto quiere decir que la carga personal de la prisión preventiva, como carga, no es indemnizable, lo que es indemnizable es el daño sufrido como consecuencia de una resolución judicial groseramente errada. La diferencia de clase entre los que son afectados por las cargas reales a las que se refiere el artículo 16 N° 31 y por la carga personal a la que se refiere el artículo 29 es evidente. Que la propuesta esté tan preocupada por el detrimento sufrido por los propietarios y que sea tan indiferente al daño causado a los inocentes que son encarcelados vuelve a mostrar cuáles son los intereses que la propuesta protege en primer lugar.



El derecho a deducir gastos para la determinación de los tributos

Conforme al artículo 16 N° 31, “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”. Dado que la referencia no es a “los tributos”, sino a “los tributos que correspondan”, esta posibilidad constitucionalmente asegurada de deducción es una condición para el impuesto a la renta. Es decir, valdrá tanto para el impuesto de segunda categoría (por las rentas del trabajo) como para el global complementario (que se aplica al total de las rentas de las personas). Si consideramos que el impuesto de segunda categoría hoy lo paga solo aproximadamente el 25 de las personas y que el impuesto global complementario lo pagan principalmente quienes reciben rentas del capital, las consecuencias son claramente regresivas. Así, si este artículo tiene alguna consecuencia, reducirá la recaudación del impuesto a la renta, beneficiando al 25% que lo paga sin producir beneficio alguno para el 75% restante. La disminución de la contribución de ese 25% más rico significará automáticamente el aumento proporcional de la contribución del 75% restante.



La consecuencia de esto será mover al sistema tributario chileno precisamente en la dirección incorrecta, la de aumentar la relevancia de los impuestos indirectos (como el IVA) y disminuir la relevancia de los impuestos directos (como el impuesto a la renta). Como se sabe, el IVA es un impuesto proporcional que es pagado por todos los que consumen. Ya el hecho de que todos paguen proporcionalmente lo mismo es una manera desigual de distribuir la carga tributaria, y por eso existen impuestos progresivos, en que a mayor ingreso se paga una proporción mayor. Pero el IVA es doblemente regresivo. Porque no solo es una tasa igual (19%) para todos, con independencia de su ingreso, sino se paga solo por la parte del ingreso que se consume, no por la que se ahorra. Y es evidente que la proporción consumida del ingreso es menor mientras mayor es el ingreso. En estos dos sentidos el IVA se diferencia del impuesto a la renta, que grava toda la renta, se consume o se ahorra, y que es progresivo: la tasa aplicable depende de “tramos”, que van subiendo a medida que aumenta el ingreso. Por esto, en el nivel del discurso, todos dicen manifestarse a favor de que el sistema debe moverse hacia una mayor importancia recaudatoria del impuesto a la renta y a una menor importancia del IVA. La propuesta va exactamente en la dirección contraria, y anuncia una avalancha de litigación de los más ricos reclamando que sus gastos deben deducirse de su impuesto.



Adicionalmente, esta regla es la forma más clara y precisa de negar la idea misma del Estado social, que es que la provisión de los principales gastos necesarios para la vida, cuidado o desarrollo de la persona y su familia (educación, salud, seguridad social) sean asumidos colectivamente. Aquí la propuesta revela que lo que ella llama el “Estado social” no tiene nada de Estado social: no sólo asume que esos gastos seguirán siendo gastos privados, sino que ahora agrega un beneficio tributario que permite disminuir el pago de impuestos, de modo que todos los chilenos, por ejemplo, deberemos financiar la educación particular pagada del 8% más rico.

La exención de contribuciones

No es necesario detenerse en este punto, que ha sido suficientemente discutido. Conforme al artículo 16 N° 29, “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”. Es sabido que las contribuciones solo gravan a los inmuebles habitacionales más caros (el SII [informó en 2022](#) que al revaluar las propiedades habitacionales el 77% de las propiedades habitacionales quedó exento); es también sabido que buena parte del financiamiento comunal proviene de las contribuciones. Nada de esto importa a los republicanos.



¿QUÉ CONSECUENCIAS JURÍDICAS? UNA TEORÍA “PLAN-Z” DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Como parte de la campaña, hay ahora una animada discusión entre abogados sobre las consecuencias jurídicas que tendrá la nueva Constitución en la legislación vigente:

¿Significa la nueva formulación del principio de legalidad que los delitos de narcotráfico son inconstitucionales, de modo que si la propuesta entrara en vigencia como constitución todas las personas condenadas por ese delito podrían alegar que han sido condenadas por un delito contenido en lo que debe ser constitucionalmente calificado como ley penal en blanco?

Si “los padres” tienen la prioridad en la determinación del interés superior del menor, ¿podrá, por ejemplo, invocarse este interés ante la negativa de los padres a vacunar a sus hijos, o ante cualquier otra decisión que los afecte?

¿Implica el derecho a la objeción de conciencia que el libertario que cree que los impuestos son un robo puede hacer objeción de conciencia al pago de impuestos; que el okupa que cree, con Proudhon, que “la propiedad es un robo” puede hacer objeción de conciencia a las leyes que protegen la propiedad; que una “agrupación” feminista puede fundar una clínica y hacer objeción de conciencia a las leyes que sancionan el aborto fuera de las tres causales, etc?

¿Implicaría el derecho constitucional a educar a los hijos por sí mismos la inconstitucionalidad de políticas dirigidas a fomentar la escolarización y prevenir el ausentismo escolar, porque tienden a dificultar el libre ejercicio de ese derecho?



¿Acabará la regulación de la potestad administrativa sancionatoria con la potestad de las municipalidades de dictar normas mediante ordenanzas municipales y fijar en ellas sanciones para su incumplimiento? ¿Afectará seriamente otras áreas de regulación, como el mercado de valores, la distribución eléctrica, la regulación medioambiental?

¿Significa la formulación estricta de la reserva legal en materia de derechos fundamentales, conforme a la cual “solo la ley” puede restringir o limitar derechos fundamentales, la inconstitucionalidad de todos los reglamentos que limitan ciertos derechos del dueño a explotar su cosa como desee, o sujetan esa explotación a la obtención de ciertas autorizaciones con la finalidad de proteger el medioambiente?



Yo creo que en rigor, si uno se toma el texto en serio, la respuesta a todas las preguntas anteriores es afirmativa. Pero no creo que sea un texto que deba tomarse en serio. Es decir, no creo que sea un texto que fue escrito o aprobado pensando en sus consecuencias jurídicas, creo que fue escrito con una buena dosis de fanatismo. No creo que quienes aprobaron un derecho general a la objeción de conciencia lo hayan hecho para permitir a los okupas hacer objeción de conciencia a las reglas sobre protección de la propiedad, creo que les interesaba la objeción institucional de la Universidad Católica al aborto en tres causales y simplemente no pensaron en las consecuencias del texto que aprobaron en otros casos; creo que aprobaron una reserva legal estricta en lo relativo a los derechos fundamentales sin pensar en los reglamentos medioambientales que quedaban sin base constitucional por eso; creo que aprobaron la nueva redacción del principio de legalidad sin conciencia alguna de qué efecto eso podría tener respecto de la ley de drogas o las ordenanzas municipales, etc. En esto, pese a todo lo que se ha dicho, el Consejo Constitucional decidió con mucha menos seriedad que la Convención Constitucional. Estas consecuencias del exceso de entusiasmo del Consejo, aunque se siguen del texto que ellos aprobaron, son tan absurdas que es poco probable que se concreten. Por eso si la propuesta llegara a aprobarse, para evitar conclusiones como estas es probable anticipar que se desarrollará, después de mucha litigación, una suerte de doctrina “[Plan Z](#)” de la interpretación (me refiero al programa cómico, no al invento de Gonzalo Vial et al): “nooo, no esa objeción de conciencia (carga pública, reglamento, ordenanza municipal, etc.), sino la otra, la mala”.



Ahora bien, aunque es razonable esperar que los tribunales se mostrarán más sensatos que el Consejo Constitucional, y elaborarán esta teoría ‘PlanZ’ de la interpretación constitucional, esto no quiere decir que la aprobación de la propuesta será irrelevante. Por lo pronto, lo que indudablemente veremos es una avalancha de litigación de todos los poderosos de siempre (que probablemente ya está siendo preparada), para actualizar el “principio Mateo” en que descansa la propuesta: las empresas reguladas (sociedades anónimas, bancos, AFPs, ISAPREs, mineras, etc.) impugnarán las regulaciones que les afectan alegando que ellas infringen la reserva legal, e impugnarán las sanciones que reciban alegando que ellas infringen el principio de legalidad; los establecimientos particulares de educación reclamarán su derecho a volver a seleccionar o expulsar estudiantes para proteger la integridad de su proyecto; los contribuyentes de los tramos más altos del impuesto a la renta alegarán más y más deducciones a sus impuestos; la Universidad Católica exigirá el reconocimiento de su objeción institucional, etc.



Porque pese a que en algunos casos estas inadvertencias pueden volverse irónicamente en contra de sus autores (el caso del okupa, del narcotráfico, de la agrupación feminista) el programa de la propuesta es claro: aumentar el poder privado de la propiedad. El dominio absoluto de la derecha y la ultraderecha en el Consejo explica la despreocupación por la protección de las personas (los consumidores, los usuarios de servicios regulados, las mujeres que se encuentran en alguna de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo, los trabajadores, las personas para las que la libertad de elegir en el mercado es irrelevante, etc.) y la esmerada preocupación por los que frente a ellas ocupan posiciones de poder (los proveedores, las empresas reguladas, la Universidad Católica, el capital, las AFPs, las ISAPREs, etc.). Eso no es sino la derecha siendo la derecha, como siempre hemos sabido.

Y esto último es lo relevante para el 17 de diciembre: lo que se nos propone es esta manera de entender los problemas y desafíos de la comunidad política. Es esta manera de entender nuestros derechos y responsabilidades recíprocas la que se somete a plebiscito.



EL SISTEMA POLÍTICO

Hay quien ha dicho que a pesar de todo lo anterior, las solas modificaciones al sistema político son suficientes para aprobar la propuesta, porque ellas representan un avance que será imposible lograr en el Congreso, donde deben decidir los “incumbentes”.

La afirmación es a mi juicio exagerada. El sistema político contenido en la propuesta es lo mismo que existe hoy, con algunas diferencias que se supone que hacen toda la diferencia. La primera es la contenida en el artículo 69.10, que dispone la cesación en el cargo del diputado o senador que renuncie al partido político por el cual fue elegido. La otra es la contenida en el artículo 56.4, que fija un umbral de 5% de los votos a nivel nacional a los partidos políticos para acceder a representación parlamentaria. Adicionalmente, la propuesta disminuye el número de diputados a 138. Comentaremos la relevancia de estas tres cuestiones en lo que sigue.



El diagnóstico es que el problema fundamental del sistema político actual es el fraccionamiento, que se soluciona reduciendo el número de partidos. A mi juicio ese es un diagnóstico correcto pero superficial. El problema fundamental es de ineficacia. Y respecto de esto la propuesta es bastante indiferente. La propuesta no restablece trampas constitucionales como las leyes orgánicas constitucionales sujetas a un quórum contramayoritario de aprobación (salvo en el caso de las leyes “electorales”, con lo cual dificulta considerablemente su reforma posterior: art. 79.2). Esto es una nueva demostración del grado en que la Constitución tramposa fue destruida después de octubre de 2019: ni siquiera un Consejo Constitucional integrado abrumadoramente por quienes siempre defendieron los cerrojos constitucionales se atrevió a recrear las leyes orgánicas constitucionales o sujetar su nuevo invento, las “leyes institucionales” al quórum de aprobación de 4/7, que ellos defendieron hasta que tuvieron que entregar en agosto de 2022. Pero aunque no pudieron hacer eso buscaron lograr un efecto parecido dando rango constitucional a parte de la regulación hoy contenida en leyes orgánicas constitucionales (lo hicieron con el poder judicial, la Contraloría, el Banco Central, el Ministerio Público, rigidizando la regulación e todos esos órganos). Adicionalmente, aumenta el número de leyes de quórum calificado (es decir, que se aprueban con la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio: art. 79.3). Las designaciones importantes (fiscal nacional, ministros del Tribunal Constitucional, consejeros del Banco Central, etc.) quedan sujetas a quórums exagerados, asegurando que lo que hemos visto ocurrir en muchas designaciones seguirá ocurriendo.



En cuanto al umbral del 5%, el artículo 26 transitorio lo debilita prácticamente hasta la irrelevancia al bajarlo al 4% y permitir fusiones de partidos después de la elección para evitar sus efectos en la primera elección, lo que quiere decir que en los hechos no regirá hasta 2030.

Esto quiere decir que el principal efecto del umbral será fosilizar el actual sistema de partidos, haciendo prácticamente imposible el surgimiento de nuevos partidos políticos. En un contexto de grave incapacidad de los partidos políticos para representar, esto es una manera de asegurar que la brecha entre la política institucional y la sociedad continuará ampliándose.

Porque, aunque el umbral es una regla razonable en abstracto, las instituciones políticas no deben ser juzgadas en abstracto: hay que interpretarlas en el contexto concreto en que ellas existirán. Y ese contexto no es el de Alemania en 1945, donde esa regla fue inventada, sino el de Chile hoy, en que la aplicación de la regla de umbral afectará la ya muy disminuida representatividad del Congreso. Si de asegurar la eficacia y condiciones de relegitimación para el sistema político chileno se trataba, la opción acertada es una que fue rechazada por el Consejo Constitucional: la realización de las elecciones parlamentarias junto con la segunda vuelta presidencial.



La pérdida del escaño por renuncia al partido político del parlamentario respectivo, por su parte, tendrá un efecto obvio: los parlamentarios no renunciarán a sus partidos. ¿Es esto una buena cosa? En la propuesta original de los expertos, esta regla iba acompañada de otras que permitían a los partidos políticos asegurar la disciplina de sus miembros: la cesación en el cargo se aplicaba también al parlamentario que era expulsado de su partido (art. 72.11) y los partidos podían, en casos excepcionales especificados por la ley, dar órdenes a sus parlamentarios (art. 45.5). Estas reglas tenían también sus problemas, pero al menos habilitaban a los partidos políticos para asegurar su acción colectiva. Sin estas reglas, la sola cesación por renuncia probablemente agudizará la situación actual, en que los partidos políticos son poco más que asociaciones de individualidades políticas o caudillos locales.



Por último, ya hemos observado que la propuesta se desentiende del problema de representatividad que afecta al sistema político chileno. Esto es especialmente notorio en la decisión de disminuir a 138 el número de diputados. La manera en que esta decisión se manifiesta en la propuesta es extraña: ella no contiene una regla que disponga que la Cámara de diputados tendrá 138 miembros. Pero sí contiene una regla conforme a la cual el Servicio Electoral debe hacer al Congreso una propuesta no vinculante de demarcación de distritos (art. 29 transitorio), y otra que dispone que esa propuesta “deberá considerar que la Cámara de Diputadas y Diputados sea integrada por un total de 138 diputados”. Es decir, lo que la propuesta contiene no es una regla sobre el número de miembros del Cámara de diputados, sino una regla sobre los términos de la propuesta (no vinculante) que el SERVEL debe hacer al Congreso.

En todo caso, la idea de reducir a 138 los diputados parece un abuso en el sentido de que la derecha ha aprovechado su mayoría en el Consejo para diseñar un régimen que le sea especialmente favorable a ella misma (algo que, de nuevo hay que decirlo, no hizo la Convención Constitucional). En efecto, mientras menor sea el número de representantes menos posible será lograr una representación proporcionada a la población, porque menos espacio habrá para compensar las enormes diferencias poblacionales entre la región metropolitana y buena parte del resto del país (en ningún distrito se podrán elegir menos de dos ni más de 6 diputados: art. 56.3). La propuesta parece descansar, así, en la idea de que el problema del sistema político chileno es que tiene un exceso de representación, y busca disminuirla.