

COMPENDIO DE TRANSCRIPCIÓN BLOQUE TEMÁTICO 1



FLACSO
CHILE

Diciembre, 2021

Contenido

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Francisco Javier Urbina | 3 |
| Tomás Jordán | 8 |
| Sergio Verdugo | 13 |
| Catalina Salem | 19 |
| Verónica Undurraga Valdés | 24 |
| James Black | 27 |
| Cristián Mancilla | 31 |
| Plataforma Ciudadana Chile Mejor sin TLC | 34 |
| María Soledad Cisternas Reyes | 39 |
| Asociación de Profesionales Metrólogos por la Sociedad | 48 |
| Francisco Fernández | 52 |
| Comunidad de Organizaciones Solidarias | 55 |
| Jorge Contesse | 62 |
| Soledad Bertelsen - Universidad de los Andes | 68 |
| Pablo Contreras | 72 |
| Javier Couso – Universidad Diego Portales | 77 |
| Tomás Vial | 81 |
| Sebastián Soto Velasco - Pontificia Universidad Católica | 86 |
| José de Gregorio | 90 |
| Fundación Hogar de Cristo | 95 |
| Alberto Coddou | 100 |
| Judith Shonsteiner- Centro DD.HH. Universidad Diego Portales | 105 |
| Víctor Manuel Avilés - Instituto Libertad | 109 |
| Miriam Henríquez (Núcleo de Análisis Político y Constitucional UAH) | 113 |
| Francisco Javier Saffie | 119 |
| Carlos López - Universidad de la República | 124 |
| Comisión Chilena de Derechos Humanos | 127 |
| Gonzalo Aguilar Cavallo (Centro de Estudios Constitucionales de Chile) | 131 |
| Juan Pablo Díaz | 138 |
| Jan Jarab (Representante de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) | 145 |

Francisco Javier Urbina
Comisión Derechos Fundamentales
Fecha: 9 de noviembre 2021
Presenta: Francisco Javier Urbina
Transcribe: Bruno Costa
[Hora de inicio: 0:09:03]

Francisco Javier Urbina: Bien, muchas gracias por recibirme en este espacio tan importante. Agradezco mucho la posibilidad de estar aquí en la Convención. Tengo una presentación sobre cláusulas de armonización y limitación. Dejé ahí mi correo electrónico por si hay alguna duda posterior a la presentación, de cualquier persona de la Convención. Pero también de la gente que ve está presentación de la sociedad civil de la ciudadanía, de repente uno puede hacer un término técnico.

Damaris Abarca: **disculpe le pedimos que se acerque por favor y que exponga acá, que todos los invitados e invitadas pueden exponer aquí arriba por favor. Bien, vamos a restablecer el tiempo, disculpen, ahora que por favor todos los invitados pasen si es que es uno sino ahí vemos qué hacemos. Bien, tiene la palabra.**

Francisco Javier Urbina: Muchas gracias y reitero mi agradecimiento por la posibilidad de estar acá, en este espacio tan importante. Voy a hablar de cláusulas de armonización y limitación, he dejado ahí mi correo electrónico también por cualquier duda de cualquiera de los miembros de la Convención, asesor, etc. Pero también de la sociedad civil, a veces uno usa un término técnico que no se entiende, cualquier persona puede sentirse libre de escribirme y obviamente la participación en este proceso es de la mayor importancia, lo que quiero hacer en este, en este espacio, en la siguiente no sé si se puede poner la siguiente página.

Lo que me interesa es plantear primero una cuestión que hay que resolver, un desafío que es propio de las Constituciones que consagran derechos en sociedades plurales como la nuestra y, luego quiero ofrecer algunas herramientas para abordar este desafío y proponer una redacción, también quizás para fijar ideas. Para tratar de mostrar qué tipo de solución, creo yo, tiene esta situación. Siguiendo por favor.

Esta es la propuesta de texto a la que vamos a ir avanzando en la presentación, que es una cláusula general lo que se llama una cláusula general de delimitación, [de] armonización, pero vamos a llegar a eso al final. Siguiendo, por favor.

Bien ¿Cuál es el desafío que yo creo que tiene la redacción de un catálogo de derechos en situaciones como las que tenemos en Chile hoy día? ¿De una sociedad moderna, plural donde hay diversas demandas sociales y diversas reivindicaciones? Uno podría pensar que vamos a tener un catálogo más nutrido de derechos del que hemos tenido hasta ahora y que vamos a tener derechos de alcance amplio, o sea, formulados en términos más o menos amplios, más o menos vagos cuyos alcances son muy generales. Eso es normal en la... en la realización de una Constitución. En una sociedad plural y moderna.

En donde, además, hay que reconocer diversas demandas sociales. Eso es parte del proceso constituyente chileno y aparte, digamos, la Constitución se juega su legitimidad en varias cosas

pero, entre otras cosas, se juega su legitimidad en la capacidad de recoger demandas sociales que van a ser diversas porque nuestra sociedad es diversa. Y cuando eso ocurre, cuando tenemos un catálogo de derechos sociales amplio, diverso y de derechos más o menos amplio surgen dos desafíos, dos cuestiones que no son, no son una deficiencia, pero son cuestiones que hay que abordar. La primera es ¿Cómo se ajustan los derechos en caso de conflicto entre los derechos y conflictos con otros valores constitucionales? Y lo segundo es ¿Cómo se evita que el catálogo de derecho más amplio limite excesivamente el espacio de la democracia? Respecto a esto último recordemos que este es uno de los problemas que se le imputan a la Constitución vigente, que limita excesivamente el espacio de la democracia y eso implica un costo de legitimidad para la actual Constitución. Entonces ¿Cómo se estructura el catálogo de derechos para que no tengamos ese mismo problema con la nueva Constitución?

Siguiente, por favor.

Quiero dar un ejemplo brevemente. Si uno tuviera, si uno pensara que sale una Constitución con pocos derechos y con derechos muy acotados... Aquí puse algunos ejemplos: no ser sometido a tortura, que no exista religión oficial, a no tener que alojar soldados en la propia casa en tiempos de paz. Esto está en una de las enmiendas de la Constitución norteamericana, uno pensaría [que] una Constitución de ese tipo genera derechos que son bastante acotados, pocos. Por lo tanto, hay poco espacio para conflictos y hay un amplio espacio para la deliberación democrática. Pero ese no es el escenario probablemente que vamos a tener en una Constitución como la actual y no es el escenario que tienen las Constituciones modernas.

Siguiente, por favor.

El escenario que tenemos es una cosa que uno podría graficar más bien como esto: hay múltiples derechos formulados en términos más amplios y los derechos pueden entrar en conflicto entre sí. Hay una necesidad de armonización, ponía aquí, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la salud se puede topar con el derecho a reunión, derecho a la libertad personal. Es lo que hemos visto, por ejemplo, durante la pandemia; para proteger la salud hay que limitar otros derechos. Entonces ¿Cómo se logran esos ajustes? Y ¿Quién es el que hace ese ajuste?

Siguiente lámina, por favor.

Algunas aclaraciones respecto a este escenario. Los conflictos no necesariamente se pueden prever al momento en que uno hace una Constitución. Si se pudieran prever todos los conflictos, uno quizás podría tratar de prever las soluciones y establecer jerarquías ex ante. Pero eso no se puede hacer en este momento. Lo segundo, es que no hay que entender la posibilidad de conflicto como una deficiencia, o sea, es normal en una sociedad democrática y plural. Es deseable que los derechos y el catálogo de derechos reconozca anhelos de distintos grupos, de distintos sectores, distintas sensibilidades y una diversidad de demandas. Los conflictos no son una deficiencia, [sino que] es algo que va a plantear un desafío que las instituciones de la nueva Constitución van a tener que abordar. Y lo tercero, es que también es normal que los derechos se consagren con relativa amplitud; el ejemplo que yo puse en la primera lámina establece derechos muy muy acotados, pero vamos a tener derechos establecidos con mayor alcance, mayor amplitud. Por ejemplo, pongo acá [la] libertad de pensamiento y expresión, este derecho. Por supuesto que se puede precisar más en el catálogo,

pero va a estar consagrado de una manera más o menos amplia y eso es probablemente razonable para muchos derechos. Hay otros que puedan ser formulados de manera más acotada, pero hay varios derechos que tiene sentido formular de manera más o menos amplia, de manera de reconocer un valor, un interés, que es un alcance más o menos amplio también.

Siguiente lámina por favor.

Algunas aclaraciones también. El espacio democrático no se limita, necesariamente, por la acción de la Constitución; por reconocer muchos derechos, sino también por la forma en que ese espacio es apropiado posteriormente por el sistema jurídico. Es decir, por la forma en que se entienden los derechos como algo que fundamentalmente recae en el sistema del derecho, en los tribunales, en los abogados, en un discurso técnico. Si eso se entiende así, entonces el ámbito de los derechos se da a entender como un ámbito de deliberación jurídica más que política y eso limita el ámbito de la democracia. Esto es un problema que yo creo que es importante [en] la Constitución vigente y que es importante no reproducir.

Siguiente lámina, por favor.

¿Cómo reconocer derechos de forma democrática y de una manera consistente? Primero, creo que es importante. Una solución es habilitar a las autoridades democráticamente electas en el ámbito de los derechos, especialmente a la Legislatura. El ámbito de los Derechos Fundamentales tiene que ser un ámbito de la democracia y no solamente del derecho. Segundo, armonizar derechos es parte de la función de la política democrática en las sociedades plurales, no es primariamente una cuestión técnica, hay una dimensión técnica, Pero hay una dimensión que es política también y eso también va la línea de habilitar a los órganos políticos. Al mismo tiempo, la habilitación de los órganos políticos tiene que ir de la mano de formas de exigirles que, cuando limitan derechos, tienen que satisfacer ciertas condiciones. No lo pueden hacer...

Matías Orellana: 2 minutos profesor

Francisco Javier Urbina: Muchas gracias.

No se puede hacer sin ningún criterio. La Constitución puede establecer ciertas cargas, usted tiene que justificar ciertas cosas cuando entra al ámbito de los derechos, aunque sea un ámbito que en buena medida corresponde a la democracia. Y finalmente, hay que distinguir entre una limitación de un derecho y una suspensión del ejercicio de un derecho, y la suspensión es otra cosa y está sometida a exigencias muy altas, que son distintas a lo que voy a plantear acá.

Siguiente lámina, por favor.

Aquí algunas alternativas. La propuesta es usar lo que se llama una Cláusula de Delimitación, yo prefiero hablar de una Cláusula de Armonización, o sea, de habilitar al Legislador para tratar de armonizar los derechos. El Legislador implementa derechos, trata de armonizarlos unos con otros y es muy común en el derecho comparado que se establezca una Cláusula de Limitación General al principio del catálogo, que habilita al Legislador respecto de derechos específicos.

Siguiente, siguiente lámina, por favor.

Esta es la propuesta de texto que tengo. Vamos a la siguiente lámina, donde la explico un poco, un poco más.

Esto sería una Cláusula de Armonización o un esfuerzo por tratar de habilitar al legislador para transformar, para reforzar la idea de que los derechos son parte de la deliberación democrática, pero al mismo tiempo está sujeta a límites. La primera frase, establece la del deber del legislador de armonizar derechos con vistas a la justa exigencia al bien común, ese término está tomado de la convención americana de Derechos Humanos y el resto son los requisitos para limitar. Muchas gracias.

Matías Orellana: Se abre la palabra para aquellos que quieran realizar preguntas, según los criterios que hemos establecido previamente.

Secretario: Convencional Baranda, que no funciona el micrófono por mientras.

Benito Baranda: Muchas gracias secretario. Saludo a todas las y los convencionales. Le agradezco a Francisco la presentación y me gustaría, como no lo alcanzaste a terminar Francisco que pudiese explicar lo último, brevemente.

Matías Orellana: Hay otra pregunta, aparte, del convencional Ossandón. Como no hay otra pregunta, vamos a darle la palabra al convencional Ossandón para que pueda llevar a cabo.

Manuel José Ossandón: Yo creo que es importante que termine eso primero, la aclaración en cuanto a la organización. Y luego la pregunta, porque creo que es importante que termine la idea.

Matías Orellana: Convencional, previamente fijamos, precisamente, que las dos preguntas se cursaban [primero] y luego se responden, para que podamos llevar [orden].

Manuel José Ossandón: Ah ya, disculpe. Básicamente quisiera que Francisco Javier nos pudiera explicar, ¿Cuáles son los problemas que él ve en cuanto a la judicialización de los Derechos Fundamentales de la Constitución?

Francisco Javier Urbina: Bien, muchas gracias por las preguntas. No sé si será posible mostrar la última lámina que alcancé a plantear al respecto, para responder sobre la propuesta específica, que agradezco mucho por supuesto la pregunta del convencional Baranda al respecto.

La propuesta es establecer una cláusula que haga distintas cosas. Lo primero [es] que habilite al Legislador a armonizar derechos, o sea, que sitúe el ámbito de la limitación de los Derechos fundamentalmente en la legislatura, que se entienda, que es tratar que la Constitución, de alguna manera, trate de transmitir que [esto] es un esfuerzo democrático, el articular los derechos. Segundo, establece algunas exigencias que son estándares, que están en la siguiente frase: “Los derechos consagrados en esta Constitución sólo pueden estar sujetos a aquellos límites que sean razonables y pueden ser justificados en una sociedad democrática”. Y eso es una forma tomada de la sección primera de la Carta de Derechos del Canadá, que tiene una cláusula de limitación de este tipo. Y eso pone una carga al Legislador, que potencialmente puede ser revisada por un órgano de revisión constitucional, o al menos puede ser parte del debate político. Si es que realmente la limitación que se está poniendo es una limitación necesaria en una sociedad democrática.

Luego, una siguiente frase: que “solo la Ley podrá limitar los Derechos Fundamentales”. Eso es una exigencia de Reserva Legal, que [exige que] no lo haga el Poder Ejecutivo, primariamente eso es una garantía y el resguardo de que ningún derecho se vea afectado en su esencia.

Y la frase final, tiene que ver con que no se pueda suspender el ejercicio de los Derechos Fundamentales salvo [en] condiciones muy específicas. Una cosa es lo que hacen los poderes democráticos que ajustan los derechos, [pero] otra cosa muy distinta es la suspensión de derechos y es algo que es propio del Estado de Excepción, cuándo ocurre algo que está sujeto a innumerables controles democráticos. Es importante relacionar ese punto con la idea de Estado de Excepción, que es algo que hay que [considerar] por supuesto, si es que se aborda, lo abordará esta Comisión y tiene que hacerse con exigentes estándares de Derechos Humanos, porque es un tema muy, muy sensible, entonces esa es la propuesta.

Finalmente, respecto a la pregunta del convencional Ossandón. ¿Cuáles problemas veo en la judicialización? A ver, que intervengan los tribunales no es en principio un problema. Puede haber acciones para reclamar derechos y eso también [es propio] de una institucionalidad democrática. Pero el ámbito de los derechos, el ámbito en general de los derechos, ¿cómo, como sociedad vamos a entender las distintas demandas ciudadanas y cómo las vamos a articular en una institucionalidad? Eso es una pregunta de la Democracia, es una pregunta fundamentalmente de la ciudadanía y sus representantes. No es una pregunta técnica, no es una pregunta que un experto tiene que venir y decir, cómo se articulan estos distintos derechos en base a la mejor interpretación posible del texto constitucional. Las herramientas del derecho no llegan a eso, no es esa su capacidad. Entonces el riesgo no es que intervengan los tribunales, sino que el problema de la judicialización es que entendamos que el ámbito de los derechos, que va a ser un ámbito amplio en esta Constitución, sea un ámbito técnico. Y eso puede traducirse en qué entendemos que la definición viene o de un tribunal o de un discurso técnico al interior del Congreso. Entonces el Congreso, al deliberar, lo primero que se [preocuparía] es de escuchar a los profesores de derecho. Eso sería un error, me parece. Me parece importante que el ámbito de los derechos sea un ámbito democrático.

[Hora de término: 00:26:49]

[Duración total: 00:17:46]

Tomás Jordán

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Tomás Jordán

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[0:28:29]

Tomás Jordán: Dale, Muchas gracias por la invitación y la apertura a comentar algunos temas sobre derechos fundamentales. Voy a exponer brevemente sobre los derechos sociales como categoría derecho fundamental; muy desde elementos conceptuales y cómo el diseño institucional chileno constitucional tiene una particular forma de verlo. Cuando que, de qué hablamos... Avancemos la uno, por favor. La dos sería.

¿Qué hablamos cuando hablamos de derechos sociales? Y ahí hablamos de una categoría particular de derechos, que tiene que ver con aquellos derechos de las personas, unos derechos universales, que buscan corregir las desigualdades sociales y, por lo tanto, buscan en el mayor grado posible realización material existencial de las personas. Es una categoría de derechos que es parte la segunda ola derechos fundamentales; la primera tiene que ver con los derechos civiles las libertades, y, después de la crisis del Estado liberal, empieza a aparecer un nuevo rol del estado y, por lo tanto, se configuran un nuevo tipo de derechos que tiene que, o reordena la relación entre la persona y el estado.

¿Por qué? Porque los derechos de libertad son derechos que nosotros ejercemos entre nosotros, personas comunes y corrientes, pero el Estado tiene un rol de inhibición; nos tiene que dejar hacer. Por ejemplo, la libertad de enseñanza, la libertad de conciencia, la libertad de expresión. En cambio, que los derechos sociales una categoría bien particular porque tiene una mixtura; que en términos de la teoría de jurídica se llama un derecho complejo porque hay libertades, pero también hay derecho a la prestación estatal. Por ejemplo, libertad enseñanza, por un lado, y el derecho a la educación; o, la libertad sindical por un lado, pero también tenemos el derecho a la vivienda digna que podemos pedirle una prestación al Estado. Y, un clásico, es el derecho a la protección de la salud. Por lo tanto, una primera cuestión importante que cuando hablamos derecho social, hablamos de una categoría muy particular, que mira la corrección de estas desigualdades, y, por lo tanto, busca cuál es el motor o la forma de corregirlas. Y, como decía, tiene un origen muy claro en la crisis del Estado liberal a fines del siglo XIX, porque las meras libertades de los individuos no permitieron corregir las desigualdades sociales; las personas tenían que cubrir su propio estándar de salud, de educación, de vivienda. Y eso lleva a que, desde el punto de vista político como también una consecuencia jurídica: “Oigan saben que el Estado tiene un rol. Tiene un rol prestacional y, por lo tanto, para corregir esa desigualdad es un instrumento para ello”. Tanto así y por lo tanto, que deja este rol de inhibición y pasa un rol de acción propiamente tal.

Y ahí, se liga otra cuestión qué es a mi juicio indesligable que tiene que ver con el modelo de Estado. Los derechos sociales en el modelo europeo continental aparecen ligados al modelo de Estado social, que es un tipo estado muy particular; en el cual se rige por dos principios característicos: el principio redistributivo y el principio solidario. Por lo tanto cuando nosotros nos enfrentamos esta corrección de desigualdades, optamos como lógica de funcionamiento

del sistema, y por lo tanto la habilitación al legislador y a las políticas públicas de la administración, que tienen que tener esta lógica de solidaridad y redistribución. Y ¿por qué lo cito y hago el hincapié? Porque cuando nosotros examinemos brevemente el modelo chileno se aleja de esta idea de Estado social y crea una propia configuración derechos sociales más bien asociado al principio de subsidiariedad del Estado. Por lo tanto, el modelo chileno el bien particular y atípico en el derecho continental básicamente por esto.

Ahora bien, cuando hablamos de derechos sociales o de cualquier derecho, hablamos de una estructura de derecho. Es decir, hay un sujeto que es titular del derecho, las personas; un bien jurídico protegido, que puede ser la salud, la educación, la vivienda; y un sujeto obligado, en este caso de los derechos sociales por regla general es el Estado. Porque es a quien le vamos a pedir la prestación: salud pública, educación pública. Y, eventualmente cuando se consagra como libertad; por ejemplo, la libertad elegir sistema de salud, que es el caso que es la Constitución actual, ese sujeto pasivo es un privado también. O en el caso de la educación privada, también es un privado. Y tiene como fundamento, en general, por eso que hay una distinción acá con el modelo chileno, dos valores que fundan los derechos sociales. Una línea doctrinaria dice: es la libertad porque a medida que corregimos las desigualdades, somos más libres. Y otra línea doctrinaria dice: en realidad lo que buscan los derechos sociales es la igualdad material final de las personas, que en algún momento llegamos a un punto que seamos más iguales. En un camino progresivo, obviamente que la igualdad propiamente tal no existe entre las personas, pero en un camino hacia esa igualdad material. Y por lo tanto funda está categoría o la libertad personal, o la igualdad propiamente tal. ¿Y por qué hablo de libertad personal? Porque es importante tenerlo a la vista para efectos de entender el modelo chileno que se sostiene en la libertad económica, no la libertad personal.

Acá como todo, ha venido, ha existido una discusión en Chile hace mucho tiempo, que, antiguamente ocurrió en el resto de Europa básicamente, que, si los derechos sociales tienen que estar consagrados en la Constitución, o simplemente tienen que habilitarse al legislador que lo regule. Y ahí aparecen aquellos que creen que sólo deberían ser derechos de carácter legal porque su exigibilidad muy discutible. Pero algunos creemos que los derechos sociales tienen que estar en la Constitución porque básicamente es son derechos fundamentales que pertenecen las personas y la principal garantía para ello es que este en el texto constitucional.

¿Por qué un derecho es importante que estén el texto constitucional? Porque orienta, fija mandatos a los poderes públicos. Y por lo tanto los poderes públicos se tienen que orientar y regir por aquellos mandatos o dispositivos constitucionales que le dicen, por ejemplo, es deber preferente el estado hacerse cargo la salud pública; es deber preferente el estado de la educación. Y, por lo tanto, eso ordenó por ejemplo en el siglo, en el siglo XX bajo la constitución del '25, todo el sistema de salud pública y todo el sistema de educación pública chileno. Básicamente porque la Constitución las mandataba a los poderes públicos a realizar estas gestiones. Si esto sólo hubiese quedado en el nivel legislativo, es el legislador que tiene la autonomía para tomar o no la decisión de fortalecer o no un sistema u otro. En el caso de la Constitución vigente hizo también una opción constitucional de habilitar un sistema privado de salud, de habilitar, de permitir la habilitación de un sistema privado de pensiones. Desde la habilitación de los prestadores y los aseguradores también podían ser privados. Y también nos queda por siempre mirar, que lo decía Francisco Javier exposición anterior, que ustedes tienen

que tomar la decisión de cuánto se va constitucionalizar y cuánto se va a habilitar a legislador para que regula. Es decir, qué cuestiones quieren como constituyentes que estén en el texto constitucional: el enunciado, el derecho, algunos principios rectores, algunos criterios rectores que orienten al legislador, no sé. El derecho a la educación, derecho educación obligatoria, el derecho a la educación obligatorias bajo ciertos criterios de igualdad, pluralidad. Cuestiones que van construyendo el derecho fundamental y después, después generalmente los derechos tienen una disposición final qué dice el legislador regulará la forma y condiciones la cual este ejercerá; y, por lo tanto, hay un aspecto constitucional y el aspecto meramente habilitación al legislador. Pero eso hay una decisión constituyente de cuántos redactar. Si va a ser una Constitución más bien habilitante o más bien una constitución programática, es decir, que el texto constitucional tiene altas disposiciones y de contenido sustancial.

Y aquí, podemos hacer una distinción entre el modelo chileno de derechos sociales y el modelo social de derechos sociales, que son dos lógicas y dos formas de funcionamiento muy distintas. El modelo chileno derechos sociales, consagrado en el texto vigente, se sostiene en la idea de subsidiariedad; y, la idea subsidiaria es muy sencilla porque dice que el Estado solo debe intervenir en aquellos aspectos que privado no quiera o no pueda. No puede, por ejemplo, la defensa porque es atributo exclusivo del Estado el monopolio legítimo de la fuerza, y no quiere en aquellos aspectos que el privado no quiere realizar una actividad. ¿Qué pasó con esto? Que el modelo chileno que fijo una preminencia a la Constitución económica, en particular la libertad económica y el derecho a propiedad, habilitó al legislador para que privatizara los derechos sociales. Tanto así que el decreto ley 3500, 3501 habilitan a los privados para hacer aseguradoras de salud y aseguradores de pensiones. Por lo tanto...

E: Dos minutos, dos minutos profesor

Tomás Jordán: Justo lo que necesito. De manera tal que creó un modelo en que el rol del estado es lo que se llama es subsidiario, pero básicamente es residual. El caso de salud es muy claro porque en el fondo los que no podemos acceder o no pueden acceder a la salud privada, por default van al FONASA. Y, por lo tanto, tienes que 85% las personas están en FONASA y 15% está en Isapre, pero básicamente porque hay un problema de oferta y demanda. Y eso es una regulación habilitada desde la Constitución para que se regule de esa manera. No hay que olvidar, y siempre es un ejemplo real, que la campaña del 89 el candidato oficialista en esa época, Hernan Büchi, tenía su eslogan del apartado de salud Isapre para todos, es decir, salud privada para todos. Bajo esa lógica, habilitada por la Constitución desde el año 81, para que los derechos sociales fueran parte de la distribución y regulación del mercado. Ejemplo de este modelo, la reforma en salud en el año 2005 con el presidente Lagos contemplaba un fondo de compensación solidaria en que 0,5% de tu cotización iba a ir a un fondo para poder favorecer a los beneficiarios del FONASA. Fue declarada inconstitucional en la tramitación legislativa básicamente porque la cotización, al estar amparada en la libertad económica y la propiedad, se considera propiedad de los cotizantes, y por lo tanto solidarizar es contrario a la Constitución. Básicamente porque afecta a estos derechos.

Las reformas de pensiones, hasta hace años atrás, la traba también sigue siendo la propiedad en el sentido de la cotización, no por la propiedad en sí misma, sino que no permite generar una lógica redistributiva ni solidaria. Y de manera tal que la discusión se un modelo distinto de salud o distinto de pensiones tiene una traba de carácter constitucional. Y voy terminando, en

cambio que en un modelo social de Estado tiene otra lógica, como es redistributivo y solidario te permite generar o habilitar al legislador para que adopte fórmulas distintas en busca esa corrección de desigualdades. Podrás optar por un deber preferente del Estado o un deber mixto entre Estado y privados, pero la clave está en que si alguno de esos modelos de desarrollo el derecho incorpora la solidaridad, a partir de ese modelo no necesariamente sea contraria a la Constitución, sino más bien permitida por la Constitución. Y me quedo ahí para efecto de cualquier pregunta, para no pasarme el tiempo Muchas gracias.

E: Perfecto Tomás. Bien, ¿tenemos algunas preguntas? Natalia Henríquez y Patricio Fernández. Hacen las dos preguntas y luego él le responde de manera conjunta bien.

E: Hola Muy buenos días a todos y todas las presentes. Muchas gracias por las exposiciones que llevamos al momento, y la pregunta directo a Tomás y considerando también la exposición previa. Quiero saber su opinión respecto al riesgo que podría implicar el que la regulación mayoritariamente de los derechos quede como atributo de legislador y no mayoritariamente contenidos y descritos en la Constitución. En términos de riesgos en su aplicabilidad y ejercicio del derecho. Gracias

E: Hola. Hola Tomás, muchas gracias por la exposición. Creo que el último punto no alcanzaste a desarrollar y me interesa preguntarte de eso. El modo de garantizar el cumplimiento de estos derechos y la exigibilidad, sino es la judicialización ¿Cuál es? ¿Cómo un individuo hace exigible o vuelve exigible, según tú, un derecho que nosotros conseguiremos en la nueva Constitución?

Tomás Jordán: Cuando un derecho es meramente legal, depende de la voluntad del legislador si ese derecho se desarrolla o no se desarrolla. Y depende de la mayoría relativa a veces de ese ciclo político que ese derecho va a ser desarrollado en el camino A, en el camino B, o en el camino C. Por lo tanto, constitucionalizar derechos, en particular derechos sociales, tiene una particularidad. Que tú le fijas al legislador el margen o el ancho de banda sobre el cual se tiene que mover. Distinto es que un legislador sin derecho fundamental a la educación puede tomar las decisiones que el estime respecto al sistema educativo. En cambio, que si yo en la constitución señalo que el derecho a la educación pública Bolívar del Estado es preferente en materia educación es claro cómo debe desenvolverse el legislador que en esa materia. Por lo tanto, consagrar o establecer un derecho a la Constitución tiene la particularidad de disponer la forma en que el Estado va a resolver sus problemas sociales. La clave está en que, al menos desde mi punto de vista, en que no amarre todas las opciones constitucionalmente, sino que permita que ese juego democrático futuro le de un margen de acción para que en algún momento determinado, estoy pensando, por ejemplo ese deber preferente del Estado pueda ser complementado, eventualmente, por un privado X. Una opción que legislador tomará. Lo que quiero decir es que consagrar derechos de los textos constitucionales habilitando el juego democrático permite asegurar ese bien jurídico, ese bien en este caso educación, salud, vivienda de una mejor manera. No sé si con esto doy respuesta a la pregunta.

Segundo lo de Patricio, una gran pregunta, pero hay formas para resolverlo. El gran problema, entre comillas, que tiene los derechos sociales es su forma de cumplimiento o la forma de exigibilidad ¿por qué? Porque requieren gasto o prestaciones muy cuantiosas del Estado. Y, por lo tanto, hay un temor siempre a judicializar o a hacer reclamable los derechos y por tanto

siempre van a depender de la voluntad de la administración o del Ejecutivo de turno si se cumplen o no. Pero para eso hay cuestiones que pueden tener a la vista: uno, por ejemplo, que se te ponga el principio progresividad de cumplimiento, que un principio muy típico del pacto internacional de derechos civiles, o sea de derechos sociales, económicos y culturales. En lo cual exige que el estado realiza todos los esfuerzos en pro del cumplimiento, pero de acuerdo a sus condiciones. Y, por lo tanto, es lo que se va... el estándar que se le va exigiendo al Estado tiene que ver con que si realizó las acciones suficientes para dar cumplimiento de acuerdo a sus condiciones socioeconómicas. Al mismo tiempo, eventualmente y excepcionalmente, cuando el Estado entra en procesos recesivos necesariamente puede congelar, incluso retroceder cuando se justifica esa medida. Básicamente es el principio de no regresividad, el mandato inicial a que no retroceda a menos que pruebe y justifique esa acción de retroceso. Segundo que, también se ha probado en el derecho comparado, es la cláusula responsabilidad fiscal. Es decir, que tú universalizas el cumplimiento, pero tienes a la vista el no desbordar las finanzas públicas. Y, por lo tanto, tu junto con la progresividad, la concilias con que sea en la medida que las condiciones económicas puntuales y sin deuda pública extrema es una causa que se puede ajustar permites ese cumplimiento universal.

Y después por la vía. La vía más compleja creo yo, pero es un camino, es la tutela directa ante los tribunales de justicia. Lo que pasa es que en ese momento tú lo que haces es radicar en el juez o jueza la decisión del contenido y de la forma en que se deben cumplir ese derecho. Y eso lleva a que muchos jueces en materia, no solamente derecho social, en todos los derechos. El derecho más judicializado en Chile es el derecho de propiedad.

E: Tiempo.

Tomen... Termino en dos segundos. Tomen, interpreten, lean e impongan al legislador y a los poderes democráticos, su criterio interpretativo. Hay otras vías, por ejemplo, empezar por la vía administrativa y en segundo camino a la vía judicial. El GES, las garantías explícitas en salud, se reclama primeramente en sedes administrativas para permitir la administración cumplir su entretejido de formas para cumplir y después si tú no quedas conforme vas a los tribunales de Justicia. Y eso ha permitido, por ejemplo, cumplir la garantía y no judicializarla.

[Término de la entrevista 0:45:30]

[Tiempo total de la entrevista 0:17:01]

Sergio Verdugo

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Sergio Verdugo

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[0:46:24]

Sergio Verdugo: Muchas gracias por la invitación, especialmente a los coordinadores Damaris Abarca y Matías Orellana. Lamento no haberlos podido acompañar presencialmente.

En mi presentación quiero recalcar tres grandes ideas fuerza.

Primero, existen muchos modelos alternativos para proteger los Derechos Sociales –mi presentación es sobre los Derechos Sociales y los distintos modelos- y no solamente los que han estado predominantemente en la discusión actual: en la discusión actual normalmente se suele enfatizar a aquellos países de Europa que reconocen a los Derechos Sociales como directrices de política social, o principios rectores de la política social. Y el segundo modelo es el modelo de los países del Sur Global, que se caracterizan por el reconocimiento de los Derechos Sociales como derechos, acompañados con una judicialización: con la posibilidad de que los jueces los protejan.

Existen modelos distintos a esto, y creo que los modelos alternativos -de los cuales me voy a referir, ofrecen ventajas importantes que creo que sería interesante que la comisión los considerara. Por eso los modelos tradicionales tienen riesgos, y esos riesgos la Comisión tiene que considerarlos.

Primero, los modelos del sur global tienen el riesgo de deteriorar la democracia, por las razones que voy a explicar. Segundo, los modelos europeos tienen el riesgo de no enfrentarse al problema de los Derechos Sociales completamente; siendo que es una de las demandas de la Nueva Constitución el que la convención se haga cargo, y diga algo respecto a los Derechos Sociales.

En cambio, los modelos alternativos a los que me voy a referir, que provienen de los países de la Mancomunidad Británica, incluyendo a Nueva Zelanda, algunas provincias de Australia y Canadá, combinan el constitucionalismo político donde el protagonismo lo tienen los actores electos, con técnicas débiles de revisión judicial. Esto significa que los jueces tienen algunas facultades, pero son facultades restringidas, porque la idea es que los jueces utilicen estas facultades para que el problema vuelva al proceso político, de manera de que los que los actores electos sean los protagonistas en la implementación de estos derechos y no los jueces, que quedan como actores secundarios pero que cumplen un rol de una utilidad modesta.

Primero ya todos sabemos y creo que es fácil predecir que los modelos no justiciables de directrices no son suficientes para satisfacer la demanda social y además que tienen algunos riesgos: el riesgo del modelo directriz, el principal riesgo, es que los jueces los interpreten de un modo diferente en el futuro. Un ejemplo lo gráfica Irlanda, [que] estableció el modelo directriz en su Constitución de principios del siglo XX. India copió el modelo de Irlanda, pero en India el modelo de directrices hoy día es utilizado por los jueces para avanzar demandas sociales, siendo que en Irlanda no.

Como espero que además se garantice la independencia judicial, ustedes como convencionales constituyentes no van a tener mucho control respecto de lo que los jueces van a ser el día de mañana ¿Ya? Hay que garantizar la independencia judicial: es una de las condiciones de la democracia. Además, hay que darles alguna guía a los jueces, y ponerles incentivos, justamente para que la implementación de los Derechos vaya en la dirección que ustedes quieran que vaya.

Segundo, respecto a los modelos del Sur Global, estos modelos traen un alto nivel de judicialización, pero con distintas variantes. La principal crítica que se les hace es que reducen la democracia, porque trasladan el debate público desde los órganos electos a los órganos judiciales; el contenido de estos derechos depende de estándares, además, elásticos, lo que invita a los jueces a intervenir con mayor agresividad en políticas públicas, aunque ello no siempre ocurre. La judicialización no es una condición ni suficiente ni necesaria para proteger bienes sociales relevantes. Existe evidencia que muestra que la constitucionalización de los Derechos puede incluso producir efectos adversos; existen otros estudios que muestran que no existe correlación entre el incremento del gasto público, el tamaño del Estado y el reconocimiento de los derechos a la Salud y a la Educación; y además, los estados de bienestar más exitosos no permiten la judicialización de los derechos sociales.

Pero un riesgo más importante, creo yo, es el riesgo de la Regresividad de los Derechos Sociales cuando ellos se judicializan: la regresividad consiste en que los más pobres terminan financiando un sistema que beneficia a los estratos medios o a los estratos incluso más altos. Ello se produce porque el sistema judicial es financiado por todos, todos aquellos que pagan impuestos, pero no son todos los que se benefician del sistema judicial, [es decir,] los que se benefician de los mecanismos para proteger los derechos sociales.

Existe evidencia -aunque es algo controvertible porque depende de las causas que se miren- que muestra que ha habido regresividad en Colombia, en Hungría, en Brasil, en India y en Sudáfrica. También existe evidencia en Chile: los casos de las ISAPREs en Chile muestran que la judicialización del Derecho a la Salud ha beneficiado desproporcionadamente a las clases más ricas, que son aquellas que están afiliados al sistema de ISAPREs. Pensemos también en cómo ocurriría la protección de los Derechos Sociales para grupos más organizados: pensemos por ejemplo [en] grupos de funcionarios públicos, una asociación, incluso antiaborto, invocando los mecanismos judiciales. Entonces, el principal riesgo es esa regresividad.

Se puede corregir la regresividad. Existen algunos mecanismos para ello, pero estos mecanismos tienden a producir otros problemas. Cuando se utilizan mecanismos, por ejemplo, para bajar las barreras de entrada a la justicia, mejorar la asistencia judicial, incrementar el poder de los jueces para dictar sentencias estructurales, resolviendo causas colectivas, o regular políticas públicas directamente en la Constitución. Este tipo de cuestiones incrementan el problema democrático de la Constitución.

Después, existen otros mecanismos de contención posible, que aspiran a reducir este problema democrático. Los colombianos han experimentado con el “Incidente de Impacto Fiscal”, donde se pueden regular los efectos de las sentencias para que ellas no incidan tanto en las arcas públicas, pero han demostrado efectos bastante, bastante lamentables la verdad.

También existen algunas pruebas judiciales básicas como la razonabilidad, la experiencia sudafricana es útil en eso, pero el gran problema es que eso no podemos predecir cómo va a ocurrir, porque justamente los jueces van a ser independientes, o esperamos que sean independientes. De lo anterior no se sigue que los jueces no puedan tener un rol útil. Ellos pueden obligar a cumplir la ley, ellos pueden impedir interpretaciones constitucionales que sean aberrantes, ellos pueden identificar puntos ciegos en la legislación, y pueden en algunos casos además identificar cargas de inercia.

Cuando esto ocurre, tenemos que generar mecanismos para que el problema vuelva al proceso político, y por lo anterior sugiero mirar a estos países de la Mancomunidad Británica, que han tenido bastante experiencia. Estos países no tienen experiencia con derechos sociales, tienen experiencia con otros derechos, pero tienen mecanismos útiles, que autores y constitucionalistas importantes, como Rosalind Dickson, Martha Schnett, personas que no han estudiado a Chile pero que han estudiado estos otros modelos, los han propuesto para distintas constituciones que se han hecho en el mundo.

Y por eso, lo que voy a hacer ahora es simplemente resumir alternativas que a mí me gustaría que la comisión considerara cuando regule el estatuto de los derechos sociales, y pasa por el regularlos con un estatuto separado del resto de los Derechos, justamente para considerar estos mecanismos. El primero, siguiendo las experiencias de Nueva Zelanda y Canadá, [es que] se pueden establecer límites a los derechos basados en la democracia junto con una prohibición de invalidar leyes para los jueces. O sea, los jueces no pueden declarar que una ley es inconstitucional, pero se les entrega a los jueces la posibilidad de declarar la incompatibilidad, sin efectos jurídicos, de una ley con un derecho social.

Esta incompatibilidad no produce el efecto de que la ley sea inválida, pero si produce efectos políticos importantes. Esa declaración de incompatibilidad tiene que ir acompañada con la obligación de informar de estas declaraciones a las autoridades políticas relevantes y además, siguiendo el modelo de dos provincias de Australia, uno podría generar la obligación de que el Parlamento, o una comisión del Parlamento, establezca una respuesta por escrito respecto a esta declaración de incompatibilidad. De este modo, aunque la declaración de incompatibilidad no produce efectos jurídicos, si produce efectos políticos importantes, al visibilizar el problema en la política, y al obligar a los políticos a hacerse cargo del mismo.

Además, uno podría incluir declaraciones de autoridades políticas relevantes en la tramitación de proyectos de ley; aquí normalmente estos países recurren al “Attorney General”, que sería una suerte de Ministro de Justicia para nosotros, o a comisiones parlamentarias que tienen la obligación de analizar la compatibilidad de los proyectos de ley que tramitan con los derechos sociales que están reconocidos en la Constitución, y de ese modo, la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes se traslada al Parlamento y no a los jueces.

Secretario: 2 minutos.

Sergio Verdugo: Muchas gracias.

Existe un modelo alternativo, que es el canadiense. El modelo canadiense es algo distinto a estos otros. El modelo canadiense asume que las sentencias son vinculantes jurídicamente, pero le entrega al Parlamento la posibilidad de diferir el efecto de esta sentencia. O sea, la

Corte Suprema o el Tribunal Constitucional (cualquiera sea el tribunal que se está diseñando) no tendría la última palabra en la interpretación al respecto. Pero la última palabra la tendría el Parlamento. El Parlamento puede suspender los efectos de esta sentencia, para que el Parlamento electo en el siguiente ciclo electoral resuelva qué hacer con esta interpretación, y de ese modo, el problema vuelve a la política y vuelve de forma obligatoria a la política.

Otros mecanismos son las “sentencias interpretativas de las leyes” cuya interpretación constitucional no sea final. En Nueva Zelanda, por ejemplo, basta una mayoría simple del Parlamento para tener una interpretación constitucional diferente. Además, las interpretaciones constitucionales no son obligatorias para el legislador, pero el legislador debe ser explícito si se aparta de ellas. En otras palabras, el legislador puede dictar leyes que sean distintas a las tendencias jurisprudenciales al respecto, pero debe ser explícito cuando lo haga. Y de esa forma hay un costo político en el Legislador cuando se aparta de esto.

Voy a dejarlo hasta acá por honor al tiempo, pero [estaré] encantado de resolver las dudas que tengan. Solamente [quiero] dar el aviso de que mi presentación es una síntesis de dos trabajos que le envié al secretario de esta comisión: uno de estos dos trabajos resume los distintos modelos que existen en los países de la Mancomunidad Británica y el segundo de estos trabajos contiene una propuesta para la regulación de los Derechos Sociales en Chile.

Matías Orellana: Muchas gracias, solo [aprovecho de] mencionar que la presentación está en todos los correos [electrónicos] sin perjuicio de que va a ser subida a la página. Se dispone también para quien quiera realizar algún tipo de pregunta. ¿Convencional Montealegre? ¿Alguien más? ¿Convencional Henríquez? Dado que no hay nadie más. Son 2 preguntas y lo vamos haciendo por pluralidad. Convencional, tiene la palabra, Convencional Montealegre.

Katerine Montealegre: Sí. Sí se escucha. Bueno, primero agradecer la exposición del destacado profesor Sergio Verdugo.

Usted nos ha planteado con claridad algunas técnicas plausibles para eludir, ¿cierto? Para poder resolver (perdón) los conflictos aparejados a la constitucionalización de los Derechos Sociales, con el establecimiento de estatutos diferenciados dependiendo del tipo de derecho, pero mi pregunta va más bien orientada a ¿qué modificaciones quizás le haría usted a la acción de protección? ¿Cree que sería útil diseñar quizás un sistema especial de Justicia administrativa?

Matías Orellana: ¿Convencional Henríquez?

Natalia Henríquez: Muchas gracias por la presentación, y mi pregunta tiene que ver más con algunas implicancias de la propuesta que está pidiendo que analicemos, respecto a cómo quedan consagrados los derechos, sobre todo porque en algún momento mencionó que por tanto los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de algún “suceso” -le voy a poner esa palabra- que una persona esté alegando [o] demandando frente a tribunales. si esto es así ¿cómo lo hacemos en el período de transición? Porque probablemente, sí por ejemplo la salud queda consagrada de una manera diferente, en dónde efectivamente sea un derecho y el Estado deba garantizar su entrega, eso va a implicar probablemente una etapa de transición, en donde las leyes

van a haber que cambiarlas completamente: el código sanitario puede que se tenga que cambiar, porque se tengan que cambiar los estatutos no sólo administrativos, sino que los relativos a la práctica profesional e incluso, dentro de este nuevo Sistema Nacional de Salud que espero que exista.

Entonces, ¿cómo compatibilizamos ese hecho con que no se puedan declarar leyes que no son inconstitucionales? Y por otra parte, si es que considera que es conveniente para dar respuesta clara y pronta a la ciudadanía, que estos problemas se devuelvan al Parlamento.

Matías Orellana: Convencional, hemos fijado un minuto para realizar preguntas, que también lo dijimos en un principio. Entonces, le pido si también se puede limitar al minuto y a la pregunta específica, más que al comentario.

Natalia Henríquez: Perdón coordinador, perdón coordinador. Cierro Rápidamente.

El volverlo al Parlamento, ¿hace que esta respuesta a la ciudadanía, sea más rápida o sea más lenta? Gracias.

Matías Orellana: Le entregamos la palabra a Sergio Verdugo, expositor, para que pueda realizar, en 2 minutos la respuesta de las preguntas.

Sergio Verdugo: Muchas gracias por las dos preguntas, las dos preguntas son importantes.

Respecto a la primera pregunta de la convencional Montealegre, yo creo que avanzar hacia un sistema de Justicia Administrativa puede ser muy útil y puede descongestionar los grandes problemas que tenemos hoy día en materia de acción de protección. Yo creo que esa es una reforma muy, muy importante y creo que ese es un “desde” para la revisión del recurso de protección.

Para la convencional Henríquez, ella me pregunta si la inconstitucionalidad no será posible y qué hacemos por las etapas de transición, y qué pasa con la implementación de las nuevas leyes. Esto me permite utilizar la pregunta de la Convencional Henríquez para poder profundizar en una parte que no alcancé a presentar, que tenía que ver con la propuesta que tengo en relación al segundo *paper*. La idea es que se establezcan mandatos específicos específicos para que el Legislador regule, que se le establezcan plazos para la regulación al Legislador.

Obviamente, no existe ninguna garantía de que el Legislador vaya a cumplir con estos plazos, pero sí se pueden establecer incentivos. Muchos de esos incentivos no dependen de la regulación de los Derechos Fundamentales, [sino que] dependen de la regulación del proceso político; [de contar con un] proceso político menos fragmentado, un calendario electoral que promueva los pactos mayoritarios de gobierno, etcétera. Pero hay incentivos diferentes, que se pueden establecer a propósito de los Derechos Fundamentales.

Y es ahí donde yo estaba proponiendo la idea de establecer un modelo de Revisión Judicial Híbrida, qué parte con un Poder Judicial débil, pero que después del plazo se transforma en un Poder Judicial fuerte. El Poder Judicial débil puede resolver causas individuales, pero no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Después de que termina la etapa fuerte...

Que termina la etapa y se cumple el plazo, e incluso dictándose las leyes, hay algunos criterios de revisión judicial que podrían establecerse, pero esos criterios de revisión judicial serían solamente para impedir aberraciones, o impedir alternativas extremas. Y es ahí donde creo que la Convención tiene, y la comisión de Derechos Fundamentales tiene las posibilidades de orientar al Legislador hacia un camino moderado que resguarde los distintos valores que están en juego.

Un ejemplo, respecto al Sistema de Pensiones, por ejemplo, se podría decir...

Matías Orellana: tiempo, profesor.

Sergio Verdugo: ¡Ya! Está en mi *paper* en todo caso.

[Término de la entrevista 1:01:50]

[Tiempo total de la entrevista 0:15:26]

Catalina Salem

Comisión: Derechos Fundamentales.

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Catalina Salem

Transcribe: Sergio Soza Díaz

[1:02:14]

Catalina Salem: Muy buenos días a todos y a todas las integrantes de esta comisión, para mí es un honor estar aquí con ustedes y poder transmitirle nuestra modestamente algunos de los conocimientos que hemos ido desarrollando en la academia. La verdad es que mi presentación se va a complementar muy bien con los profesores que me han antecedido, así que eso también me da una ventaja un poco en el tiempo espero, porque hay varios conceptos que ya se han podido definir en las presentaciones anteriores. ¿Y qué es lo que voy a tratar el día de hoy? Es cómo hacer justiciable los derechos y/o metas sociales en una nueva constitución política, que es el gran tema que ha guiado esta discusión a lo largo de muchos años. Yo recuerdo cuando era estudiante de derecho en segundo o tercer año me tocó exponer en Argentina sobre la justicia hoy día los derechos sociales y miren como, poco más de 10 años después estamos discutiendo lo mismo.

Si podemos avanzar por favor una diapositiva.

Ustedes tienen una importante misión como Comisión que es elaborar la parte dogmática de la Constitución, que es aquella parte de la Constitución que va a contener los Derechos Fundamentales en los cuales la ciudadanía tiene puestas importantes expectativas. Los derechos fundamentales son aquellos (o así se han definido por algunos sistemas occidentales) como aquellos que emanan de la dignidad humana. Y los Derechos Fundamentales, a medida que van avanzando los contextos históricos van suponiendo exigencias concretas, ya sean positivas o negativas, de la dignidad humana ¿Qué quiero decir con esto? Que hoy día los Derechos Fundamentales a veces suponen abstenciones, por ejemplo, en las libertades: que el Estado no intervenga. Yo quiero ejercer mi libertad religiosa, o quiero ejercer mi libertad de expresión. Pero también hoy día los derechos fundamentales suponen actuaciones positivas del Estado, no cierto, que se creen ciertas circunstancias materiales para que yo no solamente puede ejercer mis libertades, sino que también para que pueda irme desarrollando como persona.

La pregunta es bueno y ¿Cómo hacemos efectiva esas exigencias positivas o negativas que suponen los Derechos Fundamentales? En cuanto a las exigencias negativas, la verdad es que la ciencia jurídica ha avanzado bastante; casi todas esas exigencias negativas muy día están amparadas por alguna acción del ordenamiento jurídico, por ejemplo, la acción de protección o la acción de amparo es un tema más o menos que está resuelto. El punto es ¿Cómo hacemos exigibles esas exigencias positivas? Que una persona tenga derecho a la vivienda, que una persona tenga acceso al agua, que una persona tenga acceso a la salud. Y en derecho constitucional cuando hablamos de los mecanismos para hacer efectivas esas exigencias de los derechos fundamentales nos referimos a una garantía constitucional. Entonces mi presentación, voy a hacer un breve diagnóstico y luego una propuesta de cuál debería ser aquella garantía

que permita, o poner -no cierto- a disposición de ustedes, un modelo que permita hacer exigibles esas exigencias positivas

Si podemos avanzar por favor.

¿Cuál es el diagnóstico? Hoy día la Constitución vigente no contempla garantías constitucionales para hacer efectivos los derechos sociales que ella consagra. Y esto ha supuesto dos cosas: desde el punto de vista de la jurisprudencia en los Tribunales Superiores de Justicia si se ha logrado garantizar algunos derechos sociales a través de dos teorías. Una teoría es la propietarización de los derechos ¿Y qué significa eso? Que se invoca el derecho de propiedad, que si está amparado por la acción de protección, para asegurar a través de ese derecho un derecho social; es una vía indirecta -no cierto-: yo tengo derecho a la educación, me expulsaron de mi colegio, pero yo tengo una propiedad sobre la matrícula. Luego, a la corte se le solicita que se hagan efectivas las condiciones de esa matrícula e indirectamente estoy protegiendo el derecho a la educación.

Luego tenemos otra teoría que han desarrollado los Tribunales de Justicia que es la conectividad de los Derechos sociales. Por ejemplo, el derecho a la salud no está garantizado en algunas partes, las partes más importantes, por la acción de protección. Pero invocando el derecho a la vida, o la integridad física y psíquica, que sí están amparados, yo puedo lograr amparar ese derecho. Este sistema por cierto es imperfecto; lo han dicho los profesores anteriores.

Por otra parte, de la Constitución vigente también Establece en algunos casos directrices a todos los órganos del Estado cómo está en el capítulo primero de la actual Constitución, establece deberes y establece derechos sociales. Y esos, no cierto, actúan como un parámetro de control de la actuación del Estado: mire usted acá la Constitución dice que tiene que asegurar el bien común y está asegurando su bien particular. Tenemos -no cierto- una primera cuestión. Pero en este en este otro modelo que establece la Constitución es el legislador el llamado a desarrollar esos derechos. Y ahí puse como ejemplo el derecho a la seguridad social ustedes saben en la Constitución no se establece un sistema específico de seguridad social, sino que lo implementa el legislador. Ese es el diagnóstico actual.

Si podemos avanzar por favor.

Este modelo actualmente vigente tiene ventajas y desventajas que también lo han mencionado los profesores anteriores: cuando nosotros le entregamos exclusivamente a los Tribunales de Justicia el amparo de los derechos sociales en este caso, o metas sociales, se produce lo que se denomina el activismo judicial ¿Y qué es el activismo judicial? Es que los jueces terminan resolviendo las cuestiones políticas que deberían ser resueltas en los órganos con representación popular. Lo que sí, tiene una ventaja que sean los tribunales los que resuelvan estas cosas, y es la inmediatez. Es mucho más rápido -no cierto- presentar o ejercer una acción judicial que esperar todo el proceso legislativo para obtener el amparo de un derecho constitucional. Si nos guiamos por el modelo del legislador tenemos el problema de la falta

inmediatez, no cierto. A veces quedan estancado varios proyectos de ley que van en beneficio de la ciudadanía y no se sabe cómo salir de esa trampa. A veces por cuestiones políticas, no queremos favorecer al gobierno, esto está su programa de gobierno, así que rechazémoslo. Y al final los perjudicados son las personas. Las personas que ustedes representan.

Pero por cierto que el legislador decida el desarrollo de estos derechos tiene varias ventajas. Estos derechos van evolucionando en el tiempo. Hoy día el problema del derecho de acceso al agua a lo mejor no era un problema de nuestros abuelos. Por lo tanto, una constitución política tiene que tener una apertura hacia el futuro que permita al legislador con la flexibilidad adecuada ir adaptando esas exigencias concretas que les mencionaba al principio, para que vayan regulando esos derechos. Y esto tiene, por cierto, ventajas: el legislador es el depositario de la voluntad popular; es un órgano democráticamente elegido. Tiene mecanismos de participación; al Congreso uno puede ir y solicitar audiencias tal y como lo estamos haciendo aquí. Y eso, por cierto, le da una legitimidad democrática al desarrollo de sus derechos. Y en segundo lugar el legislador también puede jerarquizar: un año a lo mejor será necesario asegurar o fortalecer el derecho a la educación, pero puede ser que el próximo año sea el derecho a la vivienda y tenemos recursos escasos. El legislador puede jerarquizar, los jueces no. Los jueces resuelven caso a caso.

Si podemos avanzar por favor.

¿Qué camino seguir entonces? Y acá hay algunos principios que ustedes mismos ya han discutido en la primera etapa de funcionamiento de esta comisión. Cómo buscar un mecanismo de justiciabilidad, que al mismo tiempo fortalezca la deliberación democrática, que al mismo tiempo fortalezca mecanismos de control ciudadano sobre nuestros gobernantes que tienen que implementar estos derechos y que exista algún tipo de protección judicial que asegure está inmediatez que requieren algunos derechos. Y acá para ir terminando -si podemos avanzar por favor -. Tengo una propuesta bien concreta. Tengo una propuesta de garantía mediata y otra propuesta de garantía inmediata.

Si podemos avanzar por favor.

¿En qué consiste la propuesta garantía mediata? Que el legislador, no cierto, desarrolle los derechos sociales. Ustedes como convencionales van a tener que fijar los límites, cuál es el núcleo a partir del cual ellos tienen que desarrollar esos derechos. Pero si el legislador omite ese desarrolló, que exista una acción Popular en donde los ciudadanos puedan reclamar que el legislador no está haciendo su trabajo, no está legislando sobre este derecho. Y esa acción popular se debería presentar ante un tribunal o corte constitucional que permita certificar esa omisión.

Si podemos avanzar por favor

Y esto es a lo que el profesor Sergio Verdugo se refería el control débil y el control fuerte: cuando el órgano que hace el control certifica la inconstitucionalidad por omisión, la discusión vuelve a legislador: Señor legislador usted está incumpliendo la Constitución. la Constitución

le ordena legislar sobre este derecho, usted no lo está haciendo. Entonces el legislador debería tener un plazo la misma constitución para salvar su misión. Y luego ese proyecto de ley debería ir a control preventivo obligatorio de este órgano para que determine si efectivamente se salvó o no se salvó esa omisión inconstitucional.

Si podemos avanzar por favor.

¿Y qué pasa si sé si persiste la omisión o no se cumple el plazo en el cual debía salvarse esa omisión? Tiene que haber una sanción que esté en la constitución política y esta sanción un poco drástica, que me la han criticado bastante... Yo creo que tiene un sentido que las personas hoy día realmente creen que debería ser así: la sanción debería ser hacer efectiva una responsabilidad solidaria del Congreso Nacional y yo incluiría al Presidente de la República si tiene la posibilidad de reelección. Bueno si incumplieron la Constitución tiene que haber algún tipo de responsabilidad y la responsabilidad debería ser política, así como una acusación constitucional la responsabilidad es la inhabilitación para presentarse la próxima reelección. Y esto permite un tiraje, permite mejorar también nuestros mecanismos de participación política, nuestros mecanismos de control a nuestros gobernantes, por qué los partidos políticos se van a tener que fortalecer. Una democracia sin partidos políticos no funciona. Los partidos políticos articulan esas demandas que están en la ciudadanía y las llevan al sistema político para que el sistema político las procese, si ese ha sido el gran problema.

Damaris Abarca: Tiempo, profesora.

Catalina Salem: Muchas gracias. Bueno ahí en las preguntas puedo referirme a...

Damaris Abarca: Bien palabras tengo anotada a Rocío Cantuarias y sería Benito baranda que tiene

Teresa Marinovic: ¿Esto son 2 palabras máximo?

Damaris Abarca: Sí, Tere. Tenemos dos palabras y puede responder en 2 minutos.

Teresa Marinovic: ¿Y eso va a ser para todas las audiencias?

Damaris Abarca: Sí, tenemos muchas audiencias así que por favor [sean] concisos con las preguntas. Rocío tiene la palabra.

Rocío Cantuarias: Muy conciso. Gracias, Catalina. Preguntarte por la garantía inmediata para ver si es que en estos dos minutos puedes terminar de desarrollar la última parte de tu exposición.

Benito Baranda: Sí, muchas gracias. Muy buena presentación. Solo que nos profundices un poquito en el control ciudadano que lo pasaste rápido Entonces que nos ayudes ahí también a comprenderlo mejor en la propuesta. Gracias.

Catalina Salem: Bien, si me pueden poner por favor el Powerpoint de nuevo para que... Les agradezco a la convencional y al convencional Benito Baranda también por permitirme concluir.

Respecto del control ciudadano, para terminar con esta parte, por cierto esto refuerza la discusión democrática y la discusión política porque el Congreso Nacional no se pone de acuerdo para desarrollar estos derechos, lo que refuerza la deliberación democrática. Y ahí, para que no me consideren tan drástica, podría insistir en su decisión de no legislar con los dos tercios de los miembros en ejercicio, pero tiene que darle una justificación a la ciudadanía. Y eso yo creo que refuerza precisamente lo que está buscando este mismo proceso; que es volver a reencontrar a gobernantes y gobernados.

Y para terminar porque tengo sólo 2 minutos -si podemos avanzar- respecto a la garantía inmediata (que era una pregunta que se la había hecho también a un profesor anterior) evidentemente hay casos en que los derechos sociales requieren de un pronto remedio y, en este sentido, yo propongo que la actual acción de protección se le agregue una causal de admisibilidad especial que permita justiciar los derechos sociales que en principio no deberían tener justiciabilidad. Por este camino a través de la afectación o probando la afectación de la existencia vital o presencia de un estado de necesidad que causa extrema vulnerabilidad para el ejercicio del resto de los derechos fundamentales. Por ejemplo, una persona que no tiene en que vivir mi opción es vivir en la calle, no tengo más opción. Bueno una acción de protección no podemos esperar que el legislador se tomó un año para regular el derecho a la vivienda.

Y si podemos avanzar y con esto término.

Sin embargo, nuevamente acá lo importante es reforzar el proceso político y el rol del legislador. Si se ejerce por esta vía la justiciabilidad de un derecho social, debe ir a la corte constitucional de oficio para que la corte certifique si realmente hay una omisión o no. Y vuelve, no cierto, al congreso nacional para que se discuta: mire tenemos una persona que está reclamando en tribunales esta situación ¿Cuál es la regulación que usted ha efectuado para subsanar este asunto?

Termino con esto si... Mis últimas palabras la idea es simplemente mostrarles que hay otras alternativas; a veces nos muestran todo como blanco y gris -no cierto-: o el legislador o los tribunales de justicia. Pero como decía el profesor Sergio Verdugo hay modelos híbridos, acá podemos usar la imaginación. Ustedes son los arquitectos de esa futura institucionalidad y creo que acá a lo mejor es una base para que tengan algunas ideas y puedan construir algo que sea distinto, que a lo mejor no existe en ninguna otra parte, pero que para el caso de Chile puede ser bastante beneficioso. Muchas gracias por escucharme.

[Hora de término: 01:17:32]

[Duración: 0:15:18]

Verónica Undurraga Valdés
Comisión Derechos Fundamentales
Fecha: 11 de noviembre
Presenta: Verónica Undurraga
Transcribe: Bruno Costa
[Hora inicio: 1:17:55]

Verónica Undurraga: Muchas gracias ¿Me escuchan bien?

Matías Orellana: Si, se escucha bien

Verónica Undurraga: Perfecto. Bueno, muchísimas gracias por la posibilidad de estar aquí, me habría también gustado mucho estar presencialmente, pero tenía clases y no alcanzaba a llegar y no quise dejar abandonados a mis estudiantes. Yo quiero hablar hoy día de un tema que me parece muy importante, que es un tema de carácter general, aplicable a todos... a la regulación de todos los Derechos Fundamentales y que yo sugeriría como recomendación a esta Comisión que quizás se discuta antes de discutir y debatir sobre derechos constitucionales específicos. Y es el tema de la cláusula general que regula las limitaciones de los derechos fundamentales en la Constitución.

Prácticamente todas las constituciones del mundo y también los tratados internacionales de Derechos Humanos, tienen un catálogo de Derechos Fundamentales que reconocen. Pero tienen también... regulan cómo los derechos y en qué condiciones y con qué extensión los derechos se pueden limitar. Entonces ¿Por qué es recomendable tener una cláusula general de limitaciones? Es porque así (y por eso recomendaba yo que quizás, este es un tema que ustedes podrían considerar discutir antes que los Derechos Fundamentales) porque... de que los derechos específicos, porque permite tener una... mantener, por una parte, el carácter prioritario de los Derechos constitucionales. Esto significa: los derechos constitucionales reconocen intereses de las personas o de los grupos que el Poder Constituyente considera que son indispensables para una vida humana digna. Los reconoce y, por tanto, obliga a todos los órganos y autoridades del Estado a respetar esos derechos y a guiar su acción, por esos derechos. Entonces, eso significa que los Derechos Fundamentales tienen un carácter prioritario y deben ser respetados, incluso por las autoridades legítimamente elegidas de forma democrática, o sea, obligan incluso al legislador.

Pero, sabemos que los Derechos Fundamentales no son derechos absolutos. Hay muy pocos derechos que permiten tratarse como derechos absolutos. Y, hay razones por las cuales a veces es necesario limitar derechos reconocidos. Por ejemplo, cuando hay que armonizarlo con otros derechos que la Constitución también reconoce. Porque, por ejemplo, la Constitución puede reconocer el derecho a la libertad de expresión, pero también va a reconocer el derecho a la privacidad, también va a reconocer el derecho a la honra o también va a reconocer el derecho a la igualdad, y hay casos específicos donde esos derechos entran en colisión. Y también, hay veces en que los derechos colisionan, no con otros derechos reconocidos en la Constitución, pero sí con objetivos que el Estado tiene que perseguir o quiere perseguir y que son muy importantes y que son indispensables. Por ejemplo, pensemos cómo ahora durante la pandemia se ha tenido que limitar el derecho a la libertad ambulatoria o el derecho a la autonomía personal y se obliga a usar mascarillas, nos obliga a tener cuarentena por ejemplo o a tener aforos. En

razón de no la protección de otro derecho fundamental directamente, sino que en razón de la protección de la salud pública en general y así otros derechos. Por ejemplo, el derecho de propiedad se limita en razón de su función social y otros derechos se pueden limitar por otras razones.

Entonces es importante tener una cláusula general de limitación del derecho para, por un lado, mantener el carácter prioritario de los derechos y, por otro lado, reconocer la necesaria flexibilidad. Pero una flexibilidad controlada, por una guía que den ustedes mismos, que den los constituyentes. Entonces, permite mantener el carácter prioritario de los Derechos Fundamentales y a la vez introducir una flexibilidad controlada especificando la naturaleza, los propósitos, que se considerarán admisibles bajo una sociedad democrática.

Entonces, yo quería proponer un modelo de cláusula para que ustedes lo... ¿No sé si puedo compartir pantalla? Ahí estoy compartiendo pantalla. Quería proponer un modelo para que ustedes puedan considerarlo, una propuesta de cláusula general de limitaciones de derechos fundamentales. Esto es, una propuesta que se basa en los modelos que se considera como las mejores prácticas, los más exitosos a nivel de derecho comparado, y que han sido tomados en cuenta en general por procesos, distintos procesos constituyentes y también han influido en la forma en que se entiende las cláusulas generales de limitaciones de los tratados internacionales de Derechos Humanos. Y entonces me baso básicamente en un modelo de Alemania, Canadá y especialmente de Sudáfrica. Y por qué, me parece interesante basarse en modelos ya consolidados y ocupar un lenguaje semejante que el que se usa en el derecho comparado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Porque así, nuestra jurisprudencia puede enriquecer su discusión después cuando tenga que aplicar las limitaciones a los derechos, incluso el legislador cuando tenga que discutir sobre limitaciones del derecho y aprovecharse de subirse sobre los hombros de todo este conocimiento ya acumulado, enriquecer nuestras prácticas y evitar errores interpretativos que puedan llevar a limitaciones que en el fondo restrinjan en forma inconstitucional Derechos Fundamentales. Entonces, esta sería mi propuesta para que ustedes puedan si es que me estiman conveniente usarlo como un borrador de base para la discusión.

El artículo sería: los derechos y libertades establecidos en la Constitución podrán estar sujetos solo aquellos límites razonables, establecido por una ley general y que pueda justificarse por ser necesario para avanzar un objetivo legítimo en una sociedad abierta y democrática basada en los principios de dignidad, libertad e igualdad. La medida que limita el derecho debe ser idónea para avanzar a ese objetivo, necesaria, esto es, restringir el derecho lo menos posible, para lograr el nivel de avance deseado y ser proporcionado. De manera que el perjuicio que representa la restricción del derecho, sea compensado con la importancia y el grado de cumplimiento del objetivo que fundamenta la limitación.

Voy a dejar de compartir pantalla, sin perjuicio que si lo quieren ver de nuevo se los puedo mostrar. Pero voy a señalar cuáles son los elementos que tiene esta propuesta de cláusula

Matías Orellana: dos minutos profesora.

Verónica Undurraga: primero son tres elementos. El principio de reserva legal, que quiere decir que las limitaciones, las tiene que establecer el legislador, por lo menos los términos generales de, cuáles son, en qué términos se pueden limitar los derechos fundamentales, los

tiene que establecer el legislador. Y eso porque permite una deliberación democrática y porque las limitaciones se aplicarían a todas las personas por igual evitando discrecionalidades.

El segundo elemento, es que la limitación tiene que basarse en un objetivo legítimo en una sociedad democrática basada en principios de dignidad, libertad e igualdad. Y eso obliga a evaluar la legitimidad de los límites basados en los principios democráticos. Es decir, solo vamos a admitir limitaciones que sean aceptables en una sociedad democrática basada en principios de libertad igualdad y dignidad.

El tercer elemento, es que la limitación tiene que ser conducente, o sea, si yo voy a limitar un derecho tiene que ser conducente para avanzar un objetivo legítimo. Ya sea, la protección de otro derecho o la protección de un bien general de interés general de la población. Además, de ser conducente o idónea para avanzar ese objetivo, tiene que restringir el derecho lo menos posible, o sea, viendo distintas alternativas, tiene que elegir si la alternativa que restrinja lo menos posible el derecho y cumpla con el objetivo, y después tiene que ser proporcionada. Es decir, que el perjuicio en términos de afectación del derecho tiene que ser compensado por el beneficio para otros titulares o para la sociedad en general, de la importancia y del beneficio que se logra con el cumplimiento del objetivo que se propuso el Estado.

Entonces, les voy a dejar esta presentación y espero que les sirva para discutir esto y lo digo, que es interesante discutirlo antes... discutir las cláusulas específicas sobre derechos. Porque, puede simplificar mucho, al tener estos criterios generales, puede simplificar mucho la redacción de la cláusula específica de derechos porque no tiene que discutir en cada derecho cuáles van a ser las condiciones para limitarlos. Sin perjuicio que hay ciertos derechos, por ejemplo, como la libertad personal en que sí, es conveniente tener reglas específicas, por ejemplo, para los casos en que se tome detenido una persona, es importante tener reglas sobre los lugares de detención, sobre cuándo hay que presentarlo ante un juez, etc. Hay derechos específicos que admiten cláusulas adicionales sobre limitaciones, pero al tener esta cláusula general lo que hace es descargar mucho la redacción de las cláusulas específicas sobre derecho, al tener estos criterios generales. Muchas gracias.

[Término entrevista: 1:29:41]

[Duración: 00:11:46]

James Black

Comisión Derechos Fundamentales

Fecha: 9 de noviembre 2021

Presenta: James Black

Transcribe: Bruno Costa

[Hora de inicio: 1:31:27]

James Black: Estimadas y estimados miembros de la comisión, bueno, junto con saludar, quisiera agradecer la oportunidad y esperar que esta breve exposición, les sea de utilidad en esta difícil y trascendental tarea que se les ha encomendado. Yo he querido exponer ante esta comisión sobre una materia que estimo debe ser considerada en la discusión sobre la nueva constitución que nos va a regir. Y es que, en muchas ocasiones, los mecanismos para la protección de los derechos fundamentales son tan importantes como la consagración del derecho mismo. En este sentido, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha ido incorporando mecanismos que permiten proteger intereses supraindividuales o colectivos, lo cierto es que la regla general sigue siendo que ante una vulneración de un derecho, el reclamo de un derecho debe asumirse de manera individual.

En materia constitucional, y específicamente en lo que respecta a la protección de derechos fundamentales, tenemos que la legitimación más amplia se estableció en el ocaso de la dictadura militar mediante la dictación de la ley 18.971, en virtud de la cual se establecía el denominado recurso de amparo económico. En virtud de ese recurso, cualquier persona puede denunciar una infracción al artículo 19 número 21, que se refiere al derecho a desarrollar libremente una actividad económica y la regulación del Estado empresario. Sin embargo, respecto de la acción de protección que es la que ampara la gran mayoría de los derechos que están consagrados en la Constitución, nada se reguló. Y el efecto de ello, es que esta materia, entonces en favor de quién se puede recurrir, ha quedado al criterio de la jurisprudencia, al criterio de los tribunales. Y los tribunales, en su gran mayoría, justificándose en el tenor literal del artículo 20 de la Constitución ha adoptado una crisis, una interpretación restrictiva, señalando que sólo se puede recurrir en favor de determinadas personas; que se debe individualizar muchas veces con nombre y apellido y que no se puede recurrir en favor de personas indeterminadas, una clase o de un grupo. Así, por ejemplo, se ha negado que se pueda recurrir en favor de los miembros de una comunidad escolar ante un cierre de una escuela, o los miembros de una comunidad cuando hay una afectación por contaminación de las aguas.

Y, digo que ha sido esto en la mayoría de los casos puesto que ha habido casos excepcionales y aislados en que se ha fallado todo lo contrario. Quizás el caso más emblemático es el del recurso de protección que se interpuso en su momento, respecto de la distribución de la denominada pastilla del día después. Y es que, en esa ocasión, la Corte Suprema dijo que si se podía recurrir respecto de personas indeterminadas que el requisito no es solamente que esas personas existieran y se vieran afectadas por el acto ilegal o arbitrario, independiente que no se conociera su paradero o no se conociera su nombre. Es decir, un fallo que contradecía la jurisprudencia mayoritaria, la que es y era la jurisprudencia mayoritaria. Lo cierto es que en los hechos tenemos el derecho a desarrollar libremente una actividad económica como un

interés público, general respecto de cual cualquier persona puede denunciar su infracción y no así respecto de los demás derechos fundamentales.

Y más allá de la regulación actual, si es que uno se preguntara sobre la conveniencia establecer una acción colectiva de derechos fundamentales, las respuestas pudieran ser muchas, hay quienes sostienen que es un mecanismo de participación ciudadana que permiten poner a la justicia en el centro de la democracia. Otros señalan que es un mecanismo de control contra mayoritario, otros que es la herramienta más eficaz para enfrentar la discriminación y cómo se hecho históricamente en los Estados Unidos América. Sin embargo, en mi concepto el hecho que un reclamo por una vulneración de derecho que se ejerza de manera colectiva, por la fuerza y la visibilidad que tienen, se siga una discusión legislativa o reglamentaria es más bien un efecto secundario. Un efecto que puede ser importante y legítimo, pero secundario. Puesto que yo creo que, si bien es deseable que una comunidad vele obviamente por el interés de sus miembros, y que exista un Estado solidario que promueva dicha conducta, el establecimiento de estas acciones dice relación sobre todo con permitir el acceso a la justicia y la tutela efectivo de los derechos. Sobre todo, aquellos derechos que son esenciales según estado democrático como lo son los derechos fundamentales.

Y es que, en muchas ocasiones, precisamente la falta de un procedimiento colectivo, una acción colectiva, lleva a que las garantías o los derechos consagrados pierden eficacia. Así, por ejemplo, en el último tiempo han interpuesto recursos de protección en favor de personas privadas de libertad para que puedan ejercer su derecho a sufragio. Derecho que tienen asegurado en la Constitución y algunos se han acogido. Sin embargo, por carecer de esta fuerza por estar establecido en favor de personas individualizadas muchas veces esos fallos han quedado en letra muerta y el derecho ha quedado desprotegido. Más claro aún, puede resultar el ejemplo de lo que ha pasado en la última década, donde se han interpuesto miles y miles de recursos de protección atosigando a nuestros tribunales respecto de las alzas en los planes de Isapre. Sin que exista una herramienta que permita desincentivar esta infracción masiva, esta vulneración masiva de derechos fundamentales. Yo estimo que sería perfectamente posible realizar una interpretación de la acción de protección, a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos que han sido suscritos por Chile. Y en virtud de esa interpretación sostener que la acción de protección debe permitir a recurrir en favor de un grupo, de una clase, un colectivo al cual uno pertenece. Debe permitir la producción de intereses supraindividuales.

De hecho, es en virtud de esta concepción, en virtud de la globalización de los Derechos Humanos en el orden occidental que muchos países han avanzado en ese sentido.

Secretario: 2 minutos, 2 minutos

James Black: Por ejemplo España y México por la vía jurisdiccional, y el caso de Brasil, Argentina y Colombia por la vía legislativa. Sin embargo, por lo menos yo tengo la convicción, que tratándose de derechos fundamentales, tanto o más importante el derecho a desarrollar libremente una actividad económica, no se puede dejar entregado el acceso a la justicia a los vaivenes de la jurisprudencia. Y por eso considero que la nueva constitución debiera establecer expresamente un mandato para legislador para que se regule el procedimiento el procedimiento de la acción de protección y específicamente el procedimiento de una acción colectiva o de clase de corrección derechos fundamentales. Es está la consideración que he querido exponer

ante esta comisión en la creencia que se trata un mecanismo que permite el acceso a la justicia y puede ayudar a perfeccionar nuestro Estado democrático de derecho. Muchas gracias por la atención.

E: Muchas gracias. Muchas gracias James. ¿Preguntas? ¿Hay alguna pregunta? No bueno, no tenemos preguntas. Muchísimas gracias. Sí, tenemos una pregunta de la convencional María Elisa Quinteros.

María Elisa Quinteros: más que pregunta, disculpe James, es pedir a la coordinación si pueden introducir a la persona que está presentando porque no tenemos la información en nuestros correos, y algunas no hay presentación entonces no sabemos. Yo googlé a James y me salió un médico británico entonces súper difícil conocer su afiliación, no sé, para ver el tema de conflicto de interés. Por favor, muchas gracias.

E: Sí, gracias María Elisa, nosotros lo habíamos solicitado ya a la secretaria y les vamos a enviar oportunamente. Y también solicitarles a las personas que vengan a exponer que envíen sus presentaciones con anticipación. Ya, ahí nosotros lo hemos solicitado y bueno algunas llegaron hoy día en la mañana. Bien Aurora Delgado tiene una pregunta.

Aurora Delgado: Sí que explicita cuál sería el control ciudadano

E: James puede responder.

James Black: El control ciudadano sería a través de la acción colectiva de derechos fundamentales. Lo que han sostenido algunos que apoyan esta acción de clase, es que precisamente mediante esta herramienta que se entrega a la ciudadanía, es posible poner en la palestra, en la discusión pública cuando hay una infracción masiva o una vulneración masiva de derechos fundamentales como, por ejemplo, es el caso que daba de las alzas de Isapre y ello efectivamente lleva a que se irrite sistema político y de que tenga que abrir una discusión sobre la regulación o la legislación al respecto. Ahora, como bien señalé, yo creo que debe ser efectivamente un efecto secundario, importante, pero secundario. Porque lo principal es la tutela efectiva de los derechos, que se le permita a un grupo o acción de clase, poder ejercer esta acción de protección de la red colectiva para que sus derechos no se vean desprotegidos.

E: Muchísimas gracias James, ahora vamos a hacer la pausa protocolar. Ah, perdón, Felipe. Buenos días ¿Quiere hacer una pregunta?

E: Sí, muchas gracias. Junto con agradecer la exposición todas las profesoras y profesores que se pregunta. ¿Cómo se compatibiliza esta acción de clase con las acciones de protección y las acciones de amparo? ¿Cómo se establece, a juicio de usted, el mecanismo de tutela efectivo de los derechos fundamentales? ¿Y cómo, qué ocurriría o cómo lo solucionarían constitucionalmente frente a una eventual diferencia entre los diferentes tipos de acciones de protección? De tutela más bien.

E: James, puede responder, eran sólo dos preguntas recordarle.

James Black: En el mismo concepto, yo creo que si se va a establecer un procedimiento de acción colectivo, se debe aprovechar el conocimiento creado por la población y el acceso que se tiene respecto del recurso de protección. Y en ese sentido, yo creo que lo precedente sería

que el mismo recurso de protección tenga un procedimiento colectivo para poder ejercerse de manera que efectivamente no se genere una incompatibilidad de acciones. De hecho, esto, en su momento en el año 2001 fue parte de un proyecto de ley que impulsó el profesor Humberto Nogueira y que, bueno después no sé siguió tramitando, pero en el cual se proponía precisamente a partir de la acción de protección se estableciera también un procedimiento colectivo de esa misma acción. Lo que señalo es que efectivamente esto, debiera desde ya dejarse como un mandato en la Constitución para el legislador para que eso efectivamente suceda y que no pase como pasó con ese proyecto.

[Hora de término: 1:45:25]

[Duración total: 0:13:58]

Cristián Mancilla

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Cristián Mancilla

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[1:48:02]

Cristián Mancilla: Buenas tardes, en atención a lo solicitado, me presento. Soy Cristián Mancilla, profesor de latín y griego antiguo, e investigador de la Revista Individuo.

Matías Orellana: puede comenzar con su exposición

Cristián Mancilla: Ya, muchas gracias. En esta exposición, explicaré el concepto de “sintagma”, cómo se aplica sobre los derechos fundamentales y porque estas definiciones son importantes para el trabajo de la comisión de Derechos Fundamentales.

Un sintagma es una estructura que surge desde la relación entre dos elementos heterogéneos. Esta estructura puede ser física, pero también conceptual. Así por ejemplo, la taza es una estructura física que surge desde la relación entre un pocillo y un asa. El nombre de la convención también es un ejemplo apropiado de estructura conceptual, puesto que cuenta con el sustantivo “convención” y con el adjetivo “constitucional”; como estas palabras tienen la morfología de los nombres, el sintagma que construyen es un sintagma nominal. Los elementos homogéneos que establecen una relación no constituyen un sintagma, sino una serie: de esta manera, la lista de palabras en un diccionario constituye una serie; tienen una misma naturaleza y se relacionan en virtud de en orden alfabético y de las definiciones ubicadas junto a cada palabra.

En el ensayo “La epistemología de los Derechos Humanos”, Alan Gewirth explica que resulta lógicamente insostenible que una persona vulnere los derechos de alguien más y espere, en cambio, que sus propios derechos sean respetados. Esto significa, desde un punto de vista enteramente lógico, que la vulneración de un derecho no puede ser considerada al mismo tiempo como el ejercicio de un derecho. Como existe una relación, no obstante, entre derecho y vulneración, no resulta menos que evidente y natural darse cuenta de que estos elementos constituyen un sintagma: el sintagma jurídico.

Se trata de un sintagma porque sus elementos son heterogéneos: en efecto, derecho y vulneración son diferentes. Gewirth mismo explica que el derecho es propio de los agentes morales y que implican el respeto por los derechos de los otros agentes morales. Una vulneración, en cambio, no implica respetar algún derecho, sino perturbarlo y atropellarlo, como cuando una turba obstruye una calle, o quema viva a una persona.

La demostración lógica de Gewirth está respaldada no solo por la impecable argumentación que ofrece en su ensayo, sino por la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo trigésimo señala: “Nada en esta declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo, o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración.” A la luz de estos antecedentes, tiene pleno sentido que el profesor Claudio Palavecino haya brindado alguna vez el testimonio de que

“Atenea y Diké me revelaron que la colisión de derechos fundamentales es una alucinación dogmática.”

En efecto, si un derecho no puede ser tanto derecho en cuanto vulneración de otro derecho, ni en un sentido lógico, ni en consecuencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entonces resulta del todo infundado e insostenible afirmar que exista una jerarquía de los derechos, o que ocurra alguna condición de derechos. Y esta verdad resulta de la máxima importancia para esta comisión, por cuanto ella no debe proponer nada que la contravenga. No puede existir, por ejemplo, el derecho de obstruir el tránsito: esto es un atropello aberrante de los derechos fundamentales. Cómo la persona que voluntariamente atropella los derechos de otro no está ejerciendo un derecho, sino que ejecuta una vulneración, resulta plenamente justificado, lógico y necesario neutralizar. Esta neutralización es conocida vulgarmente como legítima defensa.

En vista de que esta legítima defensa es fundamental y físicamente necesaria, no puede ser equivalente o proporcional, sino que debe ser aplastante. Los derechos no son unos superiores a otros, sino iguales entre sí, pero todos ellos son superiores a cualquier vulneración y esto explica por qué no es sólo legítimo, mas absolutamente necesario aplastar cualquier amenaza voluntaria contra ellos, de la manera más incontestable y severa. Otra deducción importante de esto es que el atropello no es un comportamiento exclusivo de los funcionarios públicos, sino extensivo a todos los agentes morales, puesto que cualquier sujeto de derecho es, a la vez, el único capaz de vulnerar los derechos de otros agentes morales. Por lo demás, atribuirle la vulneración de derechos solamente a los funcionarios públicos es como afirmar que lo ocurrido en Auschwitz no es un Crimen contra la Humanidad por lo que ocurrió allí, si no solo porque fue ejecutado por funcionarios públicos.

Y estas consideraciones son de la máxima importancia para que esta comisión entienda correctamente que los Derechos Humanos pueden ser atropellados por cualquier persona natural o jurídica, y no solamente por los funcionarios públicos. Resulta notorio señalar, por ejemplo, que la propia convención constitucional se ha erguido como resultado de los horribles atropellos contra la vida y la dignidad humana cometidos por los vándalos o encapuchados durante el levantamiento terrorista de 2019 y 2020. Esta convención, en efecto, fue conjurada con la sangre de Héctor Martínez, de Rolando Díaz, de Heliodoro Raymond, de Juan Barrios, de Moisés Orellana, de Eugenio Naín de Orbal Casanova y de Luis Morales.

La sangre de estos compatriotas y de muchos otros clama por justicia. Esta comisión, por lo tanto, debería hacerse cargo de esta culpa, y reclamar que la convención reconozca su ilegitimidad de origen, puesto que está fundada sobre la humillación de las personas y el atropello de los derechos fundamentales. En el trigésimo segundo aniversario desde la caída del muro de la vergüenza, resulta urgente que recordemos y reflexionemos sobre la condenabilidad absoluta de cualquier acto que vulnere los derechos de las personas o que obstaculice la legítima defensa de ellas. En suma, no hay derechos más importantes que otros, cualquier sujeto de derecho tiene la capacidad de atropellar los Derechos Humanos y no es legítimo someter los derechos fundamentales a votación o escrutinio popular ni de ninguna índole. Ese es el fin de mi presentación.

[Término de la entrevista 1:56:04]

[Tiempo total de la entrevista 0:08:02]

Plataforma Ciudadana Chile Mejor sin TLC

Comisión: Derechos Fundamentales.

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Camila Montecinos

Transcribe: Sergio Soza Díaz

[02:06:10]

Camila Montecinos: Muchas gracias por estar acogida a Chile Mejor sin TLC. Somos la plataforma que coordina diversas organizaciones socioambientales, campesinas, políticas, culturales e individualidades de Arica a Aysén. Nacimos el 2015 para oponernos al Tratado Transpacífico (TPP) negociado en secreto. En las 653 páginas del TPP y sus anexos constatamos similitud con otros tratados recientes y así nos convertimos en "Chile mejor sin Tratados de Libre Comercio" algo más amplio. Llevamos adelante un plebiscito autogestionado contra el TPP11 y denunciemos tratados ahora como el TLC con Brasil vigente desde ayer -¡y nadie sabe!- y la modernización del TLC con la Unión Europea que este gobierno criminal -y acusado ahora su presidente-, pretende concluir antes de irse. Los TLC han sido base de sustentación del modelo económico cuestionado por la revuelta popular. El estallido social impidió hasta ahora que se apruebe el TPP11.

Sí ello ocurre tras las elecciones presidenciales, sería una burla a las aspiraciones y demandas del pueblo y una estocada a la propia Convención. Aquí expondré sólo seis de nuestras 18 razones que tenemos entre muchas enfocadas en -justamente- los derechos vulnerados. Comienzo por la vulneración de derechos políticos a) de la soberanía de los pueblos y sus representantes ya que Chile tiene 21 tratados de libre comercio y 34 tratados bilaterales de inversión que permiten que haya un sistema internacional de arbitraje entre inversor [y] Estado que ya está funcionando, hace rato. Son millonarias demandas las que se pueden entablar con fallos inapelables, se saltan los tribunales chilenos: es una justicia paralela. Gobiernos y empresas extranjeras pueden cuestionar los cambios mandados por la Nueva Constitución que haga posteriormente el Congreso -podrían- y demandar al país tras enterarse.

Esto es una bomba de tiempo respecto de las normativas que garanticen los derechos sociales tras ser incorporados en la Constitución. Chile ya es el primer país del mundo -triste récord- en ser demandado en este sistema de Justicia paralelo, por medidas adoptadas justamente en respuesta a la crisis sanitaria del COVID. Según el informe recién publicado del Transnational Institute que se llama "Chile: impacto del sistema de protección de inversión y arbitraje y aportes para el proceso Constituyente" lo hemos enviado a esta Comisión ese reporte. Documenta casos actuales y pasados. Entre los demandantes actuales están el grupo ADP (Aeropuerto de París) y BNC Airport, justamente por pérdidas debido a la baja de tráfico aéreo en el aeropuerto. También Ohio National Insurance y Metlife por el retiro de rentas vitalicias, que ellos consideran medidas expropiatorias. Imagínense cuando se adopten otra media

relacionadas con las AFP acá. Estas medidas consideradas como expropiaciones deben ser objeto de pago inmediato al valor justo del mercado.

Otra vulneración de derechos políticos es la falta de información oportuna -los tratados se negocian en secreto- y de participación vinculante, debido a la forma que establece díganos históricamente la DIRECON. También hay una vulneración de la soberanía energética del país. Por ejemplo, el TPP (el Tratado Transpacífico) restringe la capacidad del país para formar, proteger o fortalecer empresas estatales, como, por ejemplo, eventualmente de bienes naturales como el litio o empresas de energías renovables. Y prohíbe incorporar la transferencia de tecnología como una condición en los proyectos de inversión que pusiera nuestro gobierno.

También hay -punto dos ahora- (entonces hablé antes de derechos políticos vulnerados ahora vulneración específicamente derechos de los pueblos indígenas). Los megaproyectos mineros, energéticos, forestales o del agronegocio facilitados y garantizados por los tratados de libre comercio se realizan mayoritariamente en territorios indígenas, pero su pueblos nunca han sido consultados sobre ello. El artículo 7 del reglamento de la Convención Constitucional definió y aprobó los 10 principios con los cuales se hará la consulta sobre las normas propuestas por esta Constitución basados en los Estándares Internacionales de Derecho Indígena. Entonces nosotros queremos recoger este precedente de la Convención Constitucional concluyendo que esos principios deberán guiar también las consultas del Estado respecto de los tratados de libre comercio.

Otra vulneración -la número tres- es la del derecho a la salud. Estos tratados establecen mayores garantías para las farmacéuticas que prolongarán sus períodos de monopolio y los altos precios sobre medicamentos, porque Chile no podrá otorgar registros sanitarios a medicamentos genéricos mientras haya cualquier litigio sobre las patentes relacionadas con un medicamento. El linkish [sic], un mecanismo así, vinculará de forma administrativa la propiedad intelectual con el registro sanitario. Las farmacéuticas podrán así iniciar litigio por su cuenta para impedir la autorización de genéricos con nefastos efectos en el presupuesto para salud pública. Si el país además decidiera retomar su capacidad de fabricar vacunas se pueden poner en marcha otros mecanismos ligados a la propiedad intelectual orientados a boicotear la soberanía sanitaria.

Pasamos ahora al derecho y la vulneración al derecho a la soberanía alimentaria. Veo que ustedes le pusieron algo así como derecho al sustento alimentario, nosotros las organizaciones hablamos de soberanía alimentaria; que es el derecho de los pueblos y comunidades a decidir cómo cultivar sus alimentos, qué consumir y sin imponerse díganos esto desde fuera, desde el Estado, de acuerdo a las tradiciones y cultura en forma independiente. El TPP 11 en cambio consolida la privatización de la semilla campesina e indígena, debido a que el Convenio 291 allí incluido requiere una nueva Ley de Obtentores que nosotros llamamos una "Ley Monsanto" -no; por a quién favorece- que eliminará derechos fundamentales de las y los campesinos aumentando las ganancias de las trasnacionales que fabrican semillas industriales y agrotóxicos. Se daña así la biodiversidad y se posibilita criminalizar con cárcel prácticas como

el intercambio de semillas tradicionales o resembrar la semilla Industrial por parte de campesinos.

Otra vulneración del derecho a la alimentación sana y a la salud está dada porque los TLC buscan que la legislación chilena se armonice con lo de los países firmantes lo cual permita entonces cultivar frutas y verduras transgénicas para el mercado interno. Eso no existe hoy día (hay transgénicos, pero son alimentos procesados en los supermercados). Estos cultivos transgénicos requieren uso intensivo de plaguicidas altamente peligrosos como el herbicida glifosato clasificado como posible cancerígeno con la OMS. Este tratado considera como discriminación las políticas públicas que den preferencia, además, a compras públicas de proveedores agroecológico; o sea, cero conciencia con la agroecología. La soberanía alimentaria requiere cultivos sin plaguicidas ni transgénicos, pero este tratado apoya lo contrario al impedir la prohibición de plaguicidas ya que establece como obligación basarse en la ciencia -digamos la ciencia oficial no la ciencia que realmente va a fondo- descartando el principio de precaución que permite tomar estas decisiones tomando en cuenta los factores como el daño directo al medio ambiente y a la salud de las personas.

Recordemos que el cáncer es la segunda causa de muerte en Chile y las tasas de incidencia son precisamente más elevadas en las regiones donde opera el agronegocio exportador -que apoya mucho los tratados de libre comercio -ustedes los hubieran visto en esta misma sala- y que es... estos cultivos son intensivos en uso de agrotóxicos peligrosos. Y si hablamos de derechos laborales aquí hay otra vulneración: el TPP lo...

Comisión: Dos minutos, perdón dos minutos.

Camila Montecinos: ...lo restringe severamente a los mínimos establecidos por la declaración de la OIT hablamos de derechos ambientales y este, el TPP, es un factor acelerante del calentamiento global, por qué ha contribuido a la proliferación de territorio de sacrificio y sequía. Por tanto nuestra propuesta es decir: no al tpp, porque es coherente con la declaración de esta Convención como en emergencia climática y ecológica. No aceptamos ser una neocolonia que posibilite la rebaja de emisiones de carbono de países del norte y global a costa de la saturación de proyectos energéticos, mineros y de la industria cárnica y el agronegocio perpetuando el saqueo del agua.

Los TLC sólo prometen más de lo mismo. El agua debe ser un bien común inapropiable y sujeto de derechos. Y finalmente quiero mencionar que Chile mejor sin TLC juntó a aliados como el TNI vamos a trabajar en la elaboración de una propuesta de iniciativa popular y, espero poder mencionar muy cortito, los tres puntos que al menos estarán presente (habrá también otros pero hemos definido hasta ahora tres): un artículo que determine competencia exclusiva de los Tribunales Ordinarios de Justicia chilenos para resolver cualquier controversia entre el Estado y personas naturales o jurídicas extranjeras que realicen inversiones acá -contemplando también la enmienda, denuncia o retiro de tratados que contradigan estas propuestas: el retiro de Chile del CIADI -que es esta instancia internacional de tribunales- y la revisión integral -una auditoría a los TLC y a los tratados bilaterales de inversión que existen-. Vamos a enumerar

las condiciones para la negociación de futuros tratado de libre comercio que prohíban el secretismo, que incluyan estudios profundos y documentados y mecanismos de participación ciudadana, tanto en la fase de negociación como mecanismos de democracia directa como plebiscitos en la fase de aprobación. Y finalmente establecer la inconstitucionalidad de tratados internacionales de libre comercio y similares que limiten, restrinjan o coarten la soberanía plurinacional en aspectos tales como políticas alimentarias, de salud, Derechos Humanos, educación, políticas sociales, bienes comunes naturales, sociales, laborales, actividad económica Estatal y la capacidad que tengan los pueblos para legislar y regular sus propias necesidades, así como la defensa nacional. Muchas gracias.

Damaris Abarca: Bien, tenemos ya dos personas para las preguntas: Teresa Marinovic y Yanis Meneses. Hacen ambas las preguntas y luego [la expositora] responde de manera conjunta.

Teresa Marinovich: Yo -muchas gracias por su exposición-, quería hacerle una pregunta más bien filosófica y es si esta visión ambientalista, ecológica -como queremos llamarla- es una religión o no?

Damaris Abarca: *Janis tiene la palabra.*

Janis Meneses: Muchas gracias, Dámaris. Bueno, agradecer por supuesto a la expositora por traer este tema tan relevante a esta comisión de Derechos Fundamentales. En base a eso preguntarle si consideran que esta Comisión de Derechos Fundamentales de la Convención debería considerar que hay medidas de reparación que debemos considerar... considerando los derechos vulnerados por los tratados de libre comercio que daban cuenta en su exposición.

Camila Montecinos: Muchas gracias. Bueno si religión fuera sentarse un grupo de personas con poco tiempo y en forma voluntaria a estudiar profundamente 625 páginas y anexos del tratado -porque hay que tener mucha fe en lo que uno hace-, en ese sentido sería una religión, pero nosotros somos sociales.

Ahora, los impactos son realmente severos y nosotros esperamos que eso se demuestre en estas auditorías integrales como las que se hicieron una vez en Ecuador respecto de lo mismo. Eso va a permitir exigir reparaciones a las empresas y también al Estado. Esto va de la mano con la recuperación de los daños a los ecosistemas, en el caso del agua, por ejemplo, y de los glaciares como con los proyectos mineros o de la ciudad... los territorios que están impactados por las forestales y no tienen agua. Todos ellos merecen una reparación y esto hay que verlo yo creo que en conjunción con el tema de los derechos de la naturaleza y a la vez los Derechos Humanos relacionados con el acceso al agua y a los bienes naturales. También el tema de las semillas, es decir, no puede ser que los campesinos no tengan... no puedan recuperar la semilla tradicional sino que se vean invadidos con políticas públicas por la semilla Industrial, -no; que es la que facilita el Estado- Entonces queremos un Estado activo con políticas públicas y queremos que eso quede expresado también en la Constitución, como parte de este país, de este



nuevo diseño que permita entonces otra relación con la naturaleza y con los seres humanos, que se armonice y que vamos todos hacia un mejor vivir.

[Hora de término: 02:19:57]

[Duración: 0:13:47]

María Soledad Cisternas Reyes
Comisión: Derechos fundamentales
Fecha: 9 de noviembre de 2021
Presentan: María Soledad Cisternas Reyes
Transcribe: Bruno Costa

[Hora de inicio: 2:21:15]

María Soledad Cisternas Reyes: Muchas gracias, muy buenas tardes a todas y a todos. Quisiera decirles que además soy experta independiente en Derechos Humanos, que ha trabajado por largos años en Naciones Unidas. En primer lugar, en la negociación del Tratado sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y también participo en el grupo de composición abierta, que está en miras de elaborar una Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores. Ejercía el cargo de presidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas también por 8 años, siendo su presidenta.

Bueno, el tema que voy a tratar acá se refiere a los titulares o nuevos titulares de derecho cómo se le ha llamado. En este sentido es muy recomendable que exista un capítulo específico, que aborde a estos nuevos titulares de derecho. En la visión que he podido hacer de distintas normas, desde luego niñas niños y adolescentes, pero también las personas mayores y las personas con discapacidad. Este capítulo debería estar dividido en secciones, una de cuyas secciones debe estar dirigida a cada uno de estos grupos. En el caso de las personas con discapacidad es importante señalar como encabezado de una nueva norma que las personas con discapacidad se regirán en todas las prescripciones y principios que establece la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas ratificada por Chile y que hoy día cuenta con ratificación universal. Desde esto, nosotros podemos señalar tres aspectos, como lo he llamado yo, sobre este tema.

El primero, la capacidad jurídica, porque es realmente increíble que en el siglo XXI estemos utilizando normas del siglo XIX para enfocar la capacidad jurídica, que es un derecho básico, un Derecho Humano básico de toda persona ¿Para qué? Para celebrar actos y contratos, por un lado, pero también para el consentimiento libre e informado. Por lo mismo entonces, hoy día la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y tendrán derecho al apoyo y salvaguardas que sean necesarias para el ejercicio de esta capacidad. Esto implica desestimar aquellos aspectos de muerte civil qué significa declarar interdicta una persona y que pueda actuar solamente por el ministerio o autorización de otra persona. Y por eso entonces un primer eje; este reconocimiento constitucional de las personas con discapacidad. Pero, en primer eje la capacidad jurídica con sistema, apoyo y salvaguarda y desde luego la ley regulará los aspectos de detalle que son bastantes.

En segundo lugar, la accesibilidad universal, qué es pilar y puente para el ejercicio [de] Derechos Humanos y libertades fundamentales, tanto al espacio físico como [a] la información a las comunicaciones, a los procesos, a los procedimientos, a los bienes, a los servicios que se presten en distintos lugares, tanto en ámbitos urbanos como rurales. Y en este sentido, el Estado debería fiscalizar que se vaya realizando está accesibilidad universal, es una obligación gradual

pero constante como lo señala la observación general número 2 del Comité de Naciones Unidas en esta materia. Esto es tan gravitante, que sin accesibilidad se incrementa la pobreza multidimensional de las personas con discapacidad al no tener estos accesos. Yo les diría que esta es la innovación jurídica más trascendental del siglo XXI, la accesibilidad universal. Y un tercer aspecto eje, es aquel que se refiere al derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad. Nosotros podríamos decir: bueno, esto es de perogrullo para todas las personas, ya que está el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no de Naciones Unidas. Pero no lo ha sido así y por eso fue necesario que esta Convención señalara este derecho. De tal manera que la persona con discapacidad decida cómo, dónde y con quién vivir y que tenga derecho a los servicios e instalaciones abiertos a la comunidad en igualdad de condiciones con los demás y, además, a servicios de asistencia personalizada de manera residencial o domiciliaria. También esto se anexa o se vincula con dos cosas. En primer lugar, que el comité y la Convención nunca habló en negativo, por lo tanto, nunca dijo no a la institucionalización, pero a través de esta norma está diciendo, sí a la vida independiente, sí a que exista un sistema de transición abierto a la comunidad, y que las personas no sean obligadas a vivir institucionalizadas. Quiero decirles que el estudio de Simoni y la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas en Derechos Humanos nos señala que, entre el 2014 y el 2017 hubo 163 muertes en camas psiquiátricas. A esto se debe adicionar, todo lo que significan las contenciones físicas, mecánicas, farmacológicas y la electroconvulsión sin consentimiento.

Por eso es tan importante estos reconocimientos, quiero decirles que el comité examinó la situación de Chile en el año 2016. Donde le señaló en primer lugar, en relación al consentimiento libre informado, la derogación de aquellas normas del siglo 19. Lo mismo la accesibilidad universal que se establezca, y es universal porque sirve, no solo a las personas con discapacidad, sino también a personas mayores, a niñas, niños, etc. Y por supuesto el derecho a la vida independiente. Quiero decir también, que debemos tener en cuenta el enfoque transversal y transversalidad que implica el reconocimiento de este titular de derecho. Por ejemplo, derechos económicos sociales y culturales, la educación. Desde la convención pasa a ser educación inclusiva y de calidad, no lo había dicho ningún otro instrumento internacional. En el caso de la salud, se habla de la promoción de la salud, de la atención en salud, pero también de la atención en cuidados paliativos y la nutrición.

Por otro lado también, y no puedo dejar de mencionar acá, los ajustes de procedimiento para el acceso a la justicia que es un complemento del debido proceso, los ajustes de procedimiento para facilitar el rol efectivo de las personas con discapacidad. También en una vida libre de violencia como lo señala la convención Belém do Pará para las mujeres. Precisamente, hay 3 artículos de la convención que respaldan esto. Primero la prohibición de la violencia, explotación y abuso, la prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, como hemos hablado está en proceso judicial, el tema de las contenciones ahora. Y también aquel que se refiere a la integridad la persona porque en Chile se han verificado esterilizaciones forzadas, esterilizaciones sin consentimiento tengan en cuenta que también, por otro lado, en los procesos de institucionalización muchas veces sin consentimientos son privaciones de libertad que no están en la Constitución que regula claramente las privaciones libertad. Pero estas no están reguladas, por lo tanto, es un aspecto que se debe abordar en positivo como es señalado. Bueno todo esto, yo voy a juntar una minuta dónde está la experiencia comparada de

algunos países que han incluido en capítulos y secciones separadas los derechos. En el caso de Ecuador bastante más detallado y también quiero decirles de España y Canadá.

Por otro lado, y en los minutos que me restan los derechos de las personas mayores. De la misma forma entonces la Constitución debe señalar que valora el aporte intergeneracional de las personas mayores y deberá promover, proteger y asegurar los Derechos Humanos y libertades fundamentales las personas mayores en igualdad de condiciones con los demás, de acuerdo a las prescripciones de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos para las personas mayores. Esto también, lo podemos desglosar en aspectos específicos. La capacidad jurídica, ustedes habrán leído que ahora a las personas sobre 75 años los notarios le estaban exigiendo un certificado como de lucidez ¿no cierto? Y eso, realmente es algo que no tiene que ver con los Derechos Humanos. Vemos personas mayores que tienen perfecta capacidad de decisión, también a ellos les atañe la accesibilidad universal y les atañe la vida independiente y ser incluido en la comunidad para participar en los asuntos públicos para entonces tener la capacidad de decidir, que se tomen en cuenta su voluntad y preferencias. Y en esto también quiero decir y ya con esto voy terminando, de la necesaria transversalidad que ustedes como constituyentes deben tener en el capítulo de derechos y deberes constitucionales. Porque cuando hablamos de igualdad y no discriminación, ahí de todas maneras van a tener que contemplar la prohibición de discriminación por edad en relación a la vejez y la discriminación múltiple, no lo mencioné en discapacidad, pero es la misma cosa, la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad. También el acceso a la salud que está ampliamente detallados los distintos aspectos, el acceso a la justicia donde se dice además del ajuste de procedimiento y la persona mayor debe tener un acceso preferencial y expedito a la justicia, también el derecho a una vida libre de violencia. Piensen ustedes que muchas personas mayores son expuestas a la violencia, al abandono, al abuso, al maltrato también incrementando la pobreza multidimensional. Creo que con esto he completado mi tiempo, pero en el documento vienen todos los fundamentos de cada una de las cosas que yo he mencionado. Muchas gracias.

Matías Orellana: se abre el espacio para preguntas, tenemos una palabra pedida Benito Baranda. ¿Hay alguna otra pregunta para que la podamos anotar y se puede afectar antes de que la expositora realice la respuesta? La convencional Natalia Henríquez. Le damos la palabra al convencional Benito Baranda para qué realice la pregunta.

Benito Baranda: Muchas gracias, Matías, muchas gracias, María Soledad. Es una alegría encontrarte acá, muy emocionante y quería preguntarte que nos ilustraras un poco, ¿cómo va a funcionar, un sistema de igualdad ante la ley, con este sistema separado reconocimiento de los derechos? ¿cómo lo logras complementar allí? ¿Qué es lo que opinas tú?

Matías Orellana: Convencional Natalia Henríquez

Natalia Henríquez: Muchas gracias y muchas gracias por la presentación. Una pregunta bien pequeña, en las voluntades anticipadas y dentro de eso el acceso a los cuidados de fin de vida y eutanasia ¿están normados en alguna Constitución? ¿lo considera conveniente? Gracias

María Soledad Cisterna Reyes: En cuanto a la pregunta del constituyente Baranda. Existe la teoría jurídica, el denominado derecho diversificado en razón del sector de la población de que hablaba. En el caso de personas con discapacidad y mayores son tres millones de personas cada uno, multiplicado por la familia llegamos fácilmente a los 9 millones por cada lado. Entonces, ¿cómo conviven estas cosas? Conviven en base a una regla general de igualdad y no discriminación de todas las personas, pero luego la integración de lo que implican los compromisos internacionales de Chile, la no discriminación como señalé por motivos de edad en relación a la vejez y la no discriminación por motivos de discapacidad. Porque esto, está en la base de esta teoría qué es el derecho diversificado en razón del grupo. Piensen ustedes que en el año 1966 se elaboró el pacto internacional de derechos civiles políticos y el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales. Y fue necesario a lo largo del tiempo ir haciendo otras convenciones para que realmente se logrará la verdadera igualdad y la verdadera justicia. Por eso son los mismos derechos y general que todos, pero cómo se han visto tan vulnerado tan invisibilizado es necesario hacer la bajada de cada una de estas cosas.

Antes de terminar decir que, cuando hablé del derecho a la vida independiente y ser incluido en la comunidad. Aquí estamos hablando también a la vez, de los apoyos personalizados que requiere una persona. Algunos lo denominan el sistema nacional de cuidados, es un sistema Nacional de apoyo personalizado e integral, tanto a la persona mayor como a la persona con discapacidad siempre con respeto a la dignidad a la voluntad a la preferencia y a la libertad de tomar las propias decisiones. O sea, la persona en esa condición no es una cosa que está ahí sobre la cual los demás deben decidir.

Y la otra pregunta era si me la repite por favor porque la concentración.

Natalia Henríquez: si me lo permiten relativo al establecimiento dentro de la constitución del hecho de las voluntades anticipadas, el cuidado fin de vida y la eutanasia

María Soledad Cisternas Reyes: Bueno, allí efectivamente hay otras constituciones que sí lo contemplan. Esta Constitución, por las características que tiene, va a tener muchas materias que integrar. Por eso en la propuesta que yo hago, lo dejé como una denominación general y después la ley podría acotar a las materias. Ahora en cuanto las voluntades anticipadas bueno, ustedes tienen la última palabra, pero en teoría cómo lo hizo el caso peruano en una ley, hizo esas bajadas de la voluntad anticipada que se hacen ante notario cuando una persona está en pleno uso de sus facultades.

Pero creo que lo central es colocar la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás con sistemas de apoyo y salvaguardias. Eso destierra los sistemas de beneficencia o caritativos, los sistemas médico-asistencialistas rehabilitadores y que no consideraban la voluntad del titular de derecho ni su participación, terceros tomaban la decisión por ello. Y por eso se dice que, el principio pro-persona se traslada desde lo que antes se decía la protección de estas pobres personas que están ahí y, hoy día el principio pro coloca en La Cúspide la autonomía la voluntad y las preferencias de la persona. Ese el cambio, cuando hablamos de un modelo de Derechos Humanos en el caso de las personas con discapacidad y lo mismo, las personas mayores

[Hora de término: 2:37:57]

[Duración total: 0:16:42]

Juan Ignacio Correa

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Juan Ignacio Correa

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[2:39:23]

J.I. Correa: Muchísimas gracias. Muchísimas gracias, estimada coordinadora Damaris Abarca. Muchísimas gracias, estimado coordinador Matías Orellana. Muchísimas gracias, estimados y estimadas convencionales por esta honrosa invitación. El pasado mes de julio cada uno de ustedes recibió un ejemplar de la obra colectiva de nuestra firma de abogados Correa-Squella “Cohesión social y Convención Constituyente 2021”. Como Héctor Soto resaltó en la contratapa interpretándonos fielmente, quisimos revindicar una antigua vocación pública de ejercicio profesional del derecho. Pues entendimos que desde la rivera de la abogacía también nuestra obligación era colaborar en la redacción de una nueva constitución más justa, más democrática.

Generaciones derechos fundamentales.

La línea del tiempo reconoce cuatro generaciones. Una primera referida a los llamados derechos civiles y políticos remontables a la declaración de derechos de Virginia de 1776, que precede a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. En esencia, estos derechos fueron las libertades que derribaron las autarquías, reinantes hasta entonces. Luego vino la llamada segunda generación que reivindicó para todos y todas, una seguridad económica y una justicia social mínima, dando origen a la declaración universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, en cuya redacción participó activamente el jurista chileno Hernán Santa Cruz. Estos derechos ya no garantizaron la libertad frente al Estado, ni la protección contra el Estado, sino que fortalecieron las pretensiones colectivas ante el Estado. Incorporando los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, impulsándose, con ello, el estado de bienestar.

De ahí pasamos a la tercera generación, promoviendo la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la paz y el derecho al patrimonio común de la humanidad, entre otros. Y por último, hoy vemos nacer la cuarta generación, asociada avances de la biomedicina, genética e informática; que implicarán, a no dudarlo, un remozamiento de ciertos derechos constitucionales, como la libertad de expresión e incluso la concepción misma de la democracia tal como la conocemos en la actualidad. En palabras del sociólogo británico Thomas H. Marshall, expresadas en 1949, “la cartografía recién reseñada ilustra el desarrollo de la ciudadanía a través de los derechos civiles en el siglo XVIII, de los derechos políticos en el siglo XIX y de los derechos sociales en el siglo XX”.

Exigibilidad de los Derechos sociales en Chile.

En términos normativos o jurídicos, desde fines del siglo XX, Chile es un estado social dada su calidad de suscriptor de diversos tratados internacionales que forman parte de su derecho interno, tales como el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas de 1966 y la convención americana sobre Derechos Humanos de la OEA de 1969 o pacto de San José, ratificados por Chile en 1981 y en 1991, respectivamente.

Siendo así, la pregunta que cae cajón es si pueden reclamarse judicialmente tales derechos algunos ven en esta exigibilidad, la posibilidad de transformar los derechos sociales desde meras declaraciones de buenas intenciones o compromiso político en obligaciones jurídicas para los Estados. Ante esta postura se formulan las siguientes dos principales objeciones: primera objeción, incapacidad judicial. Se dice que la judicatura carece de conocimiento técnico para analizar y decidir, con una visión sistemática y global, las decisiones gubernamentales cargadas de consideraciones políticas que exigen complejos conflictos de intereses y equilibrios. A lo cual se agrega que dada la naturaleza finita de los presupuestos y el hecho de existir una multiplicidad de maneras válidas para asignarlos, la judicatura no estaría capacitada para evaluar el impacto social de los diversos intereses en juego y revisar decisiones administrativas que priorizan el uso de los recursos públicos escasos. Segunda objeción: legitimidad democrática. A través de ella, se pregunta si es válido que autoridades que no han sido electas democráticamente, como son los jueces, sustituyan o modifiquen las decisiones electorales de la ciudadanía. Pero aquí hay un pie forzado, pues los derechos sociales están reconocidos en la Constitución y en nuestros tratados institucionales. Por ende, los jueces están obligados hacerlos respetar en razón del principio de la primacía constitucional. Así, una buena práctica constituyente sería que se reconozcan y simultáneamente se contemplen los principios y las reglas que gobernarán dicha revisión jurisdiccional, restringiendo el riesgo de un activismo judicial al dejar la judicatura de tener disponible una infinidad alternativas como sucede hoy.

En la actualidad, no todos los derechos sociales están protegidos con el recurso de protección, lo que también sucede en España y en la India, entre otros tantos países. Pues en esas naciones en la tutela constitucional igualmente está restringida a un catálogo cerrado de derechos. Sin embargo, nuestro poder judicial optó, hace rato ya, por reconocer la exigibilidad de algunos derechos sociales no sujetos originalmente a resguardo judicial. En especial el derecho a la salud, subsumido en el derecho a la vida, decretando la distribución gratuita de los medicamentos costosos. La evidencia muestra que el loable propósito de equidad que extiende la protección judicial a todos los derechos sociales se ha visto frustrado. Pues ella sólo beneficia a quienes tienen capacidad para recurrir a la judicatura, generándose de ese modo, un grave problema desigualdad; como nos han recordado los constitucionalistas Javier Couso y Rodrigo Polanco.

Exigibilidad judicial en la experiencia internacional. En seguida detalló la experiencia vivida en Alemania, España e Inglaterra.

Alemania. Con la excepción de la constitución del Estado libre de Baviera, los textos germanos no incluyen un catálogo de derechos sociales, pero a partir de la declaración en la Constitución Federal de ser Alemania un Estado, comilla, democrático social, cierro comillas, artículo 20.1. Se ha desarrollado el principio del Estado social.

E: 2 minutos

J.I. Correa: Sí, muchas gracias. En ese marco, se postula que la configuración de las prestaciones sociales, al mismo que ha entregado, en primera línea, al legislador y en su concretación a la administración. Sólo una vez que ello ocurre cuando dicho acceso lo garantizan los tribunales.

En España ocurre una situación muy semejante, al igual que las constituciones de Irlanda, Nigeria, Suiza, Sudáfrica, entre otros y en los tratados de la Unión Europea. En Inglaterra se suscribió, en el año '98, la convención europea de los derechos humanos, y ahí se desarrolló, durante 8 años, diversas investigaciones antes de tomar su decisión. Se examinaron, se examinaron tres modelos: el modelo finlandés, programático y sudafricano. El finlandés establece una tutela amplia de respaldo del ciudadano desechándose la indicada objeción de ilegalidad democrática; el modelo programático los reconoce como aspiraciones aspiracionales, de esperanza, pero no como derechos exigibles; y, por último, modelo sudafricano, la concretación de los derechos sociales exige medidas legislativas y administrativas razonables en función de los recursos disponibles.

Al final se estableció un mecanismo híbrido, no pudiendo los individuos exigirlos, pero los cuales los tribunales están habilitados para controlar el estándar de racionalidad de las medidas legislativas y administrativas optadas. El peor escenario señora coordinadora

La ruta por la cual debe transitar la nueva constitución es aquella que crea expectativas que luego no se puede cumplir. Generándose una sensación de hastío ciudadano que fractura nuestra cohesión social y convivencia democrática. Esperando haber contribuido al debate constitucional, le vuelvo agradecer que me hayan invitado a exponer. Muchas gracias, viva Chile.

E: Muchas gracias Juan Ignacio. Eh, preguntas. Tenemos entonces a Luis Barceló y a Manuel José Ossandón. Sí, hagan ambos la pregunta y entonces Juan Ignacio responde de manera conjunta.

E: Perfecto. Muchas gracias, convencional Luis Barceló acá. Pregunta para Juan Ignacio. No me queda tan clara su posición respecto de sí garantizar real y efectivamente los derechos sociales, estábamos hablando al final de la salud, o no. No me quedan claro eso, me gustaría que lo precisara. Segundo, si su posición fuese que se debe garantizar o bien para aquellos que piensan que se debe garantizar real y efectivamente los derechos sociales, la pregunta es ¿Cómo los financiamos? Si lo financiamos a rajatabla, establecemos alguna norma de prelación en el presupuesto de que primero se deban cumplir los derechos sociales y dejar ir en forma gradual, o bien simplemente usted cree que se deben financiar sólo hasta que buenamente lo puedan hacer las finanzas públicas. Esa mi pregunta.

E: segunda pregunta Manuel José Ossandón

E: Bueno, muy buena presentación, lo felicito. Bueno, no muy distinta a la de Luis Barceló, pero es un poco más más precisa. Básicamente que quería preguntarle, en su opinión ¿Cuál es la fórmula en Chile para la ampliación de la protección y/o exigibilidad de los derechos en general? Porque yo creo que va más allá de los derechos sociales,

también los derechos de cuarta categoría los cuales usted hablaba. Le doy un ejemplo, por ejemplo, establecer una justicia contenciosa administrativa probablemente puede ser una alternativa, o mantener el recurso de protección con algunos cambios. Y, respecto a los sistemas que usted expuso brevemente, ¿Cuál cree que el sistema que más se acerca a lo que Chile necesita para estos efectos? Por ejemplo, sistema alemán o el sudafricano, no sé.

J.I. Correa: Bueno, la verdad es que lo que yo pretendía hacer hoy día no fue dar mi opinión, sino que más bien decir cuál es el estado del arte en esta materia. Creo que mucho más importante entregar insumos y serán ustedes los que soberanamente resolverán cómo se va a tratar este tema. Pero, pero igual le voy a responder.

En mi juicio, los derechos sociales deben estar en la Constitución y, por lo demás, es absolutamente irrelevante si están o no están, porque dado los tratados de derechos sociales que Chile ha suscrito y qué son parte de su derecho interno hoy día, igual están. Y, por lo demás, es la señora Sepúlveda, era la que estaba antes que yo ¿no cierto? Aludió al principio de pro-hombre, que es el que rige en esta materia. Y así, la María Soledad Reyes. Y, por esa razón, es que los tribunales, la Corte Suprema en especial, en función del principio pro-hombre o de la dignidad de las personas es que ha reconocido derechos sociales que no están sujetos a tutela por el recurso protección, como es el derecho a la salud, lo han reconocido en función de la dignidad de las personas. Por lo tanto, creo que lo sensato luego, ya que hemos suscrito contratos, perdón contratos internacionales, tratados internacionales. Tratados internacionales que integran los derechos sociales que se incorporen todos en la Constitución porque ya son parte de nuestro derecho. ¿Cómo se financia? Bueno ahí hay diferentes situaciones la unidad, la Unión Europea el año 2002 suscribió un contrato, un tratado en virtud del cual se estableció que el déficit fiscal no podía superar un porcentaje determinado y la deuda pública otro, porque está subordinado. Y todos los países de la Unión Europea como Alemania, España e Italia lo suscribieron e incorporaron la norma de restricción.

El exministro Eyzaguirre, Nicolás Eyzaguirre, junto a un grupo del PPD, también tienen un documento donde señalan efectivamente de que debe resguardarse los equilibrios fiscales; y el proyecto Bachelet del 2018 que también entrega tutela ilimitada, pero tiene la condicionante que este, que ella, que esta tutela no signifique un desequilibrio del presupuesto fiscal. Esa es la forma como lo han hecho. A mí me gusta el sistema español. El sistema español establece que los derechos de primera generación, como son los de circulación, religión, etcétera, existe el amparo, tal cual como existe en Chile. Y, que los de segunda generación o derechos sociales tienen que ser, en primer lugar, incluidos en la Constitución; en segundo lugar, concretizados por la administración pública y ahí entonces recién el poder judicial tiene derecho a garantizarlos.

[Término de la entrevista 2:55:03]

[Tiempo total de la entrevista 0:15:40]

Asociación de Profesionales Metrólogos por la Sociedad

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Celestino Meneses Gómez

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[2:56:33]

Celestino Meneses: Hola, primero que nada, muy buenos días, o buenas tardes, perdón. Primero que nada, [quiero] agradecer la oportunidad de estar acá y a partir del tema científico, poder aportar al aseguramiento de los derechos de las personas. Hemos visto, y estamos aquí precisamente por un descontento social, [sobre] el cual nosotros, [desde] nuestro punto de vista metodológico venimos viendo desde los años noventa –que es [cuando] yo entré- falencias y cosas que se deben de mejorar.

Bueno, ¿Cuál es la descripción del problema? “Cómo resguardamos los derechos de las personas en la sociedad para tener una sociedad justa”. Hoy día podemos ver diferentes ejemplos; por ejemplo, en el comercio, aspectos que no nos dan seguridad respecto a las transacciones. ¿Se han preguntado alguna vez si la cantidad de combustible que nos echan en el carro es la que marca el indicador? Bueno, antes la SEC tenía unos bidones graduados, que iba y medía esa cantidad de líquido. Hoy día no se hace, sino que se hace por balance numérico. Y así, hay miles de otras presentaciones.

Dentro de mí presentación -y lo puse como un link- en un supermercado, uno pone una bolsa vacía pone “pera” y le sale “cincuenta pesos”, por nada. Entonces, ¿cómo resguardamos esos derechos de manera de que no se abuse de las personas? En salud, por ejemplo, si ustedes sacan un examen de las características, por ejemplo, un perfil bioquímico y lo llevan a tres o cuatro laboratorios distintos -la misma muestra- van a tener una dispersión que puede llegar hasta el 20 o 30% diferencia entre los valores. ¿Cómo guardamos eso? Es la problemática hoy día.

Para qué hablar de medio ambiente. La medición de los parámetros que definen la calidad del ambiente también son aspectos no menores, ya que no sabemos cómo y quiénes los hacen, y si los laboratorios o las entidades o los instrumentos que se usan son los adecuados. [En el] resguardo de la integridad de las personas, [de] la seguridad, también hay otro tanto: por ejemplo, las características de las composiciones de las aguas, por decir algo.

Entonces, la Constitución actual es muy, muy débil en eso; hay aspectos que no se tocan: el aspecto comercial no se toca derechamente. No hay una entidad. Si bien hay un SERNAC, que en la realidad es un mediador y actúa por reacción, el tema, el daño ya está hecho y uno tiene que hacer una gestión de mediación y si no, ir a los tribunales, entonces ¿quién de nosotros tiene el tiempo y tienes recursos para hacer eso? Por lo tanto, el daño ya está hecho.

En la salud, respecto de la accesibilidad, [la Constitución] habla de que todos tenemos que tener acceso. Hoy día estaba escuchando sobre la calidad de la salud. Bueno, ¿cómo mejoramos la calidad de la salud en concreto? O sea, ¿cómo hacemos la bajada hacia las personas? De los doctores, podemos tener buenos [o] malos doctores, eso a depender de la preparación, la salud, la experiencia; pero sí dónde podemos tener énfasis es en las

características de las mediciones que definen la salud de las personas, y si podemos determinar. Y si podemos determinar, y hay herramientas científicas [y] técnicas metrológicas, que pueden determinar acciones sobre, por ejemplo, los laboratorios, los instrumentos, el personal, [etcétera.] Para que, si yo me sacó un perfil bioquímico en la clínica de Punta Arenas, en la clínica Las Condes, o en “cachiyuyo” (perdonando la expresión), sea exactamente de la misma calidad; por lo tanto, los parámetros de decisión de los médicos, no importando de donde vengan, serán exactos y veraces, con los cuales podemos determinar la salud de las personas.

Otro aspecto no menor, que calza entre la salud y la seguridad es el tema de las máquinas de rayos X. Las máquinas de rayos X generan isótopos que pueden dañar y generar cáncer. Para asegurar que los niveles de radiación sean los óptimos, se debe medir constantemente a las máquinas, para que efectivamente revisemos que esos parámetros están correctos. Y así, podría mencionar varios otros conceptos definidos a través del medio ambiente y la seguridad, que lo dije de alguna manera.

Bueno, descrito el problema, tenemos varios derechos que aparecen en la Constitución que tienen que ver con derechos políticos, de libertad de acción, libertad de palabra, justo procesamiento, etcétera. Pero veo una falencia, desde el punto de vista del resguardo del derecho de las personas, en que vivamos una sociedad justa. Justa en el término de que las transacciones comerciales, las cuales Nosotros hemos enfrentado, específicamente a las básicas y fundamentales: electricidad, agua, gas, alimentos, sean realmente resguardados y que no tengamos que alegar después de los abusos, sino que efectivamente estos sean resguardados previamente.

Bueno, les conté algunos temas de ejemplos. Hay un ejemplo en YouTube, donde se muestra la bolsita en el supermercado, hoy día vemos el tema del gas: el gas, para hacer la referencia, hoy día no hay una referencia nacional de flujo de gas, ni tampoco... [Para] el gas, se determina la energía del gas, se determina por dos conceptos: el volumen, la cantidad de flujo entregado, y la composición del gas, que ambas en conjunto determinan la energía entre un gas y otro. Por ejemplo, para hervir un litro de agua, necesitaría un litro y medio, y en el otro un litro de gas, para definirlo claramente. Entonces, si no podemos medir cuánto nos está entregando, o sea, si el medidor no sabemos si en realidad nos está entregando lo que está diciendo, malamente podemos saber si lo que estamos pagando es lo correcto como consumidores. Y eso nos atañe a todos.

Entonces, es importante disponer de una base, de primero, a partir de la Constitución, la Nueva Constitución, resguardar estos derechos, y a partir de estos derechos hacer la bajada a los instrumentos legales, científicos y de infraestructura, para generar el apoyo para poder resguardar estos derechos.

Secretario: 2 minutos.

Celestino Meneses: Entonces, lo que yo les contaba era que a partir de que aparezca un texto -yo no soy experto constitucional, pero me imagino que hay gente preparada al respecto- de generar un texto que pueda instruir, más allá de los gobernantes de turno, [para] poder asegurar que estos derechos se resguarden, ¿ya? Se resguarden [proactivamente] y no como reacción. Y a partir de esto, generar las leyes, las infraestructuras, [etcétera.]

Existen organizaciones internacionales, por ejemplo, hoy día, en el mundo hay 130 naciones suscritas de una u otra manera la Organización Internacional de la Metrología Legal, que ayuda a los pueblos a implementar estos sistemas y al resguardo de los mismos. Entonces, ¿qué es lo que se requiere? Se requiere asegurar las mediciones que definen las transiciones comerciales ¿ya? Las principales, las que realmente afecten a la sociedad en su conjunto. Respecto de la salud de las personas, asegurar que la instrumentación que define parámetros corporales de la salud de las personas y de la sociedad se haga...

Les cuento, yo trabajo con los laboratorios nacionales, implementamos los laboratorios nacionales hace un tiempo atrás, en los años 1990s para cumplir con los tratados comerciales internacionales, pero eso no se llevó a una aplicación a la sociedad. Entonces, es importante que estas herramientas lleguen a la sociedad, lleguen al ciudadano común y los puedan defender ante abusos o situaciones que los pueden perjudicar.

Tanto a las personas como a los animales, en temas de... [Por] ejemplo, de seguridad. Hoy día se acaban de promulgar las nuevas leyes de [NSE 3:06:19], que determinan las características de las instalaciones eléctricas del punto de vista de la seguridad, pero es importante que los instrumentos con que se midan efectivamente determinen que los niveles de riesgo que hay ahí son menores y que no generen peligro a la vida de las personas o a la salud de las personas.

Secretario: Tiempo.

Matías Orellana: se abre el espacio para que puedan realizar preguntas.

Convencional Katerine Montealegre.

¿Hay alguna otra pregunta?

Solo la convencional Katerine Montealegre. Puede realizar la pregunta, convencional.

Katerine Montealegre: Sí, perdón, perdón. La tenía acá.

Primero, [quiero] agradecer profundamente la exposición, se nota que tiene bastante carácter técnico la exposición presentada, pero dentro de los documentos que se acompañaron a la presentación hay una serie de proyectos de ley de distintos países, que regulan en detalle el tema de la metrología y me nace la pregunta, sobre todo respecto a este tema de ¿por qué en el caso chileno debería incluirse este tema de la metrología en la Constitución y por qué no a nivel legal y reglamentario? Sobre todo, porque me llamó especialmente la atención un punto, en dónde hace referencia a la aplicación, por ejemplo, en las mediciones que definen transacciones comerciales en actividades esenciales y básicas. ¿Cree que estos temas deben estar efectivamente tratados dentro del texto de Nueva Constitución o deberían ser tratados más bien a nivel legal o reglamentario? Muchas gracias.

Celestino Meneses: Gracias por tu consulta.

A lo mejor no fui lo suficientemente claro. Yo estoy en esto del año 1990 como les dije, y las autoridades siempre han hecho caso omiso a esto. Entonces, yo creo que un párrafo, o algún texto atingente en la Constitución, independiente de los mandatarios, de los presidentes que

en su momento existan, pueda, a partir de esto, [generar] una vinculación hacia las leyes y [que] se generen esas leyes.

Te voy a contar un tema, no sé si puedes seguir con la siguiente... lámina. No, el anterior.

Mira, la ley de las mediciones en Chile es del 29 de enero de 1848. El mapita que aparecía ahí, somos uno de los... Cómo se ve ahí abajo, Chile fue el precursor de la firma de la Convención del Metro, que se generó después de la Revolución Industrial, en Francia. Todos esos países, que están en verde, han suscrito al Sistema Internacional de Unidades, que define la unidad básica que... Con las cuales se hacen todas las mediciones en su país. En Chile no lo tenemos. En Chile la ley habla de un centímetro cuadrado de agua que define el kilo. Entonces, estamos lejos de las leyes. Y los mandatarios, las personas nunca han puesto hincapié en esto. Entonces, yo creo que, a través de un texto en la Constitución, a través del resguardo de los derechos de las personas, se vacía a que se tiene que generar leyes e infraestructura para eso.

Hace cinco años atrás, se hizo un estudio, a partir de un requerimiento del Ministerio de Economía, donde se indicó todas las falencias respecto a esto [de la] infraestructura para la calidad para Chile. Se hizo en Perú, Colombia y Chile, por un convenio internacional; Perú y Colombia se hicieron. En Chile no se hizo nada. Entonces, yo creo que “hay que ponerle el cascabel al gato”, y si las personas no entienden, el resto de los países lo hace. Yo creo que es importante que lo hagamos, y que aparezca en la Constitución. Y a partir de esto, se generen las leyes [de las] que yo hablaba, y todo lo que va hacia abajo y la bajada técnica para que llegue efectivamente a las personas.

[Término de la entrevista 3:10:54]

[Tiempo total de la entrevista 0:14:21]

Francisco Fernández

Comisión: Derechos Fundamentales.

Fecha: 9 de noviembre de 2021

Presentan: Francisco Fernández

Transcribe: Sergio Soza Díaz

[03:11:43]

Francisco Fernández: Muy buenas tardes ¿Cómo están? Mi nombre es Francisco Fernández yo soy abogado, no vengo en representación de ninguna organización, sino que vengo por mí, porque tengo una inquietud y quiero transmitirles en aras de que este proceso constitucional sea exitoso que yo creo que es lo que nos convoca a todos. Soy padre de 5 hijos, parto por ahí porque es lo que más me hace orgulloso y bueno me he dedicado a ejercer mi profesión toda la vida; tuve la suerte por estuviera afuera un máster en derecho público y quería compartirles algunas ideas que tengo sobre los Derechos Fundamentales que creo que son interesante que se tengan en consideración sobre todo ahora que se está comenzando a discutir más en detalle cuál va a ser el texto constitucional en esta materia.

La tarea que tiene la Convención y concretamente la tarea que tiene esta Comisión yo la considero apasionante, porque consiste en poder plasmar en el texto fundamental, en la Carta... en el instrumento normativo fundamental, cuáles son los Derechos Humanos que deben estar por sobre los poderes públicos y que deben marcar la forma en la que se materializa la creación de la legislación a nuestro país. Hablamos -esta es la comisión de derechos fundamentales, yo quisiera hacer una distinción en qué derechos humanos derechos fundamentales bueno no son los mismo- Derechos Humanos son aquellos derechos que todos los humanos tenemos por el solo hecho de ser humanos, que son propios de todo individuo de la especie humana. Y los Derechos Fundamentales es el reconocimiento de la norma positiva de tales derechos y ese es el rol que tienen ustedes: incluir los derechos que son propios de la naturaleza humana dentro de la carta fundamental.

La tradición constitucional de nuestro país ya lo ha hecho -con mejores o peores resultados- pero acá estamos trabajando de nuevo en esto y es importante que si lo vamos a hacer lo hagamos tanto mejor que cómo se hizo en el pasado. ¿Qué son los Derechos Humanos? -que son los que se van a plasmar en estos derechos fundamentales que tienen que estar en la Constitución-. Bueno, se trata de facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidos por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento estamos hablando de derechos fundamentales. No todos los Derechos Humanos están reconocidos en la norma positiva. De hecho hay legislaciones -yo estudié en Australia- donde la Constitución no reconoce un catálogo de derechos muy amplio, todo lo contrario tiene un par de derechos reconocidos en normas puntuales, y es un sistema que funciona.

En éste, que es la tradición constitucional chilena si se incorporan en el texto constitucional y si lo vamos a hacer es importante que se haga bien. Los Derechos Humanos -que cómo les

decía son los que van a dar contenido a estos derechos fundamentales- no son un invento de un sistema; no son el resultado de una convención. No son el resultado de un sistema internacional en el que nos ponemos de acuerdo y decimos que es lo que pertenece al... propio de la naturaleza humana y qué no. Sino que nacen de la dignidad que tiene el ser humano. Eso lo aprendimos del siglo 20 con con dolor, con dolor. Porque por mucho que las legislaciones positivas digan, por ejemplo, que ciertos derechos no deben ser respetados, eso genera un daño terrible a las personas.

Teniendo claro qué son los Derechos Humanos que deben dar contenido a estos derechos fundamentales, la pregunta que tenemos que hacernos es quiénes son los sujetos de estos derechos fundamentales. Esta discusión ya sea tirándola a la larga o quedándose corto es crucial: porque de la limitación de la calidad de sujeto de derecho se producen y se han producido en la historia las peores aberraciones. Cuando nosotros le quitamos a un individuo la condición de persona en cuanto a sujeto de derecho se producen situaciones aberrantes. Ejemplo clarísimo de eso -y algo que se debe recordar porque es aprendizaje de la humanidad- fue lo que se vio en el genocidio por nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Privar a ciertos grupos de personas de la condición de persona como sujetos de derecho lleva a la sociedad a cometer y a la autoridad, al Estado a cometer las peores aberraciones. Es muy importante que cuando se establezca quiénes son los sujetos de derecho esa distinción sea tan amplia como sea posible para incluir a todos los sujetos de la especie humana. Ahora eso no debe llevar a incluir personas - o sea como sujetos de derecho a entes que no lo son-. No son sujetos de derecho, por ejemplo los animales, los vegetales, los seres de la naturaleza en general, las especies inertes. Si son -y no sé me entienda mal- sí son sujetos de protección y por supuesto que es así. Pero no son sujetos de derecho. El sujeto de derecho en cuanto tal nace -como decía- de la dignidad del ser humano y en qué particulares características, es la capacidad de ejercer la voluntad y la razón de poder hacer o exigir algo. Eso es lo que es un derecho. Los animales, los vegetales no tienen capacidad de hacer cosas -entiéndase en el sentido de voluntad para hacer algo, si pueden por ejemplo un perro ladrar un gato comerse la comida de gato etcétera-, pero no son capaces de ejercer su voluntad porque no tienen. Tampoco son capaces de razonar, siguen un instinto -insisto, eso no quiere decir que no tengan que ser protegidos pero no tienen derechos-.

Entonces en cuanto a sujetos de derechos debemos plantearlo en términos tan amplios para que todo individuo de la especie humana sea comprendido, pero dejando fuera entes que no son personas sujetos de derecho -sin perjuicio de darle la protección que corresponda-, pero eso obviamente que es más materia de legislación particular y no de un texto constitucional.

¿Cuáles son los Derechos Humanos? Los Derechos Humanos que deben ser consagrados son, naturalmente, la vida y la vida tiene distintas expresiones. El derecho a la vida, bueno el derecho a nacer, el derecho a la personalidad, el derecho a la legítima defensa, también la independencia, la libertad, la facultad de autodeterminarse -de lo que nace también la Facultad de poder expresar la opinión, de poder creer lo que uno quiera creer, de poder obrar de acuerdo a su conciencia sin que nadie le imponga lo contrario-; tener libertad ambulatoria -poder

moverse-, el derecho a la honra (vivimos en una sociedad, por lo tanto el bien pensar que tiene el resto a la sociedad respecto de nosotros es un bien moral que viene valor y que debe ser protegido), el derecho a trabajar -sino nos transformamos en una sociedad esclavos-; poder trabajar en lo que uno quiera y el derecho que está intrínsecamente unido a la propiedad: a tener, a hacerse dueño de la consecuente remuneración por el trabajo que estamos realizando (si no somos una sociedad esclavos).

Secretaría: Dos minutos.

Francisco Fernández: Muchas gracias. Los Derechos Humanos -dicho todo esto, que son elementos que creo que son básicos- no deben ser manipulados políticamente. No debemos caer en la tentación de utilizar la formación del texto constitucional en materia de Derechos Humanos para tratar de imponer o de buscar soluciones sociales o políticas. ¿Por qué? Porque se desnaturaliza lo que es un elemento sagrado: los Derechos Humanos. Si nosotros consideramos como Derechos Humanos garantías de orden social o política -que por lo demás pueden ser muy legítimas, pero que no son derechos humanos- las ponemos en la misma condición que derechos tan fundamentales como la vida, la libertad y la honra la libertad ambulatoria, la libertad de conciencia y eso a la larga termina desnaturalizando esos derechos. Es muy importante, es muy importante que está conversión sepa incluir como Derechos Fundamentales los que son Derechos Fundamentales y no cosas que no lo son. Respetando a todos los individuos de la especie humana Y eso comprende aquellos que no han nacido desde el momento de la concepción, por cierto. Porque privarles del derecho a ser sujetos de derecho es precisamente de lo que nacen como decía antes las peores aberraciones. Hay que considerar al ser humano como ser humano desde el comienzo hasta su muerte; cuando deja de ser persona.

Yo los invito a que en esta discusión constitucional -obviamente ahora se hablan de cosas generales- se traten de tener estos conceptos en consideración, cosa de que los derechos que se consagre sean efectivamente derechos que respeten lo más íntimo de la naturaleza humana y no se desnaturalice con conceptos que por mucho que sean legítimos no son Derechos Fundamentales.

Muchas Gracias.

[Hora de término: 03:22:04]

[Duración: 0:10:21]

Comunidad de Organizaciones Solidarias

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: Hans Rosenkranz y Luisa Álvarez

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[0:32:53]

Hans Rosenkranz: Muy buenos días a todos y todas. Buenos días a todos los y las integrantes de esta comisión. Queremos agradecer, en nombre de la comunidad de Organizaciones Solidarias, hoy día esta audiencia, hoy día presentaré yo, Hans Rosenkranz, director ejecutivo de la Comunidad de Organizaciones Solidarias y me acompaña también Luisa Álvarez, directora social de nuestra Organización.

¿Está ahí la presentación? ¡Bien! Muchas gracias. ¿Podemos pasar a la siguiente? ¡Ahí! Muy amable.

La Comunidad de Organizaciones Solidarias es una red de más de 240 organizaciones de la sociedad civil, que cree en el actuar colaborativo para la construcción de un país justo, equitativo y sostenible. En esta imagen que presentamos están casi todas nuestras organizaciones representadas, pero quiero contarles que en ellas están organizaciones católicas, judías, palestinas, sufíes, laicas. Hay algunas muy grandes, pequeñas, medianas y micros, que son... En un territorio, en un grupo particular de organizaciones, todas de alto impacto, que trabajan en territorios desde Arica hasta Aysén -nos gustaría mucho llegar hasta Punta Arenas, ojalá en el futuro, es parte de nuestro anhelo- que trabajan desde el servicio comunitario, que trabaja en el empoderamiento de las comunidades, en el activismo. En todas ellas son lideradas por personas, principalmente mujeres que han vivido en primera persona la exclusión y la pobreza, o que les han permitido conocer, a través de su trabajo, los territorios, con las personas y grupos vulnerables. Hay, en esta imagen, organizaciones centenarias medianas, antiguas, no tanto y algunas que están recién comenzando, y que tienen sus pequeños primeros brotes verdes.

Hace 14 años esta organización buscó ser un punto de encuentro entre organizaciones de la sociedad civil que trabajaban en materia de exclusión y pobreza. Creemos que la única forma de superar la pobreza es volver a vivir en comunidad, sabemos que los desafíos que tiene el país son muy grandes, no solamente los desafíos ambientales mundiales, sino también los sociales que hoy día estamos viviendo, y que son históricos y por lo tanto, creemos en llamados convocantes y que permitan promover y permitir que todas las personas organizaciones y todos los sectores puedan participar en el bien común de lo que esperamos positivo para nuestro país.

La siguiente diapositiva, por favor. Avance, por favor.

Nuestras organizaciones llegan a más de 1000000 de personas que están usualmente el 60% de mayor vulnerabilidad. Durante estos 14 años hemos impulsado la transparencia como un motor fundamental de confianza y legitimidad en las organizaciones, instalando instrumentos que hoy día son un activo público. Trabajamos como una red descentralizada, coordinamos en emergencias, en ayudas, en momentos que el país lo necesita, a través de gobiernos locales, regionales, organizaciones territoriales, bases; trabajamos con cada uno de ellos en

base a la confianza y el conocimiento y respeto mutuo, y respetando también su autonomía. Y trabajamos desde un enfoque de Derechos Humanos. Creemos que podemos hacerlo juntos, lo hemos vivido y es parte del testimonio que queremos entregar hoy día: de cómo trabajar y cómo construir país.

La siguiente diapositiva, por favor. Hoy día, gracias.

Hoy día, en esta cantidad de organizaciones representamos distintos temas, y lo que venimos a presentar hoy día y contarles a ustedes, son aquellos elementos transversales que cada uno de los grupos y organizaciones han ido trabajando, desde sus distintas perspectivas, son aquellos acuerdos en los que estamos todos interesados en que fluyan, y que por supuesto va a haber, y queremos presentar -conforme vaya pasando esta misma comisión- que cada una de las comisiones de organizaciones que son parte de la comunidad, que han trabajado en estas propuestas, puedan venir por los temas que ellos abordan: temas como la salud, las personas mayores, las personas que son de calle, las personas privadas de libertad, los migrantes, la infancia y la sociedad civil en general.

La siguiente diapositiva, por favor.

Es importante contar cómo construimos nuestras propuestas:

Una vez más por favor, el...

Sabemos que las organizaciones no van a pensar lo mismo: ya les conté que somos diversos y creemos en el valor de la diversidad, y por lo tanto, desde la diferencia, vemos que es importante construir el diálogo y la observación del trabajo en conjunto.

Por favor, un espacio más.

Y si nos ponemos a trabajar juntos, es más posible que empecemos a ver lo mismo. Ahí hay un valor en sí mismo, el poder construir desde la colaboración y desde el encuentro. Ese encuentro tiene que ser desde las vivencias de las personas y no desde la oficina; con los pies en el territorio, donde están los problemas. Tiene que ser trabajando en distintos grupos y con apertura. Sabemos, porque lo hemos vivido, porque lo hemos encontrado, que la respuesta a los problemas sociales no responde a una única ideología; y probablemente nos requiera a todos y todas las que estamos aquí presentes para avanzar en eso. Por lo mismo, queremos que esa realidad sea parte de la construcción de una nueva Constitución y queremos instar a que escribamos una nueva constitución en comunidad con los territorios y con todas las personas.

Mi compañera Luisa Álvarez presentará aquellos elementos transversales que están recogidos en cada una de las propuestas de las comisiones, que han trabajado por más de 8 meses - desde marzo hasta la fecha- en aquellas cosas en las que estamos de acuerdo con más de 130 organizaciones. Te doy la palabra, Luisa.

Luisa Álvarez: Muchas gracias, Hans. Buenos días a todos y todas. Como nos cuenta, efectivamente, dentro de un largo proceso de 8 meses, hemos llegado a consenso, hemos reconocido elementos transversales que tienen que ver con los derechos fundamentales -aun cuando también tenemos propuestas particulares que esperamos que en otra en otra audiencia

pública podemos profundizar- estos aspectos generales tienen que ver con, primero, principios y enfoques que nos representan y creemos que deben ser parte de una nueva constitución, en comunidad, de forma transversal.

Por favor la siguiente, la siguiente diapositiva.

Y el otro otro aspecto tiene que ver con...

La siguiente, por favor

Con el otorgar el rango constitucional a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, y también la relevancia de incorporar un reconocimiento constitucional y distintivo a la sociedad civil.

Siguiente, por favor.

Me voy a referir a cada una de estas propuestas.

Respecto a los principios y enfoques que nos representan y que creemos que deben ser parte de una nueva constitución en comunidad de forma transversal, tiene que ver con aquellos enfoques que dicen relación, por ejemplo, con la participación: el valor del involucramiento activo de todos y todas para generar cambios en los distintos niveles de participación es relevante para democratizar los procesos de toma de decisiones.

También la colaboración, donde todos y todas ponemos a disposición nuestro trabajo, nuestro conocimiento y experiencia para la consecución de una sociedad más justa y equitativa.

La pertinencia territorial, entendiendo que es muy relevante incorporar un enfoque que esté basado en la pertenencia, en los recursos y fortalezas de cada territorio donde habitan las comunidades.

La importancia del trabajo articulado en redes y la gestión intersectorial: diversos sectores pueden converger en sus diversas miradas de los problemas sociales, pero también deben ser considerados para las respuestas y los diseños de las soluciones de estos mismos; de aquí la importancia este enfoque, qué tiene que ver con que se consideran todos los sectores tanto públicos como privados, y a la sociedad civil, considerando también su impacto en la generación de soluciones integrales y de procesos integrados.

Secretario: 2 minutos

Luisa Álvarez: También dentro de estos enfoques está en la importancia de atender los grupos de especial protección, creo que los conocen y no voy a profundizar en ello al detalle; y también el enfoque de Derechos Humanos, entendiendo que un enfoque basado en Derechos Humanos no solo tiene que ver con los resultados sino también en el modo en cómo se lograrán estos resultados, y aquí resulta importante -en el fondo- que hay que desarrollar también la capacidad de los garantes de derechos para cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer cumplir cada derecho, así como también garantizar una participación, que es esencial no sólo para garantizar la titularidad del derecho, sino también para mantener su progreso en el ejercicio.

También el enfoque de género, como una herramienta de análisis -en el fondo- que es importante para examinar las relaciones sociales, a fin de que también tengamos respuestas que reconozcan las múltiples identidades como un elemento integrante en la elaboración, la aplicación, supervisión y evaluación de las políticas sociales y los programas.

Y la mirada del curso de vida, entendiendo que las trayectorias y los cambios en la vida de las personas son vitales, que hay impactos y eventos contextuales que configuran tanto la vida de las personas de manera individual como de las poblaciones -de manera- en general.

Esos principios y enfoques creemos que son necesarios, importantes, a relevar en cada una de las discusiones constitucionales que se realicen, especialmente en los derechos fundamentales.

El otro aspecto, que tiene que ver con otorgar el rango constitucional a los instrumentos internacionales, dice relación con que el Estado de Chile ha suscrito diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos, sin embargo, una constitución debe garantizar que esto no sea una mera declaración de principios. Se vuelve relevante -en el fondo- que se declare expresamente que los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes y debidamente ratificados por el Estado de Chile tengan jerarquía constitucional. Esto, otorgar este rango constitucional no solo es el hecho de incorporarlo en el texto constitucional, sino que propicia para que todos los organismos cumplan el rol que dicen estos tratados internacionales y dota de facultades a los organismos de control para hacer exigible lo establecido en éstos. También obliga legalmente...

Secretario: Tiempo.

Luisa Álvarez: A utilizar los tratados como un parámetro.

¿Puedo, por favor? ¿Un minuto para la última?

Y finalmente, nuestra última propuesta dice relación con la relevancia de incorporar un reconocimiento constitucional y distintivo a la sociedad civil. Actualmente existen más de 319000 organizaciones de la sociedad civil, que atendemos a más de 1000000 de personas que están en el 60% de mayor vulnerabilidad. Tenemos un rol cada vez más relevante y más visibilizado por la sociedad. No solo prestamos servicios a las personas vulnerables, sino que movilizamos participación social, implementamos programas gubernamentales, promovemos leyes o monitoreos de acciones de gobierno, somos un actor clave para profundizar la democracia y la gobernanza, y aquí la importancia de fomentar una sociedad civil plural y dinámica y la relevancia que tiene para el Estado su aporte en el cumplimiento de las tareas esenciales, es relevante para la solución de los problemas de interés público.

La experiencia comparada a nivel constitucional muestra que el reconocimiento de la sociedad civil, en las distintas constituciones -como un principio fundamental- constituye un mandato esencial de la propia libertad de las personas, y en definitiva, de su dignidad. Por eso creemos que reconocer constitucionalmente y de forma explícita a la sociedad civil como un grupo intermedio entre la persona y el Estado, distinta a la empresa privada, en virtud de los aportes que hacemos, hace y debe seguir haciendo la atención de los temas de interés público a través de la realización de sus fines particulares.

Muchas gracias.

Damaris Abarca: Muchas gracias. Bien, ¿preguntas? Felipe Harboe. ¿alguien más? Janis Meneses. Dos preguntas, recuerden, y obviamente paridad. Así que Janis y Felipe. Felipe comienza. Ellos le hacen la pregunta y responden de manera conjunta, por favor.

Felipe Harboe: Bueno, muchas gracias por la presentación, por el trabajo que ustedes realizan. La coordinación de organización solidaria es muy importante. La pregunta mía es: ¿cómo ustedes observan que el texto constitucional, en su capítulo de Derechos Fundamentales debiera consignar, 1, la participación ciudadana dentro del proceso democrático, y segundo, el sistema de garantías de esos derechos? Esas dos preguntas.

Damaris Abarca: ¿Janis Meneses?

Janis Meneses: gracias. Sí, por supuesto quiero agradecer la exposición. Me preguntaba va un poco, y estuve leyendo lo que lo que enviaron de la caracterización de la comunidad de organizaciones, no sé; considerando que Chile se caracteriza por un trabajo altamente focalizado en materia de políticas sociales, -porque ese es como el núcleo de lo que ustedes vienen a exponer- en ese sentido, a su juicio, ¿las políticas focalizadas -por ejemplo- en personas mayores, les ha permitido avanzar en materia de consagración de derechos o no? Gracias.

Damaris Abarca: tienen 2 minutos para responder las preguntas, por favor.

Hans Rosenkranz: Bueno, gracias por la pregunta Felipe, y a todos los que nos han escuchado y todas las que nos han escuchado. Antes de contestar, solo quiero dejar abierta la oportunidad y hacer el ofrecimiento, de que queremos invitar a... Las organizaciones de la comunidad van a venir a exponer, van a presentar sus temas y queremos que ojalá los puedan recibir: son más de 7 mesas que integran 130 organizaciones. Queremos dejar dicho acá: nuestra disposición con esta comisión, con la convención: estamos totalmente interesados en el éxito y nos parece fundamental y así nos hemos sentido desde que ingresamos, desde los policías que no atendieron hasta las personas que nos hicieron ingresar y ahora voy a pasar a dar las respuestas que nos han hecho, con mi compañera Luisa.

Respecto al tema de garantía. Es evidente que no es posible garantizar al 100% todos los derechos en todos los países. O sea, nunca se ha logrado, por tanto, desde la elaboración de esta Convención de Derechos Humanos con la convención de los nuevos Derechos Humanos que van pasando en nuevas generaciones, uno busca que estos queden consagrados a nivel de reconocimiento, e ir trabajando en un plan de avance progresivo. No es posible ponerlas todas al mismo tiempo, y parte de la conversación que nosotros queremos entrar hoy día es qué es necesario poner algún nivel de prioridad a aquellos grupos de especial protección que, sin merecerlo, son parte de un montón de injusticias y barreras para desarrollar su vida de forma plena. Entonces, no habría una manera para decir “se consagran de esta manera y se garantizan”. Creemos que es importante tener la discusión mirando a aquellos que hoy día no están en el grupo de los favorecidos y usualmente son los excluidos. Y me voy a referir a la pregunta de Janis, y voy a dejar la pregunta primera, del convencional Harboe a mi compañera.

Respecto a la focalización, nosotros creemos que no hay una respuesta absoluta en materia de focalización o universalización, con respecto a resolver los problemas y garantizar los derechos fundamentales. Y es probablemente una combinación de ambos enfoques lo que permite cumplir en mejor medida y tiempo, dados los recursos, la capacidad del Estado y las distintas personas. Entonces, efectivamente, es necesaria la focalización en muchas medidas y en muchas otras van a ser necesarias políticas universales que den un piso seguridad a todos los ciudadanos. Entonces creemos que hay un detalle, que vamos a poder tener que trabajar de forma conjunta, trazar cuál es la armonía correcta en el avance de derechos fundamentales.

Secretario: tiempo.

Hans Rosenkranz: Gracias, no alcanzamos a responder la pregunta, pero no, muchas gracias.

Matías Orellana: Un minuto más para terminar la idea, por favor.

Luisa Álvarez: Muchas gracias. Voy directo entonces, respecto a lo que tiene que ver con la participación ciudadana, es absolutamente relevante para nosotros el valor de la participación de todos y todas para generar cambios en los distintos niveles y eso ayuda a profundizar los procesos democráticos y la toma decisiones. En ese sentido la participación tiene que ser efectiva, contar con diferentes mecanismos de participación; pero la Constitución, al consagrar el Derecho a la Participación, lo que genera es un espacio; al garantizarles un espacio para que la ley -en el fondo- y todo lo que tiene que ver con la normativa pueda ser obligada, efectiva y permita fortalecer lo que hoy día conocemos como la ley 20.500, finalmente. Tiene una cantidad importante de espacios que permiten su fortalecimiento para no solo tener un espacio de consulta, sino es que también cómo se vuelve también la participación incidente, se generan espacios de escucha y se entiende que la colaboración - que son los principios que nosotros creemos absolutamente necesarios para construir una sociedad justa y equitativa- se materializa.

Entonces, ahí es absolutamente relevante que una constitución, al momento de garantizar el Derecho a la Participación también mandate a los órganos que correspondan para que ajusten a sus estándares establecidos para la participación efectiva. Y respecto de lo que tiene que ver con personas mayores en específico, ha habido avances importantes en cuanto a lo que son la Declaración respecto de los Derechos de Personas Mayores: lo que tiene que ver, en dónde se tiene que avanzar, [etcétera], pero aún se reconocen brechas importantes para lograr y alcanzar la garantía de derechos. Hay temas sumamente relevantes en esto, en lo que tiene que ver con lo que significa reconocer el ciclo de vida de las personas, efectivamente como un proceso y trayectorias que tienen implicancias a lo largo de toda la vida. Y acá, respecto - en específico- de las personas mayores, avanzar en igualdad, en no discriminación, en reconocer su autonomía, en que se les reconozca también su Derecho a la Participación y se avance en eso en esos espacios, es absolutamente fundamental. Entonces volvemos a lo mismo que hemos dicho: el reconocimiento de los Tratados Internacionales, de todos los instrumentos que nos hablan de garantía de derechos, son claves, son relevantes para poder garantizar los derechos a todas las personas.

[Término de la entrevista 0:52:44]

[Tiempo total de la entrevista: 19:51]

Jorge Contesse

Comisión: Derechos Fundamentales.

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: Jorge Contesse

Transcribe: Sergio Soza Díaz

[Hora de Inicio 00:53:26]

Jorge Contesse: Gracias a ustedes. Y muchas gracias por supuesto por la oportunidad de presentar ante esta Comisión. A mí lo que me interesa es ofrecer algunas ideas respecto... digamos que complementen buena parte de lo que la Comisión ha estado escuchando estos días. Yo he tenido la ocasión de seguir presentaciones que han hecho colegas particularmente en el día de ayer profesores y profesoras de derecho y por lo tanto, el interés mío es poder aportar una mirada que yo diría es de dos pasos previos antes que entrar en la discusión más específica, respecto de cuáles van a ser los Derechos Fundamentales que se contemplen en la Nueva Constitución y como se van a redactar. Me parece que lo importante acá es primero tener una suerte de forma de aproximarse a la manera como estos derechos deberían ser expuestos, debieran ser presentados.

Por lo tanto, lo que quiero ofrecer acá son tres preguntas y dejar tres ideas ante la comisión de Derechos Fundamentales y por supuesto que cualquier pregunta que haya, que no esté claro respecto de mi exposición estoy abierto, pues a ampliar, a explicar y a aclarar lo que sea necesario.

Primero, por qué es importante contemplar Derechos Fundamentales es algo a lo que me voy a referir muy brevemente. Segundo: ¿Qué es lo que debiera contemplar el texto de la Nueva Constitución cuando pensamos en esta materia de Derechos Fundamentales? Y tercero: ¿Qué es lo que no debiera contemplar, creo yo, el texto de la nueva Constitución?

Al respecto las tres ideas que quiero dejar planteadas sobre la mesa son primero que evidentemente la Constitución va a tener un catálogo de derechos, como son todas las constituciones del mundo incluida la constitución actualmente vigente en Chile. Segundo, un argumento a favor de una Constitución que llamamos de principios en lugar de una Constitución que sea de detalles que ya voy a explicarles con más calma en qué consiste esto. Y por último, un argumento también a favor de la importancia que es que la convención, que la Constitución que el texto de Nueva Constitución haga un reenvío, una delegación expresa en una cantidad de materias importantes a la legislación futura.

Primero, entonces ¿Por qué es importante contemplar Derechos Fundamentales en la Nueva Constitución? Esta es una pregunta que es bastante obvia y la tenemos respondida, la verdad, desde fines del siglo XVIII con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, una sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos -por una parte- ni

determinada la separación de los poderes, por otra, carece de Constitución. Esto es, creo yo, la piedra, digamos, angular donde se inicia la idea de constitucionalismo: por un lado de la idea de los derechos, toda la parte llamada dogmática, y por otro lado, todo lo que tiene que ver con la parte orgánica de la Constitución La forma como se separan los poderes, cómo se organizan sus atribuciones y potestades.

Por lo tanto, esta idea de por qué debiéramos contemplar Derechos Fundamentales, me parece a mí que es bastante obvia. Lo que hay acá es una suerte de promesa de cómo nos vamos a tratar unos a otros, de cuáles son los derechos que nos reconocemos por el simple hecho de ser persona, por pertenecer a la especie humana, como se dice. Esos son los Derechos Fundamentales o los Derechos Humanos. Acá si me permiten quisiera detenerme brevemente en algo que se ha dicho en algunas presentaciones y que yo creo que es importante remarcar. Los Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución son, desde luego, normas jurídicas que lo que hacen es -cómo llama buena parte de la doctrina- intentar optimizar, es decir, acá hay una distinción que es importante que es una distinción técnica que la Comisión tenga a la vista. Que es que hay algunas normas que se llaman reglas y otras normas que se llaman principios . Las reglas son normas jurídicas cuya aplicación es binaria, es decir, o se aplican o no se aplican. Por ejemplo, la velocidad máxima en una zona es de 50 km/h. Si alguien va a 51 km/h incumple esa regla; si alguien va a 49[km/h] no la incumple, la satisface. No hay forma en que esa regla se aplique de una manera distinta que un sí o un no. Los principios en cambio, y los Derechos Fundamentales pertenecen a la categoría de este tipo de normas, se aplican de manera no binaria, se aplican (aunque es una frase que en Chile no tiene la mejor fama, pero acá hay que tomar la mejor versión de ella) en la medida de lo posible. Las normas que contemplan Derechos Fundamentales, piensen ustedes, la Constitución asegura la igualdad ante la ley, la libre circulación de las ideas, la libertad de culto... Son normas que no sabemos exactamente cuándo se van a aplicar, cuando se van a cumplir, cómo se van a cumplir, es decir, son normas que, por necesidad, tienen que tener una textura abierta. Son normas vagas, son normas que requieren de interpretación posterior y eso me parece importantísimo que está comisión lo tenga muy presente en el momento que estén redactando las normas sobre Derechos Fundamentales, porque lo que no se puede pretender, me parece a mí, es regular en detalle todo lo que va a ocurrir los Derechos Fundamentales sino más bien establecer los trazos gruesos que -como diré ahora- van a ser el catálogo de derechos. Esto es lo que debe contemplar el texto de [la] Constitución, junto con una idea que ha circulado en alguna de las presentaciones (yo vi ayer la de la profesora Verónica Undurraga, el profesor Francisco Javier Urbina) y en conversaciones que he tenido con mi colega el profesor Domingo Lovera se está hablando y me parece a mí que es una excelente idea de... junto con tener el catálogo de Derechos Fundamentales que por ejemplo existe en todas las constituciones modernas en la Constitución de 1980, desde luego en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos-exista también una cláusula general de limitación de los derechos. Es decir, una fórmula que permita a los operadores al congreso al Parlamento a los jueces y juezas, a quienes les toque aplicar el texto de la Nueva Constitución, entender las formas en que se van a regular y se van

a eventualmente limitar los distintos Derechos Fundamentales que se contemplen en este catálogo.

Aquí también quise yo insistir en un modelo que se ha pensado, por ejemplo la cláusula general de limitación de armonización o de regulación, me parece a mí que regulación es una formulación más apropiada junto con establecer formas en que la Constitución va a permitir a la legislación futura hacerse cargo del detalle... Existen en el modelo internacional de los Derechos Humanos o en otras constituciones como la de Canadá, como la de Colombia, Sudáfrica en que... cuando ustedes redacten las normas sobre Derechos Fundamentales -el catálogo- qué es lo que se va a pensar... La legislación lo que va a hacer posteriormente para poder aplicar esas normas es preguntarse: cuando adopten una medida, se ha puesto como ejemplo salud pública, el caso de la pandemia, restricciones a la libertad ambulatoria, verdad algo que ha sido muy cercano a nosotros durante el último año y medio.

Se persigue un fin legítimo que es proteger la salud pública -verdad-. Luego quienes hagan esta interpretación de detalle de las cláusulas más bien generales que están en la Constitución en materia de Derechos Fundamentales, se preguntarán si la medida que se adopta -por ejemplo un toque de queda- es idónea para ese fin legítimo y si es idónea luego se va a pasar a un siguiente test en el cual la pregunta es si acaso esa medida es necesaria en una sociedad democrática. Es decir, existe mecanismos que sean menos lesivos, en este caso a la libertad ambulatoria, que persigan y que sean idóneos para proteger la salud pública. Si la hay, deberá preferirse aquel mecanismo. Y por último si no lo hay, si está es la medida necesaria en una sociedad abierta y democrática, entonces vendrá el momento de preguntarse si la medida es finalmente proporcional o no. Proporcional a qué: al grado de afectación que tiene sobre un derecho fundamental, por ejemplo, en este caso, la libertad ambulatoria. Esta creo yo que es la manera en que la Comisión, yo esperarí o sugeriría, se aproxime cuando estén redactando todos y cada uno de los derechos que van a estar contemplados en el catálogo se puedan hacer estas preguntas. pero qué es lo importante -y pasó a la última idea acá- es: sin necesariamente pretende responder todas estas preguntas. Acá hay algo que es fundamental en el ejercicio del Poder Constituyente. Ustedes tienen la bellísima labor de elaborar este catálogo de derechos, pero va a haber una suerte de desafío que será no pretender responder todos y cada uno de los problemas que puedan presentarse con la interpretación y la regulación de los derechos que ustedes contemplen finalmente en la propuesta de texto constitucional.

Esto quiere decir que la Constitución en general pero especialmente en materia de Derechos Fundamentales debe ser en mi opinión una Constitución de principios, que establezca -como dije recién- los trazos gruesos de la regulación de Derechos Fundamentales y no una constitución de detalle. Un ejemplo de Constitución de detalle lo encontramos actualmente en la Constitución de 1980 la regulación que hace sobre el derecho de propiedad. No es inocuo que la Constitución de la dictadura haya puesto el énfasis en materia de propiedad y sea una de las normas más largas que hay, cuando en general la técnica Constitucional lo que sugiere es que, especialmente materia Derechos Fundamentales es la regulación sea más bien breve sea más bien mínima para no rigidizar la práctica política que vendrá después. Esa práctica que se

debe referir a quién a la ley. Se habla del legislador, yo prefiero hablar de la ley. Hay que hacer mención hoy somos prácticamente puros hombres presentando; faltan mujeres acá yo sugiero hablar de la ley antes que el legislador. Por qué. Porque la ley es la manifestación de la voluntad soberana como define el Código Civil y por lo tanto será a su cargo regular y desarrollar la manera cómo se protejan estos derechos con sujeción a las promesas que están en la Constitución.

Para cerrar me permito una recomendación. Va a presentar el profesor Pablo Contreras a continuación: todo lo que está en este manual sobre Derechos Fundamentales, en el cuál escribe gente que está presentando hoy día incluso algunos convencionales constituyentes. Todas las preguntas, creo yo, que uno se podría hacer respecto de cómo se debieran regular los Derechos Fundamentales están en esta obra. Yo sugiero que hablen con Pablo que va a estar acá dentro de poco y le pidan toda la información que está aquí. Como digo las tres ideas que quise dejar planteadas son: la importancia de tener un catálogo de derechos, la importancia de ir a favor de una Constitución que sea de principios, más bien mínima y no de detalle y la importancia que es delegar en la legislación futura la regulación de los Derechos Fundamentales.

Muchas gracias dejo mi correo por si hacen preguntas posteriores.

Mesa: Se abre el espacio para preguntas. Benito Baranda tiene una pregunta ¿hay otra pregunta? Janis Meneses. se hace la pregunta y luego le vamos a dar dos minutos al expositor para que pueda responderlas. Muchas gracias, tiene la palabra Benito Baranda

Benito Baranda: Muchas gracias Jorge por la presentación. Solo quería que nos hicieras una corta reflexión acerca de la cantidad de derechos contemplados de la extensión del catálogo ¿Qué experiencia tienes tú al respecto? Gracias.

Janis Meneses: Muchas gracias. Bueno, por supuesto agradecer al expositor, mi pregunta va vinculada a de qué manera se hace responsable en el ordenamiento jurídico de la existencia de desigualdades preexistentes. La convención en sus reglamentos; en sus distintos reglamentos ha dado cuenta de que existen grupos históricamente excluidos y... Claro si bien hay una hoja en blanco en términos jurídicos no hay una hoja en blanco en la realidad cultural. Hay racismo, machismo, colonialismo... Entonces de qué manera está nueva constitución se puede hacer cargo de estos elementos. Muchas gracias.

Jorge Contesse: Gracias por las preguntas. Voy a partir por la pregunta del convencional Baranda. En cuanto a la extensión... la extensión de un catálogo yo creo que determina en buena medida la forma como posteriormente la Constitución sea virtuosa o no. Qué quiero decir con esto. Existe el riesgo de querer ponerlo toda la Constitución, de querer tener un catálogo lo más extenso posible, pero cierto no está acompañado de la manera en como organizamos el poder (que es la cita que yo ponía el comienzo respecto... en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, en la de 1789) si la manera en cómo se organiza el poder no tiene sintonía con un catálogo de Derechos Fundamentales, entonces lo que va a pasar con eso es que son promesas, digamos, al viento: se puede poner cualquier cosa, porque el papel lo soporta todo y

lo que es más preocupante es que eso devenga en una práctica constitucional que no sea virtuosa. Es decir, qué sea una Constitución, digámoslo así, que no se cumpla. Que es lo que ha pasado en buenas... en buena parte del mundo en que se celebra el momento de la Constitución, se hace un catálogo muy rico, muy creativo pero no existe correlación en materia de atribución y de asignación de potestades.

Por lo tanto lo que yo diría es: van a venir muchas propuestas respecto de derechos a incluir en la Constitución y yo lo que pienso ahí es que este es el momento de pensar cómo redactamos estas pretensiones políticas; es una constitución política lo que ustedes están redactando, con una técnica jurídica que permita posteriormente que su regulación por vía de la ley -y eventualmente por vía de la judicación judicial- sea virtuosa. Entonces la manera -creo yo- la mejor manera de aproximarse a esa pregunta es, de nuevo, pensar en una Constitución que sea de trazos gruesos, que contemple un catálogo que sea, digámoslo así, que tenga correlación con el derecho internacional, con los tratados internacionales; que converse con ese derecho, pero que lo haga responsablemente y eso significa poner atención a la manera como ustedes ven que, a futuro, la legislación pueda efectivamente hacerse cargo de las promesas solemnes que se contemplan en ese catálogo de derechos.

Hay un listado, hay un número de derechos que debieran estar? Yo creo que no. Yo creo que eso va a depender de la deliberación constituyente que ustedes están iniciando hoy día. y posteriormente, digamos, y eso evidentemente va a ser reflejo de lo que ustedes sientan qué es importante que esté ahí. De cuáles son los derechos que sin ninguna duda pueden estar y creo yo que es importante dejar abierta la posibilidad de que los órganos públicos en Chile puedan expandir derechos por vía de interpretaciones posteriores. Es decir, de nuevo, que la Constitución no sea una camisa de fuerza sino que sea, por así decirlo algo que abra las posibilidades hacia el futuro de manera de ir adecuando -a medida que no sé, en 30, en 20, en 40 años cuando pensemos nosotros en regulaciones de derechos que sean más progresivas, entonces haya espacio para hacer ello.

Respecto de la pregunta de la convencional Abarca (sic) en materia de desigualdad estructural yo estoy completamente de acuerdo con lo que usted dice. Desde luego esto es una hoja en blanco, pero tenemos que hacernos cargo de situaciones de desventaja que ocurren hace muchos años.

Primero, yo soy sugeriría un texto del profesor argentino Roberto Saba sobre desigualdad estructural, porque él analiza mecanismos jurídicos para hacerse cargo de esas situaciones de hecho, de desigualdad estructural. Por ejemplo, cuando se establecen cuotas como ya hemos conocido en la experiencia chilena reciente. Por ejemplo, cuando se establecen políticas de llamada de discriminación positiva o acción afirmativa, es decir, cuándo existen grupos que han sido históricamente desaventajados y por tanto se establecen mecanismos de política pública de manera de corregir en el tiempo esas diferencias de facto a través del derecho, a través digamos de normas jurídicas, para llegar a niveles de igualdad en materia de satisfacción ejercicio de derechos. Ahí simplemente dos ejemplos, pero en materia de políticas públicas, de nuevo, yo creo que eso se puede establecer como una cláusula genérica bajo la

regla la clausula que va a decir sobre igualdad ante la ley, que le da un mandato a la legislación posterior para que se haga cargo de las desigualdades históricas que existen en Chile, de manera de establecer políticas que lo que hagan sea corregir esas desigualdades.

Creo yo que la labor de la Constitución debiera ser esa. Nuevamente, enviarle hacia la legislación futura, hacerse cargo de esos problemas y que sea el próximo Congreso, el próximo Parlamento quién, tomando este mandato, desarrolle, ya sea por vía de cuotas, por vía de discriminación positiva, u otras formas de política pública, la manera de corregir entonces esas desigualdades estructurales e históricas.

[Hora de término: 01:11:04]

[Duración: 0:17:38]

Soledad Bertelsen - Universidad de los Andes

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre 2021

Presentan: Soledad Bertelsen

Transcribe: Bruno Costa

[1:11:35]

Soledad Bertelsen: Muchas Gracias, ¿se escucha?

Damaris Abarca: Perfectamente

Soledad Bertelsen: Buenos días, muchas gracias por la oportunidad de participar en esta instancia. Como profesora del observatorio constitucional de la Universidad de los Andes. Hoy, quería referirme a la titularidad de los derechos fundamentales o en otras palabras a sugerir cómo reconocer en el texto constitucional, quiénes gozan de derechos fundamentales y quería partir con esta reflexión. Este proceso constituyente, surge en medio de un movimiento social en que se han levantado con fuerza muchas demandas sectoriales y esto podría llevar a que en la nueva Constitución se reconozca una larga lista de titulares de derechos. Por ejemplo, las mujeres, los niños, personas con discapacidad, migrantes, miembros de pueblos originarios, entre otros muchos y esta técnica legislativa de llamarlo de alguna manera, tratar de enumerar todos los grupos que requerirían una protección especial, siempre corre el peligro de dejar a alguien fuera. Así, como hace 10 años había grupos que no tenían la visibilidad que tienen hoy, es probable que hoy, haya personas que también merecen un reconocimiento especial sin que nos demos cuenta y me imagino que estamos todos de acuerdo. Tenemos que hacer una constitución de largo plazo, que dure muchísimos años. Por lo tanto, esta enumeración de titulares aun cuando se aclarara en la Constitución que son solo ejemplos, que no es una lista cerrada taxativa, lleva igual a debilitar me parece a mí, la universalidad de los Derechos Humanos.

La universalidad, se refiere a esta característica de los Derechos que ha sido reconocida en la declaración universal de derechos humanos y en los tratados internacionales, que reconoce que todos los seres humanos tenemos los mismos derechos independientemente del lugar en que vivamos, sin importar la raza, el sexo, la condición, edad, etc. Por lo mismo, estimo que sería más conveniente reconocer que la Constitución asegura o garantiza a todos los seres humanos los derechos que se enumerarán en el texto constitucional. Me parece que es el término más inclusivo que no corre el peligro de dejar a nadie fuera, es precisamente este término de seres humanos. Y ahí, quería llevar a un segundo punto por qué recomiendo hablar de seres humanos como titulares de derechos y no simplemente de personas como se suele usar. Y aquí, me inspiro en la convención americana de derechos humanos, en el artículo 1.2 que señala que, para efectos de la convención, persona es todo ser humano y en principio los términos personas y ser humano deberían coincidir. Sin embargo, ha habido situaciones históricas lamentables como los genocidios en que se ha negado que algunos seres humanos sean personas, se les ha denegado su dignidad y se ha validado su exterminio. Para no correr el peligro de que a futuro ninguna autoridad de turno pueda negarles derechos o limitarlos o establecer categorías de seres humanos, diciendo que no son personas o que son menos personas o que haga depender los

derechos de algún atributo, me parece conveniente hablar de seres humanos como titulares de derechos fundamentales y quería explicar un poco más esta idea.

Los Derechos Humanos derivan de la dignidad, y la dignidad debe reconocerse, a todo ser humano, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. La dignidad, debe reconocerse con independencia elementos accidentales, como puede ser el tener la autonomía, tener cierta edad, el tener ciertas capacidades o no y por lo tanto son titulares de Derechos Humanos por tener la misma dignidad todos los seres humanos por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Esto que suena redundante, no es tan obvio. El problema es que hoy en día en el mundo muchas veces se reconoce la dignidad a la persona, no por el hecho de pertenecer a la especie humana sino por el hecho de poder ejercer autonomía y racionalidad, ya, negándole dignidad por lo tanto o negándole titularidad de derechos. Por ejemplo, al no nacido que pertenece a la especie humana pero que no ejerce esa autonomía todavía o podría ocurrir a una persona con una enfermedad terminal.

Esto, podría ocurrir si es que en nuestra Constitución se reconociera un Derecho Humano al aborto libre. Esta postura, aparte de negar la universalidad de los derechos nos lleva a ciertas incoherencias porque ¿por qué? ¿No sería titular de derechos un niño de 36 semanas de gestación que no ha nacido, pero sí lo sería un bebé prematuro que si nació a las 32 semanas? Ambos carecen de autonomía, sin embargo, ambos pertenecen a la especie humana y deberían ser reconocidos como titulares de derecho.

Pero ahí, quiero centrarme en otro punto que me parece importante que la convención y esta comisión analicen. Existe en la Convención, en la Comisión de Medio Ambiente, de Derechos de la Naturaleza y por lo tanto parece haber cierto consenso por lo menos en el reglamento que la Constitución daría titularidad a la naturaleza como titular de derechos, entonces si la nueva constitución reconoce a los animales, a los ríos, a los glaciares como titular de derechos como puedo justificar que el ser humano no nacido por ejemplo, no sea titular de derecho, mi pregunta sería cuál sería el fundamento para darles la protección diferente. Por ejemplo, vamos a proteger a una especie animal en peligro de extinción y a el ecosistema, pero no proteger al nasciturus, me parece extraño, entonces por eso llamo a hacerlo de la forma más amplia posible para no dejar a nadie afuera y lo menciono expresamente por que se ha hablado de consagrar dentro de la Constitución el Derecho Humano al aborto y un derecho humano al aborto es absolutamente incompatible con reconocerle titularidad de derechos y protección al nacido. Si la naturaleza, los ríos, los glaciares no tienen atribuciones de autonomía o racionalidad, ni siquiera en potencia por qué recibiría mayor protección que un ser que sí pertenece a la especie humana.

Una última idea sobre la titularidad de los derechos. Reconocer al ser humano como titular de derechos no debiera llevarnos a negar titularidad a colectivos que son esenciales para poder ejercer esos derechos. La misma primera presentación que escuchamos hoy día, resalta la idea de la importancia de reconocer a la sociedad civil en la Constitución y con esto voy en la misma idea, no basta con reconocer al ser humano como individuo aislado, el ser humano es un ser sociable por naturaleza, se funda con otros, para poder desarrollarse plenamente, para alcanzar sus fines. Y negar a las comunidades, asociaciones, la titularidad de derechos también llevaría a restringir la protección de los derechos de las mismas personas individuales. Sería un retroceso, por ejemplo, reconocer derechos a miembros de un pueblo originario, pero sin

reconocer la posibilidad que la comunidad si se defiende, defiende sus derechos como totalidad o sería un retroceso reconocer derechos laborales individuales pero negar a los sindicatos y o un ultimo ejemplo, reconocer la libertad religiosa y de creencia individual pero negar a una comunidad religiosa su autonomía para organizarse y para vivir esa religión en comunidad.

En conclusión la nueva Constitución sugeriría yo, que debería reconocer a todos los seres humanos como titulares de derechos humanos, convendría por lo tanto evitar caer en enumeraciones de grupos específicos que pudieran terminar excluyendo a otros y si lo hacemos de una forma más genérica podríamos, tener una constitución más inclusiva, en cambio hacer depender la titularidad de Derechos Humanos de una característica accidental como pertenecer a un grupo específico, el haber nacido o tener salud. Puede llevar a que futuro una autoridad de turno pueda desconocer derechos a quienes hoy están decidiendo o quienes son titulares de estos derechos, puede llevar a que futuro otra autoridad decida que hay personas de primera categoría y personas de segunda categoría.

Simplemente quedo a su disposición para responder posibles preguntas así, como plantear que tenemos la disposición todos los investigadores de polis y el observatorio constitucional de la Universidad de los Andes, para aportar en lo que necesiten en la labor de esta fundamental comisión.

Damaris Abarca: Muchas gracias, Soledad, palabras. Tenemos a Gaspar Domínguez y Natalia Henríquez

Gaspar Domínguez: Muchas gracias, buenos días. Quería consultarle que la Constitución actual establece en el artículo primero que las personas nacemos libres e iguales en dignidad de derecho. Sabemos que las diferencias estructurales generan que la simple declaración formal de igualdad sea insuficiente, es un hecho. ¿Qué diferencia ve usted entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva y segundo ¿por qué persistir con esta estrategia que ya comprobamos que no ha funcionado y que nos trajo hasta este momento de crisis política? Finalmente, sobre las múltiples consultas planteadas, yo encantado poder darle mi visión. Que supongo es muy distinta a lo que usted planteó en su presentación.

Damaris Abarca: Natalia, por favor

Natalia Domínguez: Sí, muy buenos días y gracias por la exposición, pero yo no puedo dejar pasar algo. El aborto no existe a las 25 semanas, 36 semanas. Eso no es aborto, el aborto formalmente llega hasta las 21 semanas, la mayoría de las legislaciones son a las 14 semanas. Entonces.

Damaris Abarca: Natalia remitámonos a la pregunta por favor

Natalia Domínguez: La pregunta es: hecha esa aclaración, la especie humana, yo entiendo que ella la asocia con la autonomía. Entonces ¿si un ser no tiene autonomía no es especie humana? Esa es mi pregunta.

Damaris Abarca: Muchas Gracias, Ahora por favor soledad responder de manera conjunta ambas preguntas, tiene 2 minutos.

Soledad Bertelsen: Muchas gracias. Respondiendo la pregunta de Gaspar, efectivamente, la igualdad formal y la sustantiva son diferentes y la Constitución me parece que el modo de hacerse cargo de una igualdad sustantiva es a través de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, que esa protección que puede haber sido insuficiente hasta ahora, esa es la que debe hacerse cargo me parece a mi de las diferencias que existen hoy en día y no se han podido suplir y como decía el profesor Contesse en la presentación anterior. Va a ser necesario de todas maneras que el legislador complemente la Constitución. No podemos esperar que la Constitución va a poder llenar todos los detalles de todas las falencias que puedan existir en la protección de los derechos hoy en día. No podemos olvidarnos que va a haber una tarea a futuro de poder complementar estos derechos y creo que es, a través de estos derechos económicos sociales y culturales donde vamos a poder hacernos cargo de estas desigualdades que existen.

Respondiendo a Natalia. Gracias por la pregunta porque efectivamente creo que es importante hacer una declaración. Especie humana, incluye a todos los seres que pertenecen a la especie humana y que tengan el mismo ADN del ser humano y no a los que tenemos autonomía. Precisamente es lo que yo quería aclarar, en el fondo por el solo hecho de ser humano es que pertenecemos a la especie humana. Sin embargo, se ve cierta tendencia internacional y en derecho comparado en ciertas sentencias que se reconoce titularidad de derechos por tener autonomía no por pertenecer a la especie humana. Se le reconoce personalidad por ser autónomo y eso nos podría llevar a otorgar dignidad con ciertas discapacidades, por eso es muy grave para mi como fundamento de los derechos, dar los derechos por tener autonomía y yo lo que hago es, al contrario, es reconocemos derechos por sólo pertenecer a la especie humana, no reconocemos nada más.

[Término de la entrevista 1:25:20]

[duración de la entrevista 0:13:25]

Pablo Contreras

Comisión: Derechos Fundamentales.

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: Pablo Contreras

Transcribe: Sergio Soza Díaz

[01:27:50]

Pablo Contreras: Bueno, muchísimas gracias. Quiero agradecer a la comisión y a la coordinación por la invitación para poder exponer. Me voy a referir durante estos 10 minutos respecto del problema y la regla de titularidad de derechos fundamentales. Así que creo que puede ser un buen contrapunto a la exposición de la profesora, de la profesora Bertelsen. Siguiendo, por favor.

Voy a dar cuatro ideas relativas a esto. En primer lugar, voy a celebrar la decisión de esta comisión de elaborar un sistema de derechos fundamentales. Creo que eso es central y es un gran paso que no estaba claramente identificado en el contenido mínimo del reglamento general en el artículo 65. En segundo lugar, voy a dar algunos detalles sobre la relación jurídica ius fundamental; es decir, la relación entre un titular, un derecho y un destinatario o un obligado por el derecho. En tercer lugar, me voy a referir a la regla general de titularidad. Y, finalmente, voy a cerrar con las reglas especiales de titularidad. Siguiendo, por favor.

Bueno, lo primero es que, pese a que no lo dice el artículo 65, esta comisión ha abierto audiencias precisamente para discutir presupuestos generales sobre la teoría de los derechos fundamentales. Reglas sobre titularidad, sobre destinatario, sobre principios, sobre límites, regulación. Eso hay que felicitarlo, se aparta de cómo la Constitución de 1980 tipificó los derechos fundamentales y esto es fundamental para su aplicación en el ámbito de los tribunales de justicia sobre todo. Y, por lo tanto, es bueno que discutamos aquellas normas o presupuestos generales para la aplicación de todos los derechos. Eso contribuye a redactar un catálogo coherente y contribuye muchísimo a su aplicación coherente en los casos concretos por los tribunales, por los órganos que tienen que aplicar la Constitución. Y una de las piezas claves dentro del sistema de derechos fundamentales, es la denominada relación jurídica, ius fundamental. Siguiendo por favor.

Aquí hay un diagrama de la relación jurídica ius fundamental para que tengan conciencia que, cuando hablamos de un derecho, hablamos de alguien que tiene un derecho, ese el titular; hablamos de lo que obliga el derecho, ese es el objeto, aquí qué es lo que permite, prohíbe, mandata a hacer; y tenemos un destinatario, quién está obligado por el derecho. En cada derecho debiésemos poder identificar esta relación. Eso nos permite clarificar qué es lo que queremos lograr con la pretensión política que vamos a consagrar como derecho fundamental. Una cosa distinta del titular es quién puede ejercer o accionar los recursos para defender ese derecho y esa es la legitimidad activa. Lo mencionó porque después puede ser relevante para distinguir entre derechos y cómo se estructuran o configuran las garantías que protegen derechos. Siguiendo por favor.

Entonces lo que quisiera compartir con ustedes es cómo en una constitución podríamos establecer una cláusula general, una regla general de titularidad. Hoy día es uno está

explícitamente formulado. La interpretación que ha hecho la doctrina de la jurisprudencia ha sido del epígrafe del artículo 19, qué dice “la Constitución asegura a todas las personas”. Y lo que han hecho los tribunales, los académicos, es colgarse la palabra personas para crear un estatuto de titularidad. Y lo que sería ideal es que una constitución que aborda un sistema de derechos fundamentales fijé claramente que el titular de derechos fundamentales en esta Constitución es, la regla general, la persona natural o física. Y fíjense que aquí uno puede tener distintas expresiones, la profesora Bertelsen decía seres humanos, por ejemplo. Pero ojo, lo hacía siguiendo la convención americana de derechos humanos, cuando es la misma Corte Interamericana la que ha interpretado qué esa expresión no significa que el no nacido, el nasciturus, sea titular de derechos fundamentales. Eso es importante tenerlo presente cuando se utilizan las expresiones. En general, y esto es una opinión consultiva reciente de la Corte Interamericana, ha interpretado que, en la convención americana, el titular de derechos por excelencia es la persona natural o física. Más allá de las expresiones lingüísticas que utilicemos. Siguiendo, por favor.

Lo que sí vamos a tener que discutir es una cuestión que sí ha generado problemas en su aplicación práctica, que son reglas especiales de titularidad. Y aquí hay una oportunidad para perfeccionar el estatuto de a quién le vamos a reconocer derechos fundamentales. El primer caso, el de las personas jurídicas, ya. Y en el derecho comparado lo que se ha hecho es reconocer derechos a las personas jurídicas, atribuirles esos derechos, reconocerlas como titulares, siempre y cuando se avenga con la naturaleza del derecho. Entonces hay derechos que sí pueden ser de titularidad de personas jurídicas y otros derechos que por su naturaleza son incompatibles con ello. Y aquí tengo algunos ejemplos, obviamente los sindicatos ejercen y son titulares de la libertad sindical, las confesiones religiosas respecto la libertad religiosa, las empresas con el derecho de propiedad, o los medios de comunicación como titulares de libertad de expresión. Esos son algunos ejemplos, pero las personas jurídicas no son titulares del derecho a la vida, por ejemplo. Y esto está muy resuelto en el derecho comparado, tampoco son titulares del derecho a la protección de datos personales. Esos son ejemplos que nos permiten distinguir en razón de la naturaleza del derecho cómo se atribuye a una persona jurídica la titularidad de un derecho fundamental. Ojo que vamos a necesitar quizás precisiones adicionales, que no existen en las normas del derecho comparado, como la Constitución alemana, por ejemplo. Porque tenemos a veces personas jurídicas, pero son personas jurídicas de derecho público. ¿Esas persona jurídica derecho público es titular de derechos? En principio no lo debería ser, pero también sabemos que hay una disparidad de criterios en esto. Las confesiones religiosas son personas jurídicas de derecho público y es evidente que son titulares de ciertos derechos. Entonces el criterio que se ha hecho para precisar esto es si ejercen o no funciones públicas. Un municipio, que es una persona jurídica de derecho público, no sería titular de derechos fundamentales, mientras que una iglesia que sí tiene esta misma personalidad, ejerce un derecho fundamental y no funciones públicas. Siguiendo, por favor.

Ahora bien, hay unas cuestiones específicas que van a tener que enfrentar probablemente en el marco de esta discusión. Y quiero mencionar dos ejemplos, y si me alcanza el tiempo voy a referirme a un comentario de la profesora de Bertelsen. En primer lugar, las personas colectivas. Es difícil fijar una regla especial de titularidad para las personas colectivas y aquello lo que sugeriría es que en el evento que se reconozcan, por ejemplo, los derechos colectivos de pueblos originarios, ahí se fije una regla especial. Me parece que esto tiene bastante asidero en

el derecho internacional, no hay ninguna duda al respecto. Y eso permitiría resolver otros problemas de hablar de personas colectivas en términos genéricos como titular derechos fundamentales que siempre genera dificultades aplicación práctica.

Y, por último, el tema de la naturaleza y los animales no humanos. ¿Es posible atribuir derechos a la naturaleza y a los animales no humanos? Efectivamente es posible, eso supone superar una cosmovisión, un paradigma antropocéntrico, y esa una discusión de fondo que probablemente van a tener no solo aquí, sino también la comisión número cinco, por ejemplo, o la comisión número dos. Ahora, el hecho de reconocerle derechos a estas entidades supone superar este paradigma. Pero más que la atribución de titularidad, es decir, que la naturaleza va a ser titular de derechos, va a ser sujeto de derecho, yo les insto a que se enfoquen muchísimo más, y en esto los enlaces de transversalización son clave, en la otra dimensión que hace que esos derechos de la naturaleza y los animales no humanos sean una realidad. ¿Y cuál es esa otra dimensión? Establecer claramente deberes estatales...

Secretaría: 2 minutos

Pablo Contreras: establecer con claridad reglas especiales de legitimación activa, es decir, quiénes pueden y cómo interponer acciones y recursos para proteger esto. Y, en tercer lugar, una institucionalidad de defensa, que puede estar regulada a nivel legal, constitucional, pero esas son las cuestiones que realmente van a garantizar las pretensiones políticas que vamos a tener respecto a la naturaleza y los animales no humanos. Por eso, les muestro el ejemplo de la Constitución alemana que lo que hace es ir no reconociendo titularidad a la naturaleza. No dice que es sujeto derecho, pero establece deberes claros del Estado y del legislador para materializar la protección de la naturaleza y de los animales. Entonces si van a reconocer derechos sin toda esta otra dimensión de deberes, legitimidad activa, institucionalidad; eso puede ser una promesa un poco vacía. Si no reconocen derechos en términos de titularidad, pero reconocen todo lo demás, probablemente la pretensión política de una nueva eco-constitución se va a materializar de igual forma. Aquí hay un espacio para que puedan discutir al respecto. Me voy quedando sin tiempo, lo único que voy a mencionar es que establecer derechos especiales respecto de ciertos titulares (niños, niñas y adolescentes, mujeres, pueblo originarios, trabajadores, consumidores) no significa afectar la universalidad de la titularidad de los derechos, sino que por el contrario una profundización que ha hecho precisamente el derecho internacional de los Derechos Humanos en la especificación de facultades especiales de ciertos derechos respecto de ciertos titulares. Muchas gracias.

Matías Orellana: Se abre el espacio de preguntas. Tenemos a César Valenzuela y... ¿Hay alguna pregunta más? Si es que no la hay... tenemos al convencional Felipe Harboe. Se cursan las dos preguntas para que pueda él explicitar, luego en dos minutos va a ser la respuesta. Tiene la palabra convencional César Valenzuela.

César Valenzuela: Bueno, primero que todo, muchas gracias por la exposición. Muy muy muy interesante. Porque además usted abordó un tema que la verdad que me parece que va a concentrar parte importante la discusión de esta comisión y es principalmente a lo último lo justo se refirió. Que tiene que ver con esta titularidad que se ha comenzado a atribuir de derecho tanto la naturaleza como a los animales. Yo soy un convencido que, evidentemente, tanto la naturaleza como los animales requieren de una protección

especial. Y entiendo que además los tres puntos que usted señalo van justamente en esa dirección, en términos de garantizar efectivamente una protección. Pero tengo dudas respecto a la titularidad de, comillas, derecho, por precisamente lo que usted señalaba, una concepción antropocentrista que probablemente a nosotros nos marcó mucho en nuestra formación. Entonces, usted hizo una mención sobre esto y me interesaría saber su opinión, ¿Qué es lo que le parece a usted que efectivamente podemos consagrar una titularidad derechos fundamentales tanto la naturaleza como el caso de los animales?

Matías Orellana: convencional Felipe Harboe

Felipe Harboe: Muchas gracias, profesor Contreras. Quiero llevarlo a un tema que no tocó aquí, que yo sé que usted se ha dedicado bastante, que es el principio de la autodeterminación informativa. Como un elemento fundamental. Todo el capítulo relativo al tema derechos digitales, digamos, ¿Cómo las personas, hoy día el ser humano, tiene una identidad digital en los hechos? ¿Y cómo eso puede afectar los derechos fundamentales en su esencia, digamos? Y, por tanto, ¿cómo usted lo abordaría? Y, en segundo lugar, ayer tuvimos la presentación de la profesora Undurraga que habló sobre cláusulas del límite. Yo entiendo que usted tiene una visión un poco distinta al respecto, y creo que sería bueno conocerla particularmente en esos dos puntos. Eso es.

Pablo Contreras: Bueno, muchísimas gracias. Primero al constituyente Valenzuela, efectivamente yo tengo un sesgo cultural y es bueno advertirlo y transparentarlo. Yo también provengo de una tradición cuya concepción antropocentrista es la que me ha formado. Eso no significa que no me abra el entendimiento y, de hecho desde la filosofía moral, por ejemplo, Peter Singer ha criticado a ese especismo, que no hay razones morales fuertes para sostener la distinción entre animales humanos y animales no humanos. Y hay buenos criterios, incluso los de la biología, para tener otra tesis moral. Mi impresión es que puede ser que esta convención en su diálogo político se habrá otras cosmovisiones y entienda que el reconocimiento también supone un nuevo pacto. Un nuevo pacto no solo entre hombres y mujeres, no solo entre clases, sino también entre las personas, los seres humanos, y el ecosistema en que habita. Un pacto eco-constituyente, en ese sentido, y ahí podría haber un reconocimiento. Yo, mi advertencia al respecto es si se atribuye titularidad a los otros elementos, me parece que eso defrauda las expectativas ecologistas que están depositadas en una Constitución para enfrentar una crisis climática, eso por un lado. Y, en segundo lugar, creo que, dado que ustedes tienen una regla muy exigente de quórum, es posible que no haya un acuerdo transversal, de más de dos tercios, para una comovisión que atribuye titulares a la naturaleza y a los animales no humanos. En ese sentido, creo que un punto de negociación y acuerdo podría ser precisamente cómo enfrentamos ese desafío político, en reglas que pueden ser menos sexys, si quieren, como las reglas procesales, las reglas de deberes, las reglas de instituciones. Y eso podría permitir conciliar distintas cosmovisiones, después a través del proceso legislativo democrático, y asegurar la necesidad de defensa del medioambiente.

Respecto a la pregunta, a las dos preguntas del contribuyente Harboe, quiero agradecerle. Efectivamente, yo he trabajado en autodeterminación informativa, que es cómo se le conoce al derecho a la protección de datos personales. Mi sugerencia en este punto, que no está en el catálogo del artículo 65, pero, sin embargo, mi sugerencia es que se reconozca en este catálogo de derechos, se reconozca separadamente el derecho a la vida privada porque es algo distinto,

tiene distintas facultades, y que, además, se haga una remisión al legislador para que establezca una autoridad independiente de control, que es el estándar internacional indisputado en esta materia. Y nosotros tenemos un atraso de 10 años, más de 10 años sobre esto, es un compromiso OCDE no cumplido, etcétera.

Por último, respecto a la cláusula de límites, yo he seguido todas las exposiciones de esta comisión porque efectivamente, como decía el profesor Contesse, hemos estado escribiendo hace mucho tiempo sobre esto. Y voy a seguir el gesto de la presidenta Loncón y voy a hacer llegar a la coordinación, para la convención, algunos libros para que tengan como consulta en este debate cívico que tenemos. Mi impresión es que es muy buena idea introducir una regla general, más que de límites, de regulación; en donde el legislador tiene una competencia general para armonizar derechos, para generar los requisitos para ejercer derechos, establecer mandato, etcétera. O sea el legislador hace... Las políticas públicas hacen que los derechos se conviertan en realidad y entonces una habilitación general de regulación es muy útil para que no tengamos los problemas que hemos tenido durante 30 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, en donde incluso regulaciones han sido declaradas inconstitucionales. Por ejemplo, por poner sólo un ejemplo y con esto cierro, en su momento se cuestionó ante el Tribunal Constitucional la obligación de que los establecimientos educacionales tuviesen exclusividad de giro. Es decir, que no pudiesen ser un bar, una discotec, un colegio y además una librería, digamos. Eso que, desde la década 80 respecto de los bancos está establecido en la ley, eso que se cuestionó constitucionalmente. Eso es regulación, no es ni siquiera limitación. Eso no debería haber tenido ni siquiera una disputa de constitucionalidad porque una cláusula general de regulación permite hacer esto. Y luego tenemos cuáles son los límites y yo creo que eso el profesor Contesse lo expuso sumamente bien.

[Hora de término:01:45:51]

[Duración: 0:18:01]

Javier Couso – Universidad Diego Portales

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: Javier Couso

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[1:47:26]

Javier Couso: Muchas gracias, convencional coordinadora. Mi nombre es Javier Couso, yo soy profesor de la Universidad Diego Portales, de la Facultad de Derecho, y de la Universidad de Utrecht, en los Países Bajos. Tengo una pequeña presentación de PowerPoint que voy a compartir con ustedes, para efectos de hacer más expedita la presentación; y [les pido que] por favor, [puedan] confirmar que...

Damaris Abarca: Se ve perfectamente a través del Zoom y la plataforma.

Javier Couso: Okey, muy bien, muchas gracias convencional coordinadora.

Básicamente, lo que quisiera plantear en estos 10 minutos son los mecanismos de exigibilidad y financiamiento de los derechos económicos y sociales. La antigua distinción que hay entre Derechos Civiles y Políticos; derechos que no demandaban, supuestamente gastos del erario nacional, y los derechos económicos y sociales, que sí los demandaban, ha quedado obsoleta. Hay mucha literatura al respecto, particularmente útil es el libro “El Costo de los Derechos”, que, por decirlo así, explica cómo el Derecho al Debido Proceso, uno de los Derechos Civiles más antiguos de la historia la humanidad, demanda toda una sofisticada estructura: de Ministerio Público, de Tribunales, de Abogados de Defensa provistos por el Estado a quienes no puedan acceder a ella, etcétera. Hoy hay consciencia entonces de que ambos derechos, civiles y políticos, y los económicos y sociales, demandan financiamiento del Estado.

Ahora, entender lo anterior no simplifica las cosas. La experiencia acumulada desde los años 1990s hasta la fecha –son 30 años- en Colombia, Sudáfrica, Costa Rica, Argentina y otros países, sugiere que la exigibilidad judicial de derechos económicos y sociales presenta serios desafíos. La buena noticia para nosotros en Chile es que podemos adoptar mecanismos de exigibilidad o justiciabilidad de derechos económicos y sociales, que tengan a la vista las lecciones, positivas y negativas, que dejan tales experiencias comparadas, para evitar reproducir los aspectos problemáticos.

Hay hoy un paradigma de justiciabilidad de los Derechos Económicos, que los equipara automáticamente a la exigibilidad de un Derecho Civil, como la Libertad de Movimiento (cuando alguien es arbitrariamente detenido). En ese paradigma, un individuo concurre y le plantea a un tribunal que tiene un Derecho, por ejemplo, a la Salud, que necesita un medicamento que no puede solventar, y el tribunal debe ordenar a las autoridades de salud la entrega de medicamento. Si se ve, en este paradigma, el juez se limita a establecer que el derecho económico o social en efecto está reconocido por la Constitución, decreta un remedio judicial inmediato, [tal] como decretaría la libertad de un detenido ilegalmente, en cuyo favor se presentara un Recurso de Amparo.

En materia de derechos económicos y sociales, esto ha sido ensayado recientemente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, y jueces importantes, como Sergio Muñoz, han declarado que las consideraciones financieras están fuera de lugar cuando se trata de un derecho fundamental: “Hágase justicia, aunque el mundo perezca”; no lo ha dicho así, pero esa es la lógica detrás de esto.

El problema de este modelo de justiciabilidad, que a primera vista suena atractivo, pero [por] la estructura que tiene, básicamente, el primero que llega [es] el primero que es atendido. O [se da una] justicia social a cuentagotas. Se basa en dos razones que están equivocadas: la primera, que hay recursos ilimitados, y [segunda], que la conciencia de los derechos de los individuos en la sociedad, y de los mecanismos para hacerlos efectivos, están parejamente distribuidos. Y ambos supuestos, lamentablemente, no son efectivos, como enseñan las experiencias: colombiana, sudafricana y otras.

En efecto, grupos de ingresos medios-altos y medios acuden desproporcionadamente más que los grupos más desaventajados a la justicia, primero porque tienen mayor conciencia legal de los derechos de que gozan, eso les permite saber que también hay mecanismos para hacerlos exigibles. Y los recursos se agotan sin planificación alguna. Así, por ejemplo, en Costa Rica hace unos años, un estudio determinó que el 15% del presupuesto anual de salud se gasta en financiar a 700 personas, [de entre] una población de 5000000; personas además de ingresos medios-altos y medios. Básicamente, esto llevó a Norheim y Wilson, en un estudio del año 2014 a concluir que, en Costa Rica [ocurre] lo siguiente: “no podemos concluir que los litigios condujeron a una mayor equidad al acceso a los medicamentos.”

Otros estudios socio-legales han establecido que la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales no han logrado introducir mayor igualdad socioeconómica. Brinks y Gauri, el año 2014, [haciendo] un estudio en la India y otro en Brasil, detectaron que los litigios sobre derechos sociales, en general, benefician a quienes se encuentran en el espectro medio social, porque los pobres no tienen acceso a los tribunales.

De hecho, algunos autores han llegado señalar que la justiciabilidad individualizada de derechos sociales los neoliberaliza. Lo anterior se evidencia en un estudio muy reciente, de Vargas-Peláez del año 2019, donde contraponía, respecto al Derecho al Acceso a la Salud, la mirada de jueces, y la mirada del personal médico y de expertos en salud pública. Este estudio determinó que, en América Latina, los representantes del poder judicial argumentaron que era éticamente inaceptable sacrificar el derecho individual a la salud para proteger el derecho colectivo a la salud; mientras que los gestores del sistema de salud consideraban que no era ético sacrificar el derecho colectivo a la salud para proteger el derecho individual a la salud.

Dicho esto, ¿qué hacemos, a la luz de estas distorsiones que más de un cuarto de siglo de experiencia comparada nos dejan?

Primero, es obvio que hay que reconocer un más amplio catálogo de derechos económicos y sociales; eso está fuera de toda duda: es un imperativo ético y una demanda muy sentida en la sociedad chilena. Pero al mismo tiempo, hay que evitar una justiciabilidad individualizada – individualista, se podría decir- para satisfacer derechos sociales. Esto es lo que Fernando Atria denominaba una forma “neoliberal” de hacerlos exigibles.

Por lo tanto, la sugerencia es pensar en fórmulas de exigibilidad de los derechos económicos y sociales que involucren una planificación, en que el Estado diseñe, financie e implemente políticas sociales que, en efecto, satisfagan estos derechos sociales y económicos que son reconocidos. Hay que autorizar a las Cortes a [declarar] lo que se llama Declaratoria de Inconstitucionalidad Estructural -por ejemplo, por parte de la Corte Suprema o [el Tribunal] Constitucional, si se desea mantener órgano- para que éstas sean políticas de Estado, no del gobierno de turno.

Voy a dar un ejemplo. En el estado de Texas, en los Estados Unidos, ante condiciones carcelarias infrahumanas (no eran derechos económicos) la Corte Suprema de Texas decretó que daba 2 años de plazo al estado para construir cárceles dignas; si no, iba a liberar a los presos no violentos. Se buscan mecanismos de exigibilidad colectivos, es decir, que hagan honor a que estamos hablando de derechos sociales.

En materia de vivienda, por ejemplo, es distinto, e impracticable, ordenar la construcción de casas y departamentos porque una persona llegue provista, individualmente, de su Derecho a la Vivienda. Pero es distinto eso a que los Tribunales, a la hora de ordenar desalojos, exijan que el Estado provea techo provisorio a las familias que se encuentra desalojando en ese minuto, esto se ha ensayado en Sudáfrica.

Finalmente –me voy acercando al final de esta presentación, y disculpen lo rápido, pero tenía muchas cosas que quería plantear- se pueden establecer principios constitucionales a la manera que lo ha hecho Alemania. Principios constitucionales “con dientes”. Esto lo dice en relación con el Derecho a la Educación, vinculado al Derecho a Libertad de Enseñanza en Alemania. El artículo 7 de la Constitución Alemana actual, señala que el Estado puede autorizar la existencia de escuelas privadas, pero en la medida en que estas no discriminen a niños y niñas por el ingreso económico de sus padres, lo que obliga a los colegios privados a colaborar con el Derecho a la Educación, estableciendo hasta aranceles diferenciados como una exigencia constitucional que, por otro lado, permite la conexión pública-privada bajo un régimen que no vulnere otros principios constitucionales, como la igualdad, o en este caso, la no-discriminación por el ingreso de los padres.

Así finalmente, es importante –y con esto cierro, es clave entender que no se financiarán Derechos Económicos y Sociales sin un Estado fiscalmente responsable: en América Latina hay muchos países en los que la Deuda Pública se lleva buena parte del Presupuesto Nacional. Y por supuesto, sin un crecimiento económico (sustentable medioambientalmente y equilibrado, por supuesto), sencillamente, la satisfacción de derechos sociales será una promesa incumplida. Muchas gracias, convencional coordinadora.

Damaris Abarca: bien tenemos entonces dos preguntas de la convencional Janis Meneses y del convencional Gaspar Domínguez. Pueden hacer la pregunta y Javier responderá de manera conjunta.

Janis Meneses: Muchas gracias. Muchas gracias por la exposición, por supuesto. Bueno, cuando hablamos de mecanismos de exigibilidad de los Derechos sociales aparece la idea del financiamiento como uno de estos mecanismos de exigibilidad. Además del monto, es decir, de cuánto se va a invertir en ello, están en cuestión las maneras del financiamiento, y frente a eso, mi pregunta es ¿qué tipo de financiamiento permite

afirmar que el Estado está garantizando los derechos fundamentales? Porque hay muchas formas de financiar, ¿no? Por ejemplo, sistema de voucher que tenemos hoy día en Chile en las escuelas, las universidades, los hospitales, los niños atendidos por SENAME, etcétera. Muchas gracias.

Gaspar Domínguez: Muchas gracias al profesor por la exposición, la verdad [es que] personalmente la encontré brillante e inspiradora. Quería consultarle: sobre la base de que los derechos económicos sociales y culturales asumen un gasto, la exigibilidad de ellos, ¿podría, a su juicio, de alguna manera permitir que un poder distinto al Ejecutivo tenga acceso o posibilidad de determinar los gastos del Estado? Con los mecanismos, por ejemplo, el que usted mencionó en Texas, donde la Corte Suprema mandató al Ejecutivo a construir cárceles. Gracias.

Damaris Abarca: Javier, tiene 2 minutos para responder.

Javier Couso: Muchas gracias a ambos convencionales constituyentes por las preguntas. Partiendo por la primera pregunta, mi impresión es que, a nivel constitucional es importante dejar muy claro los principios, un poco a la manera que mencionaba en el caso alemán, como [éste] enlazaba el Derecho a la Educación con la Libertad de Enseñanza, pero de manera de honrar el Principio de Dignidad y de Igualdad; pero no casarse con números, con guarismos, como de cuánto debe financiarse en el Presupuesto Nacional. Eso en general introduce rigideces; en la Constitución Brasileña, por ejemplo, ha llevado a una sucesión de reformas constitucionales permanentes. Es, a mi juicio, más conveniente establecer Principios “con dientes”, por decirlo así, con autorizaciones a los Tribunales a que [cuenten con la] Declaratoria de Inconstitucionalidad Estructural, o mecanismos en los que se le pone plazos al Estado –no a un gobierno, al Estado- como responsabilidad. Esa sería, a mi juicio, la sugerencia en materia de financiamiento de estos derechos.

En relación al que otros Poderes, más allá del Ejecutivo, tengan posibilidades, la posibilidad de forzar la exigibilidad estos derechos Me parece que las experiencias que he mencionado, particularmente lo que se ha hablado, la posibilidad de que incluso la Corte Constitucional (si se mantiene una Corte Constitucional) o la sala constitucional de la Corte Suprema (si se opta por esa forma de exigibilidad judicial de estos derechos) establezcan mesas de diálogo. Esto ha ocurrido en muchos países: en Colombia, en Sudáfrica, en Canadá; donde básicamente se sientan a ver cómo hacer compatible la responsabilidad fiscal, qué es crucial para mantener la máquina que genera dinero para financiar estos derechos, con una verdadera sensación de que aquí estamos hablando de derechos exigibles, no meras promesas.

[Término de la entrevista 2:01:05]

[Tiempo total de la entrevista 0:13:39]

Tomás Vial

Comisión:

Derechos

Fundamentales

Fecha: 10

de

Noviembre

2021

Transcribe:

Sergio

Soza

[Hora de Inicio 2:01:49]

Tomás Vial: Muy buenas tardes a todas, todos y todes. Agradezco la invitación de la Comisión sobre este tema.

Yo quisiera exponer sobre algo que ya se expuso ayer y en esa línea la verdad que es sobre limitación de los Derechos o cláusulas de limitación de los derechos en la Constitución.

Primero, igual que el profesor Contreras yo saludo que se haya decidido hacer una parte general, una unidad de parte general sobre los derechos, porque eso permite ordenar mucho la cancha cuando comiencen a discutir sobre derechos en particular. Entonces avanzar en esto, en clarificar titularidad, límites, garantías, es sumamente importante para luego tener una cancha ordenada en materia de los derechos específicos -que son un buen listado-.

Yo, respecto a la limitación de los derechos creo que hay que plantearse por de pronto algunas preguntas básicas. Entonces -si pasamos la segunda lámina por favor- por lo menos esas preguntas, es decir, queremos que haya cláusulas específica de los derechos en cada uno de ellos o en algunos de ellos, esa una pregunta. Cómo deben ser entonces estas limitaciones y finalmente... bueno si vamos a introducir limitaciones ¿Cuál es la forma de ellos? ¿Cuál es la forma de establecer limitaciones, restricciones a los derechos? Entonces son por lo menos cuatro preguntas -de hecho pueden haber más- que está Comisión va a tener que resolver y por supuesto también la Asamblea Constituyente completa.

Si podemos pasar entonces...

Yo voy a desarrollar particularmente -y siguiendo para complementar lo que ayer se dijo- cuál es el estatus o modelos de cláusulas restrictores generales que es mi preferencia, como siguiendo lo que señaló profesor Urbina y la profesora Undurraga ayer, yo creo que es imprescindible tener una cláusula general de restricción, limitación y regulación también (algo que yo no voy a desarrollar, pero yo concuerdo con lo que dijo el profesor Contreras, que tiene que haber una cláusula y debiera ser una sola en realidad y la razonabilidad y las condiciones son las mismas).

Entonces veamos algunos ejemplos que fueron mencionados ayer, pero no se mostraron entonces... la Carta canadiense dice restricciones razonables prescritas por la ley y de acuerdo a una sociedad democrática. Y les voy a decir inmediatamente que esos son como estándares bien estables, bien comunes en cuanto a estas cláusulas.

Si vemos, -siguiente lámina- el caso sudafricano es un poco más extenso: ley de aplicación general que sea razonable y justificable en una sociedad democrática y aplicando en realidad el juicio de proporcionalidad, ahí está descrito en la cláusula. Eso no es común pero ahí está

explícito algo que los tribunales tienen que hacer cuando evalúan si una restricción o limitación es o no constitucional.

Bueno, esto como ejemplo en el caso latinoamericano no hay en general en las constituciones cláusulas generales de restricción. En algunos derechos hay, tácticamente (y yo revisé las constituciones de Bolivia, Ecuador, Colombia y Argentina) En Argentina no hay ninguna restricción a los derechos, en la demás normalmente lo hay en materia de libertad de expresión o libertad de cultos o de reunión. En los demás derechos no hay y no hay cláusulas generales. Eso como para hacer una síntesis en materia de derecho constitucional latinoamericano. A diferencia de los ejemplos que acabamos de ver en Sudáfrica y Canadá.

En materia de sistema de Derechos Humanos -y podemos pasar la siguiente cláusula (sic)- el sistema también es bastante poco coherente debo decirles, pero yo creo que es necesario partir y es importante para esta Convención y para esta Comisión cuál estándar de Derechos Humanos y el estándar yo creo que partir reconociendo que la misma Declaración Universal Derechos Humanos reconoce estas limitaciones a fin de asegurar -y esto es importante-, son restricciones por la ley con un propósito: asegurar el reconocimiento y respeto de otros derechos. Los derechos requerimos armonizarlos entre ellos (yo en ese sentido sigo, o sea me parece bien lo que planteó el profesor Urbina, es decir, requerimos un sistema de derechos, no solamente un derecho mirado aisladamente) y entonces la razón de justificaciones es uno en razón de otros, para que tengamos un sistema igualitario común a todos, de derechos para todos... Y con algunas condiciones: moral, orden público y yo creo que esas condiciones -debo decir inmediatamente- no debíamos incluirlas, porque tienen un sentido hoy día, muy distinto al que podría haber tenido en los años 40 o 50 en sociedades más homogéneas social y política y religiosamente de lo que son hoy día. Yo estaría en contra de colocar cláusulas de limitación de derecho en razón de moral, orden público que están todavía en nuestra Constitución. Eso yo creo que hay que descartarlo, porque no tiene sentido en una sociedad pluralista: son difíciles de aplicar, para ser concreto.

Veamos otro ejemplo de materia de norma de Derechos Humanos, la siguiente. La convención Americana no tiene, directamente, una cláusula, pero tiene ésta que... dice que [inaudible 2:07:37] restricciones -y en algunos casos en la convención hay derechos con restricciones: libertad de expresión, libertad de culto, esas restricciones deben seguir esas condiciones-. Que sea ley de interés general, y por razones de interés general. Esas son las condiciones para que haya restricciones, pero no hay una cláusula general sobre cómo deben ser y cuáles son las restricciones sino que es en cada caso específico de derechos lo que hay.

Veamos otro ejemplo -adelante por favor-. Pero en cambio, en la convención de derecho al adulto mayor... Interamericana, que está ratificada por Chile, sí hay una cláusula general: las restricciones sólo podrán ser en el caso de... por medio de leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general y ahí hay un término que no es muy común -debo decir- en las constituciones en el sistema de Derechos Humanos. Pero dentro de una sociedad democrática se fija nuevamente ese mismo estándar.

Avancemos. Entonces si uno hiciera un... La siguiente, por favor.

Si uno hiciera una síntesis mínima de cuáles son las normas o los estándares mínimos, de ahí para arriba, son que sea por medio de ley, ley general necesarias en una sociedad democrática y que estas restricciones sean necesarias y razonables. Ese es el término.

Ahora en base a esto yo quisiera proponer una cláusula de restricción -la última lámina- que es la siguiente que sigue... no es muy distinta, yo creo, a la que se propuso ayer por la profesora Undurraga pero yo quisiera... hay una precisión que es: en el caso la profesora Undurraga la cláusula no establece el fin de las restricciones y acá está diciendose -y esto es importante- que tú puedes restringir, limitar derechos solo cuando eso es en favor de otros derechos o libertades en la Constitución y también valores o principios que haya en la Constitución. Un valor, por ejemplo, puede ser la transparencia, o el Estado de Derecho.

Entonces la lógica es, si tenemos restricciones, pueden haber restricciones o limitaciones cuando eso es para favorecer otros derechos o bienes constitucionales. No puede haber restricciones en función de intereses subconstitucionales, que pueden ser legítimos, pero un derecho constitucional es algo que hay que proteger y sólo puede ser regulado, limitado en razón de algo del mismo estatus. Entonces tiene que ser coherente, por medio de ley de carácter general (estamos aplicando aquí estándares generales), justificado en una sociedad democrática y que sean necesarios y razonables. Cuando uno dice necesarios y razonables está metiendo el estándar de proporcionalidad (lo que la profesora Undurraga desarrolló está puesto acá está en los términos necesarios y razonables).

Entonces ahora yo creo que acá habría que agregar -porque dice solo podrán ser limitados o restringidos- y uno podría agregar, me atrevo a sugerir, que sean regulados. Yo estoy completamente de acuerdo que lo que señaló el profesor Contreras, es decir, los derechos necesitamos regularlos para su pleno ejercicio y coordinación mutua (y eso lo hacemos todo el tiempo, por lo demás, en la vida práctica: pensemos la libertad de movilización está regulada con detalles en la ley de tránsito, cierto). Bueno, para que los derechos sean efectivos requerimos compatibilizarlos y para eso requerimos la ley, entonces la cláusula, en realidad si uno quisiera tenerla completa esa sería una alternativa, es que sean sólo los derechos solo limitados, restringidos o regulados en función de otros derechos y bajo estas condiciones. Esa sería una propuesta que dejó por supuesto a la Comisión y quedó a disposición de cualquier pregunta que haya en esta materia.

Mesa: se agradece la exposición y se abre la palabra para realizar preguntas. La convencional Giovana Grandón tiene su micrófono marcado. Ya, y hay una pregunta de la convencional Bárbara Rebolledo ¿Hay alguna otra pregunta? Convencional Rebolledo, tiene la palabra.

Bárbara Rebolledo: Muchas gracias por la exposición. Tengo una duda respecto de cómo se puede lograr una correcta interpretación de las limitaciones que se pongan. Porque normalmente nos vemos enfrascadas, enfrascados en términos legales ¿No? En la

interpretación que uno le da a las normas a las leyes. Entonces, eso no puede generar, por otro lado también un incentivo perverso, una mala interpretación que signifique el no cumplimiento de los derechos... por ahí voy.

Mesa: Convencional Janis Meneses, tiene la palabra

Janis Meneses: Muchas gracias, también por supuesto agradecer la exposición. Mi pregunta tiene que ver con si considera que el principio de igualdad ante la ley terminará haciendo que el Estado se desentienda de su rol garante -considerando que lo que ha ocurrido en nuestro país es que el Estado cada vez tenga menos injerencia en la garantía de los derechos en tanto se privilegia la iniciativa privada-. Muchas gracias.

Mesa: Tiene dos minutos expositor para poder responder las preguntas.

Tomás Vial: Bien, muchas gracias. Bueno el tema de interpretación es un tema mayor y la verdad es que es imposible evitar... porque los tribunales tienen vida propia lo sabemos. Cualquiera que estudie el derecho sabe que... Y aquí por eso depende entonces de quién se nombre en los tribunales, cómo vigilamos lo que hacen por medio de la academia; no es no es posible evitar las malas interpretaciones, salvo por medio de crítica jurídica y social.

Ayuda sí, que tengamos normas que tengan cierto grado de consenso y por eso en lo que se haga acá es muy importante... porque entre otras cosas un elemento de interpretación va a ser la llamada "Historia Fidedigna", es decir, lo que se discuta acá dentro y si hay acuerdo en ciertas ideas eso va a ser usado en la interpretación por los tribunales, por la academia, en los siglos venideros -esperemos-. Pero no hay remedio a una mala interpretación, sí [ayuda que] las normas sean relativamente claras y cuando estamos proponiendo -en el caso de esta propuesta, que no hay nada novedoso (como hemos visto tiene similitudes en derecho comparado)-. Estamos hablando ya de algo que está bastante asentado en cuanto a las condiciones para poder regular y limitar derechos. En esto hay mucha jurisprudencia. No es algo particularmente novedoso; lo que pasa que en Chile no tenemos esta cláusula y es por eso necesaria que se incorpore.

Respecto a la segunda pregunta... A ver, yo creo que hay que tomar en consideración algo de lo que también en esta Comisión y en la Comisión de Principios es ¿Cuáles son los deberes del Estado respecto a los derechos? Entonces el Estado tiene el deber de respetar, proteger y satisfacer. Eso tiene que estar explícito probablemente en la parte de principios. Entonces yo no veo, no imaginarías que el principio de igualdad (porque además yo tengo de hecho también una propuesta y presente la posibilidad de exponer también sobre el principio de igualdad y no discriminación). Uno debiera pensar un principio de igualdad en el ejercicio efectivo de los derechos. Igualdad es un tema bien complejo pero yo creo que tú respuesta (sic) se responde mejor del punto de vista de los deberes del Estado, respecto de todos los derechos y por supuesto los mecanismos de garantía, ahí hay varias cosas que uno debe contemplar para asegurar que los derechos sean efectivamente cumplidos dentro de la Constitución, te fijas. No solo un elemento. Acá hay que mirarlo como un sistema y eso es lo que por supuesto esta



Comisión tendrá que hacer y yo agradezco, en ese sentido, la posibilidad de exponer y quedo a disposición de la Comisión.

[Hora de término: 02:16:21]

[Duración: 0:14:31]

Sebastián Soto Velasco - Pontificia Universidad Católica

Comisión Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre 2021

Presenta: Sebastián Soto Velasco

Transcribe: Bruno Costa

[2:17:17]

Sebastián Soto: Muchas gracias por la invitación. Quiero partir agradeciendo a los coordinadores la posibilidad de estar aquí, a las y los convencionales por esta oportunidad de exponer ante esta comisión. Yo quiero ser, ojalá lo más preciso posible y para ello entonces voy a partir planteando una cuestión general y luego una cuestión más precisa. Porque, he escuchado algunas de las presentaciones y creo que ahí hay muchas cosas que yo comparto entonces, hoy día intentaré mostrar algunas cosas desde -eventualmente- otra perspectiva. La primera cuestión que quisiera plantear es que creo debe tener en consideración esta comisión al momento de preguntarse que incluir en la Constitución como derecho fundamental y que no debiera quedar incluido, creo que esta pregunta es vital y por eso quiero dedicar los primeros minutos a ello.

Lo primero, me parece es que hay que mirar la propia tradición constitucional chilena. Los derechos reconocidos en los catálogos han ido creciendo, en la constitución del año 33' eran siete numerales. En la del 25' eran quince, en la del 80' son veintiséis y posiblemente aquí habrá algunos más. No es común, en la tradición constitucional hacer desaparecer derechos o libertades, a veces se van complementando, se le va modificando el contenido salvo uno de ellos que es este derecho a portar armas que hoy día casi no existe en ninguna Constitución. Pero además permanecen, hay un respeto a la tradición constitucional y también creo que como una segunda mirada que debería tener en consideración esta comisión, es estar consciente de los catálogos agobiantes y por eso, entonces, pienso que hay que mirar con distancia la experiencia latinoamericana de ciertos catálogos. Por ejemplo, miremos algunas experiencias.

Colombia reconoce el “derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre”. Bolivia señala como derecho el “derecho a la vejez digna con calidad y calidez humana”. Ecuador habla del “derecho al disfrute pleno de la ciudad”. México, al “derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa”. Yo creo que tenemos que mirar, como digo, con distancia estos ejemplos. No porque piense que no sea relevante la recreación, el tiempo libre, la calidez humana y el disfrute pleno de la ciudad, sino que, porque creo que al positivizarlos como Derechos Fundamentales, estamos cometiendo un error. Creo que tenemos que alejarnos de esa tendencia. Aquí, en el catálogo de derechos fundamentales, lo que abunda creo que sí daña y por qué, bueno, se suele decir la cuestión de la judicialización -no me quiero detener ahí porque creo que lo han discutido ya otros expositores.

Pero me gustaría plantear solo dos argumentos en ese sentido: ¿por qué esto de que lo que abunda eventualmente sí daña? Uno, porque si nosotros pensamos en los derechos fundamentales como cartas de triunfo, cuando todos en la mesa tenemos un derecho fundamental, en realidad nadie tiene un derecho fundamental. Porque solo colisionan unos con

otros y en consecuencia ya no son imbatibles, ya no son cartas de triunfo. Es verdad que la colisión de derechos fundamentales es un dato del derecho constitucional actual, pero al menos debiéramos intentar contenerla, por la vía de catálogos más sobrios. Lo segundo, y esto también es muy relevante, es porque un catálogo excesivo, un catálogo abundante, agobiante, pone en riesgo la consolidación de la nueva constitución.

El gran enemigo de las nuevas constituciones es su falta de consolidación, que sea una Constitución aparente le llaman [NSE. 2:21:10], que sea una “Constitución Aspiracional”, le llama Michael [C.] Dorf. Estas, son constituciones que carecen de la capacidad de ser normas rectoras y se transforman en realidad en “soft law”, son inspiraciones, son recomendaciones, pero no son derecho vinculante. ¿Por qué? Porque en este catálogo de derechos habría eventualmente una serie de aspiraciones.

No debemos olvidar, además, es muy importante para esta comisión y está convención que la declaración de derechos es muy importante pero no es tan importante y está tensión se resuelve ¿dónde?, se resuelve en la política regular. Es el legislador, más que el constituyente, el que tiene capacidad de hacer realidad los derechos fundamentales. Esto, lo ha mostrado a mí juicio muy bien Sebastián Edwards quien con Álvaro García demostró, que no hay evidencia que cláusulas constitucionales extensas en materia educacional traigan mejores resultados educativos y lo mismo hizo en materia de salud. Por lo tanto, Entonces yo sugeriría la mayor humildad posible, la mayor seguridad posible al momento de aproximarse a un catálogo. Ese es una especie de principio, no hay una fórmula única, no hay un catálogo perfecto, pero si al menos tener en consideración que estos catálogos que consagran aspiraciones terminan a mí juicio debilitando derechos fundamentales.

Segunda idea, cómo escribir, aquí muy preciso, cómo escribir los derechos en la nueva constitución. Los derechos nuevos y también los derechos antiguos. Respecto a los antiguos, cada derecho tiene una cierta inercia en su comprensión jurisprudencial que yo miraría con deferencia, por ejemplo, en Chile, hablar de justo y racional procedimiento ya tiene un contenido bien asentado que en otras partes se le llama debido proceso, pero aquí el justo y racional procedimiento tiene ya un cierto contenido. Por lo tanto, respecto a los derechos antiguos esa inercia creo que hay que mirarla con atención y ser deferentes con ellas.

Respecto a los nuevos derechos, en especial a aquellos de contenido prestacional, aquellos que traen consigo obligaciones positivas, obligaciones de hacer y no solo abstenciones, creo que aquí, debe haber en primer lugar mucha precisión en cuanto al contenido. La pregunta es ¿quién está llamado a determinar el contenido? porque regularmente, estos derechos fundamentales de prestación son continentes sin contenido. Porque el contenido es dinámico, cambia con las circunstancias, cambia con el tiempo, cambia con el desarrollo del país. El derecho a la salud es un continente con un contenido dinámico porque ayer es distinto al de hoy. ¿quién está llamado a determinar ese contenido? Bueno, ciertamente primero el constituyente, ustedes ¿no? Y así se puede ver por ejemplo, la Constitución actual en el derecho a la educación donde en materia de educación obligatoria, hay cierta precisión que no tienen otros derechos, edad, etc.

En segundo lugar, quien está llamado a determinar ese contenido es el legislador y el juez en la menor medida posible y ¿por qué? Porque los derechos de contenido prestacional implican por definición lo que se denomina, por algunos, “decisiones trágicas”, es decir, asignar recursos

aquí y dejar de asignarlos acá. Y quién debe de tomar estas decisiones son los legisladores y no los jueces. En este sentido, también es muy importante que la adjudicación de derechos fundamentales al momento de escribirlos, en especial de los derechos prestacionales, la convención en primer lugar incorpore cláusulas específicas o generales que impidan a los jueces llenar el contenido del derecho de espaldas de la ley, que limiten esa posibilidad los jueces de llenar el contenido del derecho de espaldas a la ley. El contenido del derecho prestacional, el contenido del continente lo determina la política pública, la ley, no el juez. Dos, que incorpore una cláusula que proteja el contenido esencial de los Derechos, se ha hablado aquí de las cláusulas generales de delimitación, que me parecen también muy pertinentes pero la cláusula y el contenido esencial de los Derechos permite evitar que sea el legislador aquel que afecte, aquello que se considera como esencial a ese derecho. Tres, que incorpore una cláusula que proscriba el monopolio estatal en la satisfacción de los derechos y permita la participación de la sociedad civil. Lo importante, satisfacer el derecho. No quién nos satisfaga, sí quien lo satisface cumple con los estándares fundamentales fijados por el legislador debe poder hacerlo. Por eso, pienso que debe haber una cláusula general que proscriba el monopolio estatal en la satisfacción de los derechos prestacionales.

Cuatro y final, que incorpore también una cláusula que impida o al menos que desincentive a los jueces a determinar gasto público con las cosas que están satisfaciendo derechos fundamentales. Esto es muy importante, la Constitución colombiana por ejemplo del 1991 abrió paso a un intenso aumento del gasto público en especial por definición de los jueces. Por eso el 2011, yo no tengo problema, Perdón, que los legisladores aumenten el gasto público, podría tenerlo, pero me parece que están en su derecho de hacerlo quiénes son electos democráticamente. Lo que me genera más complicaciones que sean los jueces por eso. Por ejemplo, los colombianos el 2011 aprobaron una reforma constitucional, el de incidente impacto fiscal que [no ha] tenido todo el efecto que sí quisiera, pero al final vemos que ahí hay un problema, jueces adjudicando recursos públicos, nosotros no tenemos que llegar tan lejos. ¿Qué podemos hacer? Bueno, podemos anclar -como ya he dicho- la satisfacción de derechos prestacionales a la ley. Pues, es la ley, al discutirse la que ya genera o considera al menos el gasto público u otras fórmulas, es incluir en forma de principio una idea cómo asegurar el sostenimiento Financiero, el respeto al marco de estabilidad fiscal o algún tipo de Norma general en esa línea para al menos limitar la opción de jueces adjudicando recursos. Con esas dos ideas quiero volver a agradecer la oportunidad de estar aquí y poder plantearle estas sugerencias. Muchas gracias

Damaris Abarca: antes de la siguiente exposición tenemos dos palabras de Giovanna Grandón y Rocío Cantuarias. por favor que no sean preguntas. Perdón, perdón, que estamos con las preguntas. Perdón, pensé que ya habían hecho las preguntas.

Giovanna Grandón: Entonces, perfecta consulta, ¿qué otra forma puede ser que no sea la forma de judicialización que pueda ayudar a garantizar los derechos sociales?

Damaris Abarca: Rocío por favor su pregunta y ahí profesor responde de manera conjunta

Rocío Cantuarias: Muchas gracias por la exposición profesor Soto, muy interesante lo que nos ha venido a informar y mi pregunta es si ¿usted conoce uno o más casos en

jurisdicción en derecho comparado que han sido exitosos en la aplicación de los Derechos prestacionales sociales principalmente para todos cuando se ha incorporado a través de la constitución una cláusula de exigibilidad directa de estos?

Sebastián Soto: Bueno, yo quiero agradecer las dos preguntas de las convencionales. Son preguntas en la verdad compleja, pero en primer lugar yo creo que la judicialización no es el único camino, es la política pública aquel camino que nos permite satisfacer los derechos fundamentales y eso está, creo yo o al menos así lo he podido apreciar sumamente demostrado en nuestra propia historia constitucional y en la historia de otros países. Por lo tanto, lo que se discute en esta comisión es muy importante pero también es relevante lo que se discute en otras comisiones, para poder canalizar las aspiraciones, los intereses, los sueños de los chilenos y chilenas a su verdadera satisfacción. Pienso que la judicialización, hoy día, no es el mejor camino; pienso que es un camino que tiene una serie de dificultades y lo dejo hasta ahí. Pero sin perjuicio de poder conversar no mucho más.

A la pregunta de la convencional Rocío Cantuarias, creo que es una excelente pregunta, qué tal vez me supera un poco porque no sabría asegurar si es que tenemos un modelo que seguir. Posiblemente no, posiblemente de nuevo la experiencia, una serie de países está mucho más asociada a jueces que obviamente participan de esta discusión, muchas veces pueden motivar modificaciones o motivar direcciones pero definitivamente no son ellos nunca quiénes van a poder liderar un cambio en la satisfacción de sus derechos fundamentales y creo si, también en lo que sí tenemos experiencia es de judicialización intensa en ciertas materias, que lo que termina haciendo es limitando la satisfacción de derechos fundamentales para aquellos que no tienen acceso a los jueces, para aquellos que no tienen acceso y eso está también bastante comprobado. Es decir, la judicialización se concentra en un grupo que tiene acceso a la justicia y no en un grupo masivo que posiblemente tiene muchas más carencias que no pueden acceder a ella, no sé si le contesto su pregunta, pero creo que ya estoy.

[Término de la entrevista 2:31:48]

[Tiempo total de la entrevista 0:14:31]

José de Gregorio

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: José de Gregorio

Transcribe: Sergio Soza Díaz

[02:32:05]

José de Gregorio: Muchas gracias. Buenos días, estimadas y estimados constituyentes. Es un honor para mí estar con ustedes. Agradezco la posibilidad de intervenir brevemente, en esta que, a mi juicio, es de las presentaciones más breves y seguro la más importante que he realizado en los últimos tiempos. De manera que, sin mayor preámbulo, y deseándoles el mayor de los éxitos en su gestión, quiero referirme desde el punto de vista de la economía al tema de los derechos sociales, su financiamiento y su provisión. No cabe duda que los derechos sociales debieran ser parte integral y muy importante de la nueva Constitución Necesitamos garantizar un mínimo de vida digna y amplios espacios de inclusión y equidad social. Salud, educación, vivienda y previsión son algunos derechos sociales ampliamente discutidos. Pero también, a medida que el mundo avanza, hay más necesidades que deben ser satisfechas para todos; por ejemplo, conectividad a internet. Asimismo, queremos una constitución para los próximos 50 años. Es en ese horizonte en el que se debe situar la discusión.

Aquí voy a hacer algunos breves comentarios. Primero, pueden aparecer nuevos derechos sociales o los actuales pueden ir mutando en el tiempo. Nadie hubiera dicho hace 10, 20 años la importancia de la conectividad digital. La Constitución no puede ser rígida en cuanto a qué derecho se debe garantizar, pero tampoco debe ser rígida en cuanto los niveles de cobertura ni a su forma de provisión.

Segundo, el nivel al que se garantizan los derechos sociales depende de la capacidad de financiamiento de dicho derecho. Y ello depende de la capacidad de recaudación fiscal de los Estados. Dicha recaudación depende de la tasa de impuestos y del nivel de ingreso del país. La tasa de impuesto es lo que se cobra, no cierto, por cada peso y el nivel de ingreso es la base tributaria. Por lo tanto, es esencial el progreso económico para ampliar esta base tributaria y mejorar la calidad de la cobertura de los derechos sociales. Es muy distinto de lo que se puede hacer exigible en Chile, versus, por ejemplo, Bolivia o Noruega, por nombrar dos casos en veredas opuestas.

Tercero, la provisión de servicios sociales no debe ser una causa de desequilibrios fiscales. Un país puede gastar lo que tiene y eso es como dije está relacionado a lo que recauda. Cualquier exceso en esto, va a significar una menor satisfacción de derechos sociales en el futuro. Lo hemos visto con muchos ajustes fiscales a través de la historia en América Latina, e incluso en Chile, en los años '80 donde, por problemas fiscales, muchas políticas tuvieron que postergarse y muchos beneficios a las personas fueron eliminados. Esperamos que en Chile se pueda ir mejorando paulatinamente la provisión de derechos sociales, pero su nivel de satisfacción debe ser determinado por la ley y las políticas públicas y no por los tribunales de justicia en una interpretación de la Constitución.

Además, en este último caso, cosas que además se han visto, como mencionaba quien presentó antes de mí, no cierto. Se ha visto que las soluciones por los tribunales de justicia son muy injustas, porque quienes tienen los recursos para conseguir los beneficios a través de los tribunales, no cierto, que tienen que embarcarse en largos procesos judiciales, no son precisamente quienes tienen más carencias en la satisfacción de sus derechos sociales. Por otra parte, habría que preguntarse quien determina, por ejemplo, si una vivienda de 40 metros cuadrados es digna hoy, fue digna hace 30 años atrás o será digna en 30 años más. Dada la liquidación de fondos de pensiones y las estrecheces fiscales hoy día en Chile ¿Cuánto es una pensión digna? Debería ser una decisión democrática, el congreso y el ejecutivo lo debieran determinar, dado el contexto económico del momento y debiera ser exigible a las políticas públicas. En el caso de salud, por ejemplo, se puede establecer en la ley una comisión técnica que pueda determinar la capacidad de gastos en salud a nivel per cápita de la población. Entiendo, sin ser un estudioso de este tema, que esto es lo que se hace en el Reino Unido.

Cuarto. Dada la tendencia a sobre ofrecer derechos sociales que se produce en la disputa en las disputas electorales, la histórica fragilidad fiscal de nuestra región y el reciente drástico deterioro de las finanzas públicas en Chile, propongo que también en la Constitución se establezcan reglas que garanticen la sustentabilidad fiscal. Y, por lo tanto, la sustentabilidad en la garantía de los derechos sociales y de una vida digna. Pocos países en la región pueden garantizar derechos sociales al nivel que lo puede hacer Chile, pero debemos asegurar que siempre avancemos en esta materia y no retrocedamos. Aunque no es un tema para profundizar aquí, establecer en la Constitución la necesidad que el gobierno cuente con un marco definido por una regla fiscal; poner límites al endeudamiento público habida cuenta del ciclo económico, me parece que es algo que debieran explorar. Esto se hace en la Constitución alemana, en particular en el artículo 115.

Quinto. Respecto de la provisión de los derechos sociales, esta puede ser privada o pública, lo importante es proveerlo de la forma más eficiente posible, es decir al menor costo y con la mejor cobertura. Cualquier conector del sistema de telecomunicaciones, no pensaría que la provisión de conectividad debería ser pública. Tal vez, esa podría haber sido una solución 50 años atrás, pero hoy día no se justifica. Sin embargo, hay que asegurar que este derecho llegue a toda la población y en este ámbito el rol del Estado es fundamental. Asimismo, y talvez uno de los graves problemas que tenemos en Chile con la provisión privada, es que esta debe tener reglas de lo público. No es cualquier mercado. A ello me refiero, por ejemplo, a que no se pueda discriminar en la admisión a establecimientos educacionales privados, o tampoco se pueda negar acceso al sistema de salud privado, como ocurre hoy día a muchos ciudadanos. El acceso a estos servicios es un derechos para todos.

Sexto. La gratuidad en la provisión de derechos sociales no puede ser un principio general. Nunca se ha pensado en proveer vivienda en forma gratuita, el Estado no puede financiarlo. Pero tampoco el agua, se sobreexplotaría. Es por ello, por lo que no debemos ignorar el rol que el sistema de precios tiene para regular la escasez, incentivar el buen uso de los recursos escasos. La provisión gratuita lleva a sobre uso de recursos. Quiero ser claro para evitar confusiones, en muchos casos cuando no se puede pagar, se pueden asignar subsidios. Y un Estado que garantiza derechos sociales debiera hacerlo, pero con grados de racionamiento y no

de forma extendida. Por ejemplo, la gratuidad en la universidad tiene límites, de otra forma los tiempos de estudio o la deserción se incrementarían.

Séptimo. Respecto de la universalidad. Esta se ha elevado a niveles de ideología, siendo un tema bastante más simple a mi juicio. La universalidad es razonable cuando tenemos una población objetivo difícil de identificar o las necesidades de actuar son urgentes, mientras la focalización permite mayor eficiencia en el uso de recursos escasos. En este ámbito, creo que, por ejemplo, hablar de universalidad en la gratuidad universitaria no tiene fundamento, es caro e injusto. Y en todo caso debiera ser materia de leyes, cuál es su alcance y la forma de garantizar el derecho a la educación. Pero así mismo debemos ponerle especial énfasis a la calidad de la provisión de los derechos sociales. Mientras se habla de hacer las universidades más baratas y gratis, nadie repara que los retornos de dicha educación en muchos casos son nulos. No basta mirar el precio si no nos aseguramos de que haya calidad. Con esto quisiera finalizar, agradeciendo su atención y destacando el gran desafío que tienen por delante en esta materia, conciliar financiamiento, con provisión de calidad de derechos sociales y así mismo dar pautas y guías para que las políticas públicas puedan proveer de la mejor forma la satisfacción de dichos derechos. Muchas gracias.

Matías Orellana: Se agradece la exposición y se abren las palabras para realizar preguntas. Tiene pedida la palabra Benito baranda y el convencional Luis Barceló, no. Patricio Fernández disculpa, corregido. Patricio Fernández está antes y Benito Baranda estaban antes, según lo que menciona la secretaría. Así que le damos la palabra a Patricio Fernández para que pueda hacer su pregunta y luego Benito Baranda.

Patricio Fernández: Muchas gracias señor coordinador. Gracias, profesor de Gregorio por su ponencia. Creo que es muy importante para nosotros considerar que efectivamente los derechos sociales y lo que requiramos se tiene que pagar y, por lo tanto, las normas de equilibrio fiscales, etcétera, son muy atendibles, pero quería hacerle la pregunta desde el otro lado esta vez. De la misma manera lo que está terminando acá es también una prevalencia una manera entender la economía. O por lo menos de su imposición muy por sobre la política, y lo que estamos acá buscando un pacto político que busca recuperar, o realzar, los bienes públicos y el bienestar de la comunidad, para generar también paz social. Entonces, ¿Cuál es la pregunta? La técnica económica estableció como forma de crecer, como la gran solución para ese desarrollo una serie de manera que conocimos en todo este tiempo, que está muy abocada a la libertad individual, a la eficacia, la eficiencia económica, con prescindencia de otras preocupaciones. Al establecer nosotros derechos sociales, ¿Existe la capacidad, se lo pregunto cómo había conocido también el Banco Central, etcétera, de que efectivamente la amenaza de la muerte de un sistema económico no está sobre la mesa al exigir mayores bienes públicos, un mayor esfuerzo por lo colectivo? Es decir, tenemos que tener conciencia de que esto se tiene que pagar, pero la economía y su funcionamiento, ¿puede tener conciencia de que le va a salir más caro al sistema privado funcionamiento, esto que estamos nosotros llamado a establecer, para generar además estabilidad y paz social? Gracias

Matías Orellana: Convencional Benito Baranda

Benito Baranda: Sí muchas gracias. Muchas gracias, José por la presentación. Quería colgarme del punto 5 que señala vas tú para recordar que, justamente ese punto, fue el que nos llevó a la situación que vivimos día de la política de vivienda. Uno de los daños más grande que se le ha provocado las familias chilenas, con uno de los, quizás, mayores fenómenos de exclusión social provocado por el Estado, por un Estado en nuestro continente. Y el que no esté contemplado en la Constitución, y que no esté contemplado en la Constitución ese derecho, con una finalidad de inclusión social y de integración social, lleva a que ese el subsidio a la vivienda siga colgado un decreto fuerza ley de mediados los 70. Que nos ha hecho pedazos a gran parte de la convivencia social y de la vida familiar. Entonces que el derecho no esté contemplado y que sólo quede manos de la ley y el poder entregarnos, cierto, la satisfacción de una necesidad urgente las familias, puede llevar a que eso termine dañando la verdadera necesidad de las personas. ¿Cómo lo resuelves eso? Porque en el fondo hay que ampliar ese catálogo derecho para que efectivamente se mandate a ese poder legislativo y ejecutivo para que salvaguarde esa dignidad y no quieren manos de los gobiernos de turno.

Matías Orellana: Le damos la palabra al expositor para que pueda realizar respuesta a las preguntas.

José de Gregorio: Muy bien, comenzaré y lo haré en orden. Respecto de la inquietud del constituyente Patricio Fernández, quiero hacer una aclaración. Y, creo que eso es bien importante porque los técnicos, los académicos, hemos sido bastante criticados, no cierto. Y muchas veces con justa razón, cuando pongamos algo así como que la tecnocracia se apodera del poder político. Que en algunos casos puede ocurrir y obviamente es negativo. El rol en particular de los economistas no es dar la solución que el sistema político debe adoptar, tiene dos funciones importantes yo diría. Y ahí me voy a referir a lo que decía el constituyente, el convencional, no cierto. La primera, es como decimos en economía, entregar la restricción presupuestaria. Es simplemente decir, esto es lo que hay. No es quien decide en qué se gasta, la decisión de en qué se gasta es una decisión que le corresponde al poder político, que le corresponde a la ciudadanía. No le corresponde al técnico decir en qué se debe gastar, porque esas son preferencias de la población. En segundo lugar, debemos señalar las implicancias y los efectos que tienen las distintas políticas públicas. Porque si hay algo que uno tiene que entender, son los incentivos que esto crea para el crecimiento o contra el crecimiento, para la mayor creación de empleo (estoy hablando a nivel agregado), para el mayor esfuerzo de los estudiantes, para la mayor inclusión, para los mejores resultados en pruebas educacionales, etcétera. O sea, eso es lo importante.

Obviamente, y como señalaba Patricio Fernández, es importante crecer. Esta es una discusión larga, que no vamos a tener aquí, pero tratar de dentro de los marcos que tenemos crecer a un ritmo aceptable para las necesidades de financiamiento y de inclusión social que tenemos. Una economía estancada es incapaz de incluir, sólo puede repartir y eventualmente estancarse; y mientras el mundo progresa, nosotros quedar rezagados. Ahora, ¿Hasta dónde llegan? Eso son decisiones de las políticas públicas. En lo personal, no creo que este es un tema para poner necesariamente en la Constitución, pero en lo personal, creo que Chile debe avanzar en mayores impuestos, mayores ingresos, porque hay muchas necesidades sociales que este país debe satisfacer. Y en eso obviamente, tenemos que hacer un esfuerzo muy importante. Pero lo que

yo si quiero, y he querido advertir, es que el desafío que tiene la política pública, y, en particular también, la carta magna que nos va a regir es balancear adecuadamente la satisfacción de derechos sociales con llegar hasta donde podemos. Hay una cosa que es como muy sencilla, y para poner un. La carga tributaria, nosotros sabemos por evidencia multitudinaria, no es infinita. Es decir, hay un nivel en el cual, nosotros no estamos, pero en el cuál más impuestos rebajan tanto la base tributaria, que al final uno termina recaudando menos. Entonces uno tiene que preocuparse y lo importante no solo es maximizar la recaudación, sino hacerlo en términos dinámicos. Y eso también requiere una economía que crezca. Espero ser claro con esto, la verdad es que es como un tema que está en el corazón de toda esta discusión y que requiere de definiciones un poco más precisas en su momento. Y que espero que ustedes puedan llevar a cabo.

Respecto de lo que decía Benito Baranda y que me pareció super interesante. La verdad que efectivamente, yo creo que hay problemas no sé hasta dónde, y ahí tengo una duda de si estos son temas constitucionales o temas de las leyes, de las políticas públicas. Efectivamente, en Chile se ha avanzado mucho con la discusión de los últimos años, históricamente en provisión y cobertura de vivienda. Hubo un gran problema de calidad, hubo un gran problema de segregación de nuestras ciudades. Que obviamente yo comparto plenamente lo señalado por el constituyente Baranda, en el sentido que es abrumador. Pero eso tiene que ver mucho, no sólo con lo público o lo privado, tiene mucho que ver con planes reguladores, con qué hacemos, cómo organizamos la ciudad. Temas que yo en algún momento, también me he dedicado a estudiar. Porque es un tema que me parece clave en términos de integración social, en términos de tener un país de todos, donde todos nos conectemos y donde no creemos estos guetos por razones de segregación urbana. No sé hasta dónde uno puede obligarlo en la Constitución, y hasta dónde uno lo puede hacer exigible. Pero no me cabe la menor duda que este es uno de los temas que en materia de políticas pública y en particular, con una visión interdisciplinaria, no cierto, desde la sociología, de la planificación urbana, de la economía; tener una política pública que mejore la calidad de vida de nuestras ciudades. Y que no tengamos ciudades que en algunos sectores puedan parecer un país desarrollado, y en otros sectores, que no se cruzan, que no conviven con ellos, parezcan barrios de países pobres. Pero la parte así como medular de lo que señalaba, yo no sé hasta donde uno avanza en una Constitución versus hasta donde uno debiera.

[Hora de término: 02:51:17]

[Duración: 0:19:12]

Fundación Hogar de Cristo

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: Mónica Contreras y Felipe Expósito

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[2:53:31]

Mónica Contreras: Buenas tardes. Un gusto saludarles a todas, todos y todes. Mi nombre es Mónica Contreras, soy socióloga, encargada de incidencia en políticas públicas de Fundación Hogar de Cristo y también vengo con mi compañero y colega Felipe Expósito, que es el jefe de estudios de Hogar de Cristo. Nuestros planteamientos, que queremos reforzar el día de hoy ante ustedes, tienen que ver con un documento que ya le hicimos llegar a cada uno y que es este documento sobre Constitución y Pobreza, un documento que elaboramos en conjunto con una serie de organizaciones con larga trayectoria en materia de trabajo en contexto de pobreza, vulnerabilidad y exclusión social.

Y, bueno, sin embargo, nosotros queremos hoy, como fundación Hogar de Cristo, en representación de nuestra institución, reforzar algunos puntos ya planteados en ese documento: en primer lugar, bueno, señalar que [lo] que nos motivó a desarrollar y plantear y hacerles llegar este trabajo tiene que ver con que estamos, efectivamente, este conjunto de organizaciones unidas, es la convicción de que se requiere forjar un nuevo pacto social, basado en el reconocimiento y la protección y el cumplimiento de los derechos fundamentales como un horizonte común, un horizonte colectivo pero sin exclusiones; donde las personas en situación de pobreza, vulnerabilidad y exclusión recuperen efectivamente su condición de titulares de derecho y gocen del derecho al desarrollo tal cual lo señala la agenda 2030: que nadie se quede atrás, esa es nuestra gran aspiración.

Ahora, como sociedad debemos reconocer en este sentido que la pobreza y la exclusión social se presentan como una emergencia en la vida de muchas personas, sin embargo, hemos tendido a percibirla como algo habitual, algo que soportamos, algo que es parte de la coexistencia. Sin embargo, hemos normalizado así la existencia de, por ejemplo, los rucos en las calles, las carpas; y omitiendo por tanto la existencia de más de 20000 personas en situación de calle: niños, niñas, mujeres, personas mayores, personas con discapacidad. Eso como para dar un ejemplo de cómo hemos, como sociedad, normalizado la existencia de personas que no tienen lo mínimo para subsistir y tener una vida digna.

De hecho, la pandemia sin ir más lejos ha producido un doble efecto en términos de alerta en relación a la lógica y la postergación hacia las poblaciones más excluidas de nuestro país. Por una parte, ha puesto de relieve en numerosas formas de pobreza y vulnerabilidad que han impactado directamente la contención de la pandemia: fuimos testigos de autoridades que se dieron cuenta del nivel de hacinamiento, por ejemplo, que las medidas diseñadas no eran pertinentes para esta realidad; la masificación de empleos informales y precarios, inseguridad social, entre otras muchas manifestaciones. Por otra parte, también la pandemia ha dejado en evidencia la fragilidad de los avances en materia de reducción de la pobreza, en la medida que el logro alcanzado que nos hacían orgullosos como país se vieron frágiles e insuficientes.

Sin ir más lejos, ya sabemos hoy que 600000 personas más se encuentran bajo la línea de la pobreza, un dato que efectivamente debe estremecernos. Con este sentido de urgencia, es que el Hogar de Cristo, una fundación sin fines de lucro, una organización de la sociedad civil que ya cumplió 77 años de trayectoria, se hace presente ante esta comisión, para proponer, básicamente pero con mucha relevancia, la necesidad y la oportunidad histórica, relevar la oportunidad histórica en que el Estado y la sociedad en su conjunto se propongan representar efectivamente a grupos de especial vulnerabilidad y que históricamente han sido invisibles ante la conducción del país, y tal como lo han hecho otras constituciones, como bien lo ha señalado el documento que ustedes recibieron.

Por lo tanto, estamos aquí con el propósito claro de contribuir al establecimiento de un modelo de sociedad, basado en la solidaridad, el bien común y la justicia social; de un Estado Social y Democrático de Derecho. Esa es nuestra aspiración, donde se logre la inclusión plena y efectiva de las personas en situación de pobreza, vulnerabilidad y exclusión social. Para ello, hemos desarrollado un conjunto de propuestas más específicas y para lo cual quiero entonces darle la palabra, si me permite la coordinadora, a Felipe Expósito, para que pueda avanzar en esos planteamientos.

Felipe Expósito: Hola a todas y a todos, la siguiente por favor, la siguiente.

Bueno, primero contar que la iniciativa de desarrollar estas propuestas la hicimos junto a otras organizaciones de la sociedad civil, y para nosotros, primero, antes de las propuestas, fue muy importante hacer un diagnóstico de las principales brechas de cumplimiento de Derechos Humanos, asociado a las principales dimensiones transversales del bienestar, como Salud, Educación, Trabajo y Vivienda, junto también a las brechas que viven los diferentes grupos que viven en situación de pobreza, vulnerabilidad y exclusión social, y con la cual nuestras organizaciones trabajamos.

Hicimos un diagnóstico a través de bibliografía e investigaciones propias, pero principalmente a través de iniciativas participativas, como, por ejemplo, nosotros como Hogar de Cristo, desarrollamos, justo después del Estallido Social, círculos territoriales, asambleas donde participaron más de 25000 personas, donde nos contaron sus necesidades y sus demandas. Desde ese punto de vista, nosotros desarrollamos una serie de diagnósticos asociados a estas poblaciones y realizamos una serie de propuestas, que vamos a pasar a [revisar] a continuación.

La siguiente por favor.

Nosotros, en el texto que compartimos con ustedes, hacemos una serie de propuestas transversales para diferentes poblaciones que viven pobreza, vulnerabilidad o exclusión social, y propuestas específicas, tanto las [NSE 2:59:10] temáticas que nombré anteriormente, como diferentes poblaciones con las cuales nosotros trabajamos. Es muy importante decir que estas poblaciones, estas propuestas no son exhaustivas, no son exclusión, sino que nosotros nos abocamos las poblaciones con las que nosotros trabajamos, con las que tenemos experiencia, con las que tenemos la seguridad de decir cuáles son sus demandas, junto con lo que ellos nos han contado y con las que hemos trabajado en el tiempo.

Con respecto, y lo que voy a plantear ahora, qué es pertinente a esta comisión, queremos plantear cinco grandes propuestas transversales para que sean consideradas en la Constitución.

Primero, la incorporación explícita de principios que aseguren la protección de grupos vulnerables y la declaración de derechos. Estos principios, que consideramos que son los más relevantes y están relacionados con el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho son: la Dignidad Humana, la Libertad, la Igualdad, y muy vinculado con esto, la No Discriminación, la Solidaridad y la Justicia Social. Creemos que son principios que tienen que estar explicitados en la Constitución y que permiten respetar, proteger y promover la inclusión social y el goce de derechos de los grupos más excluidos y de todos y todas.

Segundo, preferentemente reconocer a las personas –esto es muy importante- como titulares de derechos, en relación tanto con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Tercero, los objetos de los derechos económicos, sociales y culturales deben ser promovidos como piso mínimo de compromiso, mediante deberes y obligaciones constitucionalmente explícitas al Estado.

Cuarto, preferentemente consagrar derechos o prestaciones universales, para asegurar el acceso a todas las personas, sin distinción de su capacidad adquisitiva, a recursos vitales para el bienestar humano. Sin embargo, [incluso] si se aseguraran esos derechos transversales universales, [ellos] son necesarios pero no son suficientes para que todas las personas puedan estar más incluidas y asegurar su desarrollo y su goce de derechos.

Secretario: dos minutos.

Felipe Expósito: Por eso, también proponemos la incorporación de una lista de grupos de especial protección constitucional, con opción para resguardar la no discriminación y promover la acción afirmativa de grupos vulnerables históricamente excluidos en el país. Nosotros consideramos que se debe asegurar derechos universales, pero, al mismo tiempo, reforzar la garantía de derechos a grupos de personas que históricamente han sido excluidos, quienes actualmente [hallan] obstáculos para acceder a estos derechos.

Por ejemplo, si bien actualmente en el Derecho a la Salud al menos la atención directa está asegurada en nuestra experiencia con personas en situación de calle, [ellos] tienen serios obstáculos para acceder, no por un problema de derecho formal, sino porque no los atienden los discriminan, los mismos guardias no les dejan entrar los consultorios, etcétera. Las mismas personas nos lo cuentan, y nosotros lo vivimos al entrar en la gestión diaria, en el trabajo con ellos.

Por lo tanto, y lo que hemos revisado en otros países, si se explícita a ciertos grupos que deben tener un reforzamiento sus resguardos, podemos visibilizar poblaciones históricamente excluidas [o] no visibilizadas, tanto para que tengan mayor posibilidad de defender sus derechos, como también [para] que las políticas públicas tengan una referencia clara, para que cuando se diseñan políticas públicas, consideren las necesidades particulares, y consideren a estas poblaciones, que en general y hasta el día de hoy ha sido muy difícil que las consideraran.

Eso es lo que tenemos que aportar, Muchas gracias.

Damaris Abarca: Muchísimas gracias. Vamos a abrir entonces palabras, ¿preguntas? Tenemos a Benito Baranda. ¿Otra pregunta? Janis Meneses. Ya, perfecto: entonces Benito Baranda, Janis Meneses, y ustedes responden de manera conjunta.

Benito Baranda: Muchas gracias Mónica y Felipe por la presentación. Solo, muy breve. En el quinto [punto] de estos [grupos de especial protección constitucional], me gustaría que nos pudiesen identificar brevemente qué grupos han considerado allí. Gracias.

Janis Meneses: Muchas gracias por la exposición. Bueno un poco en la misma línea de una exposición anterior, ¿no? ¿Cómo deberíamos, relacionar la política universal frente a las políticas focalizadas, con el fin de que no se continúen las condiciones de desigualdad, considerando que Chile tiene esa característica, [de que] las políticas públicas, la política social focalizada no ha permitido salir y avanzar en las condiciones de desigualdad estructural en que están los grupos históricamente excluidos? gracias.

Damaris Abarca: gracias Janis. Tienen 2 minutos para responder, por favor.

Mónica Contreras: Muchas gracias por la pregunta. Bueno, respecto a los grupos específicos, en el documento hemos planteado a lo menos poder considerar a las personas en situación de calle, mujeres en situación de pobreza, personas mayores en situación de pobreza, personas con discapacidad mental, también las personas privadas de libertad, las personas sin techo, los migrantes... (y Felipe, ¿me ayudas?)

Felipe Expósito: (Las personas privadas de libertad.)

Mónica Contreras: (También las dije ya.) Ahí está, al menos esos grupos, y los niños y niñas excluidos del sistema escolar, y víctimas de violencia. Esos son los grupos que ustedes van a poder ver en el documento y para cada uno hay un desarrollo de propuestas específicas.

Felipe Expósito: Para complementar lo que señala Mónica, nosotros planteamos grupos que nosotros sabemos, desde el testimonio de nuestro trabajo, de lo que hemos investigado, que son grupos que históricamente y actualmente tienen barreras para poder defender sus derechos y acceder a sus derechos. Sin embargo, eso es nuestra experiencia, desde el lugar que nosotros vemos, observamos y trabajamos. Eso quiere decir que los grupos que nosotros planteamos no son exhaustivos, y debería haber –ojalá– una deliberación y la inclusión y la reflexión sobre grupos que lamentablemente nosotros no podemos alcanzar; hay otros grupos que sabemos que existen y que tienen esas limitaciones, y que creemos que es importante reforzar.

Por otro lado, como criterio en general es justamente... No hay, en lo que hemos revisado en la literatura y en otras constituciones, no hay un listado universal, sino que es [algo] muy relacionado con el contexto de cada país y como históricamente en cada país se han configurado ciertas dinámicas de exclusión que han hecho que ciertos grupos tengan barreras, que pese que incluso existan derechos garantizados, no pueden acceder en la práctica. Esa reflexión creo que debería darse.

Con respecto a la pregunta de cómo pueden congeniarse a los derechos universales y el resguardo o la consideración especial para reforzar derechos a ciertos grupos, creemos que en general, hay una necesidad de que todas las sociedades inclusivas y democráticas de derecho, si bien nosotros venimos historia de ultra focalización que ha generado bastante daños y problemas a la política social en Chile, creemos que debe existir siempre, y es muy necesario, la orientación de derechos universales -pero eso no es suficiente- y de ahí complementarse con cierto refuerzo para que la política pública –más allá de que se garantice desde la Constitución- oriente, o de alguna manera tome ciertos resguardos para que, en el diseño de políticas públicas, se diseñe el acceso, pero también ciertos resguardos, cierta forma de diseñar, para que sean consideradas estas poblaciones; porque general, son elementos que se necesitan [en] estas poblaciones, para que puedan justamente acceder a derechos que [les] están consagrados.

[Término de la entrevista 3:07:00]

[Tiempo total de la entrevista 0:13.29]

Alberto Coddou

Comisión:

Derechos

Fundamentales

Fecha:

10

noviembre

2021

Presenta

Alberto

Coddou

[Hora de Inicio:3:07:00]

Alberto Coddou: Bueno. Muchas gracias por la invitación a exponer ante esta honorable Comisión y con mucho respeto por vuestro trabajo quiero ofrecer algunas razones para defender la necesidad de establecer, tanto un deber general de no discriminación con respecto a todos los Derechos Fundamentales, además del reconocimiento de un derecho a la igualdad y no discriminación.

En principio los deberes generales de respetar, proteger y promover Derechos Fundamentales derivan del derecho internacional de los Derechos Humanos, que compromete la responsabilidad internacional de los Estados, sin perjuicio de sus arreglos internos. Entonces el deber general de respetar implica, principalmente, deberes de abstención o de no interferencia en el goce y ejercicio de los derechos por parte de sus titulares. El Deber general de protección supone el desarrollo de un marco institucional en el cual los derechos pueden estar libres de afectaciones o violaciones por parte de terceros o en que los derechos puedan ser efectivamente ejercitados por sus titulares. Mientras el deber de respeto corresponde tanto al Estado como a los particulares, el deber de protección y/o de realización corresponde fundamentalmente al Estado que tiene la capacidad de generar arreglos institucionales que permitan que los derechos estén libres de afectaciones, tanto por parte del propio Estado, como por parte de terceros.

Cuestión aparte y que quizás requeriría una sesión especial es la existencia de deberes no asociados a derechos y que recaerían sobre la comunidad toda, para hacer frente a cuestiones como la emergencia climática.

Y por último El deber general de promoción implica la proactividad estatal en la discusión de los derechos y la educación necesaria para que los primeros interesados en su protección sean los propios titulares. Además de esta clásica taxonomía, diríamos tripartita, reconocida de distintas maneras en tratados internacionales y en diversas constituciones, en el último tiempo se ha incorporado entonces un deber general adicional; esto es el deber de respetar y proteger/garantizar y promover todos los Derechos Fundamentales sin discriminación de ningún tipo.

Ahora bien ¿Cuál es el sentido de estos deberes generales? Según algunos si al reconocimiento de cada derecho van aparejados deberes u obligaciones correlativas, positivas y negativas, estos deberes serían meras normas programáticas. Para otros, el sentido de estos deberes generales permite comprender la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales. Si a cada derecho fundamental corresponden tanto obligaciones de respetar como de proteger que implican deberes negativos y positivos, entonces podemos cuestionar la tradicional

distinción entre derechos civiles y políticos, por una parte y derechos económicos y sociales y culturales, por la otra.

En el mismo sentido, a todo derecho fundamental corresponden obligaciones que serían inmediatamente exigibles, como las obligaciones de respeto o cuestiones que se pueden hacer a corto plazo, por ejemplo actualizaciones normativas, como aquellas que requieren procesos más largos, como el cumplimiento de indicadores de efectividad de cada derecho. Y por último considerando que los Derechos Fundamentales suponen un espacio importante de deliberación democrática (en su configuración institucional sobre todo). Los deberes generales pueden entenderse como un recordatorio del mandato que pesa sobre los Estados de avanzar en todos los intereses protegidos por los Derechos Fundamentales, de manera integral, considerando tanto las posibilidades fácticas como jurídicas de su realización.

Así, las cláusulas de deberes generales son un recordatorio de la compleja y difícil tarea que recae sobre el Estado, por ejemplo, de cumplir con los derechos sociales a pesar de la escasez de recursos, como en la jurisprudencia alemana, colombiana o portuguesa a propósito de recortes presupuestarios o de leer los derechos civiles y políticos con los lentes o a través de los lentes de los derechos sociales, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos usualmente.

Esto último de cierta forma cuestiona la idea de que el cumplimiento de los derechos sociales y las libertades civiles sería irreconciliable, o que el cumplimiento de unos implicaría la negación de los otros. Algo ya dijo el profesor Urbina sobre el deber del Estado, y especialmente del legislador, de armonizar la realización de todos los Derechos Fundamentales -lo que no implica que no puedan existir orientaciones o lineamientos constitucionales acerca de cómo realizar esa labor-.

En este escenario ¿Cómo abordar la existencia de deberes generales en el nuevo texto constitucional? ¿Y qué espacio tendría para mí un deber general en materia de igualdad y no discriminación?

De partida habría que actualizar lo que la Constitución vigente señala en su Artículo 5° inciso segundo, que establece la obligación de todos los órganos del Estado solo de respetar y promover. En este sentido cabría actualizar esta cláusula utilizando el lenguaje propio del derecho internacional de los Derechos Humanos, ya sea utilizando la tríada: respetar, proteger y promover o la de respetar, proteger y realizar los Derechos Fundamentales y hacerse cargo además de un deber general de no discriminación.

La articulación de esta cláusula, nueva cláusula, puede vincularse con las formas de incorporar el derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno, como lo hace el actual texto constitucional chileno (no veo problema en eso) o en una eventual sección aparte sobre cuestiones generales y algo ya se ha dicho acá acerca de los Derechos Fundamentales -ya sea de manera autónoma como lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales o asociada a una cláusula general de titularidad incluso, cómo lo hace la declaración

universal de los Derechos Humanos. Yo preferiría esta última, pero creo que es un debate abierto e interesante.

Ahora bien ¿Cómo entender la relación de un deber general de no discriminación con un derecho a la igualdad y no discriminación? Tanto a nivel internacional como comparado se distingue entre las cláusulas subordinadas y autónomas. Así, por ejemplo, en el pacto de San José el artículo 1.1 supone una cláusula subordinada de no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en aquella convención, mientras que el artículo 24 contiene un derecho independiente a la igualdad y no discriminación cuyo ejercicio y goce no va asociado o anexo a otros derechos.

Como cláusula subordinada entonces que nos permite garantizar el acceso y voces de los Derechos Fundamentales de manera no discriminatoria, se trataría de una cláusula que no importa o no implica el reconocimiento de un derecho sustantivo y como cláusula autónoma el derecho a la igualdad y no discriminación supone la posibilidad de su protección, aunque no esté en juego el goce o ejercicio de otro derecho fundamental. Por ejemplo, ello implica la posibilidad de exigir el respeto y protección del derecho a la igualdad y no discriminación aunque la víctima, en concreto, ni siquiera vea afectada su honra, su privacidad u otro interés fundamental u otro derecho fundamental. De este modo el derecho a la igualdad y no discriminación supone un compromiso constitucional de carácter propio y esto es bien interesante.

Por último y de manera muy breve, para terminar ¿Cómo pensar en un nuevo derecho a la igualdad y no discriminación? Habría que partir -diría yo- abandonando el modo en que el derecho constitucional comparado nos ha catalogado por el actual artículo 19 número 2, que contiene el derecho a la igualdad ante la ley, caracterizándonos como una constitución neutra; por no incluir o por no tomar partido por grupos desaventajados, no incluir una prohibición de discriminación, ni entregar soporte constitucional a acciones positivas del Estado. Sería importante agregar un derecho a la protección contra toda forma de discriminación, incluyendo una lista abierta de categorías protegidas que otorgue algún lineamiento a los operadores jurídicos al utilizar la fórmula general -repto, contra toda forma de discriminación- se reconocen los diferentes tipos de discriminación que han sido articulados a nivel internacional y comparado como la discriminación directa, indirecta, denegación de ajustes razonables, violencia sexual como forma de discriminación y discriminación estructural...

Secretario: Dos, minutos. Perdón, dos minutos.

Y sería bueno, en mi humilde opinión, no mencionar los diferentes tipos de discriminación para no generar estatutos o regímenes separados de acuerdo con las formas de discriminación que está en juego. Y por otra parte, yo abandonaría el calificativo de arbitraria, con el objeto de considerar a la discriminación como un mal... un injusto constitucional ¿cierto? distinto de la mera irracionalidad. Asumiría, como en cualquier Estado de derecho, que las garantías de racionalidad en el ejercicio del poder pueden derivar entonces de las nuevas bases de la institucionalidad, o están ya contenidas en un derecho a la igualdad ante la ley. Adicionalmente,

y cómo lo hacen diversas constituciones, había que recordar que las acciones positivas en favor de grupos desaventajados no constituyen una infracción a la igualdad ante la ley como lo hacen diversas constituciones del mundo. Y en último término (y aquí termino) y siguiendo una obligación internacional reciente, de reciente elaboración, incluiría un mandato constitucional de legislación que apunte hacia una ley general que castigue todas las formas de discriminación, en todos los ámbitos de la vida humana incluyendo medidas de acción positiva que puedan prevenir y reparar todas las formas de discriminación.

Entonces muchas gracias y con mucho respeto también por vuestro trabajo quedo disponible para sus preguntas. Muchas gracias.

Matías Orellana: Muchas gracias por la exposición. Se abre la palabra para realizar preguntas. Hay una palabra pedida del convencional Gaspar Domínguez ¿Hay alguna otra pregunta? Convencional Gaspar Domínguez, tiene la palabra.

Convencional Gaspar Domínguez: Buenas tardes, muchas gracias. Le quería preguntar al profesor Alberto, el mencionó que recomendaba no mencionar distintos tipo de discriminación explícitamente porque esto podía favorecer la conformación, por ejemplo, de distintos estatutos. Quería preguntarle si en otras experiencia constitucionales o equivalentes en otros países ¿Existen catálogo efectivamente donde se especifiquen distintos tipos de discriminación y si en esos ejemplos reales ha existido realmente un perjuicio como consecuencia de ello?

Alberto Coddou: A ver, a nivel comparado las cláusulas de igualdad y no discriminación no han avanzado en la incorporación de todas las formas de discriminación que actualmente reconoce, podríamos decir, la doctrina del derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, el gran problema que tenemos es que si empezamos a mencionar formas de discriminación distinta - como por ejemplo ha pasado en la legislación Federal en Estados Unidos- se generan estatutos separados que, por ejemplo, generan distintos tipos de escrutinio judicial si en un caso está en juego por ejemplo la categoría raza o color de piel (que, por ejemplo supone un mayor escrutinio judicial que el género o el sexo en Estados Unidos). Lo mismo ha pasado en Estados Unidos, por ejemplo, con Age Discrimination Act o con la Disabilities Discrimination Act que de algún modo generan tipos de defensas distintos, tipos de intencionalidad que son jugadas de manera distinta... Yo creo que a lo que hay que avanzar, y si se quiere, el lineamiento que se le puede dar a los operadores jurídicos es dar a entender que todas las formas de discriminación son igualmente reprochables, más allá de que exista un espacio para que el legislador pueda modular las formas de responsabilidad, las formas de culpabilidad, las formas de reparación, etcétera. Yo creo que el gran problema que tenemos es que no queremos generar estatutos separados ni una competencia de grupos desaventajados por mayor atención e institucional.

Y en ese sentido, yo creo que habría que seguir el ejemplo del comité CEDAW quién ha interpretado que el término "toda forma de discriminación" es lo suficientemente amplio como

para dar pie para que la deliberación democrática vaya modulando las formas de reprochar, reparar, prevenir y sancionar todas esas diferentes formas en que se expresa y manifiesta la discriminación.

[Hora de término: 3:20:30]

[Duración Total:0:13:30]

**Judith Shonsteiner- Centro DD.HH. Universidad Diego Portales
Comisión Derechos Fundamentales**

Fecha: 11 de noviembre

Presenta: Judith Shonsteiner

Transcribe: Bruno Costa

[Hora de inicio: 00:10:53]

Judith Shonsteiner: Buenos días a todos a todas muchas gracias por la invitación. Soy Judith Shonsteiner. Soy investigadora del centro de Derechos Humanos de la universidad Diego Portales y vengo presentar algunas de las investigaciones que hicimos previa al trabajo de esta convención, y queremos presentar algunos resultados para que puedan utilizarlos en los debates.

Hemos desarrollado una serie de cartillas sobre derechos fundamentales, que muestran el derecho internacional de los Derechos Humanos en la materia y Proponen cláusulas que podrían considerarse de acuerdo con estos estándares internacionales, y hoy quisiera presentar el marco general para la protección de los derechos fundamentales. Porque obviamente, la sola mención, el solo reconocimiento de los derechos fundamentales no establecen una Constitución todavía el marco de protección y en este sentido es importante definir los aspectos que la comisión llamó a discutir.

La titularidad, por ejemplo, el derecho internacional de los Derechos Humanos establece derechos fundamentales para las personas naturales. Son, solamente las personas naturales que tienen estos derechos fundamentales pueden tener otras entidades otros derechos, pero no tienen automáticamente los Derechos Humanos. Eso es solamente distinto del Consejo de Europa y todo el resto del mundo lo trabaja a partir de la persona natural.

Los destinatarios de los Derechos, es bien interesante que la mayoría de las Constituciones modernas reconocen, no solamente las obligaciones del Estado, o sea, el efecto vertical de los derechos fundamentales, sino también un efecto horizontal entre privados y algunas Constituciones más antiguas lo hacen a través de la interpretación o sea la misma Constitución, no dice explícitamente que los privados están vinculados por las obligaciones de derechos fundamentales y algunas más nuevas lo dicen explícitamente. Esta figura, en la tradición chilena es conocida, o sea nuestro régimen constitucional reconoce este efecto y se podría constituir más explícitamente en la misma Constitución. Lo importante en ese contexto sin embargo es que, la Constitución también faculta y requiera que los órganos del Estado después adopten la legislación necesaria para la protección, o sea el derecho fundamental queda en abstracto sino hay está facultad y obligación de legislar posteriormente. Todos los tratados de Derechos Humanos hacen énfasis en esto y ahí llevo a las obligaciones que el derecho internacional sugiere establecer.

Las obligaciones en materia de derechos fundamentales que se derivan del derecho internacional de los Derechos Humanos son tres: la obligación de respetar los derechos, la obligación de protegerlos y la obligación de garantizarlos sin discriminación alguna a todas y todos los habitantes del territorio nacional. Hay un debate sobre efectos extraterritoriales, que es mucho más preciso, voy a prescindir de esto, pero si alguien está interesado interesada podemos obviamente informar sobre. Y todos los derechos ya sea civiles, sociales, económicos,

políticos, culturales y ambientales, hoy se tratan de igual pie. En ese sentido, todos los grupos de derechos tienen estas tres obligaciones. Y tienen aspectos positivos y negativos a proteger, y las formulaciones de estas obligaciones en el derecho constitucional, podrían reflejar las características del derecho internacional de los Derechos Humanos, con esa lógica de garantizar el mismo piso y no permitir que el estado ya a través de la formulación de la Constitución incurra en responsabilidad internacional en ese sentido.

Las obligaciones, responden además a una lógica intrínseca si alguien dijera, bueno en el fondo los tratados internacionales tal vez no son tan importantes, igual la lógica intrínseca de los derechos fundamentales que uno ve reflejado en las distintas Constituciones responde a estas tres obligaciones: respetar, proteger y garantizar. Ahora, el derecho internacional de los Derechos Humanos distingue, la bajada de estas obligaciones para ciertos grupos de derecho y el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales define una obligación de protección que reconoce que los recursos siempre son limitados para la garantía de los derechos, y entonces hay una cláusula de progresividad. Que, obliga a avanzar sin discriminación y prefiriendo los grupos más vulnerables e impide una regresividad en la protección. En nuestras cartillas explicamos con mayor detalle qué significa y proponemos una cláusula que refleja esta obligación. De hecho, es interesante notar que la Constitución chilena del 1925 en su reforma del 71' ya reconoce esa progresividad. O sea, no es una idea nueva, a pesar de que la constitución del 1980 tiene una debilidad en la protección de los derechos sociales y varios que no sé reconocieron y la cláusula de progresividad por ejemplo no está.

Ahora, un tema interesante para todo el debate de los derechos fundamentales es como dejamos los derechos definidos de tal forma que posteriormente los órganos del Estado, especialmente los tribunales pueden ponderar los derechos. Porque muchas veces van a conflictuarse entre los derechos que tienen los individuos, no solamente con el Estado. En ese sentido, el derecho internacional de los Derechos Humanos propone un mecanismo de solución, y ese mecanismo de solución es: los límites para los derechos deben estar explícitamente reconocidos y los tratados no permiten límites más allá o adicionales a los que autorizan los tratados, y esas usualmente se relacionan con la seguridad pública, la salud pública, el orden público, la moral y los derechos y libertades de los demás. Eso es la fórmula clásica de todos los tratados que encontramos, y esa cláusula permite después la ponderación.

Adicionalmente, se ha reconocido que nunca puede afectarse el núcleo del derecho, o sea si son dos derechos que están en conflicto tengo que encontrar una forma de ponderar sin afectar el núcleo, eso es parte de la interpretación. Ahora, eso solo no bastaría para saber qué derecho lo pondero o puedo limitar de cuál manera y ahí la jurisprudencia de casi todos los sistemas de derecho internacional de Derechos Humanos establecen el principio de proporcionalidad.

La limitación, que impone el Estado, ya sea para su propio actuar o para proteger los derechos de los demás deben estar primero basados en la legalidad, o sea debe haber una disposición legal para poder hacer la limitación. Además, debe ser necesaria en una sociedad democrática, o sea, el fin es importante ¿por qué restrinjo? sí está restricción no sería concordante con la democracia no se permite. La medida debe ser idónea para lograr ese fin, sino sería arbitrario y finalmente tengo que tener una proporcionalidad y afectar la menor manera en la menor cantidad posible. Y en ese sentido es importante creemos, para no alargar el texto constitucional demasiado con los detalles de esa interpretación, de que se haga una referencia al acervo

interpretativo de este derecho internacional de los Derechos Humanos y, por lo tanto, junto con la incorporación, una cláusula de incorporación que sería una versión mejorada del artículo 5° inciso 2 de la actual Constitución sugerimos hacer una cláusula de interpretación

Matías Orellana: 2 minutos

Judith Shonsteiner: Muchas gracias, que es una cláusula en la tradición alemana y otras tradiciones, por ejemplo, la colombiana del derecho constitucional de estos países que permite una interpretación conforme con estas normas internacionales.

Finalmente mencionar en el último medio minuto que me queda, la justiciabilidad de los derechos es fundamental para poder ejercerlos y así lo han reconocido los órganos internacionales y, la suspensión de los Derechos en caso de estado emergencia etcétera. Está también regulada en el artículo 27 de la convención americana sobre Derechos Humanos y por lo tanto Chile ya tiene un marco dentro del cual se puede mover, para poder respetar las reglas que ha puesto la OEA en este sentido. Muchas gracias y estoy abierta a las preguntas que puedan tener.

Matías Orellana: se abre el espacio de preguntas tiene la primera pregunta el convencional César Valenzuela, está también el convencional Gaspar Domínguez. Tiene la palabra el comisionado César Valenzuela

Cesar Valenzuela: Gracias coordinador. Bueno, primero que todo agradecer a la expositora, muy interesante su presentación y voy a consultar lo mismo que le pregunté ayer a otro expositor y a propósito de un debate que creo que se adelantó en esta conversación respecto a la titularidad de los Derechos Humanos, o sea, de los derechos fundamentales de personas distintas a las personas naturales. En particular si usted ve incluso el listado de temarios derechos de esta comisión se menciona derechos de la naturaleza, en particular también está muy en boga la discusión respecto a los derechos de los animales. Entonces quisiera saber su opinión respecto al hecho de dotar de titularidad de derechos fundamentales a no humanos, en definitiva. Sin perjuicio de distinguirlo de evidentemente que son sujetos de protección especial, o sea, creo que hoy hay un consenso respecto a eso, pero respecto a la titularidad me gustaría si pudiese profundizar por favor.

Matías Orellana: convencional Gaspar Domínguez tiene la palabra

Gaspar Domínguez: Buenos días Muchas gracias quería consultar la expositora dijo explícitamente que sin justiciabilidad, no era posible hacer el ejercicio de los derechos, quería consultarle si tiene en visto alguna manera de justificarlo y ¿Cómo podría organizarse?

Judith Shonsteiner: Muchas gracias por las preguntas a los dos convencionales. Primero sobre titularidad, no soy experta en derecho de animales, naturaleza etc. Solamente, puedo decir que el derecho internacional en general no los reconoce todavía. Eso, no significa que no existe, significa que el derecho internacional de los Derechos Humanos no los reconoce. Por lo tanto, pueden perfectamente reconocerse, diría que es importante no asemejarlos artificialmente a los Derechos Humanos, o sea, es una lógica distinta. Por ejemplo, la representación de los intereses, o sea, no se pueden en un tribunal representar a sí mismos, por lo tanto, tengo que

trabajarlo desde la idea de los comunes para la naturaleza, y tengo que ver quién podría legítimamente asumir la representación sin conflicto de intereses. Eso yo creo que es bien importante, pero es posible reconocerlo perfectamente nada en el marco de derecho internacional de los Derechos Humanos diría que no. Solamente que no lo hace, no establece esa obligación todavía.

En relación a la justiciabilidad, básicamente el derecho internacional indica que la justiciabilidad a través de los tribunales, a través de mecanismos de derecho administrativo también es posible dependiendo del tipo de afectación y de la importancia de la afectación tal como lo tenemos ahora ya en relación a los derechos consagrados. Permite hacer a los Estados eventualmente una diferencia de ciertos aspectos de los derechos que no necesitan ser justiciables, pero ciertamente el núcleo de todos los derechos incluso los sociales, debe ser justiciable y, toda discriminación, o sea, incluso los aspectos que en sí mismo no son justiciables pero que habría una discriminación o una posible discriminación deben ser justiciables en tribunales con un recurso, tipo recurso protección tutela o como se llama en los distintos países.

[Hora de término: 00:25:26]

[tiempo total de la entrevista: 0:16:56]

Víctor Manuel Avilés - Instituto Libertad

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 11 de noviembre de 2021

Presentan: Víctor Manuel Avilés

Transcribe: Manuel Valenzuela

[0:27:20]

Víctor M. Avilés: Muy buenos días. Muchas gracias, señorita coordinadora. Es un honor para mí estar exponiendo ante esta comisión. Soy de los que me hubiese encantado poder participar en este proceso de trabajo y le tengo fe al proceso que ustedes encaminan. Vengo a exponer materia de derecho y libertades con una tesis que creo va en línea, en cierta forma, con lo poco que escuché de la intervención anterior. Que es los derechos y libertades existentes como un piso.

Es difuso el asunto de cuáles son los límites que tiene una entidad constituyente. Cuando uno mira los tratados de derecho constitucional es difícil encontrar buenos argumentos, pero hay algunos que se repiten. Uno de ellos es que los procesos constituyentes tienen como límite sustantivo el movimiento que los ha originado. Los movimientos sociales, muchas veces, son difíciles de articular en expresiones normativas; sin embargo, hay efectivamente convicciones detrás de un movimiento que se pueden apreciar por cualquier ciudadano y particularmente por quienes lideran el proceso al que se dio inicio en ese movimiento. Y esa expresión o ese sentimiento y deseo del movimiento que ha dado inicio a un proceso constituyente es, de alguna forma, un límite para la convención que posteriormente opera. Y me asiste la convicción de que, la mayoría de los chilenos, esperan, con esperanza, un proceso de nuevos derechos y más derechos, pero no esperan el proceso de regresión en materia de derechos y libertades. En consecuencia, creo que eso es una expresión de que el conjunto de derechos y libertades existentes en la actual Constitución que, dicho sea de paso es el mejor catálogo de derechos y libertades que han tenido las constituciones en la historia de Chile, y que obedece a una evolución al punto que salvo algunas particulares, o particularidades, no ha sido objeto de mayores críticas a lo largo de todos los años desde el retorno a la democracia es un buen piso. Es un piso que debe ser, creo yo humildemente, tomado para construir a partir del mismo en base a nuevos derechos y libertades, cómo se ha venido expresando ya en este proceso. Creo también que acá hay una oportunidad para esta convención en cuanto a dar una señal de cercanía y de avances hacia la ciudadanía; que le restaría, en parte, costos a este proceso.

Existe, en materia de derecho internacional, un principio que se llama principio de progresividad, que tiene una fase negativa o no regresividad. Algo escucharon, o sea, bastante escucharon hace pocos minutos así que seré genérico en esto. Este principio se estableció sobre la idea de querer avanzar en la materia en cuanto al reconocimiento de derechos, y que no debe retrocederse en el reconocimiento de derechos y libertades. Porque el retroceder en derechos y libertades implica un nivel de afeción a la dignidad de las personas y de sufrimiento que es muy superior incluso al que conlleva el no reconocimiento explícito de algunos derechos y libertades. Y este principio de progresividad o no regresión surge en el marco de los tratados internacionales, particularmente los de pacto internacional de derechos económicos, sociales y

culturales el año '66; pero se ha recogido también en constituciones ya, como la reforma constitucional a la Constitución de México del año 2011. Y también en el ámbito internacional, en forma directa, está, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año '48, en su preámbulo y en el artículo 30. Indirectamente también en el contexto de las declaraciones de las Naciones Unidas a propósito de que existe un solo contexto conjunto y naturaleza de los derechos y libertades constitucionales sobre la base que ellos son progresivos, y sin que sea posible distinguir en este carácter unitario diferencias sustanciales entre los derechos que se han llamado económicos, sociales y culturales, y los derechos y libertades civiles, individuales y políticos.

En consecuencia, ese principio también debe tenerse presente en el contexto de la discusión. Se debe avanzar, se debe construir, a partir de los derechos y libertades que tiene la ciudadanía, reflejando el deseo del movimiento social, pero no retroceder. Y nuevamente insisto, el tomar lo que hoy día existe en la materia, sería un gran avance para este proceso constituyente. Aún más, y esto puede ser un poco más discutible. El proceso actual fue habilitado en base a una reforma constitucional, que se votó en el Congreso, por quienes tienen legítimamente el poder Constituyente derivado, tenían en ese minuto y lo tienen todavía porque puede seguir modificando la Constitución. De hecho, los plebiscitos dirimentes obedecerán a esa lógica. Ese ejercicio de la soberanía que se tradujo en la norma que habilitó el proceso constitucional en que estamos hoy día, tiene como límite el artículo quinto de la Constitución que señala que “el ejercicio de la soberanía por los representantes del pueblo, obviamente incluidos los parlamentarios tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales que están establecidos de la Constitución y también los tratados suscritos por Chile que se encuentren vigentes”. En consecuencia, no se puede interpretar, bajo ningún respecto, la habilitación como una habilitación que permite al órgano habilitado, que es la convención constitucional, que finalmente, no cierto, fue activada en virtud de plebiscito, no queda habilitado para disponer de los derechos y libertades de los ciudadanos de Chile. Ni lo pudo hacer los parlamentarios, ni lo puede hacer esta Convención. Estos derechos y libertades son una base, son un piso, sobre el cual se debe seguir construyendo.

Un segundo punto que quería manifestar, de 3, es la idea de la reserva de ley como instrumento constitucional que es garantía del principio democrático. En cualquier forma que pueda finalmente adoptar el órgano legislativo, según decida esta convención y refrende el pueblo. El legislativo va a ser el espacio de discusión democrático deliberativo más transparente y participativo que va a tener el futuro proceso y desarrollo de las normas en Chile. En consecuencia, es ahí donde siempre se debió discutir sobre alcance los derechos y libertades, y donde en el futuro debe de discutirse sobre los derechos y libertades. Y, en consecuencia, es de suyo conveniente para la seguridad, particularmente de las minorías, y estamos viendo, estimados y queridos señores constituyentes, las mayorías y las minorías se conforman y desconforman [sic] de una manera muy rápida. Es fundamental para la protección de las minorías, que cualquier limitación y regulación del ejercicio de los derechos y libertades, sea posible en la medida que lo establezca la ley. Debe, en opinión de este profesor de derecho constitucional de la Universidad de Chile, establecerse, es de todo conveniente, que sólo la ley puede regular el ejercicio de los derechos, limitar y establecer obligaciones. Eso es una garantía específica que los abogados llamamos reserva de ley. Por lo demás, eso también está establecido en los tratados internacionales de manera expresa, particularmente ahí les cito el

artículo cuarto para que lo puedan ver, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Y esto, es perfectamente compatible con el principio democrático. Si Dios lo quiere, en el futuro no tendremos la objeción del sistema binominal, no tendremos la objeción de los senadores designados y de los senadores vitalicios, no tendremos la objeción de una ausencia de regulación del dinero y la política. Tendremos un Legislativo auténticamente representativo y es ahí, con el proceso largo, transparente y participativo, donde se deben tomar las decisiones sobre la limitación y derechos, con expresa exclusión de la potestad reglamentaria y de las normas de policía. Que muchas veces son necesarias, pero no lo son cuando son ex novo; o sea, cuando, sin la habilitación legal, establece limitaciones a la [NSE 08:40].

Secretario: 2 minutos.

Víctor M. Avilés: Y, la última idea, es simplemente establecer una garantía que ha sido fundamental en los últimos años para proteger los derechos de las personas. No importa cuál sea el gobierno, no importa cómo cambia la mayoría en el Congreso. La garantía debe consistir en que la ley jamás puede regular un derecho y, so pretexto de regular, en la práctica desnaturalizar el derecho, impedir su ejercicio o hacerlo ilógico por transformarlo en extremadamente oneroso. Que sea más oneroso, caro, o difícil para la persona ejercer su derecho que simplemente renunciar a él. Porque eso es una forma, en definitiva, de privar los derechos de las personas. En consecuencia, humildemente, creo que también debiese establecerse en la futura Constitución una norma que señale que jamás la regulación, que solo puede ser por ley, puede llegar al punto de limitar o hacer desnaturalizar un derecho o una libertad constitucional. Muchas gracias.

Coordinador(a): A continuación, las preguntas. Tenemos a Benito Baranda, y, una segunda pregunta, Natalia Henríquez. Perfecto Benito, Natalia y luego responde Víctor Manuel.

Benito Baranda: Bueno, muchas gracias. Aprovecho de saludar a las y los constituyentes. Gracias Víctor Manuel. Quería consultarte, ¿Cómo conciliar el principio de no regresividad, con la debida armonía entre los distintos derechos?

Natalia Henríquez: Muy buenos días, compañeros, compañeras, coordinadores, secretarios, expositor. Muchas gracias. Quería consultarle si es que tiene la misma visión respecto a que los derechos fundamentales debiesen estar restringidos a las personas naturales. Y si eso usted lo considera que sería algo regresivo o es algo necesario hacer.

Víctor M. Avilés: Bueno, muchas gracias por las preguntas y por el tono respetuoso de las mismas. Lo agradezco. A ver, yo planteo ya el conjunto de derechos que tenemos, además ha sido interpretado y aplicado por años de jurisprudencia de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional, y sienta una base conocida para los ciudadanos, debiese ser la base. Y, de alguna forma, hay toda una teoría, que los abogados hablamos, de colisión de derechos. Cuando efectivamente dos derechos se enfrentan; que, finalmente, hay algunos que sostienen que jamás existe porque nunca llega al punto que un derecho puede colisionar con otro. Porque simplemente operan, o por jerarquía diferentes, o simplemente un derecho termina antes de colisionar con otro. Esa es una discusión teórica. Lo importante, estimado convencional don

Benito Baranda, es que, en la medida que se parta una base conocida y se incorporen nuevos derechos, la posibilidad de desarmonía o falta de armonía derecho disminuye tremendamente, se incrementa la seguridad jurídica y se incrementa también el conocimiento; porque existe ya un desarrollo jurisprudencial importante y permite darles sentido y límites a los derechos en relación a otros. Creo que también se produce esa ventaja a propósito de la necesaria armonía. Sin perjuicio de que estoy consciente, creo necesario recoger derechos de colectivos, recoger nuevos derechos que deben estar reflejados en la Constitución porque efectivamente el derecho universal de los derechos humanos ha dado nuevos avances. El derecho a la propia imagen, el derecho a ser reconocido, no cierto, como uno espera ser reconocido, son nuevos derechos que deben consagrarse.

Con respecto a la segunda pregunta, yo pienso que no, no es necesario limitar solamente a las personas naturales de los derechos y libertades. Pienso que las personas naturales, cada vez más, intervienen y se agrupan. Lamentablemente, el mundo de internet ha generado agrupaciones mucho más transitorias y a veces más agresivas, lo cual ha generado un fenómeno de polarización, pero sin duda eso va a morigerar. Sea por norma legal o por la razón que sea, pero la asociatividad humana que siempre ha estado va a seguir estando. Y esos colectivos, de distinta naturaleza, son también expresión derechos, lo han sido, y deben seguir siéndolo en el futuro. Pienso también que, en las bases del movimiento social que ha dado origen a este proceso constituyente, hay reclamaciones también sobre derechos de radicación colectiva. Quizás la duda se genera, o el área de más sospecha, tendrá que ver con asociaciones privadas con fines de lucro y sus derechos fundamentales. Ahí se podría abordar la materia considerando las transparentes, en consecuencia, entender que están los derechos y libertades de las personas que lo conforman. O, seguir lo que ha sido la tradición continental en que Chile está inmerso, de reconocer que efectivamente son personas en sí mismo y son titulares de derechos y obligaciones; y, en consecuencia, pueden serlo también de derecho y obligaciones que están establecidos en la Constitución. Pienso, estimada convencional doña Natalia, que sería un retroceso limitar titulares de derecho, pienso que no sería la expresión de lo que el movimiento espera, y creo que tampoco sería conveniente para evitar incertidumbres y dolores propios de un proceso como es un parto. Un parto involucra dolor a la madre, pero finalmente trae una vida. Un proceso constituyente, sin duda, conlleva incertidumbre, pero puede dar a la luz un país con muchos más consensos de futuro. Creo que restar derechos o desconocer la titularidad de las personas jurídicas o su derecho iría directamente en contra de eso.

[Hora de Término: 0:41:58]

[Duración: 0:14:38]

Miriam Henríquez (Núcleo de Análisis Político y Constitucional UAH)

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 11 de noviembre de 2021

Presentan: Miriam Henríquez

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[0:43:37]

Miriam Henríquez: Agradezco la invitación de la Comisión de Derechos Fundamentales a presentar esta mañana. Para mí claramente es un honor estar aquí, y tengo la esperanza y la confianza en una futura Constitución que otorgue mejores garantías a los derechos de las personas, sin distinciones y sin exclusiones. Concurro como profesora de Derecho Constitucional e integrante del Núcleo [de] Análisis Político y Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado.

El ámbito que voy a presentar esta mañana tiene que ver con las garantías de los Derechos Constitucionales. El punto de partida para estas ideas es que la constitucionalización de los Derechos Fundamentales debe considerar no solo a los derechos, sino que también y especialmente a sus garantías. Consigo, las garantías de los Derechos Fundamentales, como aquellos elementos imprescindibles para la real eficacia jurídica de un Derecho Constitucional. ¿Cuál es el plan de análisis en estos breves minutos? Destacar algunas cuestiones controvertidas en el ámbito de nuestra doctrina nacional, en el ámbito de la aplicación de la actual Carta Fundamental, y lo que se ha discutido en otros procesos constituyentes; y lo voy a plantear fundamentalmente como preguntas. Y algunas ideas o propuestas que quizá podamos señalar, a propósito de las preguntas que se dirijan.

La primera cuestión es ¿cuáles garantías? Cuando se trata de las garantías de los Derechos Constitucionales se suele pensar única y especialmente en las garantías jurisdiccionales. Esas garantías que se pueden deducir ante los tribunales de Justicia. Sin embargo, las actuales constituciones contemplan una serie de garantías, entre las que se destacan, por ejemplo, las garantías normativas, las garantías que son institucionales, también las garantías jurisdiccionales -y si me alcanza el tiempo, agregaría- la suficiente garantía estructural de los Derechos.

Vamos con las Garantías Normativas. Las Garantías Normativas son abstractas, de carácter general y corresponden a todas aquellas previsiones constitucionales que orientan o disciplinan la actuación de los poderes públicos. Como digo, sus destinatarios son los poderes públicos, como por ejemplo el Ejecutivo o el Legislativo. ¿y cuál es el objeto de estas garantías? Es evitar que la actividad o la inactividad de estos poderes públicos puedan implicar un desconocimiento o una vulneración de los Derechos Constitucionales.

¿Cuáles son las cuestiones controvertidas a propósito de estas garantías normativas, que como decía, son generalmente abstractas? La nueva constitución, ¿mantendrá la aplicabilidad directa de los Derechos Constitucionales establecidos? Es decir, ¿se podrán aplicar, por ejemplo, por los Tribunales de Justicia los derechos directamente, sin intermediación legislativa? Segunda cuestión: la nueva carta fundamental, ¿establecerá el efecto horizontal de los derechos? Es decir, ¿contemplará como un sujeto destinatario, o a quién exigir los

derechos, no solamente al Estado sino también a los particulares? Otra pregunta, ¿la reserva - que se hablaba recién- en la limitación y en la regulación del ejercicio de los Derechos Constitucionales será solo legal? ¿Habrá un espacio para la regulación por la potestad reglamentaria? Y si lo fuera solo legal, ¿reservada solo a la ley simple o eventualmente se contemplarán regulaciones de los derechos por leyes de quórum supra-mayoritarios? La nueva carta fundamental, ¿mantendrá como límite al ejercicio de la regulación del ejercicio de los Derechos Constitucionales la Esencia de los Derechos? ¿O eventualmente se establecerán otros criterios, como la proporcionalidad? La nueva constitución, ¿conservará como límites al ejercicio de los Derechos, criterios como la moral, el orden público y la seguridad nacional, o simplemente los límites que establezca la Constitución y la ley?

Esas son algunas de las cuestiones que creo que, en el entramado constitucional, a propósito del establecimiento de los derechos y las garantías constitucionales, podrían considerarse justamente para dar una mejor garantía de los derechos de las personas.

A propósito de las garantías jurisdiccionales, que es otro tipo de garantías. Son aquellos instrumentos reactivos, que permiten a las personas, en cada caso en que se repute producida una vulneración de un derecho constitucional, acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo. No son garantías abstractas, sino que, claramente por su definición, concretas. La actual Constitución establece una serie –e insisto aquí- una serie de acciones constitucionales a propósito de los derechos, que se diferencian por distintos criterios; por ejemplo, por el derecho que resguardan. Así, hay una acción que protege la Nacionalidad, una acción distinta que protege la Libertad Personal y la Seguridad Individual y otros derechos, como por ejemplo de Propiedad. También, los presupuestos de interposición de estas acciones constitucionales van desde la privación o el desconocimiento del derecho o eventualmente, la privación, perturbación o la amenaza al legítimo ejercicio de este derecho constitucional.

También, los plazos y los legitimados son distintos. Algunas acciones se deducen porque puede hacerlo cualquier persona; es decir, una acción popular; o eventualmente, solo podría hacerlo en legitimado, como afectado o alguna persona a su nombre. También, el tribunal competente difiere: por ejemplo, algunas acciones se pueden interponer en primera instancia ante las Cortes de Apelaciones y otras acciones solo ante la Corte Suprema. Y el objetivo que persiguen también es diferente: en algunas acciones es declarar la afectación del derecho; o, en la mayoría de los casos, las acciones buscan el restablecimiento o la protección del afectado, el restablecimiento del derecho a la protección del afectado. No todos los derechos constitucionales –y esta es una particularidad de esta Constitución- se encuentran amparados por una acción constitucional.

Las preguntas, entonces a propósito de estas garantías jurisdiccionales son, algunas de ellas:

La futura Constitución, ¿mantendrá la diversidad de las acciones constitucionales o establecerá una única acción protectora de los derechos fundamentales? En su caso, suponiendo que fuera solo una, ¿cuál será la naturaleza de esta acción? En su caso, si fuera solo una, ¿tal acción excluirá de su amparo a algunos derechos constitucionales, como actualmente la Constitución excluye la garantía de ciertos derechos sociales; o los comprenderá todos? En su caso, ¿con cuáles presupuestos procederá? La regulación de su

tramitación y procedimiento, ¿será materia de ley o se mantendrá el uso de los autos acordados? Y -son muchas las preguntas, pero para acotar- el tribunal competente, ¿serán las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema, o podrían serlo los jueces de primera instancia - más cercanos por supuesto a las personas?

Garantías Institucionales, son otro tipo de garantías, [que] están relacionadas con instituciones avaladas por la Constitución para la protección de los Derechos Constitucionales. Solo a modo de ejemplo, la creación de un órgano como la Defensoría del Pueblo, en cuyo caso habrá que preguntarse cómo se integraría y cuáles serían sus principales funciones. También sabemos que hay un debate sobre el establecimiento de la Defensoría Penal Pública como un órgano constitucional autónomo para la protección de las garantías del debido proceso en el juicio penal.

Y, por último -creo que voy a alcanzar en el tiempo- la Garantía Estructural de los Derechos o la Suficiente Garantía Estructural de los Derechos. ¿A qué me refiero con esto? A que la consagración y el establecimiento de los Derechos también tiene una garantía en la precisión, en el detalle, no digo en el desarrollo -insisto en esto, porque es muy importante- en la precisión de los elementos estructurales de los Derechos Fundamentales. Estos elementos que, por esta semana, ustedes han tenido ocasión de escuchar en las distintas audiencias públicas. ¿Cuáles son sus elementos?

En primer término, quién es el titular, precisar quién es el titular.

Gracias.

Recién se preguntaba [que], si podrían ser titulares las personas naturales, ¿podrían serlo las personas jurídicas? Y por supuesto, una garantía, una suficiente garantía estructural de los Derechos debiera decir, a propósito de cada derecho, quien es el titular de este. Por otro lado, el destinatario -lo que nos preguntábamos inicialmente- el destinatario, ¿solo será el Estado? A quién podemos exigirle el derecho, ¿solo será el Estado o también podrían ser los particulares? Con precisión, ¿cuál es el contenido protegido de los derechos? ¿En qué consiste el derecho? ¿Cuál es el ámbito de su protección? ¿Cuáles son los niveles de protección, y por supuesto, también los límites? Como decíamos recién, quizá los límites que establezca la Constitución y la ley, o si eventualmente se va a tomar ese camino, está definición, que los límites estén además contenidos de la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Y también, como decía y es el objetivo de estas palabras, las garantías. Las distintas garantías de los derechos constitucionales. ¿Con cuál objetivo? Para que se reduzcan al mínimo posible las zonas de penumbra, que por [quedar] abandonadas a la interpretación, postergan hasta el incumplimiento los contenidos constitucionales.

Muchas gracias.

Matías Orellana: Agradecemos la exposición y se abren las preguntas para que puedan ser respondidas por la la expositora. Tienen la palabra ahora Isabel Mamani y César Valenzuela.

Convencional Isabel Mamani, tiene la palabra.

Isabel Mamani: Gracias, buenos días a todos, y [aprovecho de] agradecer su presentación.

Quería referirme en cuanto a la protección, o ¿cómo podemos garantizar en la práctica los derechos de los pueblos originarios? Usted se refería a una acción. ¿Mantenemos las mismas acciones o generamos solo una una acción? Teniendo en cuenta que nuestra cosmovisión y nuestros derechos en muchos casos son incompatibles con la regulación del derecho chileno u occidental, entonces, ¿que nos recomendaría a nosotros? ¿Cuál sería la mejor figura de protección para los derechos de los pueblos originarios?

Matías Orellana: Convencional César Valenzuela.

César Valenzuela: Gracias coordinador. Ví muy entusiasmado al convencional Fuchslocher, también al convencional Baranda, a Gaspar Domínguez, pero quiero reconocer que la profesora Henríquez además fue mi profesora de Derecho Constitucional, así que ha sido un agrado escucharla nuevamente, profesora; vamos a seguir abusando de sus conocimientos.

Usted señaló aquí cuatro modelos de eventuales formas de generar garantía a los derechos fundamentales y yo me imagino que evidentemente, un modelo ideal no solamente considera uno, sino que debe ser más bien la combinación, o espacios intermedios entre uno y otro. Y desde esa perspectiva, [quisiera] consultarle, a su juicio, ¿Qué modelo nosotros deberíamos mirar? ¿Qué modelo le parece interesante, a lo mejor, en otra legislación, que combinara justamente estos métodos de garantía, a objeto de ofrecer un abanico de protección más amplia de lo que podría entregar un solo modelo?

Miriam Henríquez: Muchas gracias por las preguntas. Voy a tratar de hacer una respuesta que considere ambas cuestiones que se señalaron como dudas, probablemente con la posibilidad de desarrollarlas. Comenzando por la pregunta más general del convencional César Valenzuela (que además ayer también aprobó su grado de Magíster en Seguridad Urbana, sí, es que lo aprobó con [nota] 7. estamos todos...

[aplausos de la comisión]

Miriam Henríquez: Con nota 7, hay que decirlo.

Una de las cuestiones que, si uno piensa...

No, no estaba nada preparado.

Una de las cuestiones que uno se pregunta, efectivamente, cuando uno piensa los Derechos Constitucionales, tiene que considerar las garantías. De lo contrario, la eficacia de los Derechos se diluye. Y creo que la futura Constitución debiera considerar todo este abanico de garantías: las que son normativas, las que son jurisdiccionales, por supuesto, las garantías institucionales; pero quisiera especialmente hacer énfasis en la precisión y en la estructura, para que tengan todos sus elementos cada uno de los derechos que se fijan en la Constitución.

Porque si los derechos no señalan quién es su titular de manera diferenciada, como por ejemplo los pueblos originarios, luego las dudas interpretativas, de quién es el titular de los

derechos, se presentan al momento de legislar, o al momento de juzgar, o al momento de aplicarlos por un tribunal; y así con cada uno de sus elementos. Aquí ha habido especial atención durante esta semana a cuáles son los límites, a quién es el destinatario, cuál es el contenido de los Derechos, en fin. Eso por un lado me parece que es el marco.

Por supuesto, si uno piensa en las garantías normativas, yo creo que sería conveniente mantener el efecto o la eficacia horizontal de los derechos, de tal manera que una persona pueda recurrir contra otra persona por la afectación de un derecho fundamental. A veces es un particular el que afecta un derecho de las personas, como por ejemplo a la privacidad. No necesariamente solo y siempre el Estado, sino que también considera la posibilidad de los particulares.

Que el efecto de los derechos, que la aplicabilidad de los Derechos sea directa; es decir, que no estemos esperando a la intermediación del legislador para que el derecho se pueda aplicar por un Tribunal de Justicia. De lo contrario, todo el trabajo que se ha hecho, a la Constitución con su carácter supremo, queda supeditado a la labor del Legislador. A menos que la nueva constitución, por ejemplo, establezca una acción que sea la Inconstitucionalidad por Omisión. Es decir, [que] cuando el Legislador no actúa, se puede establecer una obligación, un mandato a que lo realice.

Creo también que es importante que el ejercicio de los derechos y sus limitaciones estén establecidos por ley, y por ley simple, no con leyes de quórum supra-mayoritarios. Y abandonar está –quizá- práctica de las constituciones previas de señalar la moral, el orden público, la seguridad nacional y otros criterios como límites al ejercicio de los Derechos, porque eso queda completamente a discrecionalidad o discreción de quién interpreta la Constitución: nuevamente, el Legislador, pero fundamentalmente los jueces. Cuando señalamos que un derecho tiene como límite a la moral, al final, ¿cuál es el límite de ese derecho? Es bien amplio entender la moral, y por supuesto los otros límites también. Además, cuando la Constitución actual dice que el límite al ejercicio de los Derechos son los Derechos en su Esencia, la pregunta es ¿qué son o cuáles son y qué es la Esencia de los Derechos?

Entonces, quizá cambiar el criterio. Por ejemplo, como se utiliza generalmente esta idea de proporcionalidad, que cuando se vaya a limitar un derecho, esa limitación sea que busque un fin, que sea idónea para alcanzar ese fin, que sea proporcional y que además no afecte el derecho de tal manera que lo desdibuje, que lo reduzca. Y también (creo que ya lo dije) lo relativo a la ley... Por eso, estoy señalando algunas acciones.

Luego, a propósito de la pregunta de la convencional Mamani, creo que las garantías jurisdiccionales, la dispersión actual no me parece que genere eficacia. O sea, a tantas acciones no hay mayor protección. La acción de protección está configurada de una forma, sin embargo, la acción de protección funciona como una suerte de contencioso administrativo, donde la mayor atención es a la ilegalidad de la actuación y luego, solo si es ilegal, las Cortes verifican si hay una suerte de vulneración a los Derechos Fundamentales.

Me queda un minuto.

Quiero decir con esto que las futuras acciones constitucionales -y yo esperarí, que quizá más eficiente- la mejor acción constitucional que se pueda diseñar en la futura Constitución, que

comprenda todos los derechos y creo que también los derechos individuales y los derechos colectivos de los pueblos originarios -que también hay que hacer unas distinciones, porque los derechos colectivos tienen otra lógica, requerirían quizá Acciones de Clase y eso es muy importante; es decir, no interponer tantas acciones individuales como personas afectadas, sino que, como los derechos son colectivos y hay una lógica colectiva, también tener la posibilidad de interponer de este tipo de acciones de clase. Lo importante es que los tribunales puedan verificar primero, la afectación del derecho fundamental, y luego, verificar si la afectación se produce en un acto ilegal o arbitrario. Y no como ocurre actualmente, [en] que los Tribunales hacen ejercicio en un sentido diverso y creo que ya se me acabó el tiempo muchas gracias.

[Término de la entrevista 1:00:33]

[Tiempo total de la entrevista 0:16:56]

Francisco Javier Saffie

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 11 de noviembre 2021

Presenta: Francisco Javier Saffie

Transcribe: Sergio Soza

Hora de inicio [1:01:14]

Francisco Javier Saffie: Muchas gracias Damaris, voy a compartir pantalla entonces, de inmediato.

Espero que ahí se vea bien.

Damaría Abarca: Se ve muy bien, la vemos perfectamente.

Francisco Javier Saffie: Excelente, gracias. Bueno quiero partir por agradecer la invitación a exponer ante esta Honorable Comisión y en particular agradezco el trabajo que ustedes están realizando y, con mucho respeto, en esta presentación me gustaría referirme a la necesidad de reconocer el deber de contribuir como necesario correlato del reconocimiento de Derechos Fundamentales. Espero que esto les sea útil para la tarea a la que están abocadas y abocados.

Se ha hablado mucho sobre la necesidad del reconocimiento de Derechos Fundamentales, en esta Constitución, en particular de la necesidad de reconocer o agregar a los Derechos Fundamentales de primera generación, vale decir los derechos civiles y políticos, los derechos de segunda y tercera generación. Esto es, de derechos económicos sociales y culturales y derechos de los pueblos o de la solidaridad, respectivamente.

Una de las cuestiones que veníamos discutiendo también ahora recién, la profesora Henríquez y que también discutió en su presentación durante la semana el profesor Pablo Contreras, es la cuestión de la titularidad de los Derechos Fundamentales. ¿A quién se le reconocen estos Derechos Fundamentales? En general se ha reconocido, se ha establecido o tradicionalmente son derechos que se reconocen a las personas naturales frente a posibles vulneraciones de los derechos de las personas, perdón, vulneraciones por parte del Estado respecto a los derechos de las personas y, a medida que obviamente se reconocen nuevos derechos, surge la duda si es que también deberían reconocerse frente a la acción de particulares o lo que se llama el efecto horizontal de los Derechos Fundamentales. Y también se discute la posibilidad de extender su reconocimiento a determinados grupos, cuestiones que yo creo que mis colegas también han tratado con el detalle suficiente.

En cuanto a la exigibilidad, en cuanto a la exigibilidad o la garantía y limitaciones de los derechos fundamentales hay distintos mecanismos de exigibilidad y en particular acá, hay que distinguir entre los derechos civiles o políticos y los derechos de segunda o tercera generación, que son las que plantean mayores inquietudes en cuanto a su garantía y la posibilidad de limitación, y obviamente los mecanismos de exigibilidad pueden ser varios. Hay políticas, hay

acciones judiciales... La profesora Henríquez, creo que Francisco Javier Urbina -el profesor Urbina-, el Profesor Sergio Verdugo, Alberto Coudou y Tomás Vial se refirieron a esto en presentaciones previas así que no voy a destinar demasiado tiempo. Pero acá yo sí soy de la opinión, y en particular por el tema que me interesa analizar aquí con ustedes hoy día sobre el financiamiento de los Derechos Fundamentales y el deber de contribuir-, creo que hay mucho inconveniente en la aplicación directa de los Derechos Fundamentales y su ejercicio por acciones judiciales, entregadas directamente a la judicatura. En el caso de financiamiento tuve oportunidad de revisar las presentaciones de José de Gregorio y Javier Couso que hicieron durante esta semana y me gustaría hacer algún tipo de referencia a ellas en esta presentación.

El tema del financiamiento se ha abordado, desde dos perspectivas hasta ahora en la discusión, en esta Honorable Comisión. Primero está la discusión sobre la protección y garantía de los derechos. Javier Couso hacía mención al libro "The Cost of Rights de" Holmes y Sunstein una tesis en la cual estos autores defienden la idea -que si uno la piensa inmediatamente se da cuenta de lo natural y obvia que es- de que todo derecho fundamental requiere gasto, por parte del Estado.

O sea, esta idea tradicional de que los derechos de primera generación por ser protección en general, particularmente los derechos civiles, protección de libertad negativa no necesitaban recursos por parte del Estado, es un error porque precisamente cuando se afecta la libertad o la propiedad, por ejemplo, debe haber algún tipo de protección de ese derecho y eso ya implica gastos por parte del Estado. Más todavía cuando se trata de los derechos de segunda y tercera generación, que implican el reconocimiento de derechos sociales o derechos de solidaridad.

Acá también se discute obviamente el problema del acceso a los Derechos Fundamentales, la forma de provisión (si es que debe ser pública o privada) y yo creo que esa cuestión debería mirarse con atención especialmente para efectos de decidir la forma en que se debería regular en la Constitución e, inmediatamente ligado con esa decisión, está la discusión sobre la gratuidad o el pago de estos Derechos Fundamentales y la manera en que se deberían asegurar. Ahí me parece que, junto con la discusión de universalidad, hay que hacer una distinción entre las comprensiones económicas y las comprensiones políticas de lo que significa el reconocimiento de estos Derechos Fundamentales, lo que nos lleva también a distintas decisiones respecto de si es que hay ciertos bienes que se van a asegurar de manera gratuita y de manera universal o si es que hay ciertos bienes que requieren pago y la universalidad debe ser restringida, porque por ejemplo, por razones de focalización podría haber mayor eficiencia en el uso de recursos escasos.

Está es una discusión muy relevante a mi juicio. Una discusión de principio, sobre la cual la Comisión va a tener que tomar algún tipo de decisión y que quizás, en términos razonables, uno podría pensar que debería buscar métodos de provisión, que fuesen tanto públicos como privados, pero que al mismo tiempo aseguraran las condiciones de universalidad.

Y acá es donde me interesa a mí dedicar la mayor parte del tiempo de mi exposición, porque me parece que todas estas discusiones y, en particular, la discusión sobre el financiamiento está estrechamente ligada con un deber fundamental que es el deber fundamental de contribuir.

No cabe ninguna duda que, es uno de los deberes más importantes que nos debemos como ciudadanos: el deber de pagar tributos e impuestos en particular que, a mi juicio, debería ser una obligación establecida en la Constitución ¿Por qué establecerlo acá? o ¿por qué discutirlo en esta Comisión? Porque la actual regulación de la Constitución vigente no establece este deber, sino que lo establece como una garantía constitucional de los contribuyentes... de las personas, en el sentido de que se trataría de una garantía constitucional a la igual repartición de las cargas públicas, según lo establece el artículo 19 número 20 de la Constitución.

El problema que eso genera a mi juicio, es que reconoce una comprensión tradicional de los derechos civiles y políticos que podría ponerse en conflicto o que podría entenderse que debería ponderarse con la igual repartición de las cargas públicas. A mi juicio, lo que es necesario establecer en este caso, es una forma de evitar una discusión que entienda que el deber de contribuir es una limitación a ciertos Derechos Fundamentales.

Secretario: 2 minutos

Gracias. De esta manera creo que es necesario incluir en la regulación de la Constitución una regla sobre regulación de la potestad tributaria y, en particular, que esté en coherencia con las decisiones que se adopten en cuanto a la organización del Estado por la comisión respectiva y al final por el Pleno de la Convención. Un ejemplo clásico de la regulación de esta materia está en el artículo 31.1 de la Constitución española donde se establece que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se aplica a todas las personas.

Y finalmente, creo que es necesario... ah, no corre la presentación... Ahí está... pensar en alternativas que permitan resolver estos conflictos entre el deber de contribuir y la protección de Derechos Fundamentales a nivel constitucional, asegurando la potestad tributaria del Estado y en particular yo llamo la atención por ejemplo, de la potestad tributaria y el principio de no confiscatoriedad como limitación o afectación de los derechos en su esencia. Esto es clave para lo que ustedes están haciendo, porque por ejemplo la decisión sobre esto va a evitar conflictos futuros en el caso de que la legisladora o el legislador decidan establecer impuestos al patrimonio o la renta económica, frente a posibles interpretaciones expansivas de la protección del derecho de propiedad privada.

Creo que la fórmula en qué se debería regular, debería ser capaz de apelar a la racionalidad del legislador sin establecer una prohibición constitucional expresa que asegure ex-ante a la propiedad como un derecho fundamental por sobre el deber de contribuir.

Y finalmente, me gustaría hacer un llamado a evitar ciertos riesgos de Derechos Fundamentales en exceso. En particular, los llamados "derechos de los contribuyentes". El defecto de reconocimiento actual de derechos de segunda y tercera generación ha llevado o conlleva un riesgo de reconocer Derechos Fundamentales en exceso en esta oportunidad. Esos Derechos

Fundamentales en exceso, en este caso particular, pasaría por el reconocimiento -como ciertos grupos están intentando, por lo menos, mencionar- del reconocimiento de derechos de los contribuyentes, como si se tratase de derechos especiales, distintos de los derechos de ciudadanía que están en conflicto con el deber de contribuir. Creo que esa es una cuestión que necesita una especial observación, por parte de las y los miembros de esta Comisión.

Con eso termino la presentación, creo que es justo en tiempo así que agradezco a los coordinadores el tiempo.

Convencional Damaris Abarca: Muchísimas Gracias Francisco, efectivamente justo en el tiempo. Tienen dos preguntas acá, Gaspar Domínguez y Janis Meneses te las van a hacer las preguntas y tú las respondes ambas, por favor.

Convencional Gaspar Domínguez: Buenos días, muchas gracias. Quería consultar: el expositor Francisco se refirió durante la presentación a un eventual choque de Derechos Fundamentales con el deber de contribuir. En específico se refirió al derecho de la propiedad privada como un posible colisión con el deber de contribuir. Quería preguntarle qué otros derechos podrían colisionar con este deber de contribuir.

Convencional Janis Meneses: Muchas gracias también por la presentación y por abordar un tema que, a nuestro juicio, también es central: el tema del financiamiento de los derechos sociales. Mi pregunta tiene que ver [con] si consideras alguna otra forma eficiente y eficaz en cuanto al financiamiento, además de la reordenación del pago de los tributos. Gracias.

Convencional Damaris Abarca: Francisco tienes 2 minutos para responder, por favor.

Convencional: ¿Cómo se pide la palabra para que a uno se la den? ¿Mientras están exponiendo? ¿Uno pide la palabra cuando están exponiendo? Yo la pedí apenas terminó... pero ¿Hay que hacerlo antes?

Francisco Javier Saffie: ¿Contesto ahora?

Convencional. Damaris Abarca: Sí, por favor.

Francisco Javier Saffie: Perfecto, muchas gracias Damaris. Lamento no poder estar con ustedes allá presencialmente, pero tenía que duplicarme; estaba haciendo clases justo antes de la exposición así que no puedo estar allá en persona.

Respecto de la pregunta de Gaspar Domínguez, claro. Uno podría entender que la forma tradicional en que se ha entendido, está en conflicto el deber de contribuir con los Derechos Fundamentales, en particular con el derecho a la propiedad privada. Pero uno podría entender que también, dependiendo de la forma en que se establezcan ciertas restricciones, o la afectación a los derechos en su esencia, se podría -sin un establecimiento del deber de contribuir-, asumir que afecta a la igualdad, por ejemplo, una decisión del legislador de establecer determinados tipos de impuestos. Y yo creo que eso también es una cuestión

relevante: que el deber de contribuir tiene que estar asociado con la determinación de la potestad tributaria del Estado como una potestad que busca satisfacer ciertos fines, evidentemente sin afectar Derechos Fundamentales, pero la no afectación de esos Derechos Fundamentales no puede quedar simplemente entregada a la interpretación de turno de quién tenga a su cargo la protección de esos Derechos Fundamentales. Entonces ahí usted tiene otro ejemplo; tiene propiedad y tiene igualdad. Por ejemplo, si el legislador decidiera establecer un impuesto al patrimonio de los súper ricos alguien podría reclamar que eso afecta a la igualdad porque no agrava a todas las personas por igual dentro de las distinciones que debe hacer, por ejemplo, un impuesto progresivo.

En cuanto a formas más... espero con eso haber contestado su pregunta. En cuanto a la pregunta de Janis Meneses, si es que existen otros mecanismos eficientes y eficaces para el financiamiento de los derechos sociales, más allá de la redistribución de los tributos o más allá de la forma de reorganizar los tributos a nivel estatal y constitucional... claro uno podría pensar que el aseguramiento de los Derechos Fundamentales requiere algún tipo o algún grado de laxitud al momento de establecer limitación a la deuda pública. Por ejemplo, uno podría discutir la necesidad de establecer, en el caso del financiamiento de los Derechos Fundamentales, reglas que garanticen la sustentabilidad fiscal. Yo creo que establecer reglas que garanticen la sustentabilidad fiscal al modo alemán, por ejemplo, (creo que José de Gregorio se refirió a este ejemplo y sugirió el establecimiento de sustentabilidad fiscal en su exposición de ayer), me parece que no son adecuadas para los fines... no solo de protección de los Derechos Fundamentales, sino la actividad propia del Estado. En situaciones económicas en las cuales un país se encuentra abierto o se encuentra... o es susceptible de sufrir los efectos de cambios económicos que ocurran a nivel global. En ese caso, me parece que debería haber una cierta - como decía antes-, laxitud y una cierta posibilidad de operar que no esté restringido por una regla que condicione decisiones legislativas en cuanto... o condiciones del ejecutivo en cuanto a la posibilidad de endeudarse.

Si podría haber un principio más general de responsabilidad fiscal porque obviamente que es importante tenerla; a largo plazo la imposibilidad de sostener los gastos fiscales nos va a llevar a no asegurar los Derechos Fundamentales, pero una regla de prohibición me parece que es un exceso de protección a una cuestión que debería ser más bien de ponderación del legislador o del ejecutivo de turno.

[Hora de término: 1:18:14]
[Duración total: 00:17:00]

Carlos López - Universidad de la República

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 10 de noviembre de 2021

Presentan: Carlos López:

Transcribe: Bruno Costa

[1:19:47]

Carlos López: cuando ustedes digan comienzo.

Matías Orellana: puede comenzar con la exposición Carlos López.

Carlos López: Muy bien, en primer lugar, el tema que yo. El correo que ustedes me enviaron es que yo, me piden que yo hable en general sobre los derechos fundamentales. Lo cual, haré con mucho gusto porque como seguramente saben, llevo más de 50 años dedicado al tema de los Derechos Humanos. No es que yo sea un especialista en el sentido estricto de la palabra, pero me he dedicado bastante al estudio y a la docencia de esta materia. Además, de haber sido un actor activo en materia de defensa de los Derechos Humanos, entre ellos habiendo sido presidente de la Comisión de Derechos Humanos hace algunos años atrás.

Los Derechos Humanos, constituyen hoy en día para todos los Estados una obligación, no es un deseo, no es una decisión, es una obligación. Porque, están incluidos desde luego en la carta de Naciones Unidas y la declaración Universal. Que, en el caso de Chile específico, la firmó considerándola un tratado internacional y, además, una serie de tratados internacionales que se refieren a esta materia, por lo tanto, como el derecho internacional es obligatorio para todos los Estados, incluso la Carta de Naciones Unidas establece que un Estado que no respeta el derecho internacional puede ser marginado y sancionado por su incumplimiento. Así que, quiero decir con esto que los Derechos Humanos internacionales son parte del ordenamiento jurídico del Estado de Chile como de todos los Estados. Eso como primera cuestión.

Segundo, es cierto que la convención tiene la posibilidad de incluir todos los Derechos Humanos en la convención, en la Constitución, de manera tal que en ese sentido no habría problema, no creo que nadie se vaya a oponer a una decisión de ese tipo. Lo que sí es importante es señalar lo siguiente. En muchos Estados se reconoce ese carácter, pero, aun así, no existen los recursos suficientes o acciones judiciales o administrativas suficientes para que estos derechos sean efectivos. Uno de los ejemplos más claro, es el artículo 10 de la Constitución española, que incluye todos los derechos. De manera que, se supone que habría total respeto. Sin embargo, no existen todos los mecanismos para hacerlos efectivo y la experiencia reciente de España así lo ha demostrado. Aunque en el contexto internacional de España, que es parte de la Unión Europea, tiene una serie de otros mecanismos jurisdiccionales que permiten que los derechos sean respetados obligando al Estado a hacerlo. Es el caso, por ejemplo, de la comisión europea, el tribunal de Derechos Humanos europeo, entre otros. O sea, hay una serie de mecanismos que permitirían a un español exigir y lograr que sus derechos sean respetados. En Chile, deberíamos tener algo similar, un artículo que incorpore todos los Derechos Humanos sin cuestionamiento, pero al mismo tiempo un recurso y por eso que yo he sugerido y enviado un documento sobre esto, un recurso que puede ser como el de caso de Colombia que se llama acción de tutela. Colombia lo reconoce en la Constitución y los reglamenta en un decreto. En

Chile deberíamos tenerlo en la Constitución y tal vez un poco detallado en la misma Constitución sin perjuicio de las leyes que eventualmente podrían establecerse en materia de procedimiento.

El recurso de tutela tiene la gran ventaja, que cualquier persona que vea un Derecho afectado puede recurrir ante un tribunal de la localidad correspondiente para que el juez, en un juicio breve pueda tomar las medidas del caso para poner fin a la eventual violación a los Derechos Humanos que está ocurriendo. Antes de eso yo quisiera decir un par de cosas respecto a los Derechos Humanos. Muchas veces, se dicen que los Derechos Humanos son una falsedad, que es imposible cumplirlo, etc. El principio, en realidad de Derechos Humanos es la obligación del Estado respecto de la persona. Los Derechos humanos no es un título genérico, se refiere a una cuestión específica, Estado e individuo. En consecuencia, cuando el Estado es quien viola los Derechos Humanos. Está violando los Derechos Humanos de una persona, concreta, jurídica o eventualmente, una persona natural o jurídica. De manera tal que, cuando el, ejemplo que siempre uno lee o explica a la gente. Cuando un manifestante, por ejemplo, le tira una piedra a un policía y lo hiere, no está violando sus Derechos Humanos porque el Derecho Humanos tiene que ver con el Estado, está cometiendo un delito, en consecuencia, o cuando el marido golpea a la mujer o viceversa no está violando el Derecho Humano, lo que está haciendo, es cometer un delito. Por eso es necesario que la gente que no sabe, que es ignorante en esta materia. Recursos, acciones judiciales o administrativas que se adopten, se refieren también a restablecer esa relación. A que el Estado cumpla con su obligación, es una como ya dije, es una de carácter, incluso internacional para respecto de las personas cuyos derechos están siendo afectados.

Bueno, respecto del recurso de acción. En Chile tenemos una serie de recursos, una maraña de recursos, son como siete. Partiendo con el recurso de Amparo, Habeas Corpus, protección sobre reclamación por ciudadanía, recursos administrativos, etc. El recurso de habeas Data, sobre los datos personales que se incluyen en las redes sociales, etc. Bueno, todos esos recursos son varios y debería seguir insistiendo. Pero se requiere, como ya dije una acción específica respecto a los Derechos Humanos que en el caso que yo he dado como ejemplo, el recurso o acción de tutela. El nombre del recurso en realidad está mal empleado en la Constitución porque el recurso se supone que está dentro de un proceso, recurso de apelación o inaplicabilidad, etc. Este es una acción, el Amparo es una acción que erróneamente se le llama recurso de amparo.

En consecuencia, el poder establecer una acción de tutela podría beneficiar al conjunto de los Derechos Humanos. El contexto, sin embargo, es importante tenerlo presente, si tenemos una serie de derechos reconocidos en la Constitución y al mismo tiempo tenemos algunos recursos, es necesario que otras cuestiones sean resueltas por la Constitución, que tiene que ver con esto.

Matías Orellana: 2 minutos.

Carlos López: Libertad de prensa.

Matías Orellana: 2 minutos por favor.

Carlos López: ¿Perdón se escucha?

Matías Orellana: Si, dos minutos por favor.

Carlos López: Ok, una libertad prensa donde todos tengan la posibilidad de expresarse y no estén en un monopolio, duopolio cómo sucede hoy día. Segundo, que el orden público tenga presente el tema de los Derechos Humanos, que no sea posible que se ampare las conductas indebidas o delictuales que a veces cometen algunos agentes del orden público. Y tercero, una educación cívica. En Chile, no tenemos de hace muchos años educación cívica, curiosamente un gobierno democrático de la eliminó del currículum, pero antes tampoco se aplicaba. Educación cívica para que la gente sepa ¿Qué es el estado? ¿cuáles son sus derechos? ¿Cuáles son las instituciones? ¿cómo es la política, etc. Espero que con eso tal vez no vamos a resolver todos los problemas del país, pero sería de una gran. Me parece haber terminado mi tiempo, pero estoy a disposición de ustedes si estiman necesario alguna pregunta.

Matías Orellana: Se agradece la exposición y se abre el espacio de preguntas para quien quiera realizar para que el expositor las pueda responder ¿Rocío tiene una pregunta?

Rocío: si

Matías Orellana: vamos a ver si hay alguna otra pregunta antes que Rocío pueda hacer uso de la palabra No la hay. La convencional Rocío Cantuarias tiene la palabra

Rocío Cantuarias: gracias coordinador y muchas gracias al expositor por su interesante presentación. Quería preguntarle, si no existe a nivel de doctrina y de incluso jurisprudencia internacional ¿alguna posición diversa? a la que usted ha informado acá sobre ¿Quiénes son los agentes u organismos que pueden cometer violación a los derechos humanos? y que vayan la línea de que no solamente el Estado lo hace. Muchas gracias.

Matías Orellana: Le damos la palabra al expositor, quién tiene 2 minutos para poder realizar respuesta a la pregunta realizada por la convencional. Tiene la palabra

Carlos López: Muchas gracias, bueno en estricto rigor no existen doctrinas que digan lo contrario a lo que yo he señalado, Esa es la doctrina. La obligación del Estado de respetar los Derechos Humanos. Alguien podría decir que los ciudadanos tenemos el derecho o deberes en Derechos Humanos, eso es un tema más bien diría filosófico, pero en estricto rigor el deber del Estado es respetar los derechos humanos y así lo dice la propia Constitución y el derecho internacional.

Rocío Cantuarias: Muchas gracias, gracias, Carlos

[término de la entrevista: 1:31:00]

[tiempo total de la entrevista: 11:39]

Comisión Chilena de Derechos Humanos

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 11 de noviembre de 2021

Presentan: Yuri Vásquez y Carolina Cubillos

Transcribe: Manuel Valenzuela

[1:32:13]

Yuri Vásquez: A los asesores, asesoras, etcétera. Agradeciendo justamente la posibilidad de exponer. Nuestra exposición como representantes de la Comisión Chilena de Derechos Humanos dice relación, en primer lugar, con la idea y propuesta de establecer un sistema integral y completo de derechos humanos de la nueva Constitución. Que sea el marco referencial obligatorio e ineludible para el nuevo texto constitucional. ¿Qué significa esto? En primer lugar, que la mentada tesis de la hoja en blanco, que tanto se ha discutido, no cierto, respecto de la generación de la nueva Constitución, no es una tesis que pueda ser sostenida de manera absoluta. ¿A qué me refiero con esto? Que toda Constitución, todo texto constitucional, parte de la base de la existencia del derecho internacional de los derechos humanos, de los principios generales de derecho. Especialmente aquellos recogidos en las resoluciones y reglas de carácter universal, emanadas tanto de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como de todas aquellas normas que vinculan a los Estados miembros de las distintas organizaciones que sostienen estas normas internacionales. Y, además de la costumbre internacional en materia derechos humanos, que consagra normas jurídicas son obligatorias, e ineludibles para todos los Estados. En ese sentido, el respeto y la protección de los Derechos Humanos, no sólo frente a las violaciones más graves, sino que frente a todo desconocimiento es un deber y es una obligación de todos los poderes y de todos los órganos del Estado. Y, por lo tanto, la Constitución tiene que consagrarlo positivamente; es decir, la nueva Constitución debe contener normas expresas que sean susceptibles de la interpretación más progresista, más protectora.

En ese sentido, se ha discutido mucho respeto, por ejemplo, del principio pro persona que la tradición constitucional chilena sostiene de manera muy restrictiva, pero que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene como una interpretación amplia, progresiva y protectora no solo a las personas, sino también de las colectividades y de las comunidades. La jerarquía de los Derechos Humanos en la nueva Constitución debe ser una jerarquía supraconstitucional. También eso ha sido materia de discusión, pero nosotros aquí tenemos una posición absolutamente clara, que se la queremos transmitir a la Convención.

Las normas, los tratados, los sistemas, las convenciones y las costumbres protectoras de derechos humanos y derechos fundamentales deben revestir el grado de supraconstitucionalidad. Es decir, deben incorporarse y reconocerse por la nueva norma y normativa constitucional, pero como normas obligatorias de interpretación de su contenido y de su aplicación. Para la Constitución y para toda la normativa que viene bajo ella. Por lo tanto, y acá nosotros como Comisión Chilena de Derechos Humanos, hemos hecho entrega de un documento a todos los y las convencionales. Un documento que contiene propuestas normativas incluso una regulación de, entre comillas, nuevo artículo 5°. Que hoy día la recepción de los tratados y normas constitucionales se encuentran contenidos en el artículo

quinto de la Constitución vigente. Tenemos una propuesta regulatoria que dice relación con que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación a los derechos humanos en cuanto atributos que se derivan de la dignidad humana. Y que los derechos humanos en sus atributos y garantías asegurados por la Constitución y por tratados internacionales ratificados vigente, o por otras fuentes obligatorias del derecho internacional viable tienen fuerza normativa constitucional y aplicación preferente en el orden interno. Teniendo siempre obligación jurídica para todos los poderes del Estado, es decir, es inevitable, es ineludible, considerar toda la normativa internacional contenida en pactos, convenios, no sólo derecho escrito, sino también del *ius cogens*, de la costumbre internacional y de todo aquello que permite interpretar progresivamente, es decir, con el mayor respeto y alcance de los derechos fundamentales, o restrictivamente cuando se trate de sus limitaciones. Dicho esto, quiero dejar la palabra a Carolina, que no la veo. A mi colega Carolina Cubillos.

Coordinador(a): Ahí está, Carolina tiene la palabra.

Carolina Cubillos: Bueno, muchas gracias. Y agradecer también en nombre de la Comisión Chilena de Derechos Humanos de esta invitación. Bueno, en base a la nueva constitución y su relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En adelante, los señalaré como DESCAs en relación al tiempo. Bueno, ¿Qué son los DESCAs? Son los derechos humanos relacionados con el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud, la educación, la seguridad social, la participación en la vida cultural, el derecho al medioambiente libre de contaminación. Por lo tanto, estos derechos son un mínimo o una base para que las personas puedan desarrollar su vida y sus capacidades de manera plena y digna. En este sentido, el rol del Estado y la garantía de los DESCAs como derechos fundamentales efectivos se deben tener presente los 7 principios. Como son un Estado democrático en el cual es el respeto, la protección, la garantía, la promoción, y efectiva realización de los derechos fundamentales tanto civiles y políticos como los económicos, sociales culturales y ambientales. Por otro lado, tenemos que ir a dignidad de la persona humana y el principio de igualdad y no discriminación que están consagrados en la declaración universal de Derechos Humanos.

Respecto a los Derechos Humanos, surge también la integrabilidad respecto a estos, que estos principios también han sido señalados como indivisibles en los dos grandes pactos; como es el pacto internacional de derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, también tenemos que, como principio rector, el derecho a libre determinación de los pueblos, la soberanía popular y la soberanía económica. Se debe [tener] presente también todos los principios que rigen respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual la dignidad humana es el fundamento principal. En este sentido también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que esto constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. Y han establecido que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección, que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

Por otro lado, tenemos que los derechos sociales su naturaleza, la exigibilidad, justiciabilidad y efectiva realización, irrumpen a través de los principios de la dignidad humana y la igualdad. Entonces, esto lo podemos entender, toda esta enunciación que yo he hecho precedentemente, que se entienden como los mínimos sociales que debe tener un estado democrático. Dentro de otra perspectiva, tenemos además que la naturaleza de los derechos sociales, y de los derechos

civiles y políticos, tienen una función en relación a sus fines y que son indivisibles, ya que se trata de derechos equiparables, exigibles, justiciables y que, además, se deben hacer efectivos. Además esto tiene una verdadera característica es la social y qué hace referencia a la distributiva y no la correctiva, conmutativa, propia de la justiciabilidad. Se trata de una dimensión que nos obliga a pensar, a debatir y resolver colectivamente, cómo debemos distribuir los recursos para satisfacer las necesidades y proteger intereses que consideramos que forman parte esencial de nuestro bienestar a la ciudadanía. En definitiva, los derechos sociales tienen una dimensión inequívocamente igualitaria, y que viene a contrarrestar las diferencias sociales, o las diferencias de clase. Hay ciertos bienes públicos a los que todos deben tener derecho e igualdad en condiciones: la desigualdad de renta monetaria no ha de tener efectos cuando se trata de aspectos esenciales del bienestar humano. Además, tenemos también que los derechos sociales deben ser entendidos no como derechos a prestaciones específicas y determinables, sino como un criterio distribución de recursos disponibles, como lo señala el profesor Atria.

Por otro lado, tenemos que, sobre estas bases de estas normas y principios estructurantes, y la necesidad de reconocimiento respecto de aseguramiento, garantías y promoción de los derechos que de ellos se emanan, se ha construido el sistema internacional de derechos humanos. Por tanto, es fundamental poner fin al Estado subsidiario y su reemplazo por un Estado con un rol activo, orientado al bien común. Por otro lado, los derechos sociales no son bienes de consumo, ya; tenemos también que la efectiva protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente en relación a diversos ámbitos, como es el derecho a la vida o la calidad de la vida digna, debe ser conforme a los instrumentos universales y regionales que nos rigen con los derechos humanos. Y que ha contraído tales obligaciones nuestro país. Con esto finalizó, muchas gracias.

Coordinador(a): Muchas gracias, Carolina, Yuri. Se abren, entonces, las palabras para preguntas. Tenemos a Rocío para acá y Benito Baranda, entonces. Ellos le hacen la pregunta y ustedes responden. Tienen 2 minutos para responder. Rocío, por favor, y Benito, luego.

E: Muchas gracias coordinadora. Muchas gracias a los expositores por su presentación. Quisiera preguntarle sobre la supraconstitucionalidad de los instrumentos preferidos en materias de Derechos Humanos. ¿Si es cierto, si es una medida que asegure el cumplimiento de los Derechos Fundamentales? Porque existe incorporarlo, en este sentido. La supraconstitucionalidad porque hemos visto algunos casos de otras constituciones, por ejemplo, como la de Ecuador, en que existe una norma de este tipo, y que, ni siquiera, que no cumplen muchas de las obligaciones internacionales. Y que incluso, cuando han tenido conflictos en materia de derechos fundamentales, y ni siquiera se han presentado las cortes internacionales a defenderse. Entonces, mi pregunta es ¿Creen ustedes que la incorporación de esta supraconstitucionalidad es la medida que tenemos para que te protejan y se dé cumplimiento a los derechos fundamentales en Chile? Gracias.

E: Muchas gracias, Yuri, Carolina. Muy interesante lo que no han entregado, mi pregunta va en la misma línea de Rocío. Es, ¿Cómo garantizar que esa supraconstitucionalidad después

efectivamente se cumpla? Por el mismo ejemplo que acaba de poner ella, ya, donde ha sido no cumplido en el caso de la Constitución ecuatoriana. Gracias

Yuri Vásquez: Muchas gracias por las preguntas. A ver, en principio la supraconstitucionalidad o cualquier determinación de garantías primarias dentro de una constitución, no va a bastar por sí misma para su cumplimiento. Lo que tiene que tener claro está convención es que el sistema de derechos fundamentales es un sistema complejo, que necesita de garantías primarias y garantías secundarias. Las garantías secundarias justamente son las que facilitan, o que permiten el cumplimiento, de la norma constitucionales, e incluso a las supraconstitucionales. Garantías secundarias, por ejemplo, como el financiamiento de los derechos fundamentales. No basta con declarar un derecho fundamental o un derecho económico-social dentro la Constitución, o con declarar que se recibe, por ejemplo, con carácter supraconstitucional las normas emanadas de la OIT, en materia de trabajo y seguridad social, si las garantías secundarias no están contempladas y están señaladas para el cumplimiento. Por lo tanto, el entramado es más complejo, las normas supraconstitucionales o la supraconstitucional de los derechos fundamentales tienen relación no sólo con el cumplimiento. Tienen relación con la relevancia, con la importancia, que le da un país a su proyecto no solo político temporal, sino que a su proyecto de futuro, considerando la Constitución como el pacto social por el cual se va a regir la mayor cantidad de tiempo frente a la comunidad internacional. Haciendo declaración de respeto de los Derechos Fundamentales, esa es la principal señal y utilidad concreta de las normas supraconstitucionales. Que, además, van a generar las obligaciones del cumplimiento del derecho administrativo, del derecho civil, incluso del derecho penal con las garantías secundarias que se encuentren contempladas efectivamente para el cumplimiento las garantías primarias. Entonces, la respuesta en términos concretos es, no basta la supraconstitucional, evidentemente; pero es absolutamente necesaria para un proyecto de Estado que se declara a sí mismo como democrático y de derechos.

[Hora de término: 1:45:49]

[Duración: 0:13:36]

Gonzalo Aguilar Cavallo (Centro de Estudios Constitucionales de Chile)

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 11 de noviembre de 2021

Presentan: Gonzalo Aguilar Cavallo

Transcribe: Matías Eyzaguirre Miranda

[1:47:45]

Gonzalo Aguilar: Muy buenos días a todas y todos. En primer lugar, quisiera agradecer la invitación que se me ha efectuado para hacer una pequeña exposición sobre cuestiones más bien de carácter general, que nosotros pensamos que deberían estar incorporadas en la parte que dice relación con los Derechos Humanos en la Nueva Constitución.

Mi exposición se estructura en tres partes: primero quisiera hacer una parte introductoria general, que me parece que corresponde a puntos que deben hacer tomado en consideración antes de empezar con la redacción final, una segunda parte donde formularé sugerencias del punto de vista estructural y metodológico, que a nuestro parecer sería la forma [en] que había que proceder para plasmar los derechos dentro de la Nueva Constitución, y una tercera parte con algunas sugerencias de normas que deberían quedar plasmadas en esta primera parte, digamos, general de la Constitución. Tengo un largo listado -no voy a meter todas, he marcado dos o tres porque son 10 minutos y es imposible abordar todo, entonces preferí seleccionar 2 o 3 para tratar de conversar sobre eso; las demás las haré llegar oportunamente a la mesa.

Primera parte: cuestiones de carácter introductorio.

Nosotros entendemos que el Derecho, y por tanto los Derechos Humanos, tienen una fórmula tripartita: están compuestos de valores, de principios y reglas. Y de esta manera, las normas de Derechos Humanos deben quedar plasmadas a lo largo y ancho de la Constitución, desde el punto de vista de los valores, desde el punto de vista de los principios y desde punto de vista de las reglas; junto con mecanismos de reclamación, tanto individual como colectiva, y con los mecanismos institucionales de defensa, es decir aquellos órganos que el Estado provee para procurar la defensa de los Derechos, sobre todo respecto de aquellos que son personas pertenecientes a grupos vulnerables.

Segundo punto. Nosotros pensamos que hay que tener claro que la Constitución debe ser un documento integral, armónico y coherente. Los Derechos Humanos constituyen un sistema. Un sistema significa un conjunto de elementos que interactúan entre sí y producen una sinergia - que significa un resultado mayor, más virtuoso- un sistema integral, y así es cómo debe quedar plasmado en la Nueva Constitución: como un sistema integral. Por eso es que no basta simplemente un listado de derechos. No basta. Yo le digo a mis estudiantes, pero como son muy jóvenes no se acuerdan, “[esto es] como la canción de Franco de Vita: ‘No basta’.”

Tercero. La Constitución debe ser -porque la ocasión para que así sea- una constitución de los Derechos Humanos, acorde con los tiempos y con las condiciones de vida actuales. Nunca hay que olvidar que estamos viviendo casi ya el primer cuarto del Siglo XXI. Eso hay que tenerlo presente. No es posible generar una constitución con [la] mente puesta en el siglo pasado. [Esto es] muy importante.

Tercero. Fuentes para la fundamentación y la inspiración.

Lo que nosotros vamos a proponer no es algo que se nos ha ocurrido y que lo hemos obtenido por inspiración divina, nosotros utilizamos el método científico, nosotros los abogados. De manera que buscamos las normas en las fuentes. Y esas fuentes, desde punto de vista del Derecho Internacional se encuentran principalmente en dos lugares: primero, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para esto no hay que ir muy lejos, porque la propia reforma constitucional indica que este es el marco en que se tiene que desenvolver la convención constitucional, el respeto de un cierto Derecho Internacional de los Derechos Humanos, punto uno. De modo que donde ustedes tienen que buscar [es] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y segundo, en el Derecho Público Comparado, particularmente en el Derecho Constitucional Comparado.

Nosotros buscamos ahí. En el caso del Derecho Internacional, cuando son fuentes vinculantes, es obligatorio para el Estado; y en el caso del Derecho Comparado son fuentes de inspiración, [que] nos proporcionan ideas para plasmar en la Nueva Constitución.

Fin de la primera parte introductoria que me parece que es necesario tener presente antes de empezar siquiera a trabajar. [Un] último punto, que se me olvidó (perdón) de la parte introductoria: la Tradición Jurídica Chilena. No hay que dejar de lado la Tradición Jurídica Chilena. Cuando digo esto, estoy pensando en el abundante trabajo que ha desarrollado la judicatura en pos de la protección de los Derechos Humanos. Hay un abundante, enorme acervo jurisdiccional, pretoriano, sobre todo de la Corte Suprema, que ya nos proporciona un trabajo hecho. De modo que ese también es un piso, o punto de partida.

Segunda parte. Sugerencias de estructura.

Esta es una cuestión metodológica, esta es simplemente una propuesta que yo pongo a disposición de ustedes. En mi opinión, hay que tener presente que el capítulo que trate de los Derechos Humanos debiera estar dividido en sub-partes, con una ordenación lógica, de lo más general a lo más especial, y de lo sustantivo a lo adjetivo. Esa debería ser la lógica: de lo más general a lo más especial, de lo sustantivo a lo adjetivo.

Cuando digo adjetivo, estamos hablando de: mecanismos de protección de los Derechos, las acciones protectoras de los derechos, como por ejemplo en la Constitución vigente, la Acción de Protección, pero [que] nosotros proponemos que se llame Acción de Tutela de los Derechos Humanos [lo que] me parece mucho más pertinente, y las Instituciones Protectoras de los Derechos. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo o de los Pueblos, o por ejemplo el Defensor de la Naturaleza o del Medio Ambiente. Eso también debiera quedar plasmado dentro de la parte adjetiva de este capítulo.

¿Por dónde yo empezaría? Por un primer título: “título primero”. El capítulo yo lo llamaría “Derechos Humanos y sus Garantías”. Las garantías son los medios, los mecanismos de protección. Primer título: “Principios Rectores de los Derechos Humanos”, ya voy a mencionar dos ejemplos.

Segundo título: “Fuentes de dónde surgen los Derechos Humanos”. Tercer título: “Principios de Interpretación”. Porque las Normas de Derechos Humanos deben ser interpretadas,

principalmente por los jueces, pero también por el Legislador cuando elabora normas a partir de la Constitución.

Título cuarto, recién ahí comienza el listado. Título cuarto: “Los Derechos Humanos”. Ahí está lo que le llaman, [o que] nosotros le llamamos “el catálogo” [o] “el listado”, pero recién en el cuarto título. ¿Por qué en el título cuarto? Porque en el Principio Rector, el título primero, debiera haber una norma que diga que el listado no es exhaustivo, que, sin perjuicio del listado, podría haber otros derechos que emanan, por ejemplo, de la Dignidad Humana, o a partir del Derecho Internacional, o a partir de Carácter de la Sociedad Democrática. Es decir, el listado no es exhaustivo, está abierto. Esto está en otras constituciones, como por ejemplo la Constitución de Ecuador.

Título quinto: pondría yo, luego del listado de derechos, hay que ocuparse de las personas y de los pueblos. Entonces yo le llamaría “Personas y Grupos que requieren Especial Atención del Estado”, y ahí había un listado de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, obvio, hoy día la Constitución actual hace el silencio sobre eso.

Secretario: dos minutos, profesor.

Gonzalo Aguilar: Título sexto. (¡Por eso dije que era imposible!)

Título sexto. Yo haría un apartado especial, porque esto es especial para Chile. “Derechos de los Pueblos Indígenas”. A continuación de “Personas y Grupos que requieren Especial Atención...”, “Derechos de los Pueblos Indígenas.”

Título Séptimo: “Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales”, dentro de las cuáles estaría la Acción de Tutela, pero, por ejemplo, [se podría incluir] alguna acción colectiva o [algún] tipo de acción popular. Cuando se trata de derechos que le llaman “Derechos Difusos”.

Título [Octavo]: “Mecanismos Institucionales de Defensa”, y ahí yo pondría, por ejemplo, el Defensor de los Pueblos o el Defensor de la Naturaleza, u otros defensores, porque hay muchos defensores que apuntan a proteger los Derechos Humanos.

Tercera parte, (y aquí voy rápido), Principios Rectores. En eso me voy a concentrar, en los principios rectores, en las fuentes.

Título primero: “Fuentes”. Título segundo: “Principios de Interpretación”. Título tercero...

No voy a leer todo, voy a dar dos ejemplos, rápidos, ¡pero telegráficos! Yo pondría aquí un artículo que se titule “Valor de los Derechos Humanos”. Porque hay que partir diciendo cuál es el valor que nosotros estimamos que tienen los Derechos Humanos, y yo pondría lo siguiente (esto es una propuesta): “los Derechos Humanos son valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide que sean desconocidos.” Esa es la piedra fundacional de la sociedad chilena. Pienso yo, esto es una propuesta que yo les hago. Me he inspirado de sentencias de la Corte Suprema, por ejemplo la rol 559 del año 2006, considerando 22; inspirado.

Segundo, yo pondría, “El Valor de los Derechos Reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, o sea lo que proviene del derecho internacional, que es un derecho respecto de cuál Chile se ha obligado voluntariamente en el uso de sus potestades soberanas.

Yo pondría (estoy terminando) “los Derechos Humanos asegurados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material, adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica; no pudiendo ningún órgano del Estado -ningún órgano del Estado- desconocerlos, y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de Garantías Constitucionales, la Acción de Tutela”, etcétera, las que se van a establecer al final, destinadas a establecer el pleno respeto de los Derechos.

Luego, pondría un artículo que sea un listado no exhaustivo, que es lo mismo que esto, porque tanto el Tribunal Constitucional chileno como la Corte Suprema hoy día han reconocido que existen Derechos Implícitos, que se llaman, es decir, derechos que no están en el listado y que sin embargo merecen protección. Así que esto es simplemente poner en el papel lo que ya existe.

Voy de inmediato a la segunda parte, ¡que lamentable! [Porque aquí] también hay un artículo sobre Control de Convencionalidad, [que] yo lo agregaría totalmente, sobre el Control de Convencionalidad, en la parte de los Principios Rectores. Pero me voy al segundo título. Aquí hay muchas propuestas, que yo pienso que merecen una mirada.

Título segundo: “Fuentes”. De dónde surgen los Derechos. Yo pondría un artículo que se llame “Bloque Constitucional de Derechos”. ¿Qué diría este artículo? “Las Personas y los Pueblos son titulares y gozarán de los Derechos garantizados en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” Y ahí tenemos todo abarcado.

Y luego, (con este ya voy terminando) otro artículo que hable de la aplicación de los Derechos tanto desde el punto de vista de la fuente interna como de la fuente internacional, y podría, por ejemplo, decir: “el Estado asegurará el goce y ejercicio más alto posible de los Derechos reconocidos internacionalmente. Los Derechos y las Libertades reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile primarán [por] sobre cualquier otra Norma”.

Y, para terminar, los Principios de Interpretación. Tengo muchos, pero voy a mencionar dos que yo considero que son los más relevantes, en mi opinión. Principios de Interpretación, título tercero, “Interpretación Favor Persona”. Esto viene del latín, no quiere decir que es una interpretación en favor de las personas, puede ser en favor de los pueblos también, individual o colectivamente considerados, por lo tanto. “En la aplicación” dice este artículo, “así como la interpretación de los Derechos reconocidos por el sistema constitucional” -por la Constitución- “por el sistema constitucional, se adoptará la norma o la interpretación que más favorece al individuo, al grupo, o al pueblo”. Esto es casi tomado literalmente de lo que dice el reglamento en los principios rectores, así que yo pienso que no debe [haber] mucha dificultad sobre esto.

Y propondría un principio que se llame “Interpretación Conforme”. Esto ayuda mucho al Legislador y al juez cuando tiene que implementar y aplicar los Derechos Humanos. Que diría, y con esto término:

Secretario: Tiempo.

Gonzalo Aguilar: “Los Derechos Humanos garantizados por esta Constitución serán interpretados conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a los tratados

internacionales ratificados y vigentes, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual Chile forma parte”.

Muchísimas gracias. Disculpen lo rápido de la presentación.

Matías Orellana: Agradecemos la exposición. Hay dos preguntas pedidas previas a que el convencional Domínguez haya encendido su micrófono, que es el convencional Ossandón y el convencional Benito Baranda. Estaba pedido. ¿Perdón? El convencional José Manuel Ossandón tiene la palabra, y luego el convencional Roberto Celedón.

Manuel José Ossandón: Gracias profesor por su exposición, la verdad es que me gustó mucho su exposición, la encontré muy pedagógica, y creo que es difícil darles ese orden a las cosas, especialmente a nosotros los abogados, creo que nos cuesta mucho hacer eso. La verdad es que le haría como 10 preguntas, pero me queda la duda respecto a ¿qué establecería usted en el título respecto a los Derechos de los Pueblos Indígenas? Me da la duda en cuanto a su propuesta, en la extensión y ¿qué derechos garantizaría usted en dicho título? Y muy corto, ¿considerando su redacción de los tratados internacionales en cuanto los Derechos Humanos –lo cual me parece muy interesante- ¿usted sugeriría hacer una lista más acotada del catálogo Derechos Fundamentales, considerando que habría una aplicación equivalente en cuanto a los tratados internacionales? Eso, Gracias.

Roberto Celedón: Bueno, lo felicito por la [presentación], es la más completa que he escuchado. Debo confesar que me une [a usted] una relación de amistad, pero soy completamente inocente de lo que ha expuesto. Es el primer expositor que habla del Control de Convencionalidad, y [este] es un elemento de garantía del respeto a los derechos. Nadie, ningún expositor ha hablado sobre algo tan esencial. Por lo tanto, le quiero preguntar, ¿qué entiende sobre el Control de Convencionalidad?

Gonzalo Aguilar: Muchas gracias por las preguntas.

A la primera pregunta del convencional Ossandón. Me parecen muy interesantes las dos. La primera me resulta mucho más sencilla. ¿Qué cosas poner en la Constitución sobre los Pueblos Indígenas? Existe un extenso y amplio acervo normativo a propósito de los derechos de los pueblos indígenas, que proviene del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una parte de ese acervo normativo es obligatorio para el Estado, de modo que ahí no hay que cuestionarse nada, porque Chile se obligó, por ejemplo, [con] el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

De modo que, ¿qué cosas pondría yo la Constitución? Algunas de las que están en el Convenio 169. Además, existe una lectura actualizada de los derechos del Convenio 169, que es del año 1989, por parte de Naciones Unidas, con la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. Es una lectura actualizada, por eso que yo dije: hay que hacer esto con un ojo puesto en el pasado, pero con el pulso del tiempo en el futuro; porque el Derecho no es estático, nunca ha sido estático. El Derecho evoluciona, y por eso [es] que la Constitución tiene que permitir incorporar la evolución.

Ustedes, si yo tuviera que legislar, Perdón redactar normas constitucionales, no para hoy [sino] pensando en 50 años más. Eso es una Constitución. A diferencia de la ley, la ley uno la puede modificar en dos segundos, esto no.

Entonces, ¿qué pondría yo? Todo lo que ya está en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo la práctica, incluyendo la práctica. Hay que estudiar, por ejemplo, como tratan Noruega, Finlandia y Suecia a sus pueblos indígenas que son los pueblos Sámi, que normalmente la cultura vulgar le llaman los esquimales [sic], y ellos tienen órganos propios de organización, autonomía, incluso para adoptar sus propias normas. Por ejemplo, eso yo plantearía en la parte de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por supuesto, las normas constitucionales son todas breves. Breve no significa [que sean] pocos artículos, significa que [lo que] establecen es el piso y después el Legislador construye la casa. Pero el piso tiene que ser... ¿Cierto? Porque hay ingenieros que hacen estudios de suelos, y si el suelo está mal hecho, la casa se cae. Por más bonita que sea la casa. ¿No sé si se entiende la figura?

Y el listado más acotado. Yo no haría un listado más acotado, yo haría el listado que corresponde de acuerdo con el Siglo XXI. Y aquí mi mensaje es tomar... Yo creo que no hay casi dudas sobre los derechos que podríamos llamar Civiles y Políticos. Esa es mi impresión, mi visión. La discusión, creo yo, está en los derechos que nosotros llamamos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Esos sin duda tienen que estar, y para saber cuáles y cómo tienen que estar, hay que mirar el Derecho Internacional. Los estándares están puestos ahí, no hay que inventar nada, hay que leer y bajarlo al Estado de Chile.

Secretario: Tiempo.

Gonzalo Aguilar: Y Celedón...

Secretario: Tiempo

[quejas de la comisión]

Matías Orellana: un minuto para redondear, profesor.

Gonzalo Aguilar: Y mi propuesta sobre el Control de Convencionalidad, rápidamente. Yo diría lo siguiente en la Constitución, esto es el Control de Convencionalidad: “El Estado tiene la obligación de velar” -cuando digo el Estado, [me refiero a] todos los órganos del Estado: eso significa, los órganos administrativos, el Ejecutivo, los órganos legislativos, el Congreso y el Poder Judicial, no solo los jueces, todos. De modo que el gobernador tiene que hacer Control de Convencionalidad, con el alcalde tiene que hacerlo, el Director del [Servicio de] Impuestos Internos tiene que hacerlo, ese es el Estado. “El Estado tiene la obligación de velar porque los efectos de las disposiciones de los tratados internacionales, especialmente aquellos concernientes a Derechos Humanos, no se vean mermadas” –o sea, rebajadas, frustradas- “por la aplicación de normas jurídicas internas: leyes, reglamentos, decretos, etcétera, contrarios a su objeto y fin, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos. En el cumplimiento de este deber, los órganos del Estado, especialmente los de la administración de justicia en todos sus niveles” -de modo que el juez de familia de Parinacota y el juez de familia de Puerto Natales- “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de dicho tratado ha hecho el órgano autorizado” –[por] ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, donde nadie discute que esa Convención se aplica. ¿Quién es el órgano autorizado para la Convención de los Derechos del Niño? El Comité sobre los Derechos de Naciones Unidas, y ellos todos los años se reúnen, y todos los años hacen interpretación y actualizan el estándar,

porque evidentemente que el estándar de protección de los Derechos del Niño hace 40 años atrás no es el estándar de hoy, porque la sociedad es más exigente para proteger a grupos que son, o que requieren especial atención del Estado.

Por eso te digo que la Constitución tiene que ser abierta, permitir que penetren esas nuevas actualizaciones en protección. La Convención sobre los Derechos de las Mujeres, (para terminar), nadie discute tampoco que se aplica esa Convención, ¿cierto? ¿Cuál es el órgano autorizado? El Comité Contra la Discriminación Contra la Mujer. Entonces, si ustedes fueran alcaldes, senadores, etcétera, yo tendría -cuando redactara normas- un ojo y un oído [puestos] en lo que dicen esos órganos, para saber qué quiere decir la norma, porque si uno lee una norma, no se entiende lo que dice la norma, sino es por la interpretación. ¿Se entiende lo que quiero decir? Las normas no son autosuficientes, requieren interpretación por el ser humano.

Eso sería el Control de Convencionalidad.

[Término de la entrevista 2:10:25]

[Tiempo total de la entrevista 0:22:40]

Juan Pablo Díaz

Comisión: Derechos Fundamentales

Fecha: 11 Noviembre 2021

Transcribe: Sergio Soza

[Hora de inicio 2:12:05]

Juan Pablo Díaz: Bueno, por su intermedio señor secretario muchas gracias. Quisiera decirle muchas gracias también, por haber aceptado la solicitud a los señores y señoras convencionales de esta audiencia pública. Yo soy Juan Pablo Díaz Fuenzalida -si se puede pasar la siguiente página por favor (porque aquí con los lentes se me empañan, perdón)-. Excúsenme estos primeros 30 segundos para exponer quién soy (dado que como ya habrán visto soy un profesor joven -cierto-, entonces a lo mejor no me conocen). Soy Doctor en Derecho, soy Máster en Gobernanza y Derechos Humanos por la Autónoma de Madrid. Soy Además... o he publicado diversas... Tengo diversas publicaciones científicas sobre Justicia Constitucional y Derechos Humanos -ahí se pueden detallar, cierto-: cuatro libros, cuatro capítulos de libros, seis artículos científicos, entre otras cosas. Actualmente soy investigador Fondecyt de postdoctorado sobre materias de Derechos Humanos. He sido becario del Tribunal Constitucional de España (único chileno hasta el momento en poder tener ese honor). He sido ubicado también por la Fundación Carolina entre los mejores 50 exponentes académicos de Iberoamérica en 2013.

Y un punto muy importante del ¿por qué? también estoy aquí [es] porque también tengo una visión muy importante en relación a lo social. He sido abogado y director de clínica jurídica por mucho tiempo (en mis primeros años de carrera, de inicio de la abogacía atendiendo a personas de escasos recursos -que no tienen dinero para pagar un abogado particular-) en comunas como San Miguel, Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, entre otras, La Cisterna... Y por eso estoy aquí. Y entre otras cosas y, principalmente, porque quiero que a esta Comisión le vaya no bien, sino que excelente: [que] tengamos un buen catálogo de Derechos Fundamentales, tanto civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales; derechos digitales, derecho en relación al medio ambiente, entre otros.

Por favor.

Lo que yo quiero exponer ahora es, en esa misma lógica, de que tengan herramientas para que... Y que yo sé que las tienen, pero simplemente en esa lógica de ponerme a su disposición y de complementar... es algunas prácticas o buenas prácticas quizás de redacción y revisión de Normas Constitucionales con un paréntesis: para efectividad de los derechos. Ese es un punto clave.

Por favor.

Y el primer punto clave para redactar y revisar cómo va la normativa es la importancia de la historia constitucional, tanto de Chile como de los diversos países. Y ahí simplemente por traer a colación, habría que revisar la Constitución de 1833, 1925, 1980 y especialmente teniendo en cuenta la siguiente pregunta: ¿Qué cosa desde los primeros años de nuestra República ha

perdurado por más de 100 años? ¿Qué tiene prácticamente 200 años nuestra historia republicana y que por algo está ahí?

Es decir, no es simplemente porque estaba en la Constitución de 1833 [que] se tiene que mantener. Hay que ver qué se mantiene y cuáles son aquellos derechos civiles y políticos de 1833 que están hasta la fecha; cómo han mutado estos derechos civiles y políticos (como, por ejemplo, la propiedad 1925, donde se le da la función social además a la propiedad) y así como una serie de normativas. Ese sería algo así como el proceso que habría que hacer para considerar historia constitucional chilena.

Siguiente página, por favor.

Un ejemplo de ello: ahí lo ven. Como Igualdad ante la ley hay normas que son prácticamente textuales en la redacción de 1833 en adelante.

Siguiente página, por favor.

No solo es por un asunto de mejor redacción o sencillamente de apurar los tiempos, porque son... quedan cierto, más o menos ocho meses para redactar este capítulo de Derechos Fundamentales o los capítulos que digan relación con Derechos Fundamentales.

La Constitución Francesa también hace suyos, por ejemplo, hoy en día la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su preámbulo. O sea, es la importancia que se le da a la Historia.

Siguiente página por favor.

Y luego de [considerar la] historia constitucional, es muy importante lo que dice el Derecho Comparado. Y podríamos hablar de constituciones en número y podríamos hablar también de que hay Derechos Fundamentales que son más universales que otros. Ahí hay una pequeña lista de... Ahí están los autores también, eso no es una lista que confeccione yo precisamente y fíjense hay derecho y algunas libertades que tienen en la totalidad de las constituciones revisadas más de cien constituciones revisadas, como libertad expresión, libertad de religión, derecho propiedad igualdad ante la ley, etcétera. Son prácticamente Derechos Fundamentales universales a nivel constitucional de Derecho Comparado. Entonces eso nos ayuda avanzar en los tiempos.

Por favor.

Y cuando uno se da cuenta de estas constituciones en número, es curioso que hemos innovado muy poco -prácticamente nuestras constituciones son de Derecho Comparado y hemos tomado las buenas ideas y hemos innovado solo en la historia en cuatro derechos -fíjense- el derecho a sufragio, el derecho a establecer negocios (1822), muy relacionado con la libertad de emprendimiento hoy en día; derechos procesales sobre... o ciertas garantías para adolescentes y hace poquito -el 25 de octubre-, sobre neuro-derechos. Entonces eso da cuenta de la

importancia que tiene en la elaboración de normativa y luego de su revisión, del derecho Comparado.

Por favor.

Más constitución en números: es importante los relatos, cómo se escriben las normas, pero es importante también tener en cuenta ciertas cifras. Y ahí por ejemplo, siempre se dice que una Constitución no debiese ser tan extensa que nadie pueda leerla, cierto: una Constitución es efectiva en la medida también en que pueda ser conocida por la ciudadanía. Encontramos constituciones muy breves en relación a derechos. por ejemplo: Australia, Francia, Austria, que son países que nos gustaría tener ese estándar de calidad de vida que tienen aquellos países; constituciones con muchos derechos: Venezuela, Portugal, Bolivia, Serbia, Ecuador con 99. Constituciones con menos y más palabras también es interesante desde ese punto de vista: Mónaco, Islandia, Japón, Dinamarca con muchas palabras. El máximo es India.

Siguiente presentación.

Un tercer punto que es muy relevante ([en el] que no me voy a extender tanto en profundidad como lo ha hecho el profesor que me antecedió, pero...) son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Se ha hablado mucho sobre esto. Yo sugiero tener la siguiente frase como guía, valga la redundancia: los tratados internacionales como límite -por un lado-, pero al mismo tiempo (o sea es la misma moneda con dos caras) como una guía para la redacción del texto constitucional. No solamente por la vigencia del artículo quinto y artículo 135 de la Constitución (que también ha habido mucho debate al respecto, especialmente por el 135). Tenemos también la Convención de Viena derecho de los tratados [sic], uno lo podría también argumentar desde los derechos naturales y habría que citar al profesor Máximo Pacheco fíjense, hace cerca de 20 años, nos decía lo siguiente (quizás con una redundancia en la redacción, pero es muy profundo lo que dice):

"Cuando la Constitución de un estado viola los derechos, ese Estado los viola y esa Constitución es inválida"

Es muy potente lo que está diciendo, muy profundo en realidad y lo que ahí podemos tomar de esa idea es que una constitución es válida en la medida en que también se respeten los Derechos Humanos.

Imaginémonos una indicación, o una iniciativa ya sea de ustedes o de la ciudadanía que diga, por ejemplo: se restablecerá la pena de muerte para delitos comunes. Eso sería... violaría Derechos Humanos; el texto constitucional, de acuerdo esa frase a esa oración de profesor Pacheco, sería una constitución inválida (o al menos esa norma sería inválida). Y nos da un ejemplo el profesor Pacheco, de la Constitución de Suiza -o sea nadie está ajeno a que algún texto constitucional pueda vulnerar Derechos Humanos.

Secretario: 2 minutos

Y en ese sentido... Bueno ahí está el ejemplo precisamente: no se reconocía el derecho a voto de las mujeres. Y la comisión europea inició el proceso. No llegó a la Corte Europea porque sencillamente Suiza hizo los ajustes previo a que se llegara.

Siguiente frase por favor. O sea ,siguiente lámina.

Hay algunos ejemplos de tratados de Derechos Humanos... Siguiente lámina, por favor.

Otros ejemplos, que ustedes los conocen muy bien, o sea que habría que tener en cuenta en la mañana en que se va redactando el texto constitucional.

Siguiente lámina, por favor.

También los de la OIT. Siguiente lámina, por favor...

Regulación de derechos... y esto es un tema que van a tener que discutirlo en algún momento ¿Cómo vamos a regular los derechos? Ya se había venido hablando por otros expositores también los días anteriores y quiero enfocarme especialmente en los derechos sociales, que por algo estamos acá -especialmente ustedes-. Hay una gran oportunidad en materia de derechos sociales. El asunto es cómo hacerlos efectivos, cómo buscar el mejor mecanismo para hacer efectivos los derechos sociales y no solamente que queden en el papel.

Entonces ahí sencillamente hay 6 opciones, ustedes busquen la mejor de las opciones, o si hay una séptima, por virtud de la cual se podrían hacer más efectivos los derechos sociales.

Siguientes lámina, por favor.

Pero no es suficiente con eso para hacer o buscar efectividad en los derechos sociales. Otros profesores ya lo anticipaban; necesitamos institucionalidad: libertades, derechos y, por otro lado, instituciones como el defensor del pueblo (ahí está una norma que puede ser relevante, el artículo 54 de la Constitución de España y este otro órgano que es el Consejo Económico Social y Medioambiental de Francia; Italia también tiene unos casos muy similares)

Siguiente lámina, por favor.

Secretario: ¡Tiempo!

Vale...

O solo para redondear... sí, solo para redondear...

Espero que consideren o al menos le den una vuelta a las distintas opciones, distintas etapas del proceso para que mejore el texto constitucional. No me cabe duda que ustedes van a tomar las mejores decisiones. Y quisiera terminar simplemente diciendo que esperemos que quede una constitución redactada en términos de que exista una armonía entre libertades, derechos, sumando instituciones justamente para la efectividad de los derechos.

Muchas gracias por su atención.

Damaris Abarca: Bien. Tenemos a Manuel José Ossandón y a Patricio Fernández para hacer preguntas y usted le responde de manera conjunta.

Nuestro próximo expositor estaba citado a las 1:00 o sea la 1:00 va a llegar así que pregunten no más.

Convencional Manuel José Ossandón No hay problema. Yo quería preguntarle al profesor Díaz -muy buena exposición, gracias-, respecto a si pudiera, si pudiese ahondar un poco en lo que se señalaba en su presentación de Powerpoint en cuanto a cómo hacer efectivos los derechos sociales en la Constitución y los distintos mecanismos que usted estableció en su presentación.

Convencional Patricio Fernández Muchas gracias profesor Díaz. Acá hemos hablado en varias exposiciones de cómo hacer exigibles los derechos sociales y cómo relacionarlos unos con otros y usted ha usado mucho acá un término que quisiera pedirle que nos explicara más: acerca de la redacción de esos derechos. De alguna manera el catálogo de derechos que aquí establezcamos posiblemente no sea el principal motivo de discusión sino que quizá sea él cómo los establezcamos. Esa redacción de cada derecho ¿Cómo recomienda usted... cómo la percibe, digamos, más efectiva y mejor? ¿Cuál es la amplitud a la que debiera llegar? ¿Cuál no? ¿Cuánto se le deja al Legislador? Es decir: ¿Cómo podríamos empezar a pensar esa redacción de cada uno de esos derechos del catálogo? Gracias.

De acuerdo

Convencional Damaris Abarca: Y la tercera pregunta (solo porque... bueno nuestro último expositor del día viene del aeropuerto ya... Alto Comisionado de las Naciones Unidas, entonces va a llegar a las 1 probablemente). Rocío Cantuarias tiene una tercera pregunta y Benito Baranda.

Convencional Rocío Cantuarias: Gracias Coordinadora. Muchas gracias por su presentación, profesor. Quisiera preguntarle en la línea de lo que también consultó el convencional Ossandón respecto de su opinión de la exigibilidad directa, vía constitucional, de los Derechos sociales. Y qué opina, o si ve algún riesgo, o alguna ventaja respecto de su judicialización. Muchas gracias.

Convencional Benito Baranda: Si, muchas gracias Juan Pablo por la presentación. Yo quería que nos dieras alguna indicación acerca del defensor del pueblo que está, no cierto, en la Constitución española o este Consejo Económico Social y Medioambiental de Francia, también; [que] nos indicarás su funcionamiento y rol ahí. Gracias.

Juan Pablo Díaz: Perfecto. Bueno nuevamente gracias por las preguntas y por la oportunidad de seguir compartiendo con ustedes y poniéndome a disposición también.

Quizás para responderlo sería más sencillo volver al ppt en la parte donde están los derechos sociales, no solamente por la explicación que voy a dar y que pueda servir de ayuda memoria, sino que también hay algunas personas que son más visuales quizás en la comprensión (eso lo aprendí en el magíster en docencia universitaria (risas) en mi vocación de profesor). No sé si se alcanza a ver... pero bueno puedo anticipar algunos puntos.

Daba algunos -seis- posibilidades (siempre puede haber otra) de cómo desarrollar los derechos sociales. Lo primero es -y que puede ser un poco complejo de entenderlo, pero- no indicar derechos sociales: ese sería quizás como uno de los extremos; no indicarlo. O quizá una cláusula como general cómo lo hace Alemania. Luego otra opción, cierto, así como que fuese una escala, cierto, declarar que los derechos sociales... o una serie de políticas sociales, como lo hace Suiza.

Luego otra opción podría ser, más intermedia, los derechos sociales como derechos progresivos cómo lo consideras así el Pacto de San José de Costa Rica. Una cuarta opción podría ser, por ejemplo, sencillamente indicar que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos y ya está, sin mayor definición.

Una quinta opción podría ser exigibilidad atenuada como Sudáfrica o como en la práctica ocurre hoy en día, en dónde se concuerda con otro derecho fundamental y por virtud del cual, indirectamente, se logra obtener la satisfacción y protección de un derecho fundamental... de derecho económico social y cultural. Y una sexta opción podría ser que todos los derechos sociales son exigibles. Esas serían las seis opciones, a propósito de la pregunta del profesor Ossandon y tomándolo con las preguntas que hacían los demás señoras y señores convencionales constituyentes.

El problema de considerar una legitimación activa directa, así como la última opción, cierto, exigible y de inmediato es que quede esto arraigado exclusivamente, o especialmente, a los tribunales de justicia: y eso genera o podría generar un riesgo de activismo judicial. No digo que lo genere, sino que podría generar ese riesgo.

Yo soy siempre me he declarado más o menos aristotélico, buscando términos medios. Y no es precisamente el poder judicial quién tiene que determinar políticas sociales, sino que eso quedaría en estricto rigor determinado al Congreso Nacional o a la entidad que ustedes consideren legislativa. Así que eso sería más menos en relación a la mejor efectividad. Pero la efectividad no es solo declarar libertades y derechos -uniendo a la pregunta de señor convencional, cierto, Benito Baranda: necesitamos instituciones porque hay grupos que pueden estar en situación de vulnerabilidad y aunque esté el mejor texto redactado, necesitamos instituciones que lo ayuden; para eso está el Defensor del Pueblo de España o el Consejo Económico Social y Cultural -y Ambiental ahora que se modificó desde el año dos mil y tanto en la Constitución de Francia.

Hay distintas opciones de ombudsman (yo hice mi tesis doctoral en defensor del pueblo. Mi director de tesis fue un cate... fue además Defensor del Pueblo de España). Seguramente

profundizaré, en la medida que acepten mi solicitud en la en la Comisión de Sistema de Justicia, le puedo anticipar eso sí cuatro... que hay cuatro tipos de ombudsman: un ombudsman nórdico-clásico-, un ombudsman o el *mediateur* -el mediador de la República en Francia-. Hay una oficina de... o un comisionado, como una especie de Consejo, que es el caso de Alemania [e] Inglaterra. Y hay otra figura que, de acuerdo a la doctrina, le llaman ombudsman criollo, que se le agregan otras funciones adicionales como alguna acción o recurso constitucional y algunas otras en relación a la obtención de mejor justicia.

Y lo clave eso sí del ombudsman (y esto quizá no lo tenemos muy en cuenta nuestra cultura jurídica en Chile) [es] que es un órgano de persuasión, un órgano que recomienda; que tiene que convencer, no vencer a la administración o a quién regule. Es una institución [en] que es fundamental la *autoritas*. Un ombudsman sin *autoritas* pierde su esencia.

Consejo Económico Social y Cultural... bueno, por su solo nombre -y solamente por el tiempo- está relacionado a esas materias. Muchas gracias por su tiempo.

[Hora de término: 2:30:41]

[Duración: 0:18:36]

Jan Jarab (Representante de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos)

Comisión: Derechos fundamentales

Fecha: 11 de noviembre 2021

Transcribe: Bruno Costa

[Hora de inicio 2:32:00]

Jan Jarab: Estimados convencionales constituyentes. Soy Jan Jarab, representante de la Oficina Regional para América del Sur del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Agradezco y saludo, el desafiante trabajo que, como comisión de derechos fundamentales tienen por delante. Para nuestra oficina, es un honor participar en estas sesiones. Desde la oficina ponemos a disposición de esta comisión el proyecto: Chile, los Derechos Humanos al centro de la nueva Constitución. Para lo cual hemos organizado esta presentación en dos partes. Primero, presentar el proyecto de asistencia técnica de nuestra oficina a la condensación y luego, si me permiten comentaré brevemente algunos temas de fondo.

Como ustedes son escuchado las presentaciones anteriores. El derecho internacional de los Derechos Humanos juega un rol fundamental para el trabajo de esta comisión, y es por ello que la oficina de ONU Derechos Humanos, respondiendo al mandato otorgado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en línea con la nota del secretario general sobre la asistencia constitucional de las Naciones Unidas, y con las directrices emanadas de la publicación Derechos Humanos y procesos constituyentes elaborada por el alto comisionado ha desarrollado en la página web que ahora tengo el placer de presentarles.

Por favor, considerando la declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el año 2011. En la página web que creamos especialmente para ustedes encontrarán resúmenes de los derechos y principios contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, los textos de esos tratados, las observaciones generales de los comités de Naciones Unidas de cada tratado ratificado por Chile, los videos de las actividades recientemente organizadas por la oficina sobre. Primero, el derecho a la reparación y sobre el rol de los tratados internacionales en la nueva constitución y toda la información que considerando las obligaciones internacionales a las que se ha comprometido al país a nuestro juicio podrían interesarles como comisión. Además, en caso de estimar lo desde la oficina también les ofrecemos acompañamiento técnico, el equipo de la oficina está disponible para colaborar con ustedes, en todo lo que se relaciona con el derecho internacional de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Por ejemplo, para acceder a las recomendaciones internacionales que ha recibido Chile por parte del Comité de Derechos del Niño, desde el Comité para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, entre otros. Así mismo, el equipo de la oficina también está disponible para realizar instancias de fortalecimiento de capacidades o para organizar actividades con expertos y expertas de Naciones Unidas sobre cualquier tema de Derechos Humanos, que ustedes requieran como comisión. Aprovecho la oportunidad para invitarles desde ya, a las siguientes dos actividades que junto con la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de las Naciones Unidas para Alimentación respectivamente, realizaremos sobre. Primero el derecho a la seguridad social, el 29 noviembre a las 18:30, y el derecho a la alimentación adecuada el 2 de diciembre a las 18:30. Estas actividades serán virtuales, en un horario pensado para que ustedes

puedan participar por lo que sinceramente esperamos contar con su asistencia. Reitero la invitación a contactarnos, a revisar la página www.acnur.org Constitución. Y, por último, invito especialmente a quienes ejercen el rol de enlaces transversales, a relevar la importancia de las obligaciones internacionales adquiridas por Chile para esta comisión y de las demás comisiones, como lo son las comisiones de principios constitucionales y la comisión de sistemas de Justicia.

La elaboración de nueva constitución representa una oportunidad histórica para reafirmar y profundizar, los compromisos asumidos por el estado de Chile en materia de Derechos Humanos. Y, además, de revitalizar el Avance del país hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Hay al menos, dos entradas claves para abordar el área conocimiento protección y garantía de los Derechos Humanos en un texto constitucional. Primero, la fuerza de los tratados internacionales, su aplicabilidad y exigibilidad y segundo, la importancia del principio de igualdad ante la ley y me referiré por razones de tiempo exclusivamente al primer tema.

El principio Pacta sunt servanda significa que lo pactado obliga, un Estado se compromete a cumplir lo pactado en un tratado internacional al ratificarlo. Ahora bien, hay que tener presente que esta es una obligación de respeto mínimo y que los Estados siempre pueden ir más allá con la protección. Vale la pena tener en cuenta, que si la Constitución reconoce como fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno a los instrumentos internacionales Derechos Humanos. Estos, pueden utilizarse como fuente complementaria de derechos y libertades. Esto, limita el riesgo de posibles lagunas normativas o interpretaciones contrarias a los Derechos Humanos.

La mayoría de las constituciones contemporáneas han dejado de ser meras declaraciones. Los derechos que figuran en ellas habitualmente están concebidos para que sean de aplicación directa en el marco del procedimiento establecido por la propia Constitución. Sin embargo, para que esto sea posible, los derechos deben articularse de modo que puedan ser de aplicabilidad inmediata. En este sentido, el reconocimiento protección y garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales amerita una atención especial.

Junto, con hacer la invitación a reconocer formalmente derechos aún no consagrados en el catálogo de derechos constitucionales vigentes, me parece importante referirme a la efectividad de los Derechos. La obligación genérica de garantía que surge para los Estados al ratificar un tratado no apela exclusivamente al poder ejecutivo, sino también al legislativo y el poder judicial. Un derecho carente de protección judicial plantea la cuestión de si a fin de cuentas se trata de un derecho real, eso no quiere decir que la ejecución judicial sea la única manera de proteger los derechos ni siquiera que sea la mejor. Pero, la ejecución judicial desempeña una función esclarecedora para nuestra comprensión de estos derechos, al aportar un mecanismo en los casos de vulneraciones evidentes y en la formulación de decisiones relativas a casos paradigmáticos que pueden generar cambios institucionales sistemáticos para prevenir violaciones futuras esos derechos.

Corresponde, principalmente al ordenamiento jurídico interno, el establecimiento de garantías efectivas para la aplicación de los Derechos Humanos, se necesita todo un andamiaje jurídico

institucional. Sin embargo, si se espera que en los Estados democráticos contemporáneos las garantías más importantes de los Derechos Humanos si tengan rango constitucional

Estimadas, estimados condicionales para terminar mi exposición les hago el llamado a beneficiarse de la abundancia de conocimientos especializados que figuran en las observaciones generales aprobadas por los órganos creados en virtud de los nueve tratados fundamentales de Derechos Humanos. En la gran mayoría de las observaciones generales, se interpretan los derechos y principios establecidos en los tratados respectivos. También por supuesto les pueden ser útiles las recomendaciones específicas que ha recibido Chile por parte de órganos de los mencionados tratados, por parte de relatorías especiales de la ONU y por parte de otros países en el marco del examen periódico universal. Son más de mil recomendaciones las recibidas en los últimos 10 años. En materia de protección constitucional específicamente Chile ha recibido recomendaciones en temas como reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, reconocimiento constitucional del derecho a una vivienda adecuada conforme a los estándares Internacionales de Derechos Humanos justiciabilidad de los Derechos Humanos entre otros aspectos.

Como es posible advertir, mi intervención solo alcanza a mencionar muy por encima algunos de los importantes temas que posiblemente ustedes considerarán para la redacción de una nueva Constitución. Por lo mismo reitero nuestra disposición a acompañarlos acompañarla y si lo desean podemos revisar ahora la página www.acnur.org Constitución, en la que encontrarán todos los insumos a los que me he referido antes. Muchas gracias por su tiempo y por favor no duden en contactarnos

Matías Orellana: Agradecemos la presentación y en especial la disposición que han tenido desde un comienzo con esta comisión de derechos fundamentales. Se abre el espacio de palabra para poder realizar preguntas ¿hay alguna pregunta?

Hay una palabra pedida del convencional Benito Baranda tenemos a la convencional Isabella Mamani. Ya, vamos a ordenar nuevamente para que quedemos claro. En primer lugar el convencional Benito Baranda. En segundo lugar, la convencional Isabella Mamani que levantó la mano y Gaspar Domínguez.

Benito Baranda: Muchas gracias, Jan por la presentación la consulta es que nos de alguna experiencia internacional sobre la justiciabilidad. Esa es la pregunta, de lo que tu conoces o has visto sobre la justiciabilidad- gracias.

Matías Orellana: Convencional Isabella Mamani

Isabella Mamani: Muchas gracias por su exposición, la pregunta es la siguiente. ¿Cómo podríamos incorporar los derechos reconocidos en la declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos originarios en esta nueva Constitución tomando en cuenta que es un Qué es un instrumento más no un tratado internacional? Eso.

Matías Orellana: Previamente el convencional Fernando Tirado y luego el comisionado Gaspar Domínguez

Fernando Tirado: la verdad es que a mí me llama la atención, por ejemplo, que no se haya desarrollado mucho más los derechos de los pueblos indígenas. La verdad, me

gustaría que profundizara un poco porque, la verdad para todo el mundo desconocido y, sobre todo, por ejemplo, para el mundo académico que en realidad los pueblos originarios están reconocidos internacionalmente en sus derechos, y cuál es la mirada, por ejemplo, de Naciones Unidas en este caso. Si en realidad nosotros, hoy día estamos aquí presente en esta convención lógicamente para buscar justicia y los derechos nuestros como indígena y la verdad es que me gustaría, por ejemplo, que, pudiera encaminar una mirada en cómo podríamos nosotros llegar a que esta nueva Constitución tenga rango constitucional nuestros derechos indígenas

Gaspar Domínguez: Buenas tardes muchas gracias por la presentación, quería hacer una pregunta muy puntual. Dentro de las audiencias que hemos tenido, han habido algunos expositores que han recomendado no explicitar titulares de derecho en la Constitución y otros que sí. En la página que usted nos señala están separados los derechos de personas migrantes, derecho de la diversidad sexual, derecho de mujeres. La pregunta es, ustedes creen que deberíamos ser explícitos en la Constitución en detallar nuevos titulares de derechos. Gracias

Matías Orellana: tiene la palabra el expositor para poder responder las preguntas

Jar Jarab: voy a empezar con la última pregunta. En nuestra opinión esto depende verdaderamente de la decisión de la constituyente. Me parece que no hay una regla internacional que les obligaría a tener un listado de titulares de derechos y que, de hecho, a mi opinión personal, es que una definición amplia que no hace listado de varias categorías puede ser mejor, siempre cuando abarca todas las personas que se encuentran en el territorio del Estado. Entonces, no son los ciudadanos, porque el Estado siempre tiene obligaciones hacia personas que se encuentran en su territorio, que pueden ser personas migrantes. Pero si se necesita explicitar o no, esto es algo que depende de la decisión de la de la convención constituyente.

El tema de derechos de los pueblos y comunidades indígenas sin lugar a duda será uno de los desafíos centrales de ustedes, estamos muy conscientes de ello y si me lo permiten mi colega Camila Acevedo, después dará una pequeña información cómo sobre como nosotros junto con nuestra agencia hermana PNUD estamos intentando de empoderar a las y los constitucionales indígenas en esta toma de decisiones sobre un asunto tan importante. Porque no queda ninguna duda que, una de las oportunidades históricas que presenta este proceso constituyente, es de abordar la deuda histórica que si tiene el Estado chileno hacia los pueblos y comunidades indígenas.

Ahora cómo hacerlo y de qué manera pueden ser útiles los instrumentos de Internacionales de Derechos Humanos es una muy buena pregunta porque como usted dice, es verdad que también el sistema internacional de los Derechos Humanos tardó en reconocer los derechos de los pueblos indígenas, particularmente en su dimensión colectiva. Pero también se puede decir que, a través de las últimas décadas, el sistema está evolucionando hacia este reconocimiento. Es verdad, que la declaración de los derechos de los pueblos indígenas aún no tiene rango de una convención. Pero si hace parte de lo que entendemos hoy como estándares internacionales de Derechos Humanos. También como ustedes saben el Consejo de Derechos Humanos creó una función de relator especial para los derechos de los pueblos indígenas. Hoy como saben es

Francisco Calí, que se desempeña como relator especial. Y las recomendaciones, la producción de este mandato también puede ser importante para orientar a las discusiones. Así como la bien conocida contención 169 de la OIT, que consagra entre otros la consulta indígena. nos parece súper importante destacar, que el Proceso Constituyente en Chile, en la tercera década del siglo 21 tiene que reflejar o debería reflejar también el desarrollo del sistema internacional de los Derechos Humanos, qué es en constante evolución. Y podemos hablar de una paradoja, porque las violaciones de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas son descritas ya en el primer informe sobre violaciones a Derechos Humanos que publicó Bartolomé de las Casas en el siglo 16, son una constante. Sin embargo, tardó hasta este reconocimiento. Hoy por hoy, el sistema está mucho más sensible a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y hasta dimensiones también necesaria de reparación de los daños sufridos por los pueblos indígenas.

y finalmente sobre la justiciabilidad. Es parte de lo que mencione en mi discurso de que los derechos, hoy por hoy no deben ser perseguidos como mera declaración. Y en el pasado, si tuvimos varias constituciones que se quedaron tan solo en el papel, que a veces fueron no acompañados por todo este andamiaje institucional y jurídico que si se necesita para que un derecho sea exigible y también para que sea justiciable. Muchas gracias

Matías Orellana: estamos sobre el tiempo, me pide Camila poder dar un breve mensaje, se lo Obviamente, le pongo disposición porque le vamos a permitir que lo de que sea brevemente, porque también tenemos pleno un ratito más y se lo hemos mencionados. Así que también lo hago presente como excepción antes de continuar

Camila Acevedo: muchísimas gracias, solo me gustaría precisar en 3 puntos. Respecto a la exigibilidad que consultaba el convencional Baranda, mencionar que la experiencia comparada y también los estándares internacionales han demostrado que criterios. Como por ejemplo la no regresividad y la progresividad de los derechos, el establecimiento de recursos efectivos que establezcan criterios de plazo razonable de accesibilidad y de proporcionalidad, y también la ratificación de instrumentos internacionales como los protocolos facultativos de los mecanismos derechos humanos son bien alguna ruta para efectivamente lograr esa exigibilidad que es el estándar internacional definido.

Jan Jarab: Respecto de los temas de pueblos indígenas y en complemento a lo que mencionaba el representante. Manifestar que la oficina del Alto Comisionado tiene un proyecto conjunto con el programa de las Naciones Unidas, para el desarrollo y lo que pretende fortalecer la participación de los pueblos indígenas y resguardar la vida protección de sus derechos o fortalecer debida protección de sus derechos en la convención constitucional, y que para ello, efectivamente la próxima semana vamos a poner a disposición de todos ustedes, un documento que estamos próximos a lanzar que tiene 3 capítulos principales. Uno, es un acápite sobre un catálogo de derechos más bien que hace un levantamiento de los derechos que están contenidos en los instrumentos internacionales del sistema universal. Un segundo catálogo de experiencias comparadas que pueden servir de base para lecciones aprendidas y también para desafíos. Y un tercer capítulo que analiza un poco la situación jurídica en Chile en lo que respecta al reconocimiento legal de los pueblos indígenas

y lo tercero que quisiera mencionar para finalizar mi exposición sobre la pregunta del convencional Domínguez. Es que si bien el alto comisionado por supuesto reconoce la



soberanía que tiene esta convención a tomar las definiciones respecto al nuevo texto constitucional. El llamado desde los estándares Internacionales es contar con un proceso que sea participativo, que sea significativo y que demuestre y permita una participación efectiva de los grupos que han sido históricamente marginados. Y en ese sentido está la determinación de usted el establecimiento de la titularidad de derechos con especificidad. Muchas gracias.

[Hora de término: 2:32:00]

[Duración: 0:23:08]