



ABOFEM
ASOCIACIÓN DE ABOGADAS
FEMINISTAS



PODER CONSTITUIDO, PODER DECONSTRUIDO

La Constitución de 1980
bajo la lupa feminista

EQUIPO DE TRABAJO

Camila Astorga Valenzuela
Carolina Villalobos Ríos
Catalina Baeza Marras
Catalina Laso Samsing
Daniela González Balaguer
Denisse Latrille Inostroza
María Eugenia Castillo Díaz
María Paz Daza Carniglia
Niscia Rubio Carrasco
Paula López Kirby
Pía Chible Villadangos
Pía Jalilie Osse
Victoria Martínez Placencia

COORDINADORAS

Gabriela Rodríguez Vergara
Rocío Norambuena Avilés

EDICIÓN

Josefina Humeres Morales

ILUSTRACIONES

Catabaeme

DISEÑO EDITORIAL

Pilar Grant

AGRADECIMIENTOS POR SUS APORTES A ESTE TRABAJO

Este trabajo pudo ser elaborado, escrito y publicado gracias al apoyo y colaboración de muchas compañeras que creyeron en la importancia de este documento para aportar a la discusión pública. Por ello, queremos darle las gracias especialmente a los equipos de ABOFEM que se sumaron a este proyecto: Comunicaciones, por su dedicación y rigurosidad en la revisión de cada texto, a Finanzas por hacer esta idea posible, a Académica, Derechos Humanos, Penal, Antofagasta y Laboral por su apoyo, su minucioso trabajo y su responsabilidad y compromiso con esta iniciativa, a veces titánica. Finalmente, a todas quienes aportaron desde sus conocimientos y habilidades a poder concretar esta idea que surgió con el mero fin de poder sumar y aportar al proceso constituyente.

A todas ustedes, infinitas gracias.

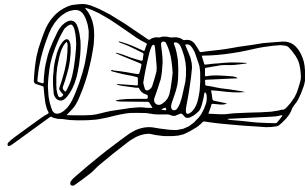


ABOFEM

ASOCIACIÓN DE ABOGADAS
FEMINISTAS

PRESENTACIÓN

PARA QUE TODAS, TODOS Y TODES PODAMOS PARTICIPAR



El 18 de octubre de 2019 es una fecha que quedará marcada en la historia del país. Desde ese momento, se gatillaron una serie de hechos que condujeron al proceso constitucional que inició el 2021 y que tiene a Chile bajo la atenta mirada de la comunidad internacional. Se trata de la primera convención paritaria del mundo, la primera vez en la historia nacional donde hay participación popular, indígena, de mujeres y disidencias en un proceso que cambiará la historia del país y sentará un precedente para el futuro, son sólo algunos ejemplos de lo trascendental que resulta esta instancia.

Esta inédita posibilidad de participación popular se encuentra ante un innegable desafío, pues existe una significativa brecha de conocimiento entre la élite intelectual y el pueblo-ciudadanía. Esto se traduce en una importante barrera para la participación de la comunidad en los procesos políticos, incluso en el —posiblemente— más importante de nuestra historia.

Es por lo anterior, que como ABOFEM reconocemos y validamos el diagnóstico de la desigualdad en el conocimiento y en un esfuerzo por democratizar, hemos querido participar y generar herramientas para la discusión constitucional desde nuestros saberes, pero ¿cómo aportar a un proceso que se mueve a una velocidad vertiginosa y que tiene el potencial de hacer cambios transformadores en nuestro país? Creemos firmemente que el cambio debe venir desde el pueblo, y es desde esa profunda convicción que nace este trabajo: una guía constitucional feminista para que todas, todos

y todes puedan comprender de qué se habla en la discusión constitucional, entregando herramientas a los y las lectoras para que puedan ser parte informada de los procesos de cambio que se vienen.

Es importante señalar que, si bien no desconocemos la relevancia que esta apertura en la participación y representación de diversos sectores de la sociedad tiene, no se debe olvidar que no todas y todos llegaron a tener un asiento en la Convención Constitucional. Afrodescendientes, personas mayores, migrantes y personas en situación de discapacidad son sólo algunos ejemplos de aquellos grupos que se han visto impedidos de una participación protagónica en el proceso y cuyos saberes y experiencia serían valiosos de incorporar en el debate sobre la sociedad y el Estado que queremos construir. Por ello, pensamos que esta herramienta puede serles de utilidad a la hora de presentar sus demandas ante la palestra pública.

Con estos ejemplos en mente, y considerando a todas y todos quienes componen el tejido social, es que aspiramos a que esta guía constitucional sea una llave que permita y promueva la participación en este proceso político histórico.

Esperamos que sirva de traducción entre el idioma de los y las expertas y las demandas ciudadanas, que permita la formación de una opinión crítica y vigilante del proceso constituyente para que posibilite el apoyo —por las vías que prefieran los y las lectoras de estas líneas— de la creación de un Chile más justo, donde quepamos todas, todos y todes y donde la dignidad se haga costumbre.

Con amor y esperanza en los nuevos comienzos,
LAS AUTORAS

ALERTA

EL DERECHO NO ES NEUTRO Y SUS INTÉRPRETES TAMPOCO

Esta guía es una exposición crítica y feminista de la actual regulación constitucional chilena. Se basa en que el derecho tiene una falsa pretensión de neutralidad, y lo cierto es que “las leyes, en un mundo patriarcal, son irremediablemente patriarciales”¹.

La Constitución Política de la República como mecanismo para superitar el poder no es ajena a este orden patriarcal y en el caso de Chile se ve exacerbado por el contexto de su instauración: un gobierno autocrático, militar, patriarcal y violento. No hay que dejarse engañar por las reformas posteriores que se hicieron tras el retorno a la democracia, pues su espíritu y lenguaje masculinizado obedecen a un sistema que somete e invisibiliza a todos y todas aquellas que carecen de poder. En ese entendido, las mujeres y disidencias no son plenas sujetas de derecho para ese orden institucional.

Este trabajo intenta levantar el velo y hacer evidente a la ciudadanía cómo los derechos y las instituciones constituidas en la Carta Fundamental de 1980 han sido insuficientes para garantizar el bienestar de las personas que habitan Chile, especialmente en el caso de las mujeres en sus intersecciones, esto es: la pobreza, la precarización laboral, la edad, la educación, la territorialidad, la sexualidad y tantas otras.

Es precisamente por lo anterior, que las exposiciones aquí vertidas por sus autoras no pretenden ser objetivas. Esta es una guía crítica y feminista, pues cuestiona el derecho como instrumento del patriarcado, el neoliberalismo y el extractivismo que oprimen a las mujeres.

¿Por qué decimos que el derecho es falsamente neutro? Lo anterior, tiene la simple respuesta que la justicia se ha creado en base a las experiencias del hombre blanco y de élite, que le teme más al hurto que al abuso. Y se olvida que “para saber qué preocupa a todas las personas de una comunidad en relación con la justicia, las preguntas deben hacerse tomando en cuenta la realidad de las estructuras de género o de lo contrario se tendrá un diagnóstico errado”².

Con lo anterior se manifiesta que, no sólo hacen falta más mujeres ejerciendo las tareas de juezas o presidentas, sino que estas han de incorporar la visión del género y erradicar la actual creación de un

¹ Calvo Fajardo, Y. (1999). De las leyes de la lengua y la lengua de las leyes. En: L. Fries & A. Facio, Ed., Género y Derecho, 1a ed. Santiago de Chile: LOM, pág.103.

² Facio Montejo, Alda. (2002). Con los lentes del derecho se ve otra justicia. Otras miradas de la justicia. El otro derecho (Nº28). pág. 92. Disponible en: <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475f0864.pdf>



sistema que manifiesta en homofobia, racismo, discriminación y apuesta por la mantención del status quo de una clase adinerada y acomodada. Sus principios no son justos pues en su justicia, no cabemos todas, todos ni todes.

No basta que sólo mujeres con ingresos independientes y estudios universitarios sean parte de la creación de las normas que intenten derribar las discriminaciones que permean el derecho, pues sus experiencias de vida no son necesariamente representativas de todas. Es precisamente por aquello, que los conocimientos han de compartirse, han de llegar a todos los cuerpos, vivencias y territorios, y un futuro sistema ha de ser creado en una deliberación transversal.

La guía crítica y feminista es una exposición de la mayoría de las instituciones y derechos incorporados en la actual Constitución Política de la República —o a opinión de las autoras, que debiese discutirse su incorporación—, sistematizada para que sea amigable para todo lector y lectora. En cada una de las secciones, se explican ciertos conceptos clave para entender con mayor facilidad las diversas instituciones, en miras a que todas, todos y todes puedan identificar su contenido.

El desarrollo de cada institucionalidad incorpora un diagnóstico llamado “¿cómo se refleja en la práctica esa regulación constitucional?”, que pretende ponerlas en perspectiva del contexto nacional, sopesando tanto sus aspectos positivos, como aquellos que las autoras conciben como deficientes.

También se incluye una reflexión denominada “¿cuáles son los problemas si se analiza bajo una lupa feminista?”, sobre cómo la perspectiva de género está presente en las diversas regulaciones constitucionales (o la falta de ella), cómo aquello ha impactado en la vida de las mujeres y qué falta por desarrollar para su incorporación, en opinión de las autoras.

Finalmente, se esbozan ejemplos de constituciones de otros países del mundo³ que se considera que cumplen con mejores estándares desde una perspectiva de derechos humanos, y en particular, con una perspectiva de género.

³ Una parte importante de las disposiciones de las constituciones extranjeras fueron extraídas del sitio web www.constituteproject.org

ABREVIATURAS UTILIZADAS

PARA QUE ESTA GUÍA SEA BREVE
-EN LO POSIBLE

AACNUDH

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

AFP

Administradora de Fondos de Pensiones.

Belém do Pará

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

C°

Considerando.

Constitución

Constitución Política de la República de Chile

Carta Fundamental

Constitución Política de la República de Chile

CADH

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención contra la Tortura

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de la ONU

CEDAW

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

CEPAL

Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Comisión IDH

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIJ

Corte Internacional de Justicia

CA

Corte de Apelaciones

CS

Corte Suprema

DESCAs

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

DDSSRR

Derechos sexuales y reproductivos

FFAA

Fuerzas Armadas

FONASA

Fondo Nacional de Salud

INDH

Instituto Nacional de Derechos Humanos

ISAPRE

Institución de Salud Previsional

OIT

Organización Internacional del Trabajo

OMS

Organización Mundial de la Salud

ONG

Organización No Gubernamental

ONU

Organización de Naciones Unidas

PIDESC

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PNUD

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo

R

RRNN

Recursos Naturales

SERVEL

Servicio Electoral de Chile

SCS

Sentencia de la Corte Suprema

SCA

Sentencia Corte de Apelaciones

STC

Sentencia del Tribunal Constitucional

TC

Tribunal Constitucional

UNESCO

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (siglas en inglés)

CONCEPTOS CLAVES

EL ABC PARA ENTENDER LA GUÍA

Antes de partir cualquier lectura, se exponen diversos conceptos que son esenciales a manejar antes. Para muchos de ellos, hay varias comprensiones, por lo que es preciso reafirmar que los aquí expuestos manifiestan las opiniones y las perspectivas tomadas para el desarrollo de toda esta guía.

Acción constitucional:

Son mecanismos jurisdiccionales contemplados en la propia Constitución para proteger derechos fundamentales y hacer exigible su contenido. Se solicita a los tribunales de justicia conocer de sus vulneraciones.

Acciones afirmativas:

Son medidas que deben adoptar las autoridades, tanto públicas como privadas, con el objeto de corregir progresivamente situaciones de discriminación que afectan a ciertos grupos sociales discriminados, como la población femenina. Ejemplos de estas medidas son las leyes de cuotas, los cupos reservados para estudiantes de Pueblos Originarios en universidades o los cargos reservados para personas en situación de discapacidad en empresas.

Convención Constituyente:

Órgano público soberano, de elección popular y en el caso chileno, paritario y con escaños reservados para las naciones originarias, con el mandato de redactar una nueva Constitución.

⁴ Convención Constitucional (s/f). ¿Qué es? Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/que-es-la-convencion-constitucional/>

⁵ García Pino, G., Contreras Vásquez, P., Martínez Placencia, V. (2016). Diccionario constitucional chileno (2^a ed.) Hueders, pág. 271.

⁶ Naciones Unidas (s/f). Desafíos globales: derechos humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>. Recuperado el 19 de julio de 2021.

Constitución:

Es la ley fundamental que organiza el poder y la vida en sociedad de un Estado. Determina y ordena la administración del Estado, regula los derechos y deberes de la ciudadanía, las instituciones y la relación de la ciudadanía con el Estado, así como los deberes y garantías que éste debe proporcionar⁴.

Democracia (como forma de gobierno):

“Sistema político que permite el funcionamiento legítimo del Estado, en el que las decisiones colectivas son adoptadas, normalmente por los representantes electos por el pueblo o mediante mecanismos de participación directa que, excepcionalmente, deliberan con procedimientos definidos por este⁵”.

Derechos fundamentales:

Aquellos derechos que corresponden a todas las personas humanas y que están consagrados o reconocidos en la Constitución.

Derechos humanos:

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Corresponden así a todas las personas sin discriminación alguna⁶”.

Discriminación:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, sexo, género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁷.

Equidad de género:

Consiste en generar condiciones e igualdad entre los géneros, de acuerdo con las necesidades y particulares de cada quien.

Estado de Derecho:

Puede ser entendido como la condición política de aquellos Estados en los que impera la Ley, ya que nadie está por sobre ella y todas las personas son iguales ante la misma. Así, se establecen requisitos como la separación de poderes o el principio de legalidad, los que se circunscriben al respeto de los derechos fundamentales, en un contexto democrático.

Estado Social de Derecho:

Principio conforme al cual es deber del Estado, los órganos y las personas que lo componen: actuar según lo prescrito por la Constitución y las leyes, limitando su actuación a lo que se encuentra legalmente permitido y responder a las necesidades de la sociedad, interviniendo activamente y procurando asistencia y redistribución al interior de esta.

Estereotipo:

Visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (como las mujeres, lesbianas, jóvenes, etc.). Según esta definición, los estereotipos presuponen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (por ejemplo, que los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (por ejemplo, que las mujeres son cuidadoras por naturaleza).⁸

Feminismos:

Es una práctica política y, a su vez, una forma de pensamiento político, filosófico y epistemológico. Los feminismos se piensan y se viven en plural, ya que forman diversos enfoques de género y crítica social. En general, todos abogan por cambios en las relaciones de género. Las preocupaciones básicas de todas las corrientes feministas son la autodeterminación, la libertad y la igualdad de todas las personas, que deben realizarse tanto en la vida pública como en la personal⁹. Así, el feminismo busca la igualdad entre todas las personas, particularmente entre mujeres y hombres.

Género:

Construcción social de los roles, comportamientos y atributos respecto de lo que se considera apropiado para lo femenino y masculino, según sea mujer u hombre. Varía según la época y la cultura.

⁷ Comité de Derechos Humanos (10 de noviembre de 1989). Observación General N°18: No Discriminación, HRI/GEN/1Rev.2, párrafos 7 a 13.

⁸ Cook, R. J. y Cusack, S. (2010). Gender stereotyping: Transnational legal perspectives [Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales] (traducción al español por Andrea Parra). Profamilia, pág. 11.

⁹ Lenz, I. (25 de mayo de 2018). Was ist Feminismus? La traducción es propia. Heinrich Böll Stiftung, Gunda Werner Institut. Disponible en: <https://www.gwi-boell.de/de/2018/05/25/was-ist-feminismus>

Grupos de especial protección:
También denominados “grupos desaventajados” o “grupos vulnerables”, son aquellos conjuntos de personas que “por diversas condiciones físicas, sociales, económicas o culturales están en una situación de desventaja en el goce y ejercicio de sus derechos con respecto a otros sectores de la sociedad, y que pueden requerir de acciones afirmativas de parte del Estado para suplir esta desventaja”¹⁰.

Heteronormatividad:

Régimen social y cultural que impone a la heterosexualidad como única forma válida de expresión de la sexualidad, afectividad e identidad.

Interseccionalidad:

Conjunto de varios factores, tales como sexo, género, edad, orientación sexual, pobreza, factores territoriales, entre otros, que provocan una mayor discriminación o precariedad en las personas que lo aglutinan.

Igualdad de género:

Consiste en que hombres, mujeres y otras identidades de género estén en igualdad de trato, condiciones y oportunidades para lograr su potencial como personas.

Jurisdicción:

Es la potestad del Estado de aplicar, por medio de los tribunales de justicia, el derecho a un caso concreto con el fin de resolver una controversia de manera definitiva e irrevocable.

Ley de quórum calificado:

Trata sobre materias señaladas en la Constitución. Para ser aprobadas, modificadas o derogadas, requieren de la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio¹¹.

Ley orgánica constitucional:

Las leyes orgánicas constitucionales son un tipo de ley que requieren de quórum especiales para su aprobación o modificación. Son “normas complementarias de la Constitución relativas a ciertas materias expresamente previstas en el texto constitucional. Son objeto de un control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional y no pueden ser materia de delegación de facultades legislativas. Para ser aprobadas, modificadas o derogadas, se requiere de cuatro séptimas partes de los Senadores y Diputados en ejercicio”¹².

Machismo:

Actitud o manera de pensar que hace énfasis en la superioridad de las características masculinas por sobre otros géneros.

Patriarcado:

Se trata de la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y la sociedad en general.

Paridad:

Es una medida afirmativa que se incorpora con la finalidad de corregir una desigualdad de base y asegura un resultado mínimo o de salida, a diferencia de, por ejemplo, las denominadas “cuotas de género”.

¹⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección (1^a ed.) INDH, nota al pie N°1, pág. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/654/instrumentos.pdf?sequence=1&isAllowed=>

¹¹ Biblioteca del Congreso Nacional (s/f). Guía de formación cívica: el poder legislativo. Disponible en: https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle_guia?h=10221.3/45762

¹² Ibidem.

Perspectiva de género:

Se refiere a la metodología que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres y personas de las diversidades sexuales, que se justifican en base a las diferencias biológicas entre ellas. Permite adoptar las acciones para crear condiciones de cambio y construir en base a la equidad de género.

Principio de Subsidiariedad:

Implica la imposición de inactividad del Estado para privilegiar que sean los particulares los principales llamados a realizar una actividad, donde el Estado actúa sólo si los privados no quieren o no pueden realizarla (actuando “en subsidio” cuando dicha actividad no quiera o no pueda ser satisfecha por privados). Este principio no está expresamente señalado en la Constitución, pero se ha entendido se desprende del Artículo N°1 inciso 3°.

Proceso constituyente:

“Es el proceso fundacional de un Estado democrático que crea una nueva Constitución según la voluntad y las necesidades de los ciudadanos. Se refiere a un conjunto de hechos, actos e instituciones que intervienen y dan origen a un nuevo orden constitucional”¹³.

Sexismo:

Actitud o manera de pensar que promueve un trato diferenciado en razón del sexo biológico, respecto del que asumen características y comportamientos en base a ser hombre o mujer.

¹³ Ghigliotto, G. y Olguín, C. [Ed.] (2019). Glosario constituyente abreviado: Guía básica de conceptos y preguntas sobre el cambio constitucional. Editorial USACH, pág. 14.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

INICIO

Presentación [Para que todas, todos y todes podamos participar]	3
Alerta: El derecho no es neutro y sus intérpretes tampoco	4
Abreviaturas utilizadas para que esta guía sea breve -en lo posible-	6
Conceptos claves. El ABC para entender la guía	8

PRIMERA PARTE: LA PERSONA 14

Derecho a la igualdad y a la no discriminación	15
Derechos necesarios para el desarrollo de la persona	22
Autonomía personal y desarrollo de la personalidad	31

SEGUNDA PARTE: LA PERSONA EN LA SOCIEDAD 39

Nacionalidad, ciudadanía y sufragio	40
Paridad en el ejercicio de los derechos políticos	49
Libertad de Expresión	57
Manifestaciones Colectivas	64

TERCERA PARTE: EL ESTADO **71**

Sistema de Gobierno	72
Funciones del Estado	79
Estados de Excepción Constitucional	86
Principios de buena Administración Pública	93
Administración Territorial del Estado	105
Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad	114

CUARTA PARTE: EL ESTADO EN OBLIGACIÓN CON LAS PERSONAS **122**

Grupos de especial protección	123
Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales	136
Derechos Laborales	154
Derechos sexuales y reproductivos	165
Estado Plurinacional y Reconocimiento de Pueblos Indígenas	172
Acceso a la Justicia Penal	183

QUINTA PARTE: ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE **193**

Constitución Económica	194
Recursos Naturales, Medio Ambiente y Justicia Ambiental	205

SEXTA PARTE: LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES **215**

Control de la Administración del Estado	216
Acciones Constitucionales	227
Tribunal Constitucional	234
Tratados Internacionales	242
Reforma Constitucional	250

PRIMERA PARTE

LA PERSONA

Derecho a la igualdad y a la no
discriminación

Derechos necesarios para el desarrollo
de la persona

Autonomía personal y desarrollo de la
personalidad

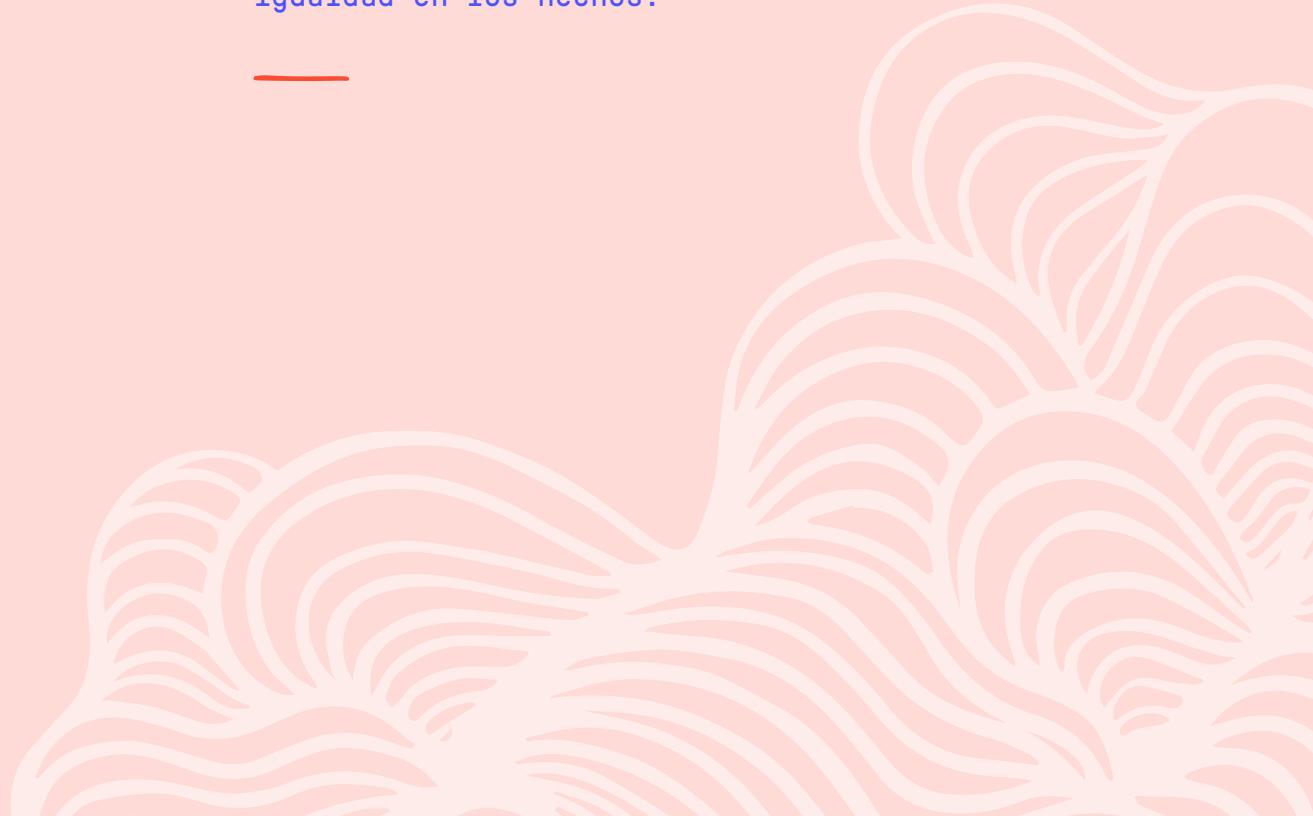


PRIMERA PARTE / LA PERSONA

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

El derecho a la igualdad y no discriminación es aquel derecho que se desprende de la dignidad humana y que entrega tanto la base como el alcance a todos los otros derechos básicos y principios orientadores de un Estado de derecho democrático.

Pese a ello, hay diversas fórmulas para establecerlo y aplicarlo. Puede, por un lado, limitarse a establecer que todos somos iguales ante la ley, o bien servir como un derecho operativo para que, ante las diferencias, se promuevan medidas para implementar una igualdad en los hechos.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Categorías sospechosas o categorías protegidas:

Características o rasgos personales que, en la mayoría de las legislaciones, la ley establece explícitamente que no han de utilizarse para realizar diferencias entre las personas, tales como la raza, género, sexo, edad, religión, entre otras.

Control de razonabilidad:

Examen que realizan los tribunales consistente en que en las diferencias establecidas por la ley no existan diferencias arbitrarias, esto es, que toda diferencia de trato esté justificada razonablemente.

Discriminación:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁴.

“La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”¹⁵.

Igualdad:

Es el reconocimiento y garantía de derechos que merece toda persona por reconocer en ella una dignidad intrínseca a todo ser humano, no importando su edad, raza, etnia, sexo, género, orientación sexual, tendencia política o religiosa, entre otros. Al ser un principio inherente a la persona humana, constituye la base de todo el resto de los derechos, asociada la idea de que toda persona es sujeto de derechos y, por ende, ninguna persona puede ser excluida o privada de sus derechos por motivos discriminatorios.

Igualdad formal o de iure:

Es aquella igualdad expresada en la ley, que declara que se le dará el mismo tratamiento a todas las personas, sin prestar atención a las diferencias de hecho, ni a las desventajas o asimetrías que existen en la práctica y que impiden que algunas personas ejerzan sus derechos en un plano de igualdad. Es un concepto común en las políticas públicas universales, en las que usualmente no se consideran medidas especiales para que grupos o sectores determinados puedan efectivamente acceder a los programas, bienes o servicios.

Igualdad sustantiva o de facto:

Es aquella igualdad de derechos y oportunidades de las personas en los hechos, que se dirige en obtener igualdad de resultados o la equidad. Existe cuando la norma se hace cargo de las diferencias fácticas entre las personas, removiendo los obstáculos que impiden el ejercicio o goce de un derecho. Por ejemplo, asegurar cuotas para mujeres en cargos de elección popular, disponer de mecanismos especiales para evaluar académicamente a personas con discapacidad, etc.

Multidiscriminación o discriminación interseccional:

Es aquella discriminación que sufre una persona debido a varios factores, tales como sexo, género, edad, orientación sexual, pobreza, factores territoriales, entre otros.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos (10 de noviembre de 1989). Observación General N°18: No Discriminación, párr. 7. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

¹⁵ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (5 de junio de 2013). Art. 1º, párr. 2. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución chilena asienta el principio de igualdad como uno rector del sistema jurídico chileno al establecer en su artículo 1º que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Seguidamente, subordina toda actividad estatal al servicio de la persona humana y su fin último es la promoción del bien común. Es por ello, que el principio de igualdad crea la obligación para el Estado de crear las condiciones sociales que permitan a “todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”.

De lo anterior, emergen los derechos y garantías enumerados en el artículo 19, en el cual se consagran diversas dimensiones de la igualdad. En este sentido, en su numeral segundo se establece el sustento de la igualdad formal consagrada en la normativa chilena al establecerse la igualdad ante la ley, manifestando que no existen personas ni grupos privilegiados.

En los numerales 16, 17, 20 y 22 se regula la prohibición de la discriminación arbitraria, y en específico en un ámbito laboral, en los empleos públicos, en las cargas públicas y en la actividad económica, respectivamente.

Lo anterior ha llevado a que se dicten diversas leyes que profundicen el principio de igualdad. Así, se estableció la prohibición de discriminar por género, edad, sexo, orientación sexual u otras categorías sospechosas como también la prohibición de establecer privilegios, por ejemplo, por primogenitura¹⁶. De la misma forma, se han constituido instituciones que se concentran en la promoción y ejecución de

políticas para promover la igualdad, tales como el Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género¹⁷, el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, la Subsecretaría de la Niñez, Defensoría de la Niñez, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, entre otras.

La igualdad que prevé la Constitución de 1980 es una igualdad formal, esto es, ordena al legislador establecer una fórmula básica en donde se ha de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, lo que, en definitiva, consiste en que “a quienes presentan similares condiciones, situaciones, coyunturas, etc., se les puede tratar igualmente; pero, cuando existen diferencias que no pueden dejarse de lado, se debe tratar en forma desigual, porque solamente de esa manera podrá establecerse un equilibrio entre ambas partes”¹⁸. En consecuencia, se le permite al legislador establecer diferencias de trato siempre que estas no sean discriminatorias¹⁹.

Cabe destacar nuevamente que, a nivel de la comunidad internacional, se ha insistido en la insuficiencia de dicha regulación, pues no existe una orden al legislador de atender a las condiciones estructurales, sociales e históricas de discriminación hacia algunos sectores o grupos. En ese sentido, “la comunidad internacional reconoce que, aunque la existencia de una igualdad formal de derecho es un requisito previo fundamental para superar la discriminación, ésta no se traduce, necesariamente, en una igualdad en la práctica. Mientras las constituciones de todos nuestros países garantizan la igualdad, la discriminación de hecho continúa restringiendo nuestra capacidad para ejercer algunos derechos fundamentales”²⁰.

¹⁶ Ejemplos de ello son la Ley N°20.384 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones; el artículo 2º del Código del Trabajo; la Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación (popularmente conocida como Ley Zamudio); Ley N°19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la corporación nacional de desarrollo indígena; Ley N°20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad; entre múltiples otras.

¹⁷ Ley N°20.820, promulgada el 8 de marzo del 2015 y publicada el 20 de marzo del 2015.

¹⁸ Hayes, M. Y. (marzo de 2006). Recogiendo experiencias para una Constitución boliviana con equidad de género. En Seminario internacional reformas constitucionales y equidad de género, Unidad Mujer y Desarrollo, Serie Seminarios y Conferencias CEPAL (Nº47), pág. 138. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11362/6827>

¹⁹ Ibid.

²⁰ Tojo, L. (marzo de 2006). Igualdad y no discriminación: Estándares del sistema interamericano de Derechos Humanos. Reformas constitucionales y equidad de género, Unidad Mujer y Desarrollo, Serie Seminarios y Conferencias CEPAL, pág. 215. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11362/6827>

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El principio de igualdad y el derecho a la no discriminación es aquella directriz recogida en todos los tratados internacionales de derechos humanos, en una cláusula de no discriminación respecto a los derechos contemplados en los respectivos tratados.

La actual regulación constitucional en Chile contiene varias disposiciones que contemplan el principio de igualdad, e incluso, una cláusula especial que asegura la igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, no se establece expresamente prohibición de la discriminación. Asimismo, no se reconocen categorías sospechosas a nivel constitucional²¹ y, si bien algunos cuerpos legales sí establecen catálogos abiertos de categorías²², no existe claridad sobre sus consecuencias²³, las que facilitarían la prueba de la discriminación por los motivos que señala la Constitución.

En la práctica, se ha consolidado una interpretación limitada del principio de igualdad, restringida a la igualdad formal, lo que conlleva a que el control judicial se reduzca meramente a un control de razonabilidad²⁴. En consecuencia, en la interpretación de la jurisprudencia chilena se establece que la discriminación es sinónimo de arbitrariedad, sin cuestionar diferencias de trato que pueden justificarse en razones discriminatorias o estereotipos²⁵.

En general, en Chile no se aplican doctrinas comparadas que exijan un examen más riguroso en

diferencias de trato fundadas en categorías sospechosas, de modo que la regulación constitucional y legal no reconoce los fenómenos propios de discriminación y no protege a los grupos más desventajados de nuestra sociedad.

Ahora bien, cuando se refiere al principio de igualdad y la no discriminación, no basta simplemente hacer alusión a las categorías de no discriminación, sino que implica abarcar diversas dimensiones²⁶ de la vida de las personas que, históricamente, han llevado una vida desigual o marginalizada. En efecto, la desigualdad se manifiesta en múltiples consecuencias negativas que implican no sólo disparidad en el trato, sino que, en el respeto y su dignidad, así como también las dificultades en el acceso a servicios e incluso en el plano político²⁷.

Lo anterior no se torna algo superficial en cuanto, la presente ausencia de determinadas personas históricamente excluidas (tanto en el plano económico como político) en la integración de los lugares de poder y decisión, muestra la innegable existencia de barreras estructurales e ideológicas en la sociedad chilena²⁸. En dicho sentido, por ejemplo, el Informe Global de Desarrollo Humano 2019 del PNUD²⁹ posicionó a Chile en el lugar 42 respecto al índice de desarrollo humano (categoría de desarrollo humano muy alto). Sin embargo, al analizar los índices de desigualdad de género³⁰ Chile ocupa el lugar 62 de 162 países.

²¹ En el derecho extranjero, la regulación de las categorías sospechosas o protegidas suele implicar que se le exija al juez sospechar que la discriminación es arbitraria. En otras palabras, estas categorías le exigen al juez realizar un examen de mayor intensidad para distinguir si existen razones suficientes para realizar la diferencia de trato o no. Díaz de Valdés Juliá, J. M. (2018) Las categorías sospechosas en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº50), pág. 193. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018000100189>

²² Por ejemplo, el Código del Trabajo y Ley N°20.609, popularmente conocida como Ley Zamudio, que establece medidas contra la discriminación.

²³ Díaz de Valdés Juliá, op. cit, pág. 193.

²⁴ Díaz de Valdés Juliá, J. M. (2019). Igualdad Constitucional y No Discriminación. Tyrant Lo Blanch, pág. 109.

²⁵ Asimismo, esta conceptualización de la discriminación no se vincula con la pertenencia a un grupo especialmente desventajado, alejando el derecho a la no discriminación de su fundamento histórico y político. Esparza Reyes, E. (2017). La igualdad como no subordinación: una propuesta de interpretación constitucional (1º Ed.) Tirant Lo Blanch, pág. 36.

²⁶ Tales como la educación, estatus socioeconómico, religión, entre otras.

²⁷ PNUD (2017). Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile (1a ed.). Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, págs. 55-58. Disponible en: <https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/poverty/desiguales--origenes--cambios-y-desafios-de-la-brecha-social-en-.html>

²⁸ Hayes, M. Y. (marzo de 2006), op. cit., pág. 144.

²⁹ Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf

³⁰ El Índice de Desigualdad de Género en dicho informe se basa en el análisis de tres dimensiones, a saber; salud reproductiva, empoderamiento y actividad económica.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Las constituciones pueden obstaculizar o promover los derechos de las mujeres, y especialmente la equidad de género³¹. En Chile, salvo algunos casos excepcionales, la Constitución no ha sido una herramienta en favor de la equidad de género.

No existe consenso en la academia que permita concluir que una regulación del derecho de igualdad de género explícita y detallada sea correlativa a una disminución de la brecha de género. Sin embargo, el presente trabajo se basa en que la consagración del género en las constituciones impacta, y es un paso hacia una sociedad más equitativa. Además, es necesario pues sigue los estándares y obligaciones para los Estados contenidos en tratados internacionales como la CEDAW e interamericanos, como la Convención Belém do Pará, entre otros. Una cláusula de igualdad que incorpore una dimensión de igualdad sustantiva, que reconozca las diferencias de hecho entre hombres y mujeres y establezca el deber estatal de disminuirlas, es un motor de transformaciones.

La incorporación de un principio de igualdad puramente formal puede jugar incluso en contra de las mujeres, cuando es invocado por hombres para cuestionar acciones afirmativas o reglas de cuotas. Frente a esas reivindicaciones, muchas veces se argumenta que son innecesarias porque la ley ya reconoce la igualdad, o bien, se señala que establecer políticas que favorezcan a un grupo es discriminatorio, pues no existiría en dicho caso un trato igualitario. Asimismo, cuando se analiza la discriminación interseccional, el factor del género es un constante que agudiza la desigualdad³².

Lo anterior se encuentra de manifiesto en estudios internacionales respecto a la medición de desigualdad y/o discriminación específica hacia las mujeres, al igual que lo hacen organizaciones internacionales, los que entregan proporciones relevantes a tomar en consideración. Un estudio del Banco Mundial, denominado Mujer, Empresa y Derecho del año 2020 posicionó a Chile en el número 100 de 190 economías en un ranking de igualdad, concluyendo que las mujeres acceden a un 77,5% de los derechos de los hombres³³. Asimismo, el informe del World Economic Forum Gender Gap del 2020, posiciona a Chile en el número 57 de 153 países en el ranking general, y en el número 14 de 25 del ranking regional de Latinoamérica y el Caribe. Precisamente, si bien se manifiesta en dicho estudio que hay múltiples brechas de género que han ido disminuyendo a lo largo de los años, muchas encuentran topes en la participación de las mujeres respecto a los hombres.

La brecha de género en Chile se evidencia con mayor énfasis en los ítems de participación y oportunidad económica (en el ranking 111 de 153) y de participación política (con un ranking de 36 de 153). Asimismo, establece que la brecha para el logro educacional entre hombres y mujeres ha ido disminuyendo, pero al momento de ingresar al mercado laboral, ésta se dispara nuevamente. Incluso, dentro de la zona geográfica, Chile se desmarca de la tendencia de la disminución de la brecha junto a Argentina y Perú, en lo que se refiere a la presencia de mujeres en los altos cargos³⁴.

En efecto, el estudio establece que el porcentaje de mujeres en los directorios de las compañías apenas alcanza el 8,2%. Con todo, cabe resaltar el grave retroceso que ha implicado la pandemia del Covid-19 particularmente para las mujeres en el

³¹ Irving, H. (2008). *Gender and the Constitution: Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511619687>

³² Hayes, M. Y. (marzo de 2006), op. cit., pág.145.

³³ Dentro de nuestra zona geográfica, nos encontramos detrás de Perú (95,0), Ecuador (89,4), El Salvador (88,8), Uruguay (88,8), Venezuela (85,0), México (83,8), Bolivia (82,5), Brasil (81,9), Colombia (81,9), Puerto Rico (81,3), Costa Rica (80,0), y Panamá (79,4).

³⁴ World Economic Forum (31 de marzo de 2021) Global Gender Gap Report 2021, Traducción propia. Pág. 23. Disponible en: <https://www.weforum.org/reports/ab6795a1-960c-42b2-b3d5-587eccda6023>

mundo laboral, retrocediendo en la inserción laboral y la acentuación de la desigual repartición de tareas de cuidado, en más de una década³⁵.

En la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Beijing, en 1995³⁶, se estableció la necesidad de la adopción de medidas positivas para superar las barreras estructurales e ideológicas mencionadas previamente. Sin embargo, en Chile no existe un mandato general de la ley para realizar acciones positivas para superar dichas barreras, con excepción de algunas, como la regulación de cuotas en las elecciones parlamentarias y la paridad de los y las constituyentes a quienes se les encargará la redacción de la nueva Constitución.

Cabe precisar que esto no permite obviar la importancia de zanjar la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico³⁷, pues una tipificación detallada y proactiva en cuanto a la igualdad no basta ni sustituye el rol de los tratados internacionales en materias de género³⁸.

Finalmente, más allá de lo que demuestran los estudios internacionales, la legislación nacional se encuentra en deuda con la igualdad con perspectiva de género que se establece en la Constitución. Falta avanzar hacia una igualdad sustantiva o material, la consagración de la corresponsabilidad social de los cuidados, transversalizar la perspectiva de género y políticas que reconozcan la interseccionalidad entre el género y las diversas dimensiones sociales, la incorporación del lenguaje inclusivo a través de la normativa chilena y múltiples otras aristas que movilicen hacia la igualdad de resultados.

LAS CONSTITUCIONES PUEDEN OBSTACULIZAR O PROMOVER LOS DERECHOS DE LAS MUJERES, Y ESPECIALMENTE LA EQUIDAD DE GÉNERO. EN CHILE, SALVO ALGUNOS CASOS EXCEPCIONALES, LA CONSTITUCIÓN NO HA SIDO UNA HERRAMIENTA EN FAVOR DE LA EQUIDAD DE GÉNERO.



³⁵ Ministerio de la Mujer y Equidad de Género de Chile (septiembre de 2020). Propuestas Consejo Mujer COVID-19. Disponible en: <http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2020/10/Propuestas-Consejo-Mujer-Covid-19.pdf>

³⁶ Para más información: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/fwcwn.html>

³⁷ “La función complementaria de los tratados y convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos es particularmente importante, ya que en ocasiones aquéllos consagran derechos todavía no reconocidos o reglamentados expresamente en los distintos ordenamientos jurídico-constitucionales”. Montaño Virreira, S. y Aranda Friz, V. [coord.] (marzo de 2006). Seminario internacional reformas constitucionales y equidad de género, Unidad Mujer y Desarrollo, Serie Seminarios y Conferencias CEPAL (Nº47), pág. 14.

³⁸ Ver capítulo: Tratados Internacionales.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

PRINCIPIO DE IGUALDAD

PAÍS: BOLIVIA

Por qué es un buen ejemplo:

Bolivia es un país latinoamericano, que tiene las siguientes características a tomar en consideración: PIB per cápita 3.005€ (Chile: 13.481€), país OCDE, puntuación de 82,5 en el informe Mujer, Empresa y Derecho del Banco Mundial (Chile N° 77,5), N° 42 (Chile N°57) en el ranking general del informe de World Economic Forum (y 11 del ranking regional, (Chile N°14)).

Dentro de los ejes importantes a resaltar de la Constitución de Bolivia, es que esta se preocupa no sólo de enumerar múltiples razones por las cuales está estrictamente prohibido discriminar, dejando a su vez una flexibilidad para incorporar otras hipótesis, como lo es el artículo 14 II, sino que, además, a lo largo de su regulación pone en ejercicio dicha prohibición de discriminación con la incorporación de lenguaje inclusivo. Ejemplo de esto último es su artículo 209 el cual comienza mencionando a “Las candidatas y los candidatos a los cargos públicos electos [...]. A continuación, se mencionan algunos ejemplos.

Regulación constitucional

Artículo 8 II.

El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Artículo 14 II.

El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

Artículo 48 V.

El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado.

PRIMERA PARTE / LA PERSONA

DERECHOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE LA PERSONA

Los derechos de la personalidad protegen la integridad y el desarrollo de las personas. Desde una perspectiva feminista, se puede analizar la regulación del derecho a la vida, a la vida libre de violencia y a la vida privada



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Hay distintas aproximaciones a la composición y características de los derechos de la personalidad. Así, se ha entendido que existen las siguientes categorías de este derecho: los que protegen la integridad física del titular, los que protegen la integridad espiritual del titular, los que protegen el desarrollo personal y espiritual del titular y los que se refieren a las relaciones de la familia³⁹.

Para introducirnos en su categorización y funcionamiento, es necesario comprender los siguientes conceptos y derechos vinculados a la integridad física del titular y su integridad espiritual:

Derecho a la vida:

Es un derecho que genera un triple esquema de obligación, primero la obligación del Estado y sus agentes de no matar arbitrariamente, segundo la obligación de proteger, que implica que el Estado y sus agentes deben adoptar medidas concretas para cautelar este derecho respecto de terceros y, por último, la obligación de satisfacer, que se vincula a la obligación del Estado para asegurar el goce efectivo y pleno del derecho⁴⁰.

Derecho a la vida libre de violencia:

La Convención Belém Do Pará consagra en su artículo 3º: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. A su vez, define violencia en su artículo 1º como: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Además, especifica en su artículo 2º que la violencia puede ejercerse en distintos ámbitos: física, sexual y psicológica.

Derecho a la vida privada:

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece respecto del derecho al respeto y la protección de la vida privada que corresponde a la “Esfera o zona de acción humana que, provista de protección constitucional, impide la interferencia de terceros a la esfera íntima de la persona, a los datos que la protegen y, a la vez, permite la autonomía individual y el autodesarrollo de la personalidad⁴¹”.

Por su parte la Corte IDH ha señalado que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a invasiones agresivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

³⁹ Desde la perspectiva de Fueyo Lainieri, F. (1988) La persona y los bienes y derechos de la personalidad, apuntes para clases, Universidad Diego Portales, como se citó en: Figueroa Yáñez, G. (1998). Los Derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº XIX), pág. 25.

⁴⁰ Figueroa García-Huidobro, R. (2014). Concepto de derecho a la vida. Revista Ius et Praxis, año 14 (Nº1), págs. 297-298. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf>

⁴¹ García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2014). Diccionario constitucional chileno (1º ed.). Cuadernos del Tribunal Constitucional (Nº55), pág. 326. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id= documentos/10221.1/56622/1/Diccionario%20Constitucional.pdf>

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Es necesario separar la regulación constitucional sobre los derechos de la personalidad en tres aspectos:

2.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida es el primer derecho fundamental consagrado en la Constitución chilena: “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo; [...]”

2.2. Derecho a vivir una vida libre de violencia

La Constitución no contempla expresamente el derecho a vivir una vida libre de violencia. Sólo es posible comprender situaciones de violencia bajo el concepto de otros derechos reconocidos, como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La ausencia de regulación respecto de este derecho es preocupante, y así se ha manifestado en diversos informes del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará. La regulación es fundamental para avanzar en la protección de este derecho, según organismos internacionales⁴².

El Estado de Chile ha ratificado varios de los instrumentos internacionales, sin embargo, como se señaló al inicio, los organismos fiscalizadores estiman que la regulación es escasa y no hay muchos avances en la materia.

En este contexto, es necesario dar espacio a una nueva Constitución que contenga expresamente el derecho a vivir una vida libre de violencia. Esta regulación no sólo debe incluir la violencia en el ámbito familiar, sino también la violencia de género o violencia contra la mujer en general. Por lo mismo, debe comprender otros tipos de violencia como la institucional, es decir, la “perpetrada y/o tolerada por el Estado o sus agentes —ya sea en ejercicio de sus funciones o fuera del marco legal permitido— que en sus diversas manifestaciones (física, psicológica, sexual, simbólica, económica), funciona como una herramienta de control social, represión estatal y/o discriminación⁴³”.

Sin embargo, existen hace tiempo en nuestra legislación normas o tipos penales que tipifican conductas que afectarían el derecho a vivir en una vida libre de violencia. Algunos ejemplos serían el delito de lesiones, amenazas de muerte, violación, entre otros.

Además, en los últimos años han surgido nuevas regulaciones que pretenden salvaguardar este derecho, como la Ley N°20.066 Violencia Intrafamiliar del año 2005, la Ley N°20.480 del año 2010 que crea el Femicidio como tipo penal y la Ley 21.212 que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y por último la Ley N°18.216 en materia de tipificación del Femicidio, también conocida como “Ley Gabriela”. De todas formas, es necesario tener presente que a la fecha no existe una regulación integral que regule la violencia contra la mujer.

⁴² Rein Venegas, T. (11 de enero de 2018). Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia: Opinión desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.iei.uchile.cl/noticias/proyecto-sobre-el-derecho-de-las-mujeres-a-una-vida-libre-de-violencia>.

⁴³ Así ha sido definida por OVIC Observatorio de Violencia Institucional en Chile. Para más información: <https://www.ovic.cl>

2.3 Derecho a la vida privada

La Constitución Política de la República regula el derecho a la vida privada y a la honra en su artículo 19, numerales 4° y 5°, en el siguiente sentido: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y, asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley; 5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma

de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”.

En general, el desarrollo de este derecho y su actualización a las necesidades de la sociedad se ha ido produciendo a nivel legal, promoviendo modificaciones al Código Penal y creando leyes sobre el tratamiento de Datos Personales o la Transparencia pública⁴⁴.

⁴⁴ A modo de ejemplo, se enumeran algunas de las regulaciones legales, vinculadas al derecho a la vida privada y la honra: Código Penal, artículo 161 A, B y C; Ley N°19.628 sobre

Protección a la vida Privada o Ley de Datos Personales; Ley N°20.285 de Transparencia Pública; Ley N°18.168 o Ley General de Telecomunicaciones.

ES NECESARIO DAR ESPACIO A UNA NUEVA CONSTITUCIÓN QUE CONTENGA EXPRESAMENTE EL DERECHO A VIVIR UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. ESTA REGULACIÓN NO SÓLO DEBE INCLUIR LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR, SINO TAMBIÉN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La regulación de la Constitución Política de Chile respecto del derecho a la vida, a la vida libre de violencia y a la privacidad ha sido objeto de críticas.

En primer lugar, el derecho a la vida establecido en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 19 de la Constitución Política de Chile, protege la vida del que está por nacer, lo cual ha sido utilizado en diversas oportunidades para restringir, retrasar e impedir la evolución normativa en materia de aborto y derechos sexuales reproductivos de las mujeres. Un ejemplo de lo anterior es el caso de la regulación de la píldora de anticoncepción de emergencia, que conoció el Tribunal Constitucional el año 2007 y en la reclamación de la inconstitucionalidad de legalizar el aborto en tres causales⁴⁵.

Otro alcance de carácter contingente es la posible regulación de la eutanasia, que se discute en el Congreso desde el año 2011 a la fecha, con el fin de permitir a ciertas personas con determinadas enfermedades y condiciones poder acelerar su muerte, regulación que también se ha restringido por una lectura absoluta del derecho a la vida en casi todas sus dimensiones⁴⁶.

Por su parte, respecto del derecho a la vida libre de violencia, no existe regulación constitucional y se suele pasar por alto la normativa internacional. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido: “En casi todos los países, se han aprobado leyes especiales o se han modificado los códigos penales para sancionar la violencia intrafamiliar y algunos delitos sexuales.

En la actualidad, la mayoría otorga facultades para solicitar y decretar medidas de protección o bien establecer un juicio o procedimiento que termine en una sanción. Asimismo, gran parte de ellas contempla la violencia física, psicológica y sexual, y solo algunas consideran la violencia económica o patrimonial⁴⁷. Es por lo anterior que urge la regulación del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia que pueda permear la institucionalidad y todo el ordenamiento jurídico.

Finalmente, respecto del derecho a la privacidad, se encuentra regulado en la Constitución en el artículo 19 N°4, que establece un mandato de protección y respeto a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, junto con la protección de datos personales, debiendo esto último regularse por ley.

Los avances tecnológicos han puesto en jaque el alcance y la institucionalidad vinculada a este derecho, particularmente respecto de las mujeres que se han visto enfrentadas a la difusión de imágenes íntimas y casos de abusos por internet, como el Caso Nido⁴⁸. A su vez, a instancia del estallido social en Chile del 18 de octubre del año 2019, se han denunciado diversas conductas policiales que han vulnerado el derecho a la privacidad de las mujeres en el ámbito físico, a través de exposiciones desproporcionadas y extremas, como se analizará más adelante.

⁴⁵ Casas Becerra, L. y Maira Vargas, G. [comp.] (junio de 2018). Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N°1 de la Constitución Política: Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales (1ª ed.). Disponible en: https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Visiones_Contrapuestas_-_El_Cambio_Constitucional.pdf.

⁴⁶ Se contempla en casos muy particulares de nuestra legislación que la vida como derecho no tenga un carácter absoluto, por ejemplo, en casos de legítima defensa regulado en el Código Penal.

⁴⁷ ACNUDH (octubre de 2007). ¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://acnudh.org/load/2011/09/Niunamas.pdf>.

⁴⁸ Fotos íntimas, información personal, documentos de identidad y todo tipo de datos comprometedores se han estado publicando en un foro de internet en Chile llamado Nido.org con un único fin: hostigar y amenazar a las mujeres. Ver: Blasco, L. (28 de febrero de 2019). Caso Nido en Chile: el controversial foro de internet en medio de “uno de los mayores episodios de ciberacoso” en el país. BBC News Mundo. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47403186>.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

El machismo y la violencia de género han sido determinantes en el desarrollo de las mujeres y en el pleno goce de sus derechos. En este escenario, los derechos de la personalidad no se encuentran ajenos a esta situación y se ven afectados en diversos niveles por la desigualdad de género y la discriminación.

Respecto del derecho a la vida, la mayoría de los académicos nacionales manifiestan la postura de que “el que está por nacer” es persona, por lo que es titular del derecho a la vida regulado en el artículo 19 N°1 de la Constitución. Esta lectura ha dado fundamentos para quienes se oponen a la regulación del aborto libre en Chile, y a su vez, dificultó de forma significativa que se legislara el aborto en tres causales en Chile⁴⁹. Lo anterior, porque se entiende que el aborto es un atentado al derecho a la vida del que está por nacer.

Esta situación se encuentra en evidente desconexión con las necesidades que viven las mujeres en tiempos actuales y las demandas que se han formulado para asegurarles, sin distinción, el acceso a un aborto libre, gratuito y seguro⁵⁰. Lo anterior tiene repercusiones directas en los derechos de las mujeres. Por ejemplo, si bien desde la despenalización del aborto no hay cifras de abortos clandestinos, existen cifras estimadas que indican un promedio de 160.000⁵¹.

Por otro lado, en lo que atañe al derecho a vivir una vida libre de violencia, y en relación con el derecho a la vida, la normativa internacional prescribe que los femicidios son la manifestación más extrema de violencia en contra de las mujeres.

En Chile, el año 2020 se cometieron 58 femicidios según los datos aportados por la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres⁵².

Con estos datos en mente, cabe considerar que el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución indica que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, aquellos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, los que prescriben que los Estados deben actualizar su legislación para erradicar la violencia contra las mujeres. En este sentido, nuestra Constitución actual no refleja una especial protección a las mujeres en este aspecto.

Finalmente, respecto del derecho a la vida libre de violencia, también es posible criticar la falta de regulación que incluya la protección a niñas, niños y jóvenes de forma explícita.

En lo que respecta al derecho a la privacidad, cabe tener presente los problemas relacionados a la privacidad en la época actual. La alta conectividad, la inmediatez del envío y recepción de información y los escasos mecanismos de control de la tecnología, afectan sin lugar a duda los derechos de las mujeres, pues en varias ocasiones se ven expuestas bajo patrones y estándares culturales machistas cuando se exponen contenidos o información que las involucre. Esto provoca un alto grado de exposición, que las pone en riesgo de ser sometidas por el hecho de ser mujeres en una sociedad que ha normalizado la difusión de imágenes íntimas y la estigmatización a las titulares de fotos de este tipo.

⁴⁹ Es relevante señalar que esta ley fue promovida por un mensaje presidencial el 31 de enero del año 2015, logrando su promulgación más de dos años después el 14 de septiembre del año 2017. Para más información, revisar historia de la ley en: <https://www.bcn.cl/historiadaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/6701/>.

⁵⁰ Ver Capítulo: Derechos sexuales y reproductivos

⁵¹ Canales Aguilera, J.; D'Angelo, A.; Dides Castillo, Claudia; Soto Fernández, E. (2019). Aborto en Chile en Miles Chile, Segundo informe sobre salud sexual, salud reproductiva y derechos humanos en Chile. Disponible en: <http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Segundo-Informe-SSR-y-DDHH-en-Chile-2017-2018.pdf>

⁵² Disponible en: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/registro-de-femicidios/>

En primer lugar, la regulación sobre la protección de datos personales es insuficiente. Respecto a este tema, se ha criticado la actual regulación establecida en la Ley N°19.628 identificándose como principales problemas la falta de autoridad de control, la inexistencia de obligación de registro de datos de índole privado y las bajas multas, entre otros⁵³. Lo anterior, se relaciona directamente con la obsolescencia del mandato constitucional en esta materia.

Es importante tener presente los conflictos particulares respecto de este derecho desde una perspectiva de género. Así, fundaciones como Datos Protegidos han emitido guías de autocuidado digital con enfoque de género. Además, ha identificado como tipos de violencia de género en internet el hostigamiento o acoso en línea (*cyberstalking* o *cyberharassment*), la divulgación pública intencional en internet de información personal sobre un individuo por parte de un tercero (*doxing*), difusión de imágenes íntimas sin consentimiento, recibimiento de imágenes de carácter sexual no deseadas, creación de imágenes manipuladas, denigración de víctimas por apariencia física o comportamiento y extorsión sexual, entre otro⁵⁴.

También existen cuestionamientos relativos a las actividades de vigilancia y monitoreo en espacios públicos. La ONG Derechos Digitales señala que, en el contexto de políticas como “Sistema de tele-

vigilancia móvil” y “Calle Segura” que incorporan tecnologías en la vigilancia en espacios públicos, es posible considerar que se facilitan los abusos por parte de la autoridad, afectación de los derechos fundamentales, entre otros⁵⁵.

Por otro lado, este derecho se vincula a los problemas y vulneraciones de derechos denunciadas en las prácticas de desnudamientos y registros corporales intrusivos por Carabineros. El Informe Anual del INDH en Chile, en contexto de la crisis social a partir del 18 de octubre⁵⁶, señala que más de 80 mujeres fueron víctimas de desnudamientos frente a la autoridad, que incluyen en algunos casos burlas y filmaciones⁵⁷. El informe trata en un apartado distinto el caso de los desnudamientos a mujeres menstruando, por su significancia en la experiencia de vergüenza y humillación⁵⁸.

Lo anterior está ligado a una problemática de género, al igual que los derechos sexuales y reproductivos. Esta materia, se debe comprender tanto desde la perspectiva de los derechos del paciente como de la actividad sexual, entendiendo la vida sexual desde la esfera privada⁵⁹. En el caso del aborto, a falta de una regulación integral, se ha entendido que las prohibiciones a mujeres de realizarse abortos afectan diferentes derechos, entre ellos, la privacidad.

⁵³ Herrera Carpintero, P. [junio de 2016] El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. Revista chilena de derecho y tecnología, vol. 5 (N°1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268>.

⁵⁴ Para más información: <https://datosprotegidos.org/tecnologia-y-genero/>

⁵⁵ Derechos Digitales (3 de abril de 2019). Contra la vigilancia masiva en los espacios públicos del “Sistema de televigilancia móvil”. Observatorio Género y Equidad. Disponible en: <https://oge.cl/contra-la-vigilancia-masiva-en-los-espacios-publicos-del-sistema-de-televigilancia-movil/>

⁵⁶ Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵⁷ INDH (2019). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social 17 octubre - 30 noviembre 2019, pág. 47.

⁵⁸ Ibidem, pág. 48.

⁵⁹ Villanueva Flores, R. (2006). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. Revista IIDH, vol. 43. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08060-11.pdf>

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

DERECHO A LA VIDA

PAÍS: PERÚ

Por qué es un buen ejemplo:

El desarrollo al derecho a la vida en la Constitución de Perú plantea el derecho a la vida no sólo desde la perspectiva de un derecho que resguarda la “vida misma” de las personas, sino que además en conjunto con otros derechos que se consideran necesarios para el desarrollo y ejercicio del derecho. Como se puede ver, el mismo artículo regula identidad, integridad, libertad de desarrollo y bienestar.

Regulación Constitucional

Artículo 2º.

Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

DERECHO A LA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

PAÍS: BOLIVIA

Por qué es un buen ejemplo:

En la Constitución de Bolivia, se indica expresamente que las mujeres tienen derecho a no sufrir violencia. Además, se reconoce este derecho respecto de las niñas, niños y adolescentes.

Regulación Constitucional

Artículo 15.

II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

III. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.”

Artículo 61 I.

Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

PAÍS: ARGENTINA

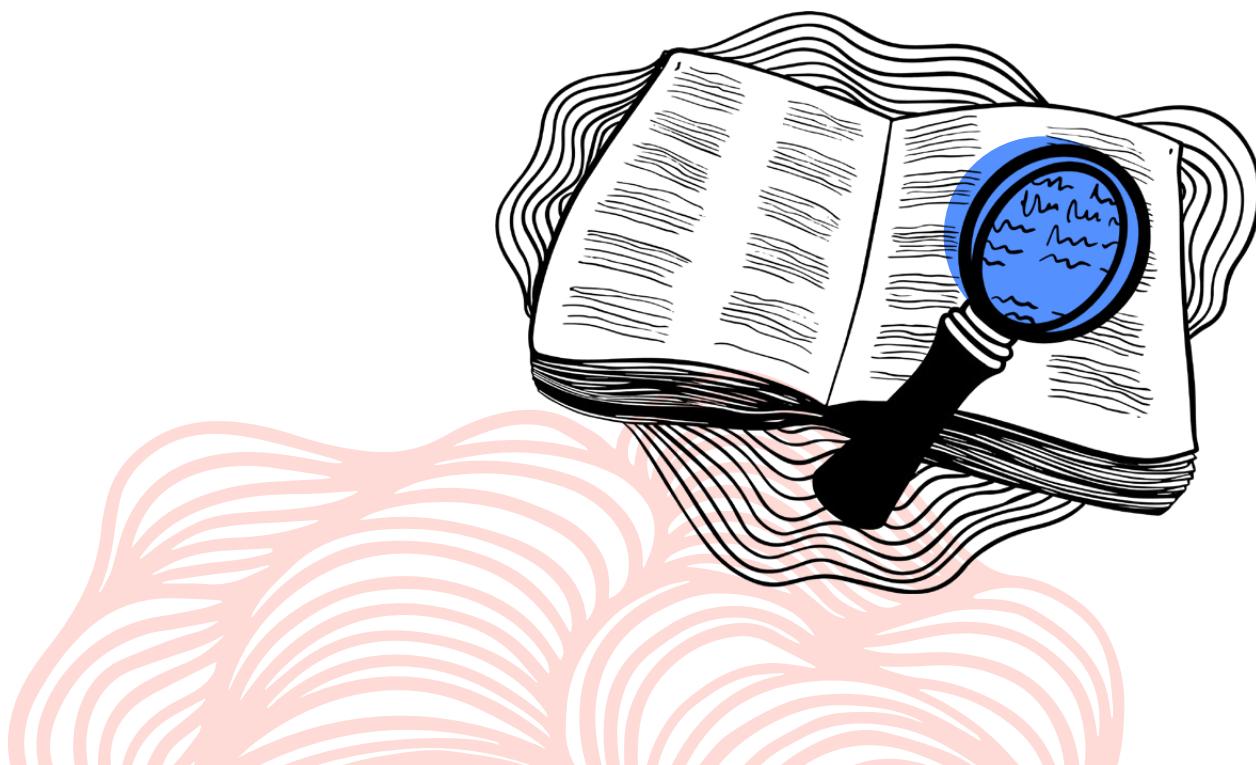
Por qué es un buen ejemplo:

La Constitución Argentina reconoce el derecho a la privacidad y desarrolla tanto en su contenido tradicional como la potencial obtención de información de bancos de datos y otras fuentes que contienen información respecto de las personas. Lo anterior, si bien puede comprenderse en la protección genérica de la privacidad, es un avance en el entendimiento de la complejidad de la protección de este derecho en un escenario donde la tecnología junto a la recolección, tenencia y transferencia de datos son un riesgo a la privacidad.

Regulación Constitucional

Artículo 43.

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. [...] Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.



PRIMERA PARTE / LA PERSONA

AUTONOMÍA PERSONAL Y DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Este capítulo examina las disposiciones constitucionales que se refieren a la autonomía personal, la libertad de conciencia y la libertad personal de las personas. Para ello se revisará la forma en que la Constitución vigente regula cada una de estas libertades, asociándose a distintas acciones constitucionales destinadas a asegurar su efectividad. Se incorpora, además, un análisis crítico de la forma en que estos han sido abordados en la práctica.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comprender a cabalidad este capítulo, es necesario ahondar en ciertos términos relevantes que se expondrán a continuación:

Autonomía personal:

“Situación de la persona que decide por sí misma el curso de su vida, lo que se refiere tanto a las decisiones autorreferentes como las que implican consecuencias respecto de las vidas ajenas⁶⁰. Como derecho fundamental, se vincula tanto con el reconocimiento de la dignidad de cada persona como ser único y de la realidad de la multiplicidad de formas de vida en nuestras sociedades plurales, como con el ejercicio de las libertades individuales.

Conciencia:

Núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, que estructura la conformación ética de la persona humana, la que posibilita la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad⁶¹.

Estado laico:

Es aquel que se mantiene neutral ante el fenómeno religioso y sus diversas manifestaciones institucionales y no otorga beneficios ni cargas a los practicantes de una u otra religión. Declara y respeta la más completa libertad religiosa, amparando de igual manera la libertad de no profesar religión ni afiliarse a una iglesia⁶².

Estado religioso:

Es el que, sin adoptar una religión oficial, apoya a todas las religiones existentes, por entender que ellas son un bien para la sociedad. Un Estado religioso otorga a todos los credos y confesiones religiosas beneficios tales como subsidios, transferencias de bienes o inmuebles públicos y exenciones tributarias⁶³.

Libertad ambulatoria:

Dimensión de la libertad personal, que se ocupa de que no existan impedimentos para el libre desplazamiento del individuo.

Libertad de conciencia:

Facultad de toda persona para formar su propio juicio, sin ningún tipo de interferencias. Es el derecho de pensar con plena libertad, lo que posibilita la propia selección o determinación de valores de acuerdo con los cuales formula su proyecto de vida. Incluye la posibilidad de conformar su actividad externa personal y social a dicho pensamiento.⁶⁴

Libertad de culto:

Supone el libre ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre ellas, la práctica de los actos correspondientes a las ceremonias representativas vinculadas a la respectiva creencia religiosa. Corresponde a la trascendencia de la fe que pasa desde el plano del fuero interno de la persona a su manifestación externa o social⁶⁵.

Libertad personal:

Es el “derecho a determinar de manera independiente cómo queremos vivir nuestras vidas y a tener la capacidad de llevar a cabo dicho plan de vida, en la medida que sea legítimo de cara a la autonomía de los demás⁶⁶”, que no se agota en la libertad de desplazamiento, ni es sinónimo de seguridad individual.

Límites a la autonomía personal:

Son las restricciones a las cuales se encuentra sometido el ejercicio de la autonomía, debido a su carácter no absoluto. Tales límites dicen relación con la protección de otros derechos fundamentales o de intereses públicos relevantes⁶⁷.

⁶⁰ Iosa, J. (agosto de 2017). Libertad negativa, autonomía personal y constitución. Revista chilena de derecho, vol. 44 (Nº2), pág. 498. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000200495>

⁶¹ Nogueira Alcalá, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, vol. 12 (Nº2), pág. 16. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200002>

⁶² Squella Narducci, A. (11 de enero de 2018). ¿Es Chile un estado laico? Palabra Pública. Vicerrectoría de Extensión y Comunicaciones de la Universidad de Chile. Disponible en <http://palabrapublica.uchile.cl/2018/01/11/es-chile-un-estado-laico/>

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Nogueira Alcalá, H. (2006), op. cit., pág. 1.

⁶⁶ Lorca Ferreccio, R. (2020). Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19, número 7 de la Constitución Política de Chile. Revista de Estudios de la Justicia (Nº32), pág. 73. Disponible en: 10.5354/0718-4735.2020.57833

⁶⁷ Plataforma Contexto (2020). Derecho a la Autonomía Personal. Texto adaptación de Undurraga, V. (2020). Autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. En: Contreras, P. y Salgado, C. (eds.) Manual Derechos fundamentales. Parte Especial (pp. 26-60) Tirant Lo Blanch. Disponible en: <https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/02/Autonomia-Personal.pdf>

Objeción de conciencia:

“Derecho que tendrían las personas para negarse a obedecer una obligación que le impone el ordenamiento jurídico, aduciendo que dicho deber pugna con sus valores individuales⁶⁸”.

Seguridad individual:

Este concepto “alude a la existencia de un contexto de confianza, que hace posible que una persona pueda autocomprenderse como un ser autónomo, en el sentido de no estar sometido a restricciones arbitrarias en su capacidad de determinar un plan de vida y ejecutarlo o a cualquier forma de abuso de poder por parte de la autoridad”⁶⁹. Este derecho sirve como garantía para proteger o asegurar la libertad individual, salvo en los casos que la Constitución Política y las leyes establezcan.

⁶⁸ Tórtora Aravena, H. (2012). Bases Constitucionales de la Libertad de Conciencia y Culto en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar (Nº7), pág. 11. Disponible en <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/07.82-110Tortora.pdf>

⁶⁹ Lorca Ferreccio, R., op. cit., pág. 74.

2.**¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?****2.1. Autonomía Personal**

Como derecho fundamental, la autonomía personal no se encuentra regulada en forma explícita en la Constitución Política, sino más bien, se vincula en forma indirecta a la regulación de otros derechos consagrados en su artículo 19, especialmente en el artículo 19 N°4 (Protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia); artículo 19 N°6 (Libertad de conciencia); artículo 19 N°7 (Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual); artículo 19 N°11 (Libertad de enseñanza) y artículo 19 N°16 (Libertad de trabajo y su protección).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia la ha relacionado a lo consagrado en el artículo 1º inciso primero de la Constitución, que señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

2.2. Libertad de conciencia

La Constitución Política chilena en su artículo 19 N°6, asegura a las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Asimismo, dispone que las instituciones religiosas destinadas exclusivamente al servicio de un culto estarán exentas de toda clase de contribuciones.

Los derechos consagrados en el artículo 19 N°6 se encuentran amparados por la Acción Constitucional de Protección, recogida en el artículo 20 de la Constitución vigente. Así, quienes por actos u omisiones arbitrarias o ilegales vieran perturbado el ejercicio de este derecho, puede recurrir a la Corte de Apelaciones para que adopte las medidas necesarias.

2.3 Libertad personal y seguridad individual

La Constitución vigente consagra la libertad personal y la seguridad individual, preocupándose principalmente por la regulación de la limitación del desplazamiento. En ese sentido, el artículo 19, N°7 ofrece un extenso listado de situaciones donde se restringen los escenarios en que una persona puede ver impedida su movilidad, por acción del Estado.

El escenario más amplio, en este contexto, se encuentra contenido en el artículo 19, N°7, letra

b), que señala que “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

La Constitución también le dedica algunas palabras a la migración, donde asegura a todas las personas el “derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio”.

La garantía judicial más importante para la protección de este derecho es la Acción Constitucional de Amparo o Habeas Corpus, consagrado en el artículo 21 de la Carta Fundamental actual. Esta se

encuentra consagrada en el texto, desde la Constitución de 1833 (existiendo incluso antecedentes anteriores). En la Constitución de 1980 se amplía su aplicabilidad para que pueda ejercerse no sólo frente a arrestos y detenciones, sino que a cualquier perturbación a la libertad personal y la seguridad individual.

En virtud de esta acción, todo individuo perturbado en el sentido precedentemente señalado podría solicitar frente a un juez que se examine la legalidad de su situación (y ordene a que se restablezca el imperio del derecho, en caso de que correspondiera).

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Dado que la Constitución Política chilena no reconoce expresamente el derecho a la autonomía personal o al libre desarrollo de la personalidad, ha sido la jurisprudencia la que ha debido darle aplicación y desarrollo al concepto.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que la autonomía personal es: “una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1º de la Carta Fundamental”⁷⁰.

Ello se ha traducido en una comprensión de la autonomía personal como valor asociado a la libertad e igualdad material, cuestión que ha repercutido en una aplicación conservadora del término.

Por ejemplo, se puede observar una falta de objetividad del Tribunal Constitucional al no reconocer la autonomía de las mujeres para acceder a la anticoncepción de emergencia⁷¹, ni la autonomía sexual de hombres jóvenes al mantener relaciones sexuales consentidas, dada la penalización de la sodomía⁷².

Por su parte, los tribunales de justicia, especialmente la Corte Suprema, han tenido una interpretación más consistente del concepto. Ejemplo de ello, son las peticiones efectuadas por personas transexuales antes de la entrada en vigor de la Ley N°21.120 sobre Identidad de Género. En este caso, ante la negativa del Registro Civil, fue la Corte Suprema quien ordenó a dicha institución el cambio de sexo en las partidas de nacimiento para que coincidiera con la identidad de género de quienes lo solicitaron⁷³.

Por otro lado, la objeción de conciencia no se encuentra establecida en nuestra legislación, como tampoco es reconocida explícitamente en los principales tratados de Derechos Humanos como un derecho autónomo. Sin embargo, a propósito de la revisión de constitucionalidad del proyecto de ley que despenalizó el aborto en tres causales⁷⁴, el Tribunal Constitucional señaló que ésta se encuentra amparada en el derecho constitucional chileno. Por ello, se ha planteado que este no sería un de-

⁷⁰ STC Rol N°1683-2010-INA.

⁷¹ STC Rol N°740-2007.

⁷² STC Rol N°1683-2010-INA.

⁷³ SCS, Rol N°70584-2016.

⁷⁴ STC Rol N°3.729-2017, C° 131: “La objeción de conciencia [...] debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que - individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia [...]”

recho absoluto, pues ante una eventual colisión de derechos constitucionales, debería procederse a la ponderación de aquellos.⁷⁵

Respecto al carácter del Estado en este ámbito, hay quienes sostienen que del artículo 19 N°6 de la Constitución, se desprende que Chile es un Estado religioso, toda vez que dicha disposición regula en la propia Carta Fundamental la situación tributaria y patrimonial de las iglesias, otorgando exenciones y un régimen jurídico especial. Ello sugiere que en Chile no existe una clara separación entre Iglesia y Estado⁷⁶, situación que permitiría explicar la fuerte incidencia de la religión en asuntos ajenos a ella, especialmente políticos a lo largo de la historia nacional.

Un claro ejemplo de ello es la negativa a la regulación del aborto, al uso de la píldora del día después, el matrimonio y adopción por parejas homosexuales, la participación de los gobiernos y representantes de Estado en ceremonias religiosas, la tardía legislación referente al divorcio, el uso de símbolos religiosos por las Fuerzas Armadas, entre otros.

En cuanto a la libertad personal y la seguridad individual, cabe señalar que, si bien se trata de una de las libertades reguladas más rigurosamente, su alcance es aún limitado. En efecto, la libertad

personal se refiere a mucho más que a la posibilidad de desplazamiento de un individuo (a su libertad ambulatoria), pues apunta más ampliamente a la posibilidad de optar por los planes de vida que sean compatibles con el mayor desarrollo de la personalidad, dentro del ámbito de lo que no perjudique o limite a la libertad de otros.

En ese sentido, la regulación de la libertad personal como no-interferencia a la libertad ambulatoria carece de una dimensión propositiva que dé cuenta de las necesidades de las personas para hacer efectiva dicha libertad. Bajo esta última comprensión, la regulación de la libertad personal implicaría, además, la articulación de mínimos necesarios para propender a que la libertad de acción sea *real* y no sólo declarativa para cada individuo.

La Carta Fundamental también regula la libertad de residir en el país, desplazarse dentro de él y entrar o salir del mismo, como derecho con el que cuenta *toda persona*. Esta libertad ha sido asociada a una libertad de migración en Chile, que no ha estado exenta de debate. En este sentido, dado que la norma se dirige a “toda persona” y no sólo a los y las ciudadanas o nacionales de Chile, se ha sostenido que esta norma implica que existirían importantes limitaciones para los planes de expulsión de inmigrantes que se han asentado en Chile⁷⁷.

⁷⁵ Meza-Lopéhandía, M. (2019). Objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico chileno. Vigencia durante estados de emergencia constitucional. Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional BCN. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27996/1/BCN2019__Objencion_de_conciencia_y_estados_de_excepcion_constitucional.pdf

⁷⁶ La Constitución de 1925 separó formalmente la Iglesia del Estado y se estableció la libertad de culto, por lo que desde ahí se aceptó la manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral.

⁷⁷ Lorca Ferreccio, R., op. cit., pág. 75.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Al incidir en aspectos sustanciales de la vida de las personas, la autonomía personal cobra gran relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales y su consagración constitucional.

En lo que respecta a la libertad de conciencia, la experiencia chilena deja en evidencia que la religión en cualquiera de sus manifestaciones no ha aportado en la creación de un Estado garante de la igualdad de género. Los cultos predominantes en Chile (católicos y evangélicos) han constituido una base para la profundización y mantención del patriarcado, y han contribuido a limitar la autonomía de las mujeres y disidencias sexuales.

A su vez, la protección constitucional que ejerce el Estado de las instituciones religiosas fortalece su poder como entes políticos capaces de conducir y objetar iniciativas legislativas en torno a temas valóricos que afectan a la ciudadanía. Conviene en este punto hacer presente que “[...] En un Estado laico los credos adquieran derechos y oportunidades de difusión y práctica de sus ritos de acuerdo con las leyes, pero, ninguno de ellos puede utilizar las estructuras del Estado para imponer sus valores y concepciones sobre toda la sociedad⁷⁸”.

Por lo anterior, de acuerdo con lo propuesto por la Corporación Humanas, la nueva Constitución debería: “Garantizar explícitamente la separación entre Estado e Iglesias, así como la libertad de conciencia y de culto como derechos diferenciados. El reconocimiento de la objeción de conciencia no puede contemplarse ni utilizarse para impedir el ejercicio de derechos de terceros reconocidos por la Constitución o las leyes. Así, por ejemplo, los colegios públicos y subvencionados no deberían poder exhibir símbolos religiosos o permitir que se realicen actos o prácticas religiosas⁷⁹”.

Actualmente la autonomía personal no es reconocida a nivel constitucional como un Derecho Humano, por lo que no aplica a todas y cada una de las obligaciones generales que debe adoptar el Estado como son el deber de respeto, de garantía y no discriminación. Esto configura un problema debido a que su falta de consagración expresa (junto a su garantía respectiva), puede traducirse en la existencia y mantención de grupos desaventajados como mujeres, personas pertenecientes a pueblos indígenas, personas mayores y personas en situación de discapacidad⁸⁰, quienes históricamente han debido subordinar el ejercicio de su autonomía al poder de otros⁸¹.

Esto es especialmente cierto cuando al reconocimiento del derecho se asocia un deber de garantía en la Constitución, dado que ello implica organizar todo el aparato estatal para permitir el pleno goce y ejercicio de tal derecho. De acuerdo con los académicos dedicados al tema, una forma de lograr esto es estableciendo medidas preventivas, de protección y reacción ante su vulneración, además de mecanismos para la debida reparación y cooperación internacional⁸².

En ese contexto, el derecho extranjero ha señalado que de acuerdo a un enfoque feminista, para que las mujeres puedan alcanzar plena autonomía personal se requiere garantizar por parte del Estado (además de la propia consagración de tal derecho) las siguientes dimensiones críticas expuestas como derechos fundamentales⁸³: Derecho a una vida libre de violencia y discriminación, Derechos sexuales y reproductivos, Derechos económicos, sociales y culturales, Derechos civiles y políticos, y Derechos colectivos y medioambientales.

⁷⁸ Boletín N° 8714-07. Reforma Constitucional, que reemplaza el artículo 4º, reconociendo a Chile como Estado social y laico.

⁷⁹ Corporación Humanas (2020). Hacia una Constitución feminista, 15 puntos mínimos. [Archivo PDF]. Disponible en: <http://www.humanas.cl/hacia-una-constitucion-feminista-15-puntos-minimos/>

⁸⁰ Ejemplo de ello es el Boletín N°12.441, de 2017, que contiene el proyecto de ley que consagra el derecho a la autonomía de personas con discapacidad cognitiva y elimina una serie de disposiciones vejatorias que existen en distintos cuerpos normativos.

⁸¹ Plataforma Contexto (2020), op. cit., pág. 1

⁸² Nash Rojas, C. (2014). Derechos Humanos, autonomía y aborto: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos. Revista Derecho y Humanidades (Nº23), pág. 345. Disponible en: doi:10.5354/0719-2517.2014.41537

⁸³ CEPAL (octubre de 2016). Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible. XIII Conferencia Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. Montevideo. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40633/4/S1601248_es.pdf

El escaso desarrollo que existe en la Constitución vigente sobre la libertad personal y seguridad individual (que sólo se refiere a la libertad ambulatoria), es un espacio perdido para la incorporación de principios de justicia social.

Si la libertad personal en su sentido amplio apunta al libre desarrollo de los planes y proyectos personales de cada individuo, es claro que no basta con las proscripciones a la restricción injustificada de la libertad ambulatoria. Ya que condiciones como la extrema pobreza o la marginalización de disidencias, serían precisamente algunos de aquellos escenarios que harían improbable el desempeño de la libertad personal.

Lo anterior se hace especialmente relevante si observamos cómo en los sectores marginados usualmente predominan las mujeres y disidencias sexuales, cuya posibilidad de desplegar la libertad personal como derecho se ve enormemente reducida frente a las de sus pares masculinos y heterosexuales.

En este mismo sentido, hay quienes han sostenido que los procesos de “aburguesamiento o gentrificación que caracterizan a la mayoría de las grandes urbes y que consisten en una persistente expulsión de las personas más pobres a áreas suburbanas”⁸⁴ constituyen una forma de vulneración de la libertad personal en un sentido más relevante.

⁸⁴ Lorca Ferreccio, R. (2012), op. cit., pág. 75.

**PARA QUE LAS MUJERES
PUEDAN ALCANZAR
PLENA AUTONOMÍA
PERSONAL SE REQUIERE
GARANTIZAR POR
PARTE DEL ESTADO LOS
SIGUIENTES DERECHOS
FUNDAMENTALES:
DERECHO A UNA VIDA
LIBRE DE VIOLENCIA
Y DISCRIMINACIÓN,
DERECHOS SEXUALES
Y REPRODUCTIVOS,
DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y
CULTURALES, DERECHOS
CIVILES Y POLÍTICOS, Y
DERECHOS COLECTIVOS
Y MEDIOAMBIENTALES.**



CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

AUTONOMÍA PERSONAL

PAÍS: COLOMBIA

Por qué es un buen ejemplo:

El texto constitucional colombiano, consagra explícitamente la autonomía personal, como libre desarrollo de la personalidad y establece como limitantes, los derechos de las demás personas y el orden jurídico.

Regulación Constitucional

Artículo 16.

Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

LIBERTAD PERSONAL

PAÍS: COLOMBIA

Por qué es un buen ejemplo:

El ejemplo de la Constitución de Colombia es interesante, pues si bien su artículo 28 (equivalente, en contenidos, a nuestro 19, N°7) reduce su regulación al caso de la libertad ambulatoria, parece reconocer en su texto que la libertad física (ambulatoria) es sólo una especie de libertad, regulando en otros artículos libertades que tienen más relación con el desarrollo de un proyecto individual. Así, por ejemplo, el artículo 26 consagra la posibilidad de ser libre para elegir la propia profesión u oficio.

Regulación Constitucional

Artículo 26.

Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. [...].

Artículo 28.

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

LIBERTAD DE CONCIENCIA

PAÍS: URUGUAY

Por qué es un buen ejemplo:

Sí bien consagra ser un Estado laico, igualmente hace referencia a la Iglesia Católica y establece un régimen de exenciones tributarias de instituciones consagradas al culto, como es en Chile.

Regulación Constitucional

Artículo 5°.

Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuando sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

SEGUNDA PARTE

LA PERSONA EN LA SOCIEDAD

Nacionalidad, ciudadanía y sufragio

Paridad en el ejercicio de los
derechos políticos

Libertad de Expresión

Manifestaciones Colectivas



SEGUNDA PARTE / LA PERSONA EN LA SOCIEDAD

NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y SUFRAGIO

Los conceptos de nacionalidad, ciudadanía y sufragio se interrelacionan entre sí, puesto que el ser nacional de Chile, es uno de los requisitos para tener la ciudadanía, cuestión que a la vez otorga el derecho a voto. En Chile existe la peculiaridad que, además, se le da el derecho al sufragio a los extranjeros, bajo ciertas circunstancias.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Los conceptos que se definirán a continuación deben ser interpretados en la mayor integración posible, donde se comprenda el vínculo entre Estado y persona con algo que va más allá del territorio y los lazos sanguíneos.

Ciudadanía:

Conjunto de derechos y deberes políticos, que el ordenamiento jurídico de un Estado le reconoce a las personas que reúnen los requisitos, tales como el derecho a sufragar o el deber de pagar impuestos.

Ius solis:

Principio que reconoce la nacionalidad a todas las personas nacidas dentro de un territorio determinado.

Ius sanguinis:

Principio que reconoce la nacionalidad por medio de un vínculo sanguíneo, es decir, para quienes tengan madre o padre nacionales de un país determinado.

nado.

Nacionalidad:

Vínculo jurídico y político entre una persona y un Estado determinado, que implica derechos y obligaciones recíprocas.

Nacionalidad por gracia:

se concede a quienes presten grandes servicios al país o que brinden un gran servicio a la humanidad.

Nacionalidad por opción o**Carta de nacionalidad:**

Es aquella que se concede en virtud de lo establecido en el Art. 10 N° 3 de la Constitución Política de La República, la que se materializa en un Decreto Exento firmado por el Ministro del Interior por orden del Presidente de la República.

Sufragio:

Derecho político a través del cual los ciudadanos cumplen la función electoral de elegir a sus autoridades y representantes.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Para aproximarse a las regulaciones contenidas en la Constitución, es necesario realizar la distinción entre nacionalidad y ciudadanía:

2.1 Nacionalidad**a. Adquisición de la Nacionalidad**

La actual Constitución establece en su Capítulo II, en el artículo 10, quienes son los y las chilenas.

En esta, la Carta Fundamental clasifica las distintas formas de adquirir la nacionalidad chilena: por *ius solis*, por *ius sanguinis* y los casos en los que surge un derecho a opción, por naturalización o nacionalización, y por gracia.

En primer lugar, se consideran chilenos y chilenas a todos y todas quienes nacen en el territorio nacional (*ius solis*).

En segundo lugar, quienes se encuentren en las siguientes circunstancias, tendrán el derecho a optar por la nacionalidad chilena: (1) los y las hijos de personas extranjeras que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno y (2) los y las hijas de extranjeros transeúntes, esto es, personas turistas y las tripulantes que se encuentren de paso en el país.

Este “derecho de opción” implica que se podrá acceder a la nacionalidad chilena a través de la “Declaración de Opción a la Nacionalidad chilena”, la que consiste en una manifestación expresa de voluntad que debe ser realizada en el plazo fijo de un año desde que el o la requirente cumpla la mayoría de edad (18 años). Esta no obliga a renunciar u optar entre nacionalidades y, por consiguiente, se puede mantener una doble nacionalidad.

En tercer lugar, es posible adquirir la nacionalidad chilena por consanguinidad (*ius sanguinis*). Acorde a esta disposición, son nacionales los y las hijas de padre o madre chilena que hayan nacido en territorio extranjero. Sin perjuicio de ello, se requiere que algunos de sus ascendientes hayan adquirido la nacionalidad chilena, ya sea por haber nacido en Chile, por carta de nacionalización o por gracia.

Finalmente, cabe señalar que la nacionalidad chilena puede adquirirse por personas extranjeras por gracia o por carta de nacionalización.

Por otro lado, están las personas extranjeras que se clasifican en: (1) al servicio de su gobierno, (2) transeúntes, (3) con carta de nacionalización y (4) avecindados en Chile.

b. Pérdida de la Nacionalidad

De acuerdo con el artículo 11 de la Constitución, se produce la pérdida de la nacionalidad por cuatro causas: la renuncia expresa, siempre y cuando la persona se haya nacionalizado previamente en un país extranjero; por un decreto supremo en caso de prestar servicios durante una guerra a un enemigo de Chile o sus aliados; por la cancelación de la carta de nacionalización, donde se deben acreditar las causales invocadas, o por una ley que revoque la nacionalidad por gracia.

Pese a lo anterior, el artículo 12 de la Constitución, permite que quienes hayan perdido la nacionalidad por cualquiera de los supuestos ya mencionados, estos podrán reclamar ante la Corte Suprema mediante un recurso, dentro del plazo de 30 días.

2.2 Ciudadanía

De forma consiguiente, el artículo 13 de la Constitución establece que, para obtener la ciudadanía, se han de cumplir los requisitos de: tener la nacionalidad chilena, haber cumplido la mayoría de edad (18 años) y no tener una condena a pena afflictiva. Los derechos que se otorgan en virtud de la ciudadanía son: derecho a sufragar, derecho a postular a cargos de elección popular y los demás derechos que la Constitución y las leyes le confieran.

Según el artículo 16 de la Carta Fundamental, el derecho de sufragio se suspende por interdicción en caso de demencia, por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena afflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista y por haber sido sancionado por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el artículo 17 de la Constitución prescribe que la ciudadanía se pierde a causa de la pérdida de la nacionalidad, por condena a pena afflictiva o por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena afflictiva. La ciudadanía puede ser rehabilitada una vez que cumpla la pena afflictiva y en el caso de delitos terroristas, se requiere solicitar la rehabilitación al Senado una vez cumplida la pena.

2.3 Sufragio

Según el artículo 15 de la Constitución, el sufragio es un derecho personal, igualitario, secreto y —desde el año 2012— voluntario⁸⁵. La Constitución establece que para sufragar se requiere tener la ciudadanía (artículo 13). Así, la regla general es que éste se produzca en el territorio nacional, no obstante, el mismo artículo garantiza el voto de las personas chilenas en el extranjero, en su inciso tercero.

El derecho a sufragio no se encuentra condicionado a ningún otro requisito que el tener la ciudadanía. Sin embargo, las personas que hubieren adquirido la ciudadanía por consanguinidad (*ius sanguinis*) o por gracia, para ejercer el derecho a sufragio, se les exige haber estado avecindados en Chile por más de un año.

Por su parte, el artículo 14 señala que podrán sufragar las personas extranjeras con la condición de que lleven viviendo en el territorio nacional más de cinco años, circunstancia bastante innovadora. En el mismo sentido, las personas extranjeras nacionalizadas podrán optar a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización.

Por último, el artículo 16 de la Constitución dispone que el derecho a sufragio puede ser suspendido por tres motivos: por declaración interdicción en caso de demencia, por encontrarse la persona acusada de un delito que merezca pena afflictiva o la ley califique como conducta terrorista o por participar de la formación de un partido político o movimiento declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional por no respetar los principios democráticos o que promueva la violencia. Sin embargo, quienes estén privados del ejercicio del derecho de sufragio por esta última causa, lo recuperarán luego de cinco años desde la declaración del Tribunal Constitucional.

⁸⁵ Con fecha 31 de enero de 2012, se promulgó la Ley N° 20.568, que regula la inscripción automática y el voto voluntario, en virtud de la cual quedan inscritas automáticamente en el registro electoral todas las personas que cumplan los requisitos para votar, pero su ejercicio es voluntario.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Los avances en la regulación del derecho a la nacionalidad y ciudadanía en la actual constitución son relevantes. A partir de la reforma del año 2005, la forma de adquirir la nacionalidad se flexibilizó. Antes de la reforma, ésta se basaba mayoritariamente en que eran chilenos los nacidos en Chile (*ius solis*), para pasar a ser la consanguinidad (*ius sanguinis*) la que predomina actualmente. En este sentido, el mayor cambio se concreta con la posibilidad de adquirir la nacionalidad chilena por parte de los hijos o hijas de personas chilenas nacidas en el extranjero, sin la exigencia de un año de avecindamiento en Chile.

Sin perjuicio de lo expuesto, la adquisición de la nacionalidad chilena por parte de personas en situación migratoria irregular sigue manifestando problemas⁸⁶.

Asimismo, la Constitución tampoco ha regulado la situación de los y las hijas de personas extranjeras nacidas en Chile, cuyo padre y madre se encuentra en situación migratoria irregular, lo que podría generar que ese niño o niña sea apátrida⁸⁷, en virtud de las decisiones administrativas del Servicio de Registro Civil o del Departamento de Extranjería y Migración.

La Corte Suprema en la mayoría de los casos, se ha mantenido en la hipótesis de reconocer a tales personas como nacionales chilenos⁸⁸. Esto se debe a que se ha entendido que el ánimo de residir en Chile de la madre y/o del padre de la persona extranjera a pesar de encontrarse irregular en Chile—, impediría que fuesen considerados como transeúntes⁸⁹, y, por tanto, su hijo o hija puede acceder a la nacionalidad chilena por haber nacido en Chile (*ius solis*)⁹⁰.

Por su parte, desde las autoridades administrativas se generó un cambio a partir de 2015, en consideración a los compromisos internacionales que buscan suprimir la existencia de niños o niñas sin patria⁹¹, se estableció por medio de la resolución exenta N° 102, sobre inscripción de nacimiento con anotación de hijo de extranjero transeúnte, del 31 de marzo de ese año, del Ministerio de Justicia, que aquellos recién nacidos cuyo padre y/o madre estén en condición migratoria irregular, deben ser inscritos como chilenos o chilenas en el Servicio de Registro Civil e Identificación y por tanto, acceder a su Rol Único Nacional (RUN) y a todos los derechos ciudadanos.

Una cuestión que es digna de destacar y necesaria de reforzar en la nueva Constitución, es el derecho que tienen los y las extranjeras avecindados en Chile pues esta población puede ejercer el derecho a voto después de cinco años, con mayoría de edad y sin tener una condena a pena afflictiva. Este derecho viene de la versión original de la Constitución Política y es un gran logro para entender que el derecho a participar de las elecciones políticas lo tienen todos y todas quienes tienen un vínculo con el país, ya sea territorial, sanguíneo, cultural, económico, cultural o social.

Sin perjuicio de ello, es cuestionable el reconocimiento efectivo de este derecho para las personas extranjeras, toda vez que la inscripción de los extranjeros en el padrón electoral queda sujeto a la presentación que este solicite y se ratifique por el Departamento de Extranjería su avecindamiento, quedando al arbitrio de dicha institución, por cuanto es ésta la que entregará la nómina de quienes cumplan con ese requisito.

⁸⁶ Ver capítulo: Grupos de especial protección.

⁸⁷ Que carece de nacionalidad legalmente reconocida.

⁸⁸ Godoy Araya, R., & Didier von der Hundt, M. (2014). Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. Anuario de Derechos Humanos, (10), Págs. 139-150. Disponible en: doi:10.5354/0718-2279.2014.31702 Pág. 144.

⁸⁹ SCS Rol N°300-2013, C° 9°: “aparece claramente el interés desplegado por largo tiempo por los padres del menor reclamante para permanecer en el país -a la fecha ya más de tres años-, unido a la circunstancia de haber solicitado refugio, aunque extemporáneamente, no pueden sino llevar a concluir a esta Corte, actuando como jurado, que ellos se han mantenido en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, lo que los ha llevado a ostentar la calidad de residentes provisarios, de manera tal que no resulta procedente calificarlos como extranjeros transeúntes”.

⁹⁰ Dictamen N° 33.270 del 2019 de la Contraloría General de la República: establece que los y las hijas de padres extranjeros en situación de ilegalidad no tienen responsabilidad de la situación migratoria de sus padres y deben ser inscritos por el Registro Civil e Identificación. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/033270N19/html>

⁹¹ Al respecto se puede citar lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular que “[...] tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad [...]” como también que “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

Este proceso se ha visto agravado aún más respecto a la obtención de las residencias definitivas, las que han tardado más de un año en resolverse⁹², lo cual genera trabas y críticas respecto al proceso y la efectividad del reconocimiento de este derecho.

Desde la multiculturalidad, es posible advertir que en Chile se ve a la ciudadanía en estricta relación con la nacionalidad la cual se vincula con las personas por un lazo sanguíneo o territorial, pero otras sociedades como la canadiense o mexicana han avanzado hacia ciudadanías transnacionales que dejan de estar vinculadas solo a un territorio o a lazos sanguíneos y que buscan darle un propósito tanto a los nacionales, como a los emigrantes y a inmigrantes, vinculando sus derechos y deberes a cuestiones sociales, económicas y culturales.

Lo anteriormente mencionado es de vital importancia en países como Chile, donde se ha propuesto avanzar hacia un Estado multicultural que abogue por el respeto, valoración y aceptación de la diversidad cultural de los individuos y grupos en un marco de derechos y deberes diferenciados, como una forma de administrar las diferencias culturales en el marco de los Estados nacionales o dentro de regiones o microrregiones específicas⁹³.

Otro aspecto necesario abordar es la regulación constitucional del sufragio, como forma de ejercicio de la ciudadanía.

Previo a la reforma constitucional de 2009, el sufragio se consideraba una función, es decir, como una obligación que incluso en caso de no cumplirse, era sancionada con una multa. En ese entonces, el voto era restringido sólo a quienes residían en el territorio nacional y se hubieran inscrito en los registros electorales.

En 2012 entró en vigencia el voto voluntario, el que, desde una perspectiva liberal, puede ser entonces entendido como un derecho voluntario y universal⁹⁴. Este cambio incluyó la incorporación de la inscripción automática para todos los chilenos e incluso para los extranjeros avecindados en el país por más de cinco años.

Si bien, en la práctica la implementación de la inscripción automática y el voto voluntario generó un aumento en el padrón electoral, ha revelado la creciente falta de participación de los sectores con menor escolaridad e ingresos de la población, lo que respondería a diversos factores, entre otros, “diseño político-institucional; debilitamiento del sistema de representación; creciente erosión en la percepción de la ciudadanía acerca de la eficacia de sus acciones frente al sistema político y las autoridades; transformaciones sociales y económicas que en los últimos 30 años han cambiado radicalmente a la sociedad chilena, afectando su relación con la participación política; cambios sustantivos en el mundo juvenil; y falta de una política sistemática de educación ciudadana en el sistema educacional”⁹⁵.

No obstante lo anterior, el plebiscito para una nueva constitución y la elección de convencionales constituyentes es una importante excepción, ya que contó con una alta participación alcanzando incluso a sectores históricamente ausentes⁹⁶.

Por desgracia, el fenómeno solo se observó en el escenario constitucional, contrastando, por ejemplo, con una baja participación en la elección de gobernadores, lo que ha vuelto a poner en discusión la necesidad de restablecer la obligatoriedad del sufragio.

⁹² <https://incami.cl/demoras-en-otorgamiento-de-visas-permisos-y-tramites-migratorios-incami-evidencia-vulneracion-en-la-vida-de-los-migrantes-por-este-tema/>

⁹³ Bello, Á. Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. (Santiago: Naciones Unidas, 2004), <http://hdl.handle.net/11362/2394>

⁹⁴ El académico de la Universidad de Chile, Lucas Sierra Irribarren sostiene: “El voto voluntario refleja en la forma más nítida el carácter del voto como un derecho. Éste es el origen histórico del sufragio y la razón por la cual es tan valioso para los liberales. El voto es un derecho que se tiene frente al poder políticamente organizado en el Estado e incluso, como todo derecho básico, se puede llegar a tener contra el Estado. Ver: SIERRA, Lucas (2005). “El Voto como Derecho: Una Cuestión de Principios”, en Modernización del Régimen Electoral Chileno, PNUD, Santiago. Pág. 168. Disponible en: https://www.cepc-chile.cl/cep/site/docs/20200422/20200422132029/modernizacion_del_regimen_electoral_chileno.pdf

⁹⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, Diagnóstico sobre la Participación Electoral en Chile Proyecto Fomentando la Participación Electoral en Chile (Santiago: Naciones Unidas, 2017). Pág. 17.

https://www.undp.org/content/dam/chile/docs/gobernabilidad/undp_cl_gobdem_DIAGN%C3%93STICO%20SOBRE%20LA%20PARTICIPACI%C3%93N%20ELECTORAL%20EN%20CHILE.pdf

⁹⁶ Por ejemplo, en La Pintana votó el 52, 32% del padrón electoral para el plebiscito, mientras que, en la elección anterior, la segunda vuelta presidencial, participó el 37,29%. <https://www.servel.cl/participacion-electoral-por-region-y-comuna-plebiscito-2020/>, <https://www.servel.cl/estadisticas-de-participacion-a-nivel-nacional-segunda-votacion-de-la-eleccion-presidencial/>

En este sentido, el experto constitucional Francisco Zúñiga, quien aboga por la obligatoriedad del voto, ha manifestado: “entender que la función del voto tiene relación con la participación política, la formación de la voluntad política y el buen estado de la democracia en cada sociedad y Estado significa la existencia del deber del ciudadano de participar de forma responsable en el gobierno, en el mandato que otorga a quienes adoptan finalmente las decisiones estatales o se ocupan de su ejecución”⁹⁷. En este caso, se considera el ejercicio del sufragio como un deber de todos los y las ciudadanas de participar en la elección de sus representantes y en la generación, aprobación o rechazo de nuevas leyes como ocurre por ejemplo, en los plebiscitos o consultas públicas.

Finalmente, es necesario hacer presente el ejercicio de la ciudadanía y el sufragio para quienes se encuentran privados de libertad y quienes han perdido su ciudadanía por condena a pena afflictiva o por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena afflictiva.

En el primer caso, cabe señalar que la Corte Suprema en 2016 sentenció que “el Servel debe adoptar las medidas necesarias para que las personas privadas de libertad que no tienen suspendido su derecho a sufragio puedan ejercerlo; y por otra, que Gendarmería debe igualmente adoptar todas las medidas administrativas y de coordinación institucional que garanticen el derecho a sufragio de las mismas personas con una antelación que permita su ejercicio efectivo”⁹⁸. Sin embargo, no existen mecanismos establecidos por el legislador para asegurar que los y las sujetas encarceladas puedan ejercer el derecho a sufragio establecido en la Carta Fundamental, por lo que sigue dependiendo de la decisión administrativa de los órganos involucrados.

En el caso de quienes han sido suspendidos o privados de su ciudadanía y por ende, de su derecho a sufragio, es necesario problematizar su situación, pues se les excluye como participantes de la comunidad política, lo que pone de manifiesto el estigma que existe sobre “la delincuencia” y la imposibilidad de reinserir esas personas infractoras de ley en la vida social. De esta forma, en el ámbito político carecen de total forma de representación, por lo que “no existe un canal a través del cual sus peticiones puedan ser escuchadas tanto por las autoridades políticas como por la ciudadanía.”⁹⁹

⁹⁷ <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/francisco-zuniga-sufragio-obligatorio-e-inscripcion-automatica>

⁹⁸ Marshall, P. y Rochow, D. (2018). El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia rol N° 87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes. Revista chilena de derecho, 45(1), págs. 243-244. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100233>

⁹⁹ Marshall, P., Rochow, D., & Moscoso, C. (2019). Ciudadanía y los privados de libertad en Chile. Revista Austral de Ciencias Sociales, (37), 7-27. pág.22. Disponible en: doi:10.4206/rev.austral.cienc.soc.2019.n37-01

EL DERECHO A PARTICIPAR DE LAS ELECCIONES POLÍTICAS LO TIENEN TODOS Y TODAS QUIENES TIENEN UN VÍNCULO CON EL PAÍS, YA SEA TERRITORIAL, SANGUÍNEO, CULTURAL, ECONÓMICO, CULTURAL O SOCIAL.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Los problemas que se pueden originar en la adquisición de la nacionalidad y el ejercicio de la ciudadanía y el sufragio pueden afectar de distinta forma a las mujeres en su interseccionalidad.

a. Nacionalidad

La nacionalidad está construida como un concepto unívoco por cuanto se es chilena, argentina, peruana, etc., lo que en una visión restrictiva puede implicar limitaciones para identidades plurinacionales como lo sería, por ejemplo, una mujer mapuche en territorio chileno. Ella ¿sería chilena o mapuche? Si se reconoce que es parte de la nación mapuche ¿qué relación ha de tener con el Estado chileno? Estas interrogantes evidencian la necesidad de cuestionar la idea de nacionalidad para incorporar una visión más amplia que permita incluir diversas identidades.

La consagración de la plurinacionalidad no sólo tendría un impacto en el reconocimiento de los derechos de pueblos originarios y afrodescendientes, diversificando la idea de nación chilena, sino que también tiene el potencial de transformar la relación del Estado y la administración con las personas que habitan el territorio.

Una concepción amplia de la nacionalidad también podría tener un impacto en la expulsión de personas migrantes. En casos tan dramáticos como la expulsión de mujeres madres de niñas y niños que han nacido en el territorio chileno (y por ende con nacionalidad chilena) podría flexibilizarse los requisitos de nacionalización, avanzando en comprender a estas mujeres como chilenas por extensión de la nacionalidad de sus hijos e hijas. Ello sería además acorde al principio de reunificación familiar y con el derecho de niños y niñas a tener una familia, consagrados en los tratados de derechos humanos sobre migración e infancia.

La concepción que se tiene de nacionalidad juega

un papel concreto y relevante en los derechos de las personas, por lo que vale la pena que sea revisado en la discusión constitucional.

b. Ciudadanía y Sufragio

En la revolución liberal del siglo XVIII, surge el concepto de ciudadanía, cuyo titular desde sus inicios son los varones, quienes se apropián del poder y de la toma de decisiones sobre lo público y recluyen a las mujeres en los espacios domésticos¹⁰⁰. Iris Young señala respecto de la ciudadanía y su pretensión de universalidad: “el Estado moderno y el dominio público de la ciudadanía presentó como valores y normas universales aquellas que habían derivado de la experiencia específicamente masculina”¹⁰¹.

Esta idea de que el manejo de los asuntos de relevancia pública por la masculinidad se mantuvo en el tiempo, lo que se sostiene en el imaginario que “la mayoría de lo público depende de la exclusión de las mujeres, que son responsables de la atención de ese ámbito privado y que, además, carecen de la racionalidad e independencia desapasionada que se requiere para ser buenos ciudadanos”¹⁰².

Las mujeres han sido históricamente excluidas de la ciudadanía y, por tanto, del sufragio. Sin embargo, la situación en Chile comienza a cambiar el año 1938, cuando se les reconoce el derecho a voto para las elecciones municipales y, posteriormente, en 1949 para las elecciones parlamentarias y presidenciales¹⁰³. El movimiento sufragista se apropió del espacio público para reivindicar sus derechos como ciudadanas.

Desde entonces, las mujeres han participado activamente de los actos eleccionarios. No obstante, ello no se ha traducido en que ellas ocupen más cargos públicos y espacios de poder en general, lo cierto es que se han mantenido como “ciudadanas de segunda clase”. En ese sentido, Yanira Zúñiga

¹⁰⁰ También fueron excluidos esclavos, extranjeros, no propietarios, personas de color, entre otros.

¹⁰¹ Marion, I. (1996). Vida política y diferencia de grupo: Una crítica del ideal de ciudadanía universal en C. Castells (ed.), *Perspectivas feministas en teoría política*. (pág. 99-126). pág.103. Disponible en https://eva.interior.udelar.edu.uy/pluginfile.php/50606/mod_resource/content/1/Young1994_Vida_politica_diferencia_grupo.pdf

¹⁰² Marion, I. Op. Cit. pág. 104.

¹⁰³ Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-96054.html>

explica “los análisis de género constatan que la división sexual del trabajo genera tanto obstáculos estructurales ligados al uso del tiempo como patrones de socialización asimétrica de mujeres y hombres que se correlacionan con la baja presencia femenina en puestos de poder”¹⁰⁴. Entonces, los mecanismos de corrección de paridad son fundamentales para permitir a las mujeres acceder al poder político¹⁰⁵.

La participación de las mujeres como ciudadanas activas, es un presupuesto necesario para la democracia, por cuanto “la razón que subyace para la subrepresentación de las mujeres en política es la mantención del inconfeso argumento de la división sexual del trabajo, entendido como una ordenación natural”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Zúñiga Añazco, Y. (2009). La “generización” de la ciudadanía: Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista. Revista de derecho (Valdivia), 22(2), pág. 56. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200003>

¹⁰⁵ Ver capítulo: Paridad en el ejercicio de los derechos políticos.

¹⁰⁶ Castillo, A. (2020) Por un concepto complejo de paridad en S. Brito (Ed.), Por una Constitución Feminista (págs. 26-43). Editorial Pez Espiral, pág. 34.

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

NACIONALIDAD

PAÍS: COLOMBIA

Por qué es un buen ejemplo:

La Constitución colombiana es similar a la chilena, al incluir el vínculo sanguíneo y territorial como causales de adquisición de la nacionalidad. Sin embargo, innova al incluir normas especiales para los pueblos indígenas y para los miembros de países Latinoamericanos y del Caribe. En materia de pueblos indígenas sería una gran opción para regular lo que ocurre con las personas que pertenecen a los pueblos indígenas que habitan el Altiplano, como son los Aimaras, Atacameños y Quechuas, que comparten territorios con Perú y Bolivia o el caso Mapuche que comparte territorio con Argentina.

Regulación Constitucional

Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

- a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;
- b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

2. Por adopción:

- a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren, y;

c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos. Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.

CIUDADANÍA

PAÍS: COSTA RICA

Por qué es un buen ejemplo:

Es un concepto amplio de ciudadanía, por cuanto no se restringe exclusivamente al sufragio, sino que entiende que el o la ciudadana es titular de un conjunto de derechos y obligaciones políticas que tienen las personas al vivir en comunidad en el Estado de Derecho. Además, resulta menos rígida que la Constitución chilena respecto de la suspensión de los derechos políticos y cómo recuperarlos.

Regulación Constitucional

Artículo 90.

La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponden a los costarricenses mayores de dieciocho años.

Artículo 91.

La ciudadanía sólo se suspende: (1) Por interdicción judicialmente declarada; (2) Por sentencia que imponga la pena de suspensión del ejercicio de derechos políticos.

Artículo 92.

La ciudadanía se recobra en los casos y por los medios que determine la ley.

Artículo 94.

El ciudadano costarricense por naturalización no podrá sufragar sino después de doce meses de haber obtenido la carta respectiva.

SUFRAGIO

PAÍS: PORTUGAL

Por qué es un buen ejemplo:

Entiende que el sufragio es un acto político que ejerce el pueblo, lo que se liga íntimamente con la concepción de soberanía.

Regulación Constitucional

Principios fundamentales

Artículo 10.

1. El pueblo ejerce el poder político por medio del sufragio universal, igual, directo, secreto y periódico, el referéndum, y las demás formas previstas en la Constitución.

SEGUNDA PARTE / LA PERSONA EN LA SOCIEDAD

PARIDAD EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Es necesario comprender el concepto de paridad y la necesidad de su aplicación como principio que debe permear transversalmente todos los aspectos de la vida en sociedad.

En ese sentido, hay que analizar cómo la falta de paridad en nuestro país afecta nuestra participación política, lo que se traduce en una afectación directa de la democracia. Este proceso constituyente, es la instancia perfecta para instaurar este principio en nuestro nuevo texto constitucional.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comprender íntegramente el siguiente texto, es preciso desarrollar algunos conceptos relevantes, a continuación:

Cuotas de género:

Medida de acción afirmativa que, por medio del establecimiento de cuotas mínimas de participación de mujeres en distintos cargos de poder, busca alcanzar la paridad. Tiene como objetivo “garantizar la efectiva integración de mujeres en cargos electivos de decisión de los partidos políticos y del Estado. Es una medida de carácter compulsivo, que obliga a incorporar mujeres en listas de candidaturas o en listas de resultados electorales, y transitorio, puesto que supone una vigencia sujeta a la superación de los obstáculos que impiden una adecuada representación de mujeres en los espacios de poder y representación política¹⁰⁷.

Derechos políticos¹⁰⁸:

Aquellos derechos que presuponen el ejercicio de determinadas libertades y su protección, siendo derechos que se configuran considerando a las personas como sujeto de derechos. Específicamente, respecto de la representación y en el contexto de la paridad como propulsor de la democracia, se ha establecido que la “participación se expresa en el

ejercicio de los derechos políticos fundamentales, como el de elegir y ser elegido; pero también a través del compromiso social por la transformación de lo público”¹⁰⁹.

Paridad:

Es una medida definitiva que busca compartir el poder político y facilitar espacios de participación para personas históricamente desplazadas, tales como las mujeres. La paridad no es una cuota mayor a favor de las mujeres, es la expresión más amplia de universalidad y un instrumento de reivindicación del derecho a la igualdad¹¹⁰.

Participación política:

Se puede entender como todas aquellas actividades realizadas por la ciudadanía “con el objeto de intervenir en la designación de sus gobernantes o de influir en la formación de la política estatal. Esta definición de la participación política es lo suficientemente amplia como para incluir en ella actividades de muy diversos tipos, ya sean organizadas o espontáneas, llevadas a cabo en forma colectiva o individual, legales o ilegales, de apoyo o de presión, y con diferentes consecuencias y alcances”¹¹¹.

¹⁰⁷ Fernández, P. A. (2011). Las cuotas de género y la representación política femenina en México y América Latina. *Argumentos* (Méx.) 24(68), 247-274. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952011000200010 Pág. 249.

¹⁰⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 23 que los derechos políticos implican a lo menos estas tres dimensiones:

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

¹⁰⁹ Cabreja, P. J. (2012). Acceso a los Derechos Políticos: papel de la sociedad civil para la inclusión de poblaciones afrodescendientes. *Cuaderno de Capel*, (57), 63- 80. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29276.pdf> Pág. 65.

¹¹⁰ Torres, I. (2008). Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad. *Revista IIDH*, 47, 225-240. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1628/re-vista-iidh47.pdf> Pág. 240.

¹¹¹ Molina, J. y Pérez, C. (1995) Participación Política y Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 34-35, 15-79. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08068-1.pdf> pág. 15.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución Política de la República no consagra la paridad como principio rector del ejercicio de los derechos políticos, ni en particular respecto del derecho a la participación política. Sin embargo, hay autores que consideran que las cuotas de género, como herramienta para alcanzar la paridad o igualdad, establecen actualmente un mandato constitucional, principalmente por la aplicación del principio de servicialidad, de integración social y del derecho a la igualdad¹¹².

A partir de esta conjunción de principios de la Constitución, resulta posible construir un título habilitante, destinado al Estado para disponer acciones positivas que elimine situaciones de discriminación y oriente la acción de la legislación en este sentido.

Por otra parte, de forma general y desprovista de un enfoque de género, se establece en el artículo 19 N° 17 de la Carta Fundamental el derecho fundamental a “*La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes*”.

La Ley N° 21.216, modificó la Constitución e introdujo las disposiciones transitorias trigésima y trigésima primera en la Carta Fundamental con el objeto de dar cumplimiento al principio de paridad en la elección de los y las convencionales constituyentes. Por ese medio, se incorporaron reglas paritarias específicas para configurar una Convención parita-

ria y representativa. Esto es una adecuación necesaria y un claro indicio de que la inclusión de mujeres en procesos políticos es condición basal de un Estado Democrático, por lo que es imprescindible considerarlo y definirlo como directriz para regulaciones futuras.

Actualmente, Chile sólo cuenta con dos regulaciones a nivel legal, que instituyen cuotas de género o acciones positivas para lograr obtener paridad.

En primer lugar, la Ley N°20.840, que “*introduce una ley de cuotas que obliga a los partidos políticos, a partir de las elecciones parlamentarias de 2017 hasta las de 2029, a presentar un porcentaje de mujeres entre sus candidatas para las elecciones parlamentarias*”¹⁰³.

Por su parte, si bien no constituyen propiamente cuotas de género se han instaurado incentivos que buscan motivar la presentación de candidatas mujeres, como en el caso de la Ley N°19.884¹¹⁴ que incorpora, para efectos del financiamiento especial para las candidatas en materia de transparencia, un límite y control de gasto electoral y la primera disposición transitoria que establece la entrega de un monto de 500 UF por cada candidata que haya resultado electa, a los partidos políticos a los que pertenezca. En la segunda disposición transitoria, se establece el derecho a un reembolso adicional a las candidatas a senadoras y diputadas de sus gastos electorales, de cargo fiscal, de 0,0100 UF por cada voto obtenido.

¹¹² Figueroa, R. (2015) ¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento? Revista Chilena de Derecho, 42(1), 189-214. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100008>

¹¹³ Dazarola, G. (2018) Leyes de cuotas de género Experiencia Extranjera y resultados de su aplicación en Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=159005&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> pág.12

¹¹⁴ Refundida por el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 2017.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El concepto de paridad —y la necesidad de su aplicación— se comprende cuando se observa que los derechos humanos a pesar de tener una vocación universal¹¹⁵, en la práctica, tienen un ejercicio limitado debido a las discriminaciones y desigualdades que existen en los hechos y que impiden que distintos sectores de la población puedan ejercer plenamente sus derechos.

En pocas palabras, “la discriminación se basa en la existencia de una percepción social que tiene como característica el desprecio considerable de una persona o grupo de personas, ante los ojos de otras”¹¹⁶. Lo anterior, trae como consecuencia que el mundo actual y sus reglas se hayan establecido por un grupo dominante. Muchas autoras y académicas feministas han evidenciado cómo la sociedad se ha desarrollado en “clave masculina”, quienes están en la cúspide de nuestra jerarquía social: el hombre blanco, profesional, joven, de clase alta, de la ciudad y heterosexual.

A las mujeres, junto con otros grupos sociales, se les ha limitado el ejercicio de sus derechos políticos en la práctica, pese a tener formalmente la misma condición como sujetas de derecho que los hombres. Además, respecto a los derechos políticos, las denominadas “minorías sociales” han sufrido una brecha histórica desde el derecho a sufragio y en todo el espectro de la participación política.

En el caso de Chile, desde que se reconoció el derecho de las mujeres a sufragar, después de muchos años de reivindicaciones esto ha implicado que “la presencia de las candidatas y mujeres electas para los distintos cargos de elección popular se ha acrecentado”¹¹⁷ y, en la práctica, evidencia la estrecha relación entre igualdad, paridad, oportunidades y participación política¹¹⁸.

¹¹⁵ La vocación de universalidad de los derechos humanos quiere decir que, todas y todos sin importar nuestras condiciones o situaciones en las que nos encontramos somos titulares de estos derechos “[...]sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (artículo 1 numeral 1 de la CADH)

¹¹⁶ Torres, I. (2008). Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad. Revista IIDH, 47, 225-240. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1628/revista-iidh47.pdf>, pág. 225.

Las diferencias de participación y representación política de las mujeres son transversales. En este aspecto, ONU Mujeres hace notar que actualmente sólo 22 países tienen Jefas de Estado o Gobierno, y que sólo un 21% de los cargos ministeriales son ocupados por mujeres. A modo ilustrativo, esta organización evalúa diversos aspectos de participación política, siendo el porcentaje de mujeres en cargos ministeriales uno de ellos y, según los datos que arrojan estas evaluaciones, recién el 2077 podría haber paridad en ese ámbito¹¹⁹.

El caso chileno no es la excepción. En 2017, de las candidaturas a la Presidencia de la República, sólo un 25% correspondía a candidatas mujeres y un 75% a candidatos hombres. En el caso de las y los postulantes a la Cámara Alta y Baja, los porcentajes de candidatas fueron de un 41% contra un 59%. Finalmente, los consejeros regionales en un 73% eran candidatos hombres¹²⁰.

Durante las últimas décadas, al considerar este panorama de discriminación en el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres y su exclusión del mundo público, se comenzó a instaurar la paridad como principio rector de la actividad política y del ejercicio de los derechos políticos. En este sentido, para hacer frente a esta situación y lograr corregirla, desde principio de la década del 90 se vienen implementando en la región latinoamericana, leyes de cuotas como mecanismo para alcanzar la paridad en la actividad política.

Estos esfuerzos, a pesar de ser un buen indicio, son insuficientes considerando que, a pesar de existir distintos mecanismos para alcanzar la paridad, muchas veces hay conflictos para su aplicación.

¹¹⁷ Servicio Electoral (SERVEL). (2018). Participación de mujeres en política. Algunos pasos históricos. Disponible en https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2018/12/2018_Participacion_de_mujeres_en_politica_Segunda_edicion.pdf pág. 5.

¹¹⁸ Ver capítulo: Igualdad y no discriminación.

¹¹⁹ ONU Mujeres. (26 de agosto de 2021). Hechos y cifras: Liderazgo y participación política de las mujeres. Disponible en <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures>

¹²⁰ Servicio Electoral (SERVEL). (2018). Participación de mujeres en política. Algunos pasos históricos. Disponible en https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2018/12/2018_Participacion_de_mujeres_en_politica_Segunda_edicion.pdf

Un ejemplo de esto es el desacuerdo en la interpretación del SERVEL en la aplicación de la paridad de género en las listas de los constituyentes, que decidió no aplicar en ciertos casos el mecanismo “cebra”¹²¹.

Esta disputa fue posteriormente resuelta por el Tribunal Calificador de Elecciones, el que decidió rechazar

las objeciones de algunos partidos políticos en la materia, por haberse presentado “fuera de plazo”. Lo anterior, es un claro precedente de la necesidad de considerar la paridad y el enfoque de género como mandato y principio rector. No bastan las reglas o mecanismos que buscan el balance y equilibrio en la representación si su interpretación se efectúa bajo estándares que son insensibles al género.

121 El “mecanismo cebra” determina que las listas deben conformarse, de manera alternada, por una mujer y un hombre de forma sucesiva, encabezados siempre por una mujer. En el contexto del ejemplo señalado, se criticó la interpretación de SERVEL de este mecanismo, que estableció que en las listas no se podía superar en más de un candidato a un sexo como excepción a la paridad, pudiendo cerrar con dos hombres evitando la norma que exige que se intercalen, lo que provocó críticas, como es el caso de la Red de Polítólogas, que señalaron en

los medios que por lo anterior “No alcanza con tener las mejores leyes si no hay interpretaciones con enfoque de género”. Al respecto, ver Figueroa, N. (2021). El SERVEL en la Lupa por Paridad: La cuestionada interpretación que llevó a que se incumpliera la norma en la inscripción de listas constituyentes. El Desconcierto. Disponible en <https://www.eldesconcierto.cl/reportajes/2021/02/07/el-servel-en-la-lupa-por-paridad-la-cuestionada-interpretacion-que-lleva-a-que-se-incumpliera-la-norma-en-la-inscripcion-de-listas-de-constituyentes.html>

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

En Chile han pasado 5 años desde la publicación de la Ley N° 20.840 que establece el mecanismo de cuotas de género en las elecciones del Congreso. Si bien cada día hay más mujeres en cargos de decisión pública la presencia de estas aún es incipiente y no permite que los problemas que aquejan a la sociedad y las decisiones que se toman al respecto tengan una verdadera óptica feminista.

Los problemas y las decisiones que se toman hoy en Chile son abordados desde el punto de vista de aquellos hombres que están en el poder, sin considerar las diversas realidades que experimentan todas las personas que existen en el territorio nacional. Lo anterior, lleva a cuestionarse: ¿Cómo se pueden encaminar las acciones para lograr la aplicación de la paridad en el ejercicio de los derechos políticos en la generalidad de las Instituciones?

En una primera etapa de esta problemática, distintos tratados y pactos internacionales acusaron esta situación de discriminación abogando por la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos humanos. Lo anterior se materializó en compromisos de tomar las medidas necesarias para acabar en la práctica con estas situaciones¹²². En este sentido, la paridad no sólo ha sido reconocida como objetivo y aspiración necesaria para el respeto y desarrollo íntegro de los derechos humanos, sino también ha sido reconocida por los diversos Estados, quienes se han comprometido con alcanzar la paridad en el ejercicio de los derechos políticos.

Las leyes de cuotas han sido el principal mecanismo por el cual se busca corregir la situación de discriminación en contra de las mujeres en el ejer-

122 La CEDAW, en su artículo 4º establece la obligación de los Estados parte de adoptar “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”. Por su parte, el Consenso de Quito tiene como objetivo la paridad en los derechos políticos y dispone que “los Estados partícipes acuerdan “Adoptar todas las medidas de acción positiva y todos los mecanismos necesarios, incluidas las reformas legislati-

vas necesarias y las asignaciones presupuestarias, para garantizar la plena participación de las mujeres en cargos públicos y de representación política con el fin de alcanzar la paridad en la institucionalidad estatal”. Desde la década de los 90 se han implementado distintas acciones afirmativas para conseguir estos objetivos, siendo el mecanismo más recurrente las “leyes de cuotas de participación política”.

cicio de los derechos políticos. En Chile, las cuotas de participación política fueron introducidas por la mencionada Ley N° 20.840 en 2015 que modificó la Ley N° 18.700. Sin embargo, estos cambios sólo aplican a las candidaturas de los Diputados/as y Senadores/as. Si bien, la dictación de la citada ley implicó un avance en nuestro país, que permitió a un mayor número de mujeres acceder al Congreso, afianzarse en la carrera política y en el ejercicio de sus derechos políticos, aún nos encontramos bastante lejos de tener cifras igualitarias en la materia.

Al respecto, el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe ha publicado distintos indicadores que demuestran los logros en materia de participación política y paridad en la región, y respecto a Chile las cifras¹²³ son decepcionantes:¹²⁴

- Poder ejecutivo: porcentaje de mujeres en los gabinetes ministeriales en el último periodo presidencial alcanzó 37,5%.
- Poder legislativo: porcentaje de mujeres en la Cámara de Diputados en 2020 fue de un 22.6%.
- Poder judicial: porcentaje de mujeres ministras en la Corte Suprema en 2018 fue de un 30%.
- Mujeres alcaldesas: en 2018 se registraron un 11,9% de mujeres en dicho cargo.
- Mujeres concejalas: en 2018 se registraron un 24.7% de mujeres en dicho cargo.

Un ejemplo de aplicación de medidas para alcanzar la paridad de género y de su éxito, es el de Suecia. En ésta, se contaba con más de un 40% de participación de mujeres en el parlamento nacional¹²⁵, quienes iniciaron la aplicación de cuotas voluntarias para mujeres en las listas de los partidos políticos en la década de los 90¹²⁶.

Considerando estos elementos, Chile actualmente ha desarrollado políticas públicas con el objetivo de alcanzar la paridad en diversos escenarios. El

más reciente y significativo es la aplicación de la paridad para la Convención Constituyente¹²⁷, como también las exigencias de paridad en las listas para la elección de parlamentarios.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe avanzar a una plena integración de las mujeres en los espacios políticos para lograr una verdadera integración de las mujeres en la esfera política. Las cuotas en la representación no sólo deben limitarse a las candidaturas de diputados/as y senadores/as, también deben regir la elección y nombramiento de otros cargos de decisión, como en el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

Además de ampliar el espectro de las cuotas en la representación política a otros cargos más allá de aquellos de elección popular, se deben explorar otras acciones concretas que permitan alcanzar la paridad en todos los aspectos de la vida de las mujeres. El mecanismo de las cuotas es limitado y si el problema de origen no se resuelve, no se puede esperar que por el sólo hecho del establecimiento de una proporción matemática las mujeres ocupen cargos de poder si no tienen la formación y oportunidad para acceder a ellos.

La aplicación de la paridad como principio rector de la totalidad de los derechos fundamentales, constituye el primer escalón al que se debe apuntar para alcanzar la igualdad de representación en el ejercicio de los derechos políticos. En este sentido, se debe consagrar la paridad como principio superior de la nueva Carta Fundamental, para que este irradie a todos los derechos fundamentales, sus leyes y políticas públicas. Lo anterior permitirá que las mujeres se desarrolle en la esfera pública y, en consecuencia, puedan alcanzar una real participación y representación política.

¹²³ Ver Observatorio de Igualdad de Género, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, OIG-CEPAL. Poder ejecutivo: Porcentaje de mujeres en gabinetes ministeriales [Naciones Unidas, <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-ejecutivo-porcentaje-mujeres-gabinetes-ministeriales>

¹²⁴ Es importante tener en consideración que la paridad es una herramienta transversal que se contempla en aspectos variados, entre ellos, la composición de Directorios, de la composición del mundo empresarial y laboral en general, entre otros. Para efectos de este trabajo, se circunscribe la paridad en el contexto de la participación política.

¹²⁵ Trowsdale, A. (17 de julio de 2018). "Los países del mundo donde más mujeres están en el poder (y cómo se ubica América Latina)". BBC. Recuperado el 22-05-2021 desde: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44846994>

¹²⁶ Dirección General de Políticas Interiores, Parlamento Europeo. (2008). Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa (408.309). Recuperado el 22-05-2021 desde: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM_ET\(2008\)408309_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM_ET(2008)408309_ES.pdf)

¹²⁷ En este aspecto es importante destacar las elecciones de Constituyentes realizadas el 15 y 16 de mayo del presente año, donde la Ley 21.216 permitió la obtención de una paridad efectiva en los resultados siendo electas 68 mujeres contra 70 hombres. Para más información ver: Convención Constitucional mecanismos de paridad Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/05/17/convencion-constitucional-mecanismos-de-paridad-reducen-a-29-la-brecha-de-representatividad-de-las-mujeres/>

Lo expuesto no es contradictorio con el corolario de que los grupos de especial protección, sin medidas o acciones afirmativas, jamás lograrán alcanzar la igualdad, por lo que este tipo de medidas si bien deben acompañarse con un tratamiento integral, son estrictamente necesarias.

A modo de ejemplo, en el Poder Judicial se han adoptado acciones dirigidas a garantizar la igualdad y no discriminación, producto de la iniciativa de las autoridades de la judicatura, como es el caso de la Secretaría Técnica de Igualdad de

Género y No Discriminación¹²⁸ implementada a partir del mes de julio de 2017¹²⁹. Esto responde a un evidente problema en el Sistema Judicial, como han arrojado los datos del Instituto Nacional de Estadísticas que indican que, a marzo del 2020, hay 40% menos de mujeres que hombres en cargo de ministro o ministra¹³⁰.

Finalmente, la implementación de estas leyes y políticas públicas requieren de una protección constitucional de la participación política en paridad, para que así este principio se propague a todas las normas que se dicten en la materia.

¹²⁸ Creada por el Pleno de la Corte Suprema a través del AD-566-2016

¹²⁹ Poder Judicial, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación Disponible en <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/secretaria-tecnica-de-igualdad-de-genero-y-no-discriminacion/quienes-somos>

¹³⁰ Poder Judicial, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Estadísticas. Disponible en: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/mujeres-y-hombres-en-numeros-en-el-poder-judicial>

5.

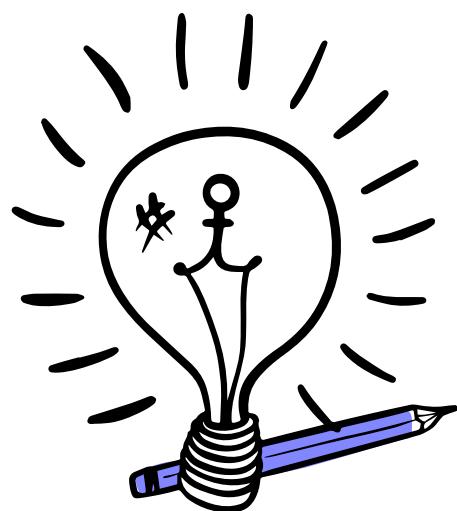
CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

A continuación, se analizan distintos textos constitucionales de países de América Latina miembros de la OCDE, los cuales destacan por sus recientes reformas que consagran medidas especiales para garantizar la paridad y la participación política de las mujeres en el Poder Legislativo.

Así, por ejemplo, Bolivia encabeza la lista con el 53% de mujeres que ocupan una proporción de escaños parlamentarios al 2019. Le sigue México

con un 48%, Argentina con el 39%, Ecuador con un 38% y Perú con el 30% según datos entregados por el Banco Mundial¹³¹.

En cuanto a nuestro país el porcentaje es de 23% de escaños ocupados. En la mayoría de los países mencionados, las medidas adoptadas han permitido aumentar la representación de mujeres en los parlamentos, en comparación a los países que no han legislado al respecto.



¹³¹ Banco Mundial (s/f). Proporción de escaños ocupados por mujeres en los parlamentos nacionales. Recuperado el 26 de agosto de 2021 de <https://datos.bancomundial.org/indicador/SG.GEN.PARL.ZS>

PRINCIPIO DE PARIDAD

PAÍS: ECUADOR

Por qué es un buen ejemplo:

Porque no sólo se limita a establecer la paridad en los cargos de elección popular, sino que también es incluida en la nominación o designación de la función pública y en el sistema judicial, asegurando la aplicación de este principio tanto en el poder legislativo como también en la administración del Estado y en la función judicial.

Regulación Constitucional

Artículo 11.2, inciso 3°.

[...] El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”

Artículo 65.

El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.

Artículo 116.

Para las elecciones pluripersonales, la ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres; y determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país.

Artículo 176, inciso 2°.

Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.

PARIDAD EN GOBIERNOS EN COMUNIDADES

PAÍS: MÉXICO

Por qué es un buen ejemplo:

Al igual que el caso ecuatoriano, extiende el principio de paridad a los tres poderes del Estado. La particularidad de este caso va más allá, al llevar la paridad a los gobiernos locales y las comunidades indígenas.

Regulación Constitucional

Recientemente reformada en junio de 2019, legitima el principio de paridad de género y la igualdad sustantiva los artículos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115, es decir, paridad en los 3 poderes y en los 3 niveles de gobierno, así como en el poder judicial, los órganos autónomos, además en los municipios de forma transversal a través de Gabinetes paritarios municipales y finalmente, paridad en las comunidades indígenas.

Artículo 2 letra A VII.

Reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables.

ARTÍCULO 35 – Son derechos de la ciudadanía:

[...] II. Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley [...]

Artículo 115.

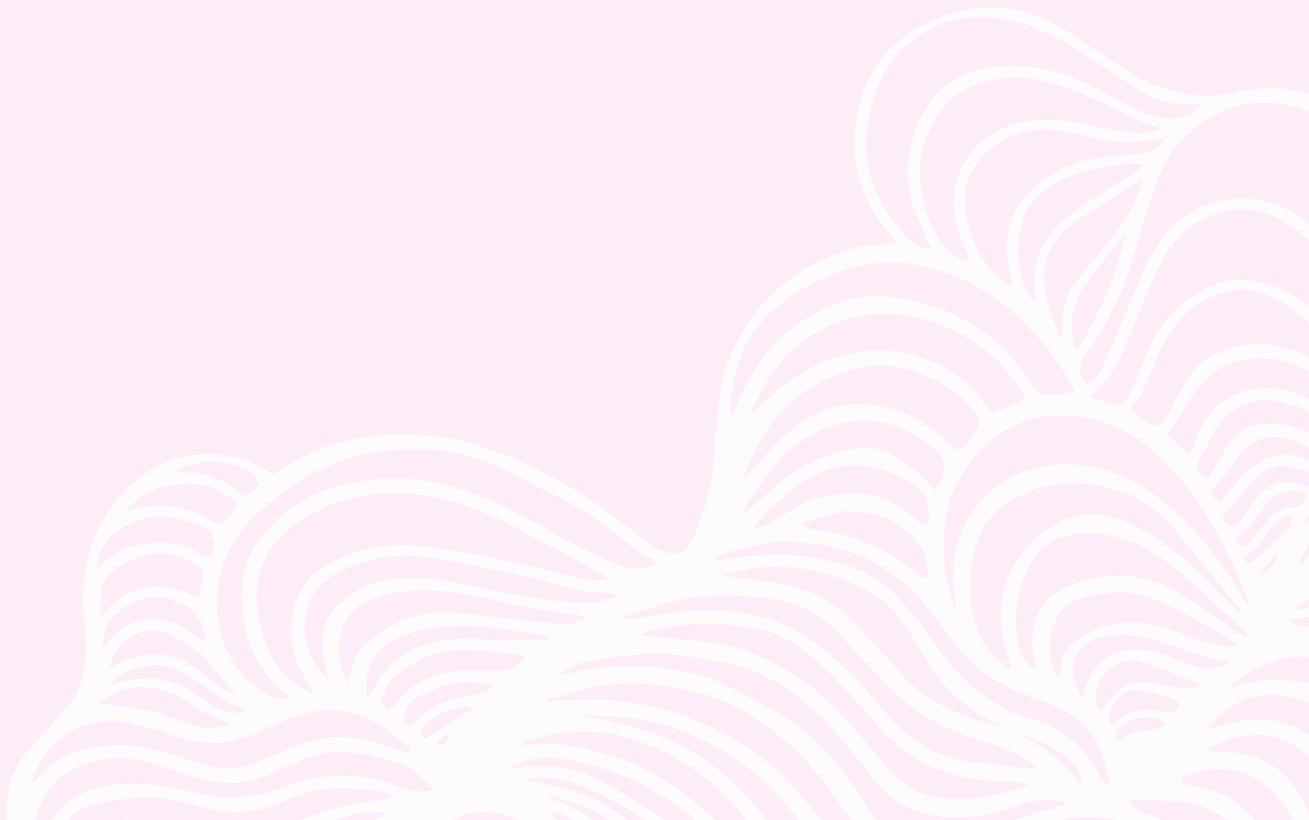
Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

I. Cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente o Presidenta Municipal y el número de regidurías y sindicaturas que la ley determine, de conformidad con el principio de paridad. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre éste y el gobierno del Estado. [...]

SEGUNDA PARTE / LA PERSONA EN LA SOCIEDAD

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es uno de los pilares del Estado de Derecho, por cuanto asegura que todas las personas puedan emitir su opinión e informarse sobre los temas de relevancia pública. Es esencial para la democracia, pues cuestiona los poderes establecidos y fomenta el debate en la ciudadanía.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Es necesario abordar algunos conceptos que permitirán entender los distintos aspectos que comprende la libertad de expresión.

Censura previa:

Cuando se impide la emisión de un mensaje, sea de manera directa o indirecta. Esta última puede ser una consecuencia de distintas situaciones, tales como la excesiva regulación o control del medio a través del cual se emite el mensaje y, en general, cualquier forma que inhiba la difusión de una opinión u información. También constituye censura la desmesurada sanción que recibe un mensaje ya emitido, pudiéndose configurar una criminalización de éste.

Discurso de odio:

Se refiera a “cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad”¹³².

Dimensión individual y social de la libertad de expresión:

La dimensión individual asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. La dimensión social es el derecho de los receptores potenciales o actuales del mensaje de recibirlo. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente: cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra¹³³.

Libertad de expresión:

Comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección¹³⁴.

Libertad de información:

El derecho a la libertad de expresión incluye el derecho de “investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”¹³⁵. Esto implica, además, el derecho a tener acceso a la información que está en manos de entidades públicas. Por tanto, el deber del Estado y de autoridades públicas es hacer accesible la información relativa al interés público dentro de los límites razonables¹³⁶.

Responsabilidad en la libertad de expresión:

La libertad de expresión puede estar sujeta a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y deben asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Restricciones a la libertad de expresión:

Se permite la censura previa de los espectáculos públicos sólo con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y adolescencia¹³⁷. Además, se prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional¹³⁸.

¹³² Naciones Unidas (mayo de 2019). La estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio, pág. 3. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf

¹³³ García Ramírez, S. y González, A. (2007). La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, pág. 18. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion.pdf>

¹³⁴ Artículo 13.1 de la CADH.

¹³⁵ Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹³⁶ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 86 y 87.

¹³⁷ Artículo 13.4 de la CADH.

¹³⁸ Artículo 13.5 de la CADH.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

En Chile, el derecho a la libertad de expresión se encuentra regulado en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República, disposición que contempla la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa. Ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales ulteriores por delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad.

Se establece que la regulación de la responsabilidad a que podría dar lugar el libre ejercicio de la libertad de expresión debe ser realizada por una ley de quórum calificado; y que toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida por éste.

A su vez, se prohíbe el monopolio estatal sobre los medios de comunicación social y se consagra el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

Por último, la disposición establece que una ley de quórum calificado debe crear un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación; y que otra ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica¹³⁹.

Asimismo, se ha entendido como parte integrante del derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libre expresión artística. Se establece en el artículo 19 N° 25 de la Carta Fundamental, según el cual “la libertad de crear y difundir las artes, así como

el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular”.

La libertad de información, por su parte, también constituye un elemento de la libertad de expresión. Se encuentra consagrada en el artículo 8º de la Constitución Política de la República, disposición que establece el derecho de las personas a solicitar información con respecto a los actos y resoluciones del Estado, lo que deriva del principio de transparencia y publicidad de tales actos.

Se desprende de la Carta Fundamental que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, sino que se encuentra restringido por el respeto a las libertades y derechos de las demás personas. Por ello, cualquier abuso o delito que se cometa en el ejercicio de este, conlleva las responsabilidades que dispone la ley. Tales limitaciones deben ser establecidas por una ley de quórum calificado y ser necesarias para la conservación de una sociedad democrática, sin que en ningún caso puedan ser impuestas de manera arbitraria o discrecional.

Así, para responsabilizar a quienes hacen uso indebido o abusivo de su libertad de opinión o información se han establecido los delitos de injuria y calumnia. La injuria trata de expresiones y acciones que vayan en descrédito o deshonra de una persona; mientras que la calumnia, trata de la imputación falsa a una persona de un delito determinado¹⁴⁰.

Finalmente, cabe hacer presente que la responsabilidad que surge por el ejercicio de las libertades de opinión y de información siempre deben ser ulteriores, de lo contrario, habría censura previa.

¹³⁹ Hoy esta materia está regulada por la ley N° 19.846, de 2003, sobre calificación de la producción cinematográfica.

¹⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (28 de junio de 2018). Guía legal sobre: Libertad de expresión. Explica cómo la Constitución y la Ley de Prensa regulan el derecho a la libertad de expresión. BCN. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/libertad-de-expresion>

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La libertad de expresión se focaliza en la acción que un ciudadano puede realizar sin interferencia estatal previa, esto es: emitir opiniones, informar y comunicar al resto de las personas de la forma más amplia posible.

En la actual Constitución, no hay mención al derecho de recibir información, así como tampoco del derecho a recibir información fidedigna o confiable. La estrategia que tuvo el constituyente designado del '80 es más bien una reacción ex post, que busca castigar y responsabilizar por los delitos o abusos que se cometan al ejercer esta libertad. Es decir, se contempla la posibilidad que la opinión o la información emitida o entregada pueda ser falsa, errónea o incluso dañina, caso en el que la persona emisora deberá responder por los daños ocasionados a través de esta libertad.

También llama la atención la ausencia en la Carta Fundamental de la prohibición a la apología al odio nacional, racial, político o religioso o a la propaganda a favor de la guerra y a los regímenes de violación sistemática de los derechos humanos.

La Corte Suprema afirma que una democracia moderna, esencialmente pluralista, sólo puede existir, desarrollarse y fortalecerse cuando está respaldada por una opinión pública libre e informada¹⁴¹. Es imprescindible entender que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia de una sociedad democrática: es instrumento para su ejercicio, garantía de su desempeño y efecto de ella¹⁴².

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que la libertad de expresión “desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor y la existencia de una opinión pública informada”¹⁴³.

Los fundamentos de la libertad de expresión han sido desarrollados desde diversas perspectivas y enfoques que destacan la importancia de la difusión y la promoción de ideas e información para el progreso del ser humano y su autonomía individual, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad y no discriminación, y, especialmente, el fortalecimiento de la igualdad de género.

En consecuencia, es necesario que se reconozca y se garantice a nivel constitucional el derecho a la libertad de expresión, de acuerdo con estándares internacionales de derechos humanos. Esto implica que se delimite con claridad cuándo proceden restricciones al mismo, qué responsabilidades da lugar cuando en su ejercicio exista afectación a otros derechos humanos, y una expresa prohibición de la apología al odio que constituya incitación a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive el género.

¹⁴¹ Corte Suprema de Chile. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, No. 1 (Corte Suprema 3 de abril de 2000, pág. 85.

¹⁴² García Ramírez, S. y Gonza, A. (2007), op. cit., pág. 17.

¹⁴³ STC Rol N°567-06, de 2 de junio de 2010. C° 32.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ES
UNA PIEDRA ANGULAR EN LA
EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD
DEMOCRÁTICA: ES INSTRUMENTO
PARA SU EJERCICIO, GARANTÍA DE
SU DESEMPEÑO Y EFECTO DE ELLA**

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Desde una perspectiva de género, la libertad de expresión se contrapone en muchos casos con la protección jurídica que el derecho internacional de los derechos humanos provee a las mujeres, como el derecho a vivir libre de violencia y el derecho a la igualdad y no discriminación. Los medios de comunicación, las redes sociales y la publicidad en muchos casos reproducen y difunden ideas e imágenes estereotipadas y degradantes de las mujeres, lo cual naturaliza la violencia de género.

Se observa “la invisibilización y ridiculización de la mujer, la permanencia del rol de la mujer como víctima, la coexistencia de estereotipos entre la mujer y la belleza, la perpetuación de roles tradicionales que asocian a las mujeres con un ámbito privado-doméstico, la cosmovisión masculina como dinámica arquetípica a seguir por las mujeres, la presencia de la mujer-objeto en los medios y la especialización temática de las revistas en función de los géneros”¹⁴⁴.

La objetivación y la sexualización de las mujeres en estos medios a través del humor y otras manifestaciones culturales, por un lado, tensionan el abordaje del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad y no discriminación, por otro. Resulta necesaria una lectura estructural y sistémica de ambos derechos, a fin de evitar la afectación de uno en defensa de otro.

La CEDAW establece en su artículo 2º el deber de los Estados de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación. En ese sentido, “insta a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas, y adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”¹⁴⁵.

A su vez, en el artículo 5º establece el deber estatal de “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Complementando lo anterior, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado que se “adopten medidas eficaces para garantizar que los medios de comunicación respeten a la mujer y promuevan el respeto de la mujer”¹⁴⁶.

Aun cuando el respeto al derecho a la libertad de expresión es fundamental en una sociedad democrática, éste no puede ser irrestricto o ilimitado. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalan que las restricciones a la libertad de expresión para ser legítimas, deben cumplir una serie de condiciones específicas: “1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, 2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos legítimos autorizados por la Convención Americana, y 3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines legítimos que se buscan; estrictamente proporcional a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”¹⁴⁷.

De esta manera, en el abordaje del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la igualdad y no discriminación y a una vida libre de violencia, se requiere hacer un ejercicio de ponderación que determine el equilibrio y la eventual prevalencia de un derecho sobre otro. En este sentido, la conexión entre libertad de expresión y derecho a la no discriminación debe ser explícita: se tienen que considerar resguardos que permitan un ejercicio pleno de la libertad de expresión, sin censura previa, pero que contemplen expresamente las responsabilidades

¹⁴⁴ García Muñoz, N. y Martínez García, L. (2008). La recepción de la imagen de las mujeres en los medios: una aproximación cualitativa. *Comunicación y Sociedad* (Nº10), pág. 118. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-252X2008000200005

¹⁴⁵ Arroyo Navarrete, L. *Violencia contra las mujeres y libertad de expresión: tensiones jurídicas*. Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe, vol. 14, núm. 2, pp. 31-43, 2017. Universidwad de Costa Rica. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/4769/476954689003/html/>

¹⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. Recomendación General N° 19 de 1992, considerando 24 d). Disponible en: http://archive.ipu.org/splz-e/cuanca10/cedaw_19.pdf

¹⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia Nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información. OEA/Ser.L/V/II.147 CIDH/RELE/INF. 10/13 5 marzo 2013. Pág. 23. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%202020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>

que se pueden aplicar en su ejercicio malicioso, particularmente en lo referente al uso de estereotipos de género y a la sexualización de la mujer que son formas de violencia.

Por otro lado, todavía las mujeres no participan de manera igualitaria en la dirección y la toma de decisiones dentro del contexto de las comunicaciones y los medios de difusión¹⁴⁸, así como tampoco en la cobertura de noticias de importancia. Por lo tanto, siguen siendo objeto de representaciones falsas y se disimulan sus aportes y su participación en la sociedad.

A los problemas ya mencionados, se suma la censura, control, acoso, limitación y restricciones que sufren las mujeres en el ámbito artístico y musical dentro de los medios de comunicación y redes sociales. Cientos de mujeres, en el ámbito nacional e internacional, han denunciado ser censuradas, controladas y cohesionadas en el ámbito de su expresión artística, física, sexual y de género, lo que da cuenta de un problema enraizado en la sociedad que establece parámetros y pautas aceptables dentro de las cuales se pueden expresar las mujeres en la sociedad¹⁴⁹.

Por último, es necesario manifestar que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ha sido una herramienta para exponer la realidad que experimentan las mujeres en sus relaciones interpersonales día a día, como casos de acoso laboral y sexual; violencia intrafamiliar, ataques sexuales, etc. Un medio que ha sido popularmente utilizado en este contexto es la “funa” en redes sociales. Esto es una publicación donde se denuncia públicamente a una persona como autora o partícipe de un hecho moralmente reprochable o de un determinado delito. La “funa” actúa como una forma de denuncia, un modo de advertir y proteger a otras mujeres o

también como parte de un proceso de reparación o sanación de una experiencia vivida. Siguiendo las normativas establecidas en la Constitución, las “funas” se comprenden en el ejercicio de la libertad de expresión y, por tanto, están sujetas a la responsabilidad asociada a su ejercicio. Para determinar esa responsabilidad se debe realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de el o la denunciante y el derecho a la honra y dignidad de el o la denunciada o al debido proceso, entre otros.

En la jurisprudencia nacional se distinguen dos posiciones: se han acogido recursos de protección (lo que da lugar a la obligación de eliminar la publicación) cuando la “funa” está vinculada con la imputación de un delito, por lo que esa imputación es una forma de autotutela que incumple con las garantías necesarias de un debido proceso¹⁵⁰ o una afectación a la honra y dignidad del denunciado¹⁵¹. Se han rechazado recursos de protección amparados en la libertad de expresión cuando la “funa” ha sido la denuncia pública de conductas moralmente reprochables, en la medida en que fuesen probadas por la denunciante¹⁵².

Más allá de la legalidad de las “funas”, se debe tener presente que su uso es el resultado de un sistema deficiente (o inexistente) que abandona a las mujeres víctimas, quienes han encontrado en las redes sociales y en el derecho a la libertad de expresión una forma de hacer frente ante un grave problema que las aqueja. Así, la preocupación respecto a estas acciones debería dirigirse a evitar los actos violentos cometidos por las personas “funadas” y en caso de ocurrencia, a su efectiva condena por parte de la justicia. Además, se estima que las Cortes en sus fallos por “funas”, deberían evitar la excesiva y desproporcionada condena en el pago de costas, además de cautelar que no exista una revictimización de la denunciante.

¹⁴⁸ Las mujeres han perdido su presencia en los medios de comunicación de un 24% en 2009 a un 19% en 2018. Ver: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2020). Nuevo mapa del poder y género (1995-2018). PNUD, pág. 54. Disponible en; <https://www.docdroid.net/tDdN7YA/mapa-del-poder-pdf-pdf>

¹⁴⁹ Algunos de estos casos que se pueden mencionar son:
- Censura a Mon Laferte por video musical donde se muestra sangre menstrual. Ver: El Dínamo (8 de agosto de 2019). Mon Laferte dispara contra YouTube por censurar video de “Canción de Mierda”. El Dínamo. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/actualidad/2019/08/08/mon-laferte-dispara-contra-youtube-por-censurar-video-de-cancion-de-mierda/>

- Becky G y censura a su canción “Mayores” por su contenido sexual. Ver: La Vanguardia (31 de octubre de 2017). ‘OT 2017’ censura la canción ‘Mayores’ de Becky G para evitar su carga sexual. La Vanguardia. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/television/20171031/432502823058/operacion-triunfo-ot-2017-censura-becky-g-letra-mayores-sexual.html>

¹⁵⁰ SCA de Valdivia, Rol N°497-2018, de 23 de abril de 2018 (Recurso de protección). Confirmada por la SCS Rol N°8.385-2018, 9 de julio de 2018.

¹⁵¹ SCS Rol N° 58.535-2020, 28 de julio de 2020.

¹⁵² Diario Constitucional (18 de agosto de 2018). CS rechaza protección por críticas publicadas en redes sociales. Diario constitucional. Disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/2018/08/18/cs-rechaza-proteccion-por-criticas-publicadas-en-redes-sociales/>

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

NACIONALIDAD

PAÍS: COLOMBIA

Por qué es un buen ejemplo:

La Constitución Política del Perú consagra el derecho a la libertad de expresión y prohíbe la censura y persecución por razón de ideas, además de señalar que no existirá el delito de opinión. Se establece como limitación a este derecho, la afectación de la moral o el orden público; y se consagra expresamente el derecho al honor y la buena reputación. A su vez, consagra la libertad de información y el derecho a recibirla de cualquier entidad pública.

La Constitución establece el deber de los medios de comunicación de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural. Además, establece que los partidos políticos tendrán acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general. Por último, prohíbe el monopolio de las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación.

Regulación Constitucional

Artículo 2.

Toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente.

Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. [...].

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravuada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Artículo 14°, inciso 5°.

[...] Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.

Artículo 35°.

[...] Mediante ley se establecen normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia sobre el origen de sus recursos económicos, así como su verificación, fiscalización, control y sanción.

Artículo 61°.

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concordación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

SEGUNDA PARTE / LA PERSONA EN LA SOCIEDAD

MANIFESTACIONES COLECTIVAS

Las manifestaciones colectivas son un elemento inherente en las sociedades democráticas, ya que permiten que distintos grupos puedan expresarse y levantar sus demandas. Estas también constituyen una forma de control de las actuaciones del Estado, por lo tanto, es deber del Estado promover y garantizar el ejercicio de las manifestaciones o protestas públicas por parte de la ciudadanía.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para poder comprender qué implica el derecho a manifestación o protesta pública se deben revisar algunos derechos previos, por medio de los cuales logramos alcanzar el ejercicio de este derecho:

Derecho de reunión:

De la mano del derecho a la libertad de expresión, en el contexto de las protestas y manifestaciones, el derecho de reunión se entiende como “la posibilidad de un grupo de personas de juntarse en un lugar determinado y también como la posibilidad de manifestar opiniones de forma colectiva aprovechando la posibilidad de organizar reuniones”¹⁵³. Este derecho es de gran importancia en las interacciones sociales y las aspiraciones democráticas de una sociedad, al “desempeñar un papel muy dinámico en la movilización de la población y la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones, pues facilitan la celebración de eventos y, lo que es más importante, ejercen influencia en la política pública de los Estados”¹⁵⁴.

Libertad de asociación:

“Presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos.”¹⁵⁵

Protege el derecho de asociarse con otros para la realización de un fin lícito, sin presiones ni intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad¹⁵⁶.

Los sindicatos y el derecho a huelga¹⁵⁷ son dimensiones del derecho a la libertad de asociación cuando se trata de determinados grupos y colectivos o formas específicas de protestas¹⁵⁸.

Manifestación o protesta pública:

“Una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación. Como ejemplos pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno; la reacción a una política o la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo.”¹⁵⁹

¹⁵³ INDH (27 de agosto de 2012). Minuta: “Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos”, págs. 4-5. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/242/manifestaciones-protesta-social?sequence=4&isAllowed=yes>

¹⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos CIDH (21 de mayo de 2011). Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación Mainia Kai, párrafo 24. Citado en CIDH, Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal (Naciones Unidas, 2019). Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf> pág. 12.

¹⁵⁵ Corte IDH, Caso Escher y Otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, pág. 169.

¹⁵⁶ Corte IDH, Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C, N°196, pág. 143. En el mismo sentido, ver: CIDH, Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal (Naciones Unidas, 2019). Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf> pág. 22, al señalar que la libertad de asociación se “extiende durante toda la vida de la asociación e incluye posibilitar el ejercicio de los fines para los cuales se constituyó”, y comprende a asociaciones con o sin estructura jurídica formal.

¹⁵⁷ Ver capítulo Derechos Laborales.

¹⁵⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH (2019), op. cit., pág. 22. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

¹⁵⁹ Ibidem, pág. 5.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

2.1. Libertad de Expresión

La Constitución regula el derecho fundamental de libertad de expresión en su artículo 19, numeral 12.

En su relación con el derecho a protestar, cabe destacar lo dispuesto en su inciso 1º: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades [...]”

Este derecho se encuentra tratado con mayor profundidad en el capítulo “Libertad de Expresión”.

2.2. Derecho de reunión.

La Constitución regula el derecho a reunión en dos aspectos. En el artículo 19, numeral 13 lo consagra como un derecho fundamental, asegurando el “derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”, para luego, en su inciso siguiente y final, restringir su ejercicio en el contexto de que “las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”.

Por su parte, en los artículos 40 y 43, la Constitución regula las restricciones al derecho de reunión en el escenario del establecimiento de un Estado de Excepción Constitucional¹⁶¹.

Finalmente, y por aplicación del artículo 5 inciso 2º de la Constitución, el derecho a reunión se encuentra establecido en los artículos 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En dichos tratados internacionales se consagra

el derecho de reunión pacífica sin armas, cuyo ejercicio sólo puede estar regulado o restringido por medio de una ley, con el fin de resguardar la seguridad nacional; la seguridad, el orden y salud pública; como también los derechos y libertades de los demás. Esto último se puede entender como un mandato a los estados que han firmado tales convenciones, que los obliga regular y restringir este derecho sólo por medio de una ley, es decir, se establece una reserva legal en favor del derecho de reunión.

En el caso de Chile, este mandato no es respetado por el numeral 13 del artículo 19 de la actual Constitución, ya que delega en las “disposiciones generales de policía” las regulaciones de este derecho. En la práctica esto corresponde al Decreto Supremo N°1.086 de 1983 del Ministerio del Interior. Sobre esta problemática, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al indicar que por “ley” debe entenderse “norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo”¹⁶².

2.3. Libertad de Asociación

La Constitución regula el derecho fundamental de libertad de asociación en su artículo 19, numeral 15:

En su inciso primero regula el derecho de asociarse sin permiso previo, que tiene relación con la autonomía y libertad para crear, organizar e integrar asociaciones.

En su inciso segundo señala que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación, es decir, el derecho de todas las personas para afiliarse o no a asociaciones.¹⁶³

¹⁶⁰ A nivel Internacional, estos derechos se encuentran consagrados en el artículo 13, sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión, el artículo 15 sobre derecho a reunión, y el artículo 16 sobre libertad de asociación, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile en 1990, y en los artículos IV, XXI y XXII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

¹⁶¹ Ver capítulo Estados de excepción constitucional.

¹⁶² Corte IDH (9 de mayo de 1986). En el mismo sentido Opinión Consultiva 6-86/1986.

¹⁶³ En Chile existe la Ley N°20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la cual en su artículo 1º consagra la dimensión positiva del derecho a asociarse libremente; y en su artículo 3º la dimensión negativa, ya que señala que nadie puede ser obligado a pertenecer o permanecer en una asociación, pues la afiliación es libre, personal y voluntaria.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El derecho a la manifestación o protesta colectiva no está expresamente regulado en la Constitución ni en tratados internacionales, sino que se desprende de los siguientes derechos: Derecho a reunión, Libertad de expresión y Libertad de asociación¹⁶⁴.

En el caso de Chile, y conforme lo señala el Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión en el país, de fecha 24 de octubre de 2016, existe “un régimen de autorización que no sólo contradice la Constitución de Chile, sino que es incompatible con el derecho internacional y con las mejores prácticas que rigen la libertad de reunión pacífica. En lo esencial, la exigencia de una autorización —incluso cuando se la denomina “notificación”— convierte el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica en un privilegio”¹⁶⁵.

Lo anterior, debido a que la Constitución dispone en el inciso segundo del artículo 19 N°13 que las reuniones que se efectúen en bienes nacionales de uso público (como calles o plazas) se regirán por las disposiciones generales de la policía, las que corresponden al Decreto Supremo N° 1.086 de 1983 del Ministerio del Interior que regula las reuniones públicas.

Dicho decreto, prescribe que el ejercicio del derecho de reunión tiene por límite el resguardo de un tercero y su uso no puede llegar hasta lesionar la libertad de otra persona o la conveniencia de la sociedad. Asimismo, plantea que es un deber de la autoridad ejercer la vigilancia y cuidar de la integridad de las personas y la conservación de las plazas, calles, paseos y bienes públicos, y que se respeten en el uso a que están destinados.

En la práctica, la gestión de las manifestaciones se rige por protocolos policiales destinados a mantener el orden público. Por ejemplo, se considerarán reuniones lícitas las que se han concedido con una autorización previa o tiene lugar de manera espontánea, y si se desarrolla con tranquilidad, seguridad y respeto a la autoridad policial. En los protocolos policiales, además se determina qué se entiende por manifestación violenta o agresiva, y cómo se usará la fuerza en las manifestaciones.

Como señala el Relator Especial es “el jefe del dispositivo el responsable de determinar la licitud o ilicitud de una manifestación en función del grado de tranquilidad y de respeto mostrado y de decidir el grado de fuerza que es necesario para preservar el orden público, cuestión que da margen a interpretaciones arbitrarias”¹⁶⁶.

En este sentido, los estándares internacionales son claros al señalar que las restricciones deben estar establecidas por ley, y el uso de la fuerza debe estar sometido a estrictos estándares de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

En los casos en que exista colisión de derechos, debe buscarse un justo equilibrio, lo que no implica sacrificar uno en favor de otro. Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha indicado que “las normas legales vagas o ambigüas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana, porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa o que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Naciones Unidas, Asamblea General “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile”, A/HRC/32/36/Add.1 (24 de octubre de 2016), disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/32/36/Add.1> pág. 2

¹⁶⁵ Ibidem, pág. 5.

¹⁶⁶ Ibidem, pág. 6-7.

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión (Naciones Unidas, 2010). Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26833-es.pdf> pág. 36.

La discrecionalidad indicada y la falta de una regulación adecuada del derecho a la protesta puede significar una desprotección del derecho. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, en su Informe Anual del 2005, ya alertaba respecto de la tendencia a criminalizar la protesta social¹⁶⁸.

Y si bien las diferentes formas de protesta social presentan distintas complejidades debido a los derechos en juego, debemos recordar que el “el derecho de reunión pacífica y sin armas no debe interpretarse de forma restrictiva, dado que constituye un elemento fundamental de la democracia¹⁶⁹”. Por lo tanto, la gestión adecuada de las manifestaciones requiere cierta conducta de los participantes y, principalmente, que el Estado adopte medidas necesarias para evitar actos de violencia y garantice la seguridad de las personas. No obstante, el Estado debe adoptar las medidas proporcionales al logro de dichos objetivos, no obstaculizando de forma arbitraria el ejercicio del derecho a la protesta¹⁷⁰.

Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en contextos de protesta. En este sentido, las personas que participan en concentraciones gozan de todos los derechos humanos en igualdad de condiciones, como son específicamente los derechos de libertad de reunión pacífica, de expresión, de asociación y de creencias; la participación en la dirección de los asuntos públicos; la integridad física, que comprende los derechos a la seguridad, a no ser

objeto de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y a la vida; la dignidad; la intimidad, también tienen derecho a un recurso efectivo para todas las violaciones de los derechos humanos y aunque los participantes de una reunión no actúen de forma pacífica y como resultado de ello, pierdan el derecho de reunión pacífica, conservan todos los demás derechos con sujeción a las limitaciones normales¹⁷¹.

Las manifestaciones y protestas, a través del ejercicio de la libertad de expresión, el derecho de reunión y de asociación, son elementos claves para fomentar la democracia y la participación social. Además, son un mecanismo esencial para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que son una herramienta de petición a la autoridad pública y también un canal de denuncias públicas sobre abusos y/o violaciones a los derechos humanos. También se encuentra estrechamente vinculada a las actividades de defensa de los derechos humanos y a la promoción y defensa de la democracia¹⁷².

En Chile ha existido criminalización de la protesta social, lo que ha quedado en evidencia tras los innumerables casos de violaciones a los derechos humanos cometidos por las Fuerzas de Orden y Seguridad a partir del 19 de octubre de 2019. Estos casos fueron denunciados no sólo por las víctimas de la represión, sino que también por organismos internacionales como Human Right Watch o la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre tantos otros¹⁷³.

¹⁶⁸ INDH (2012), op. cit., pág. 5

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal (Naciones Unidas, 2019). pág. 12. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf> párr. 10.

¹⁷⁰ Ibidem, párr. 12.

¹⁷¹ Asamblea General de Naciones Unidas (4 de febrero de 2016). Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones, A/HRC/31/66, pág. 4. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10365.pdf>

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal (Naciones Unidas, 2019). Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

¹⁷³ Alcaíno Arellano, E. (2020). Violencia policial desde el estallido social. Informe anual sobre derechos humanos en Chile del Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, págs. 83-117. Disponible en: https://derechos-humanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/02_Violencia_policial_desde_el_estallido_social.pdf

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Las manifestaciones o protestas colectivas son esenciales en las sociedades democráticas y son particularmente relevantes para dar mayor resonancia a grupos marginados o silenciados, como han sido históricamente las mujeres, cuyas reivindicaciones han sido visibilizadas por el movimiento feminista.

En este sentido, el Relator de las Naciones Unidas para los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación reconoció que aquellos grupos más vulnerados, comparten la experiencia de la discriminación, del trato desigual y el acoso, así como la invisibilización y exclusión del debate público¹⁷⁴.

En Chile no existe un derecho a la manifestación absoluto o acorde con los estándares internacionales, es decir, que se pueda ejercer sin autorización previa. Además, su regulación ha sido entregada a protocolos policiales discrecionales que han provocado un sinnúmero de arbitrariedades, como quedó de manifiesto en las numerosas violaciones a los derechos humanos cometidas por las Fuerzas de Orden y Seguridad a partir del 19 de octubre de 2019.

La autorización previa desincentiva y evita las manifestaciones espontáneas, las cuales, en el caso del movimiento feminista, en muchas ocasiones responden a contingencias como son los femicidios o los casos de violencia de género.

Otra problemática es que para la autorización previa se requiere entregar el nombre de un organizador, lo que en el caso del movimiento feminista podría resultar complejo debido a que son muchas las organizaciones que, de manera inorgánica, participan de las manifestaciones.

El informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile¹⁷⁵, indica que existe un grave problema de acoso sexual por parte de las policías, quienes en numerosas ocasiones han sido denunciadas por las manifestantes. Además, han existido casos de mujeres detenidas, que fueron golpeadas en sus partes íntimas, obligadas a desnudarse y a realizar ejercicios físicos degradantes. Estas conductas también han afectado a mujeres mapuches, a quienes también se les ha obligado a desprenderse de sus vestimentas y collares tradicionales.

Por este motivo es necesario que la normativa nacional se ajuste a los estándares internacionales y, por sobre todo se capaciten a los y las funcionarias en materia de derechos humanos y específicamente en la prevención del acoso sexual, la tortura y el respeto a la cultura y derechos de los pueblos indígenas, especialmente en el caso de las mujeres.

¹⁷⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (14 de abril de 2014). Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai, A/HRC/26/29, párr. 10.

¹⁷⁵ Naciones Unidas, Asamblea General “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile”, A/HRC/32/36/Add.1 (24 de octubre de 2016), disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/32/36/Add.1>

**LAS MANIFESTACIONES COLECTIVAS
SON ESENCIALES EN LAS SOCIEDADES
DEMOCRÁTICAS Y SON PARTICULARMENTE
RELEVANTES PARA DAR MAYOR
RESONANCIA A GRUPOS MARGINADOS**

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

DERECHO A REUNIÓN

PAÍS: URUGUAY

Por qué es un buen ejemplo:

Las demás constituciones de la región latinoamericana, miembros de la OCDE, son coherentes con los dispuesto en la materia por los tratados internacionales. La Constitución de la República Oriental del Uruguay, publicada en 1985, en su artículo 38 regula el derecho de reunión haciendo mención expresa a la reserva legal consagrada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En ella se establece que las limitaciones que por ley se realicen sobre el derecho de reunión serán con el objetivo de proteger la salud, la seguridad y el orden público.

Regulación Constitucional

Artículo 38.

Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos.

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

PAÍS: MÉXICO

Por qué es un buen ejemplo:

Contempla, por una parte, la autonomía de las personas para ser parte de cualquier asociación con fines lícitos, pero, por otra parte, pone el foco en el carácter pacífico de las asociaciones. Además, en cierta medida, reconoce la asociación y la reunión en el contexto de la protesta pacífica.

Regulación Constitucional

Artículo 9.

No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se deseé.

TERCERA PARTE

EL ESTADO

Sistema de Gobierno

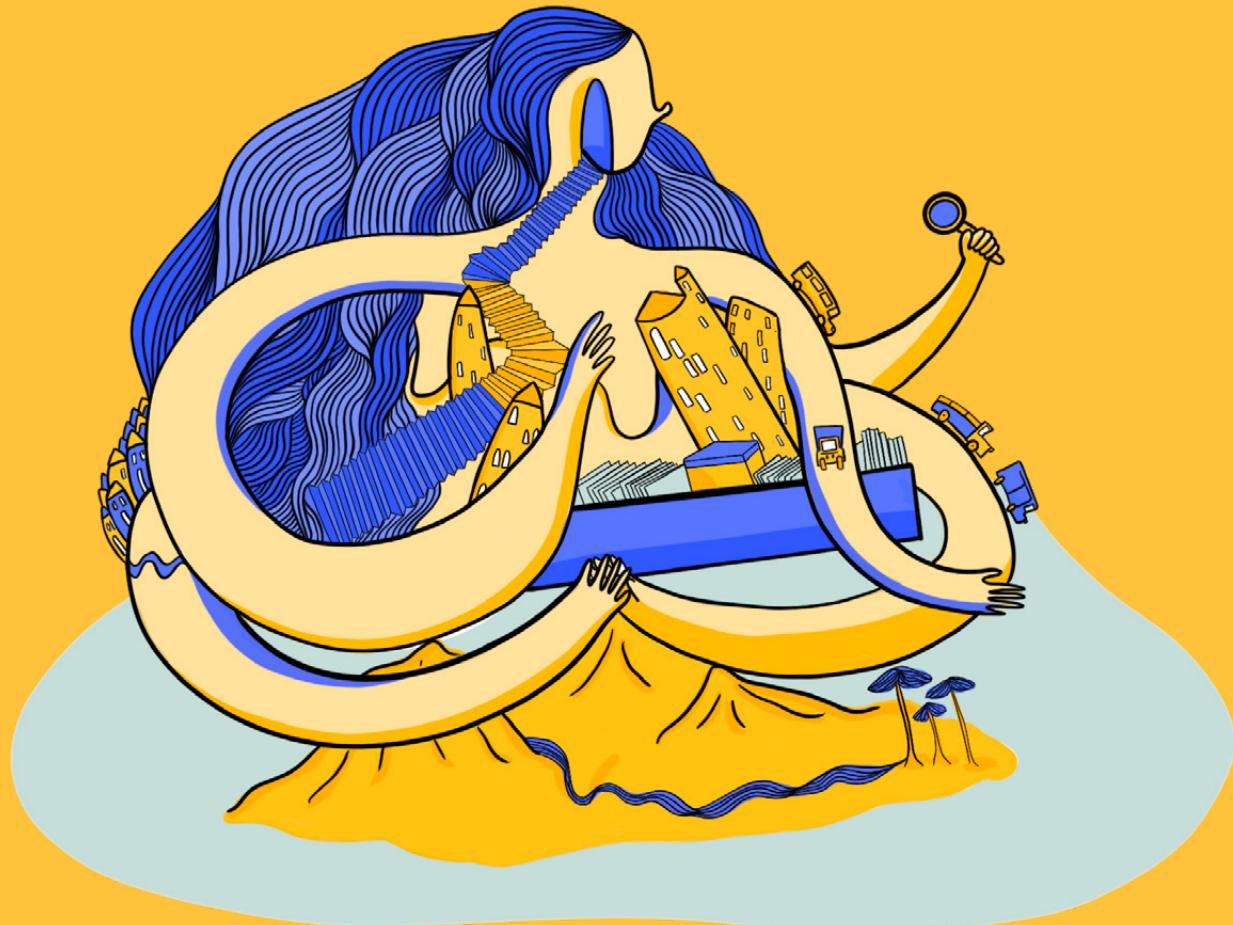
Funciones del Estado

Estados de Excepción Constitucional

Principios de buena
Administración Pública

Administración Territorial
del Estado

Fuerzas Armadas y de Orden y
Seguridad



TERCERA PARTE / EL ESTADO

SISTEMA DE GOBIERNO

La Constitución establece las bases reguladoras del sistema de gobierno, determina cómo los poderes públicos se relacionarán entre sí y cómo pueden y deben relacionarse con la ciudadanía. Este capítulo hace una revisión de esas bases en la Constitución vigente, cuyas grandes líneas definen a Chile como una república democrática y un Estado de Derecho; estructurados sobre la separación de poderes, los pesos y contrapesos, y el límite y control al poder.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para poder comprender en su totalidad los temas que se desarrollarán a continuación, es necesario definir y conocer algunos de los conceptos relevantes que lo componen:

Parlamentarismo:

Sistema de gobierno conforme al cual la representación del pueblo es ejercida por el Parlamento, que a su vez designa por mayoría al Jefe de Estado o de Gobierno.

Presidencialismo:

Sistema de gobierno conforme al cual la representación del Congreso y la representación del Ejecutivo corren por cuerdas separadas y es este último quien cumple la función de Jefe de Estado o de gobierno.

República:

Régimen constitucional que, en un sentido material, establece que la soberanía debe ser ejercida de acuerdo con los intereses de la comunidad como un todo, y no intereses particulares.

Separación de poderes:

Principio constitucional conforme al cual cada uno de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) deben ordenar sus actuaciones en torno a sus fines, sin inmiscuirse ni autorizar la intervención en las funciones de los demás poderes públicos.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución vigente regula el régimen político y las formas de gobierno a partir de diversas disposiciones, tanto en el Capítulo I de Bases de la Institucionalidad, como en los capítulos IV y VII. Adicionalmente, se completa esta regulación con los Capítulos destinados a la regulación de la Presidencia de la República, el Poder Judicial y el Congreso Nacional.

En lo que sigue, se revisará la regulación que configura una República Democrática, un Estado de Derecho y el principio de separación de poderes.

2.1. República democrática

El artículo 4º de la Constitución de 1980 establece que “Chile es una república democrática”. El artículo 5º, por su lado, señala que la soberanía reside esencialmente en la Nación, especificando

que “su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas”, por lo que “ningún sector del pueblo ni individuo puede atribuirse su ejercicio”.

En lo que respecta a la consagración de la democracia como sistema de gobierno representativo, el artículo 26 establece que el o la Presidenta de la República es electo “en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos”.

El Congreso tiene una regulación similar y así el artículo 47 señala que la Cámara de Diputados “está integrada por miembros elegidos en votación directa por distritos electorales”, mientras que el Senado de acuerdo con el artículo 49, “se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales”.

2.2. Estado de Derecho

Respecto a este concepto, el artículo 6° de la Constitución Política de la República señala, que los distintos órganos del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. El mismo artículo, además, aclara que la Constitución obliga tanto a las instituciones como a las personas o grupos de personas que la componen, es decir, todo individuo queda sujeto a ella.

El artículo 7° por su parte, establece que los órganos del Estado deben actuar con la habilitación correspondiente (esto es, “previa investidura regular de sus integrantes”), dentro de sus ámbitos de competencia y en la forma que prescriba la ley. De ahí que sea inadmisible que se atribuyan más facultades que aquellas que la Constitución y las leyes les confieren.

2.3. Separación de poderes

Al regular las competencias del Poder Judicial, el artículo 76 dispone que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Especifica que, dado que esta facultad es exclusiva de los tribunales, “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o revivir procesos fencidos”.

Lo que la Constitución hace en el artículo 76 es establecer la función de resolver conflictos jurídicos en los Tribunales de Justicia (agrupados en el Poder Judicial). Ello se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 19, N°3 que contiene garantías de debido proceso, señalando que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley”.

En cuanto al Poder Ejecutivo, el artículo 24 establece que “el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República”. El artículo, además, especifica que es precisamente esta magistratura la que cumple el rol de “Jefe del Estado”, favoreciendo con ello un régimen presidencialista que luego se refuerza por su rol de colegislador y en general, facultades de incidencia en el proceso legislativo.

El Congreso Nacional, por su lado, se describe funcionalmente a partir de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución. Se consagra una estructura bicameral (esto es, compuesta de dos cámaras: Cámara de Diputadas y Diputados y Senado), esta norma establece que ambas cámaras “concurren a la formación de las leyes en conformidad a” lo dispuesto en la Constitución, en el proceso de formación de la ley que se describe en la Carta Fundamental en los artículos 66 y siguientes.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

En lo que respecta a la configuración de una República democrática, es necesario analizar qué es lo que cada una de estas palabras significan para poder definir qué es lo que se está regulando exactamente. En ese sentido, si bien la idea de República surge como régimen opuesto al monárquico¹⁷⁶, el concepto adquirió un contenido más sustantivo, cuando se asoció a la noción de comunidad pública (o *res publica*).

La idea detrás de esta última formulación descansa en que la soberanía no pueda ejercerse para satisfacer intereses de individuos o grupos determinados, sino que sólo en favor de los intereses de la comunidad como un todo. Asimismo, el concepto se asocia con la necesidad de regular los cargos y atribuciones públicas y las instituciones, con tareas y competencias reguladas en la Constitución y la ley, para evitar que las potestades públicas sean ejercidas sólo en beneficio de unos pocos¹⁷⁷ (y consecuentemente, en perjuicio de la comunidad toda).

En este contexto, lo que hace el artículo 4º es declarar la existencia de una República, y se refuerza luego en el artículo 5º que señala que “ningún sector del pueblo ni individuo puede atribuirse” el ejercicio de la soberanía. Esto está refrendado por el contenido de los artículos 6º y 7º de la Constitución, lo que permite hablar de la existencia de un Estado de Derecho que atiende a fines similares.

La democracia como principio constitucional, se relaciona con la legitimidad de las decisiones adoptadas por los distintos órganos estatales, es decir, el principio democrático se preocupa de que las decisiones del Estado reflejen la voluntad de la comunidad política que representa¹⁷⁸.

Por lo mismo, el principio democrático se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la soberanía popular, consagrado expresamente en la Constitución en su artículo 5º. Este último sostiene que a diferencia de lo que sucede con el dominio o

poder privado, el poder público sólo puede ser ejercido con justificación y legitimidad, la cual sólo puede venir del pueblo¹⁷⁹.

Ahora bien, la democracia puede ser ejercida de manera directa o indirecta. Paradigmáticamente, el plebiscito es el mecanismo de participación directa más presente en la historia constitucional chilena, por cierto, en el texto, pero no tanto en los hechos. Sin embargo, la Constitución establece la elección de autoridades que actuarán como representantes del pueblo, favorece un régimen democrático y representativo como la regla general para el ejercicio del poder, donde se consideran los mecanismos de democracia directa sólo de forma excepcional y más bien atenuada.

Adicionalmente, la forma en la que se articula el gobierno en la Constitución vigente es regulada en los artículos 6º y 7º, configuradores del Estado de Derecho. Este concepto ha variado a lo largo de la historia, y actualmente se entiende mayoritariamente como un principio conforme al cual los órganos y funcionarios del Estado, deben someter su actuación a lo establecido en las leyes y la Constitución. De esta forma, se pretende delimitar la manera en que se relacionan la ley con el gobierno, y este a su vez, con el pueblo, resguardando así el libre desenvolvimiento de los y las ciudadanas¹⁸⁰.

Las disposiciones que norman un Estado de Derecho son susceptibles de ser funcional a la ideología estructurada por el texto constitucional. Consecuentemente, una normativa del Estado de Derecho que sólo se preocupe de limitar la actuación de los órganos públicos, es entendida como una regulación liberal.

Frente a ella, ha surgido la noción de Estado Social de Derecho, conforme a la cual los deberes del Estado se expanden para abarcar no sólo su propia autorregulación, sino que especialmente el deber de atender a las necesidades que nacen de la realidad

¹⁷⁶ Böckenforde, E. *Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia*, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, 2000, pág. 12.

¹⁷⁷ Böckenforde, op cit., pág. 127-128.

¹⁷⁸ Böckenforde, op. cit. pág. 47.

¹⁷⁹ Böckenforde, op.cit. pág. 48.

¹⁸⁰ Böckenforde, op.cit. pág.31.

social del pueblo. De esta forma, el Estado Social de Derecho se estructura como un sistema de vínculos no sólo negativos, sino también positivos al poder estatal, que no se agote en prohibiciones, sino que también incorpore “obligaciones, definidas y taxativas de cara a los ciudadanos”¹⁸¹.

La Constitución de 1980 prescribe con claridad que los órganos del Estado deben “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. También establece delimitaciones claras respecto de la autorización que estos requieren para actuar válidamente, sin consagrar necesariamente un Estado Social de Derecho.

Finalmente, es necesario desentrañar qué es lo que significa que la Constitución establezca un principio de separación de los poderes del Estado. Para esto, es relevante dar cuenta de la manera en que la noción de “separación de poderes” ha evolucionado en la última década¹⁸², particularmente con el desarrollo y la ampliación de los espacios de incidencia de la Administración¹⁸³. Es por ello, que la academia ya no se refiere a la separación de poderes en sentido puro, sino que abre su comprensión a un sentido parcial¹⁸⁴.

Bajo esta estructura, la separación de poderes no prescribe la necesidad de que la creación de normas corresponda exclusivamente al Congreso, la adjudicación corresponda exclusivamente a los tribunales y la ejecución de leyes únicamente corresponda a la Administración. El énfasis estaría puesto en la necesidad de que cada procedimiento se encuentre diferenciado y responda a las necesidades de los fines perseguidos, sin perjuicio de que sea posible (y, de hecho, en la realidad suceda) que el Congreso Nacional tenga instancias de adjudicación y administración, el Poder Judicial cuente con potestades administrativas y normativas y la Administración pueda adjudicar y crear normas para alcanzar sus fines.

Así, mientras la Constitución de 1980 dispone regulaciones de separación de funciones, también contempla expresamente casos en que las facultades característicamente asociadas a cada rama del Estado son ejercidas por áreas diversas. Con ello, se prevé un principio de separación de poderes parcial, que admite interacción entre cada uno de los órganos.

En otros países, la necesidad de desconcentrar el poder ha cristalizado en distintas fórmulas de gobierno. Por ejemplo, en los países parlamentarios la representación es ejercida por el Congreso que designa a un jefe de Estado (cabeza del Ejecutivo) por mayoría. En la medida en que el jefe de Estado mantenga la mayoría en el Congreso, permanece a la vez en su cargo. Países presidencialistas en cambio, han entendido que la representación que ejerce el Congreso es paralela e independiente de aquella que ejerce el o la Presidenta, de modo que ambos son electos popularmente, correspondiendo a este último el rol de Jefe de Estado¹⁸⁵. Este es el sistema dispuesto por la Constitución de 1980.

Asimismo, y en el contexto de buscar fórmulas para la desconcentración del poder, hay países que optan por hacerlo dentro de la legislatura¹⁸⁶. De este modo, hay sistemas que optan por un régimen unicameral al interior del Congreso (por medio de una gran sala, sin Cámara de Diputados y Senado) y otros que dividen la función (para que exista una cámara de origen y una cámara revisora al interior del Congreso). Mientras que nuestra Constitución establece un régimen bicameral.

¹⁸¹ Ferrajoli, L. Estado Social y Estado de Derecho. En Abramovich, V., Añón, M.J., Courtis, CH. [comp.] (2016). Derechos Sociales. Instrucciones de uso (segunda reimpresión). Fontamara, pág.18.

¹⁸² Ver: Carolan, E. (2009). *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. Oxford University Press; y Möllers, C. (2013) *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford University Press. En Chile: Soto Velasco, S. (2018). La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. *Estudios Constitucionales*, año 16 (Nº2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200449>

¹⁸³ Loughlin, M. (2004). *The Idea of Public Law*. Oxford University Press, pág. 26.

¹⁸⁴ Barber, N. W. (2012). *The separation of Powers and the British Constitution*. University of Oxford Legal Research Paper Series (Nº03/2012), pág. 2.

¹⁸⁵ Möllers, C. (2013). *The Three branches: A comparative model of separation of powers*. Oxford University Press, págs. 110 y ss.

¹⁸⁶ Möllers, C. (2013), op. cit., págs. 38 y ss.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Formalmente, la Constitución de 1980 señala que todos los ciudadanos son libres e iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, en la práctica las declaraciones formales no han sido capaces de revertir la situación de vulnerabilidad y desprotección en que se encuentran las mujeres y la población LGBTIQ+, además de otros grupos históricamente desplazados por las lógicas patriarcales y de mercado.

Asimismo, por mucho que se contemple una democracia representativa limitada por la soberanía popular, lo cierto es que la composición de las autoridades políticas no alcanza a dar cuenta de la heterogeneidad que compone a la ciudadanía.

En ese sentido, el compromiso con un Estado de Derecho es insuficiente en la medida en que no permite entender que el Estado asume un compromiso con el bienestar de cada uno de sus ciudadanos. Sería un Estado Social de Derechos lo que permitiría avanzar una agenda feminista de protección de los grupos desaventajados, abandonando con ello una lógica liberal que sólo propone a la limitación de las potestades públicas¹⁸⁷.

Lo anterior, es porque los derechos sociales, al igual que el resto de los derechos humanos, constituyen herramientas normativas para asegurar la autonomía de las personas. Como ya señalamos, la subordinación femenina constituye una barrera que dificulta el desarrollo de la autonomía de las

mujeres, de manera tal que en los hechos y en tanto grupo, no gozan de la misma capacidad que los hombres para satisfacer sus necesidades básicas y desarrollar de manera realmente libre su plan de vida. Los derechos sociales entonces, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, aseguran una igual libertad para todos y todas.

Asimismo, una democracia genuinamente representativa debe ser capaz de dar cuenta de la composición de la comunidad política. Sin embargo, no existen cláusulas constitucionales para procurar que ese sea el caso. Esto es algo que fue advertido por la comunidad y recogido por parlamentarios a la hora de articular el sistema de elección de los delegados constituyentes. Es por ello, que para su elección se utilizó un sistema que garantizaba la existencia de igual cantidad de candidatas mujeres que candidatos hombres, e igual probabilidad de terminar integrando la Convención Constituyente. Mecanismos como los allí implementados hacen más probable una representatividad transversal y plena de la nación¹⁸⁸.

Sin embargo, aún fuera de los cargos de representación popular, es posible adoptar cláusulas generales de paridad¹⁸⁹ para la integración de los puestos públicos. Ello supone el establecimiento de mandatos de paridad a nivel constitucional, de modo que la totalidad del Estado refleje la composición del país¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Sarmiento Ramírez, C., Lagos Tschorne, C., Busch Ventur, T. (2020). Nuevos principios rectores del Estado con perspectiva de género. Nueva constitución con perspectiva de género, pág. 5.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ver Capítulo: Paridad en el ejercicio de los derechos políticos

¹⁹⁰ Ponce de León Solís, V., Sepúlveda Hales, B., Zúñiga Añazco, Y., Henríquez Viñas, M. (2020). Paridad en el poder. Nueva constitución con perspectiva de género, pág. 18.



5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA

PAÍS: BOLIVIA

Por qué es un buen ejemplo:

Si bien el artículo 1º de la Constitución boliviana ya contempla la forma democrática del Estado, el artículo 11 establece que se trata de una República. Además, este artículo regula distintas formas en que se materializa el sistema democrático, incorporando mecanismos de participación directa, representativa y comunitaria.

Regulación Constitucional

Artículo 11.

I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.
 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.
 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.
- sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos.

ESTADO DE DERECHO

PAÍS: ECUADOR

Por qué es un buen ejemplo:

En su artículo 1º, la Constitución ecuatoriana consagra un Estado de derechos, social intercultural, plurinacional y laico, nuevamente reforzando el deber positivo del Estado frente a sus ciudadanos.

Regulación Constitucional

Artículo 1.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. [...]

SEPARACIÓN DE PODERES

PAÍS: BOLIVIA

Por qué es un buen ejemplo:

El ejemplo de la Constitución de Bolivia es muy iluminador, en la medida en que, si bien consagra el principio de separación de poderes, también lo reafuerza con la idea de coordinación y cooperación entre los mismos.

Regulación Constitucional

Artículo 12.

I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos.

TERCERA PARTE / EL ESTADO

FUNCIONES DEL ESTADO

Es necesario comprender qué es el Estado, su evolución histórica y cuáles son las funciones que se ejercen a través de éste, para así analizar el contexto y regulación actual de la función legislativa, ejecutiva y judicial en nuestro país, con el objeto de vislumbrar las falencias que aquejan a nuestro sistema y proponer soluciones que podrían ser adoptadas en el proceso constituyente.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Con el objeto de entender cuáles son las funciones del Estado en las teorías políticas actuales y lo que implican en la práctica para la ciudadanía, primero debemos estudiar los siguientes conceptos:

Estado:

Según el sociólogo Max Weber, se puede definir como “aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima¹⁹¹”. Los elementos que lo componen son: el *territorio* en el cual se extiende, la *población* que lo integra y el *poder* que se ha acordado que ejerza

Poderes del Estado:

En un principio, las teorías modernas entendieron que el Estado comprendía el ejercicio de tres poderes: el legislativo o el de dictar leyes, el ejecutivo o el

de ejecutar las resoluciones públicas y el judicial o el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares¹⁹². Estas teorías establecieron la idea de que el ejercicio de dichos poderes debe separarse en personas o instituciones distintas, es decir, pasar de su concentración en la figura del monarca a la distribución de éstos en las figuras del parlamento (Congreso), los tribunales y el rey/presidente.

Posteriormente, las teorías modernas evolucionaron y pasaron de la figura de los poderes del Estado, que debían ejercerse de forma separada, al concepto de funciones que cumple el Estado: dictar las leyes, resolver conflictos y gobernar, las que siguen radicadas en distintas instituciones pero que se relacionan entre sí, controlando y equilibrando mutuamente. Algo que la teoría ha llamado “check and balance”, “controles y equilibrios” o “pesos y contrapesos”.

¹⁹¹ García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2014), op. cit., pág. 420.

¹⁹² Montesquieu, (2018) “Del Espíritu de las Leyes”. (1a. ed.). Ciudad de México: Ediciones y Recursos Tecnológicos, S.A de C.V, Pág. 162. Disponible en: <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espiritu-leyes.pdf>

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución Política de la República de 1980 consagra al poder ejecutivo, legislativo y judicial en sus capítulos IV, V y VI. A continuación, se citan los principales artículos que establecen la regulación de los poderes del Estado:

2.1. Función / Poder Ejecutivo

Según el artículo 24 del Capítulo IV de la Carta Fundamental, el gobierno y la administración recaen en la Presidencia de la República, siendo a su vez la jefatura de Estado. Así, se establece que su

autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes, debiendo dar cuenta todos los años de la administración encargada¹⁹³.

Del artículo 24 al 32 se regula específicamente la figura presidencial. Se establece quién puede ser presidente, por cuánto tiempo, el sistema democrático mediante el cual se elige, sus plazos y todas aquellas regulaciones en caso de que haya vacancia, suplencias u otros.

¹⁹³ Vale destacar que esta función es, primeramente, de conducción (el gobierno decide qué se hace y qué no), relacional (se manifiesta a través de las relaciones de los órganos del Estado), discrecional, (no está reglada en su esencia, la forma en que se conduce al país será determi-

nada a través de las políticas que decida el gobierno de turno, y un poder residual (todo lo que no sea ejecutado o entregado a un órgano particular, y que sea necesario para el bien común, recae en el poder ejecutivo).

Entre los artículos 33 y 37 bis se regula a ministras y ministros, quienes son los colaboradores directos e inmediatos del presidente en el gobierno y administración del Estado.

Con todo, la Presidencia de la República acumula diversas atribuciones: la función de gobierno y administración, labores legislativas, judiciales y económicas. Cabe destacar el artículo 32, que regula las atribuciones especiales del presidente, dentro de las cuales destacan su participación como legislador en diversas materias donde tiene iniciativa exclusiva¹⁹⁴, la facultad de emitir decretos de ley y con fuerza de ley, la potestad reglamentaria, el otorgamiento de indultos, la declaración de estados de excepción constitucional, el nombramiento de diversas autoridades, dirigir las relaciones exteriores del país (con facultades tales como la declaración de guerra) y cuidar la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley, entre otras.

La presidencia es fiscalizada y controlada por el Congreso (entre otros órganos), pudiendo ser acusada constitucionalmente por la mayoría de los y las diputadas en ejercicio (artículo 52 N°2 letra a) de la CPR¹⁹⁵.

2.2. Función / Poder Legislativo

Implica la dictación de leyes, el control de los actos de gobierno y la deliberación sobre asuntos públicos de relevancia que interesan a la comunidad toda¹⁹⁶.

El Congreso Nacional se encuentra regulado en el Capítulo V de la actual Constitución Política, el que consta de dos cámaras: la de diputados/as y el Senado.

El artículo 48 indica los requisitos necesarios para ser elegido diputado o diputada, mientras que el artículo 54 establece las atribuciones del Congreso y el artículo 63, las materias de ley. Cabe aclarar que este referido artículo 63 se establece como un límite, en cuanto fija las materias sobre las cuales se puede legislar en el proceso deliberante del Congreso, mientras que todo aquello no contemplado en esa disposición podrán ser reguladas directamente por el poder ejecutivo, mediante su potestad reglamentaria.

En el artículo 65 se regula el proceso de formación de la ley, mientras que el artículo 66 señala los quórum de las diferentes normas.

2.3. Función/Poder Judicial

Se encuentra regulado en el Capítulo IV de la Constitución Política de la República, que inicia con el artículo 76, en el cual destaca el principio de la separación de los poderes del Estado. Así, deja en claro que la Presidencia de la República y el Congreso no pueden ejercer la función judicial, influir o interferir en ésta. También es relevante el principio de inexcusabilidad en el ejercicio de la función judicial, que la obliga a emitir pronunciamiento sobre los asuntos sometidos a su conocimiento.

Entre otras normas, se puede destacar el artículo 78, el cual prescribe las reglas generales para el nombramiento de los jueces, el artículo 79, que fija la responsabilidad de los jueces sobre los delitos que pueden cometer en el ejercicio de sus funciones, y el artículo 82, que establece que la Corte Suprema tiene la vigilancia de todos los tribunales del país a excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales.

¹⁹⁴ A este respecto, consultar artículos 63, 65 y 121 de la CPR, en donde se establecen las materias de ley en las cuales hay iniciativa exclusiva del presidente.

¹⁹⁵ Ver capítulo: Control de la Administración del Estado.

¹⁹⁶ García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2014), loc cit., pág. 725.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

En el proceso constituyente que está transitando Chile, se busca corregir diversas falencias que han sido detectadas en el actual sistema. Una de ellas se relaciona con el desequilibrio en las estructuras y relaciones de poder que, al ser desbalanceadas, perpetúan la asimetría en las estructuras sociales. Ejemplos de lo anterior están dados por las amplísimas atribuciones que tiene el poder ejecutivo, personificado en la Presidencia de la República, y la posibilidad que tiene de vetar leyes e incluso su poder en la designación de ministros y jueces en el poder judicial.

Esta desigualdad tiene un profundo impacto democrático y representativo, ya que funciones como la potestad reglamentaria¹⁹⁷ son criticadas por extraer materias relevantes de las discusiones

y deliberaciones democráticas necesarias en el proceso de creación de las normas. Así, decisiones y regulaciones que deberían ser entregadas al Congreso Nacional, pueden ser reguladas directamente por el ejecutivo. En este contexto, sus intervenciones en otros poderes agudizan el desequilibrio. Como ejemplos destacan la posibilidad de nombrar ministros de la Corte Suprema y el veto a leyes en tramitación.

Finalmente, otra expresión de la asimetría del poder que existe en Chile es la exclusión de los Pueblos Originarios¹⁹⁸ en las formas de organización. La actual Constitución y sistema judicial no reconocen la justicia de las comunidades originarias, por lo que se requiere un expreso reconocimiento de su autonomía para resolver sus conflictos en base a su derecho propio, sus costumbres y cosmovisión.

¹⁹⁷ Poder que se otorga al Presidente/a de la República para regular materias que son propias de ley (ejecución) o regular aquellas materias que están fuera del objeto de las leyes (autónoma).

¹⁹⁸ Ver capítulo Pueblos Originarios y Estado Plurinacional.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

a. Poder Ejecutivo

Uno de los principales problemas es la configuración de Chile como un gobierno hiperpresidencialista. Este sistema es heredado de la dictadura militar que rigió a Chile desde septiembre de 1973 hasta marzo de 1990 y en su virtud, se ha dado una gran concentración de facultades al poder ejecutivo (Presidencia de la República) en desmedro del poder legislativo e incluso, interviniendo en el poder judicial.

El hiperpresidencialismo genera un desequilibrio e implica una distribución inequitativa de los poderes entre las instituciones, algo que en Chile se manifiesta especialmente en determinadas atribuciones problemáticas: el voto presidencial; el control de la

agenda legislativa y el tipo de urgencia de cada materia legal para discutirse (simple urgencia, suma urgencia y discusión inmediata); iniciativa y designación de autoridades judiciales; iniciativa exclusiva en determinadas materias de ley y control del gasto público, entre otras.

En segundo lugar, las excesivas facultades del poder ejecutivo se presentan como otra barrera para el ingreso de las mujeres a dicho puesto. En la historia de Chile, sólo ha habido una mujer en el cargo presidencial, lo que evidencia un problema de representatividad. Los poderes podrían estar sujetos a la paridad, lo cual generaría una radiografía más certera de la sociedad, si se considera que la mayoría de la población de Chile corresponde al género femenino.

En ese sentido, se podría establecer paridad en el gabinete de ministros y ministras, lo que entregaría una mirada integral y representativa a la acción de gobierno, lo que no ocurre en el presente¹⁹⁹.

b. El problema del congreso bicameral

Existe un amplio abanico de críticas al poder legislativo chileno. Orgánicamente se ha criticado la bicameralidad en un país unitario como Chile, cuestionando la existencia del Senado pues, en la práctica, implica un entorpecimiento para la tramitación de leyes, lo que ha significado un freno a normas progresistas²⁰⁰.

Asimismo, se critica el mal uso de recursos que podrían ser redirigidos a temas prioritarios como salud, vivienda, educación o seguridad social, e incluso podrían ir al financiamiento de instituciones de interés social como lo es la defensoría del pueblo.

Por otra parte, se ha criticado el tipo de mandato que se ha dado a los representantes y la falta de mecanismos de manifestación directa de la voluntad popular, tales como los referéndum, plebiscitos e iniciativa popular de ley.

En cuanto a la paridad, si bien existe una ley de cuotas que busca promover la participación de mujeres en el Congreso, en la práctica la participación femenina es baja, lo que provoca una sobrerrepresentación masculina también en el poder legislativo. Así, debiese implementarse la paridad para que al menos la mitad de quienes compongan este poder sean mujeres.

Pese al punto anterior, un sistema virtuoso no se agotará en la incorporación de paridad. La unicameralidad también podría ser una excelente iniciativa en pro de la justicia social, sin embargo, se requerirá que esta única cámara sea compuesta por representantes de los más variados sectores de la ciudadanía, promoviendo así la integración de diferentes grupos sociales en el trabajo compartido por la consecución del bien común.

c. Falencias del sistema judicial

Uno de los aspectos que se cuestiona en el sistema judicial chileno es la ausencia de coherencia en las decisiones judiciales, ya que frecuentemente las sentencias sobre el mismo asunto se pueden resolver de maneras distintas e incluso contradictorias.

En este contexto, se ha intentado otorgar mayor coherencia a las decisiones judiciales por medio de la creación de recursos de última instancia, como es el caso del recurso de unificación de jurisprudencia en sede laboral. Sin embargo, se trata de soluciones aisladas, que no logran abordar el problema en su conjunto, esto es, que en Chile no rige para la judicatura una obligación de responder frente a la jurisprudencia ya existente, razón por la cual se generan inconsistencias en el sistema.

Otro asunto crítico es la brecha de género que existe en el nombramiento de los cargos del Poder Judicial. En Chile no se han aplicado acciones afirmativas que permitan la integración de los tribunales de forma paritaria. Esta falencia tiene, entre otras consecuencias, que se dicten sentencias y resuelvan conflictos ignorando la óptica feminista que requieren ciertas causas, la que implica el entendimiento de diferencias estructurales que perpetúan la desigualdad entre mujeres y hombres.

Además, es necesario revisar, a nivel constitucional, la falta de regulación expresa del control de convencionalidad²⁰¹. Los poderes del Estado, y en particular los y las juezas en este país, no sólo deberán observar la Constitución, leyes y reglamentos que conforman el ordenamiento jurídico chileno, sino que también debiesen sujetarse a lo establecido en tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile, por aplicación del actual artículo 5 inciso 2º de la Constitución.

En este contexto, es importante determinar qué rango normativo tienen los tratados internacionales, por cuanto también podría extenderse a aquellos que velen por los derechos de la mujer, como la CEDAW.

¹⁹⁹ Actualmente, de 24 ministerios sólo 8 están encabezados por una mujer, esto es, solo $\frac{1}{3}$.

²⁰⁰ Este fenómeno se debe a la composición más bien conservadora del Senado chileno.

²⁰¹ Ver capítulo: Tratados Internacionales.

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR²⁰²

A continuación, se analizan las constituciones de tres diferentes países con el objeto de conocer cómo se ejercen los poderes en los distintos Estados, qué facultades tiene cada uno y bajo qué sistemas se rigen:

ECUADOR

Poder Ejecutivo²⁰³

- Sistema presidencialista, en donde los y las ecuatorianas tienen derecho a votar por quien ejercerá el cargo de Presidente y Vicepresidente.
- No existe el derecho a voto presidencial a los proyectos de ley: · Art. 103 inciso 3ro: “Cuando se trate de un proyecto de ley, la Presidenta o Presidente de la República podrá enmendar el proyecto, pero no vetarlo totalmente.”;
- No designa a las autoridades judiciales.

Poder Legislativo

- Ejercido por la Asamblea Nacional (artículo 118 Constitución de Ecuador)
- El congreso se constituye mediante la unicameralidad.
- Existe iniciativa popular de ley (artículo 61 letra 3).

Poder judicial

- La función judicial es ejercida por medio del Sistema Continental. En los artículos 167 y 168 se consagran los principios del ejercicio de la función judicial: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución” (artículo 167).
- La Consagración de la Justicia Indígena se establece en el artículo 171 del texto constitucional.

FRANCIA²⁰⁴

Poder Ejecutivo²⁰³

- Tipo de gobierno semipresidencialista: (artículo 5 y 23) Presidente elegido por votación popular, con una duración de 5 años, nombra al primer ministro.
- Sólo el gobierno o parlamentarios pueden introducir proyectos de ley, no así la presidencia.
- Por último, la presidencia requiere el sustento del Congreso para “fungir con el cargo.

Poder Legislativo

- Ejercido por el parlamento francés el cual está constituido por: (a) La Asamblea Nacional, y, (b) El Senado (Título IV Constitución de Francia).
- Bicameralidad.

Poder judicial

- La función judicial es ejercida por el Ministerio de Justicia o Cancillería, el cual es dirigido por el Garde des Sceaux o el Ministro de Justicia.
 - Su regulación se encuentra en el título VII y IX de la Constitución francesa.
- Al ser un país heredero de la tradición romana, administra la justicia por medio del Sistema Continental.

²⁰² Ecuador, Francia y Dinamarca fueron elegidos para este cuadro comparativo por diversas razones, Respecto de Ecuador se estima que es una constitución particularmente bien lograda en lo sustantivo en la cual se plasmó un pacto incluyente y dialogante. Así mismo, se estima deseable contar con ejemplos de otros países de la región latinoamericana para tener a la vista. Francia, por su parte, es un país icónico toda vez que desde la revolución francesa sentó un precedente en torno a la división del poder y fue inspirador para otras naciones que buscaron la independencia. En honor a esa inspiración histórica se optó por incluir a Francia en la comparación como un ejemplo de país que ha optado por un régimen semipresidencial. ²⁰³ Históricamente, Chile ha tenido diversos sistemas en los cuales organizarse. Así, desde 1891-1924: se configura como un tipo de gobierno parlamentario (Constitución

de 1812; 1823; 1828 y 1833) y desde 1925-al presente se ha configurado en un presidencialismo (Constitución de 1925 y 1980).

²⁰⁴ La doctrina ha separado el conocido semipresidencialismo en dos tipos; (1) el presidencial-parlamentario, en el cual el gabinete -no la asamblea- puede ser disuelto por la asamblea como por el presidente, y; (2) el premier-presidencial, en el cual el gabinete sólo puede ser disuelto por la asamblea. A mayor abundamiento: Hernández, R. (17 de julio de 2017). Semipresidencialismo: precisiones conceptuales, estudio de los casos de Francia y Rusia, y rol de los ministros. Asesoría técnica parlamentaria (Boletín N° 11237- 07). Biblioteca del Congreso Nacional, 2017, disponible en línea: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24259/1/Semipresidencialismo_final.pdf

DINAMARCA*

Poder Ejecutivo

- Monarquía Constitucional Parlamentaria (artículo 2).
- Rey, primer ministro y ministros/as (Gabinete).
- El rey nombra al primer ministro y a los ministros/as del Gabinete

Poder Legislativo

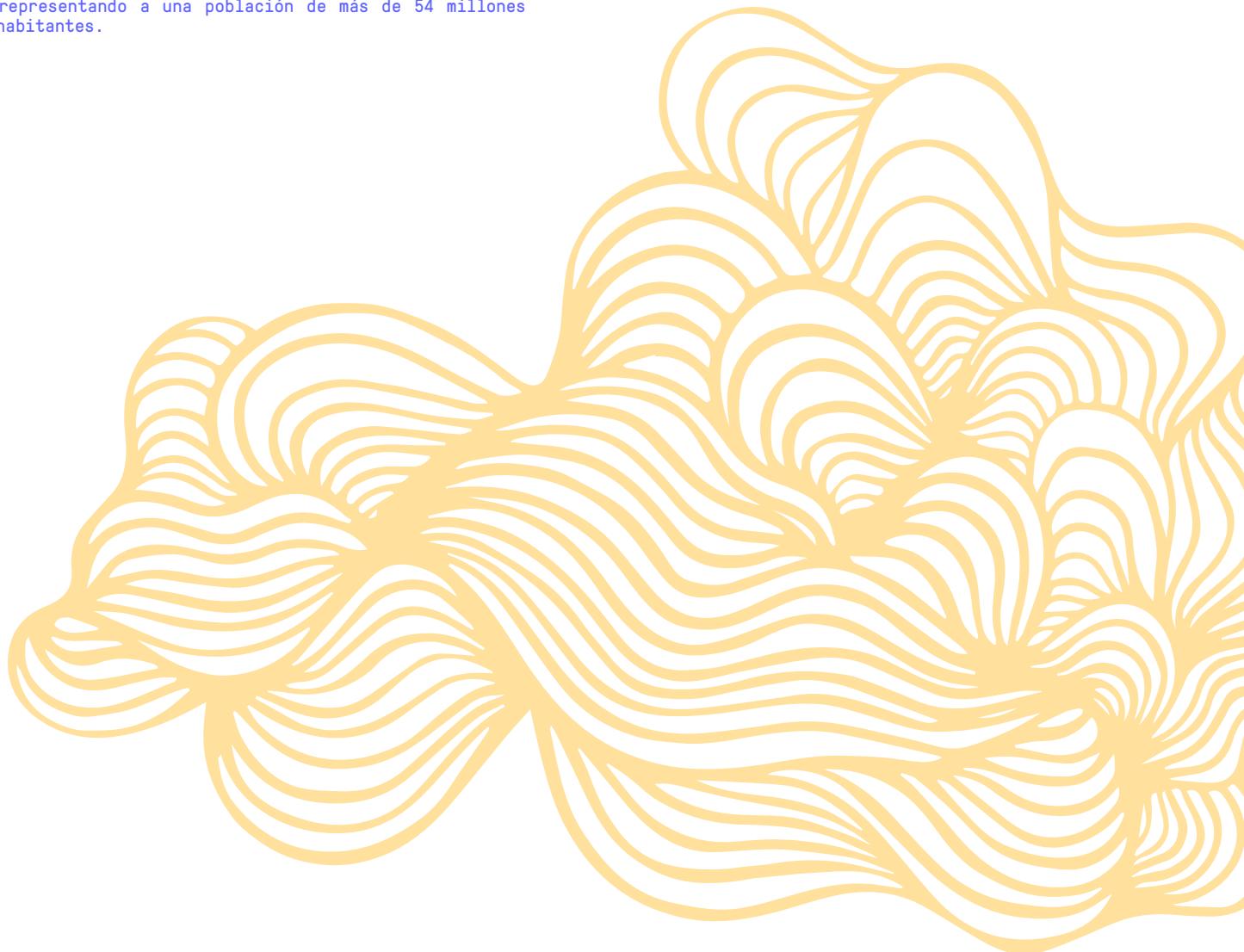
- Monarquía Constitucional.
- El poder legislativo se ejerce conjuntamente entre el rey y el parlamento danés o Folketing.
- El Folketing es unicameral y está constituido por 179 miembros.

Poder judicial

- La función judicial es ejercida por los tribunales de justicia de forma independiente del rey y el poder legislativo.
- Se regula en la parte I y VI (entre otros) de su texto constitucional.

*Aplica a otros países con unicameralidad: Corea del Sur²⁰⁵, Cuba, Grecia, Palestina, Israel, Costa Rica, entre otros.

²⁰⁵ Los detractores de la unicameralidad suelen argumentar que no funciona en países grandes, con alta población de habitantes, por lo que se reserva para países pequeños. Corea del Sur es un claro ejemplo de su error toda vez que la Asamblea Nacional o Gukhoe ejerce el poder legislativo representando a una población de más de 54 millones de habitantes.



TERCERA PARTE / EL ESTADO

ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

Los estados de excepción constitucional son regímenes especiales que permiten al gobierno afectar derechos de las personas en situaciones especialmente graves, como en caso de guerras o catástrofes naturales. La Constitución y las leyes regulan las atribuciones y límites del gobierno al declarar un estado de excepción constitucional.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para analizar los estados de excepción dispuestos en la actual Constitución Política de Chile, es necesario tener presentes y claras sus definiciones:

Estados de excepción constitucional:

Son regímenes especiales que otorgan atribuciones extraordinarias al gobierno, ante situaciones de anormalidad expresamente calificadas por la Constitución Política de Chile. Su fundamento es atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática²⁰⁶.

Estas atribuciones permiten al gobierno afectar algunos derechos constitucionales, a través de su suspensión restringiendo su ejercicio²⁰⁷. El uso legítimo de los estados de excepción depende de que se respeten los límites impuestos por la Constitución y las leyes, y del control que ejerzan los órganos y autoridades frente a las decisiones del Ejecutivo. En la actual Constitución se señalan cuatro tipos de estados de excepción constitucional, estos son: de sitio, asamblea, emergencia y catástrofe.

Estado de asamblea:

Estado de excepción constitucional declarado por el o la Presidenta de la República con acuerdo del Congreso Nacional por causa de guerra externa.

Estado de catástrofe:

Estado de excepción constitucional declarado por el o la Presidenta de la República con acuerdo del Congreso Nacional por causa de calamidad pública. Esta causa incluye situaciones naturales o humanas que impacten gravemente el normal desarrollo de la vida social y la economía, afectando a personas y bienes dentro del territorio nacional²⁰⁸.

Estado de emergencia:

Estado de excepción constitucional declarado por el o la Presidenta de la República con acuerdo del Congreso Nacional por causa de grave alteración al orden público o grave daño a la seguridad de la Nación.

Estado de sitio:

Estado de excepción constitucional declarado por el o la Presidenta de la República con acuerdo del Congreso Nacional por causa de guerra interna o grave conmoción interior. Las causas por las que se puede declarar el estado de sitio requieren de la existencia de una guerra civil en que las Fuerzas Armadas se dividan en distintas facciones, o bien, por acciones violentas de grupos organizados militarmente²⁰⁹.

²⁰⁶ Corte IDH (30 de enero de 1987). El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/1987, párr. 20. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

²⁰⁷ García Pino, G., Contreras Vásquez, P., Martínez Placencia, V. (2016). Diccionario Constitucional Chileno. (1^a ed.). Editorial Hueders, pág. 444.

²⁰⁸ Silva Bascuñán, A. (1997). Tratado de derecho constitucional (tomo X). Editorial Jurídica de Chile, pág. 38.

²⁰⁹ Ibidem, pág. 449.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Los estados de excepción constitucional son cuatro, y están regulados en los artículos 39 a 45 de la Constitución Política. En ellos se definen las causales que justifican su declaración, los requisitos y plazos, y los controles o contrapesos.

En la siguiente tabla (elaboración propia) se busca sistematizar la regulación de sus causas, declaraciones, plazos, derechos que se pueden afectar y contrapesos.

Estado de excepción	Causa	Declaración y plazo	Derechos que puede afectar	Contrapesos
Estado de sitio (Art. 40)	Guerra interna o grave conmoción interior	Declaración del o la Presidenta con acuerdo del Congreso. Plazo de 15 días prorrogable a solicitud del o la Presidenta.	Libertad de locomoción, derecho de reunión, arrestar a personas en sus moradas o lugares que no sean cárceles (Art. 43).	<ul style="list-style-type: none"> Control judicial pleno de la declaración y de las medidas. No se limita la libertad de prensa.
Estado de asamblea (Art. 40)	Guerra exterior	Declaración del o la Presidenta con acuerdo del Congreso. Duración por el tiempo que se extienda la guerra exterior.	Libertad personal, derecho de reunión, libertad de trabajo, derecho de asociación, interceptar comunicaciones privadas, requisiciones de bienes y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (Art. 43)	<ul style="list-style-type: none"> Control judicial pleno de la declaración y de las medidas. No se limita la libertad de prensa.
Estado de emergencia (Art. 42)	Grave alteración del orden público o grave daño a la seguridad de la Nación	Declaración del o la Presidenta de la República. Plazo de 15 días prorrogable una vez por el o la Presidenta. Sucesivas prórrogas requieren acuerdo del Congreso.	Libertad de locomoción y de reunión (Art. 43).	<ul style="list-style-type: none"> Obligación de informar al Congreso de las medidas adoptadas. Control judicial de las medidas. Acuerdo del Congreso para las prórrogas.
Estado de catástrofe (Art. 41).	Calamidad pública	Declaración del Presidente. Solo debe informar al Congreso. Si se extiende por más de 180 días el Congreso puede dejar sin efecto la declaración. Si la declaración se extiende por más de 1 año requiere acuerdo del Congreso.	<ul style="list-style-type: none"> Libertades de locomoción y de reunión. Disponer requisiciones de bienes y limitar el ejercicio del derecho de propiedad. Adoptar medidas administrativas extraordinarias para restablecer la normalidad (Art. 43). 	<ul style="list-style-type: none"> Obligación de informar al Congreso de las medidas adoptadas. El Congreso puede suspender el estado de catástrofe después de 180 días. Acuerdo del Congreso para declarar estado más de 1 año. Control judicial de las medidas particulares.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Los estados de excepción constitucional permiten suspender y restringir derechos fundamentales con autorización constitucional. Es por ello, que han sido utilizados en Chile, y en general en América Latina, para sostener y justificar violaciones de derechos humanos.

Por ejemplo, la dictadura militar chilena gobernó casi todo el tiempo bajo estados de excepción. Este uso ilegítimo de los estados de excepción constitucional no busca conservar el régimen democrático ni proteger la Carta Fundamental, sino que devienen en todo lo contrario: la destrucción del orden constitucional²¹⁰.

Los cuatro estados de excepción actualmente regulados son los mismos que se establecieron en la Constitución de 1980. Sin embargo, la reforma constitucional de 2005 (realizada por la Ley N°20.050) modificó su contenido: se exige acuerdo del Congreso Nacional para declarar algunos estados de excepción y se establecieron más controles y contrapesos. A pesar de esta reforma, la ley que regula actualmente los estados de excepción data del año 1985 (Ley N°18.415), y no ha sido modificada conforme a la actual regulación constitucional. Esta regulación legal deficiente, y en algunos casos contraria al texto constitucional, ha evidenciado ser un problema relevante a la hora de controlar efectivamente la aplicación de los estados de excepción.

La regulación constitucional actual, no es precisa en la definición de las situaciones que ameritan la

declaración de algunos estados de excepción. Las causas que justifican los estados de emergencia y de catástrofe admiten distintas interpretaciones, y no existe una regla que obligue a adoptar medidas proporcionales a la situación particular invocada. Esta ambigüedad es contraria a estándares internacionales, que exigen proporcionalidad entre la necesidad pública o social apremiante que justifica el estado de excepción y las medidas efectivamente adoptadas²¹¹.

Otra dificultad, es la extensión del control ejercido por los tribunales de justicia. Por expresa disposición constitucional, los tribunales no pueden calificar los fundamentos y circunstancias de hecho invocadas por el Ejecutivo para decretar y justificar los estados de excepción (art. 45 de la Constitución). Los tribunales sólo pueden examinar medidas particulares que afecten derechos constitucionales, pero no tienen competencia para evaluar si decretar el estado de excepción está realmente justificado, o si las medidas generales dictadas son proporcionales a la situación de anormalidad.

Lo mencionado anteriormente quedó en evidencia durante el estallido social de 2019, cuando el Presidente declaró reiterados estados de emergencia en distintas zonas del país, como respuesta a las movilizaciones. Asimismo, durante el año 2020, se declararon sucesivos estados de catástrofe con el objetivo de controlar el avance de la pandemia. En ambos casos se han manifestado deficiencias de la regulación actual y escaso control efectivo a las decisiones del Ejecutivo.

²¹⁰ Fix-Zamudio, H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 37 (N°111), pág. 857. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-8633200400030002&lng=es&nrm=iso

²¹¹ A mayor abundamiento: Organización de Naciones Unidas (28 de septiembre de 1984). Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, E/CN.4/1985/4, numeral 10. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1985/4>

Los siguientes son los principales problemas:

a. Suspensión de derechos y delegación:

La regulación constitucional actual otorga la atribución al/la Presidente/a de la República, de declarar estados de excepción y suspender derechos específicos de forma exclusiva y excluyente. El o la Presidenta/a puede delegar sus facultades a los Jefes de Defensa Nacional que designe en cada zona bajo estado de excepción, sin embargo, tal otorgamiento debe ser expreso (Art. 9 Ley N°18.415). Cuando el Jefe de Estado declaró estados de emergencia ante las movilizaciones sociales de octubre de 2019, no delegó expresamente sus atribuciones, por lo tanto, no se cumplieron con los requisitos exigidos por la misma Constitución Política²¹². Esto reveló contradicciones entre la regulación constitucional y legal de los estados de excepción. Además, muchas limitaciones de derechos efectuadas por los Jefes de Defensa no tenían fundamento legal.

b. Detenciones ilegales:

La Constitución y la Ley N°18.415 no establecen sanciones especiales por infracción del toque de queda, lo cual solo constituye una falta penal que no autoriza legalmente una detención²¹³. A pesar de esto, bajo la vigencia de estados de emergencia personal militar y policial detuvo a miles de personas por infracción al toque de queda, muchas veces en lugares no habilitados para ello²¹⁴. Asimismo, durante la vigencia del estado de catástrofe por la situación sanitaria del país, también se verificaron detenciones por infracción del toque de queda, las que han sido justificadas como delitos contra la salud pública.

c. Violaciones de derechos humanos:

La actual regulación constitucional y legal de los estados de excepción no es suficiente para prevenir y remediar violaciones a los derechos humanos. Desde octubre de 2019 el INDH, constató graves vulneraciones a la integridad personal y la vida, a la libertad personal y a la prohibición de tortura²¹⁵. Si bien, ninguno de estos derechos puede ser afectado legítimamente por la declaración de estados de excepción, no existe un régimen de control de abusos y sanciones que permita vigilar eficazmente el cumplimiento de las reglas constitucionales. La actual regulación constitucional no vincula la declaración de los estados de excepción con los estándares internacionales que rigen, respecto de la suspensión de derechos fundamentales, como el Art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos estándares, incluyen un núcleo de derechos que no puede ser afectado de ningún modo bajo estados de excepción, y deberían ser garantizados especialmente en estos períodos.

d. Contrapesos insuficientes:

A partir de las experiencias recientes de aplicación de estados de excepción en Chile, se constató que los contrapesos establecidos en la Constitución son insuficientes. El Congreso no ha ejercido su rol de vigilancia sobre el Ejecutivo, ni ha exigido que se le informe sobre las medidas adoptadas bajo estado de emergencia. A la vez, el Poder Judicial ha sido reticente a contradecir las medidas ordenadas por el Ejecutivo²¹⁶.

²¹² Álvez Marín, A., Bassa Mercado, J., Charney Berdichevsky, J., Coddou McManus, A., Contesse, J., Contreras Vásquez, P., Guilloff Titijn, M., Irarrázabal González, P., Lorca Ferreccio, R., Lovera Parmo, D., Muñoz León, F., Sferrazza Taivi, P., Soto Delgado, P., Valdivia Olivares, J. M., Viera Álvarez, C. (2019). Informe en Derecho: Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el Presidente de la República y de las conductas de los Jefes de la Defensa Nacional, párr. 8, pág. 9. Disponible en: https://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/informe_en_derecho.pdf

²¹³ Ibidem, párr. 15, pág. 14

²¹⁴ INDH (2019). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social 17 octubre - 30 noviembre 2019. pág. 59.

²¹⁵ Ibidem, págs. 78 y ss.

²¹⁶ Por ejemplo, se estimó que las detenciones por infracción al toque de queda bajo estado de emergencia son legales, sobre la base de una interpretación orgánica y sistemática de la Ley N°18.415, aunque esta ley contradice expresamente lo establecido en el texto constitucional. Ver: SCA de Talca Rol Amparo N°224-2019 (26 de octubre de 2019). Recientemente la Corte Suprema ha cuestionado algunas de las medidas adoptadas en el marco del estado de catástrofe, estableciendo que, en conformidad con los estándares de derecho internacional de los derechos humanos, la libertad religiosa no puede ser suspendida. Ver: Sentencia de la SCS Rol N° 19.062-2021 (29 de marzo de 2021).

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

La declaración de estados de excepción, que implica la posibilidad de suspender derechos fundamentales y la delegación de mayores facultades a las Fuerzas Armadas y las policías, supone un serio riesgo de vulneración de derechos humanos. Bajo estas circunstancias, el riesgo de abuso es aún mayor para mujeres, y para grupos normalmente discriminados²¹⁷.

Los estándares de derecho internacional de derechos humanos aplicables a los estados de excepción previenen que las medidas adoptadas no deben ser discriminatorias. El Art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen que los Estados deben asegurarse de que las disposiciones adoptadas bajo estado de excepción “no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

La actual regulación constitucional y legal, no garantiza expresamente estándares internacionales de derechos humanos, ni tampoco reglas específicas que prohíban la discriminación. Este déficit no otorga parámetros claros para controlar las decisiones del Ejecutivo, especialmente respecto del contrapeso ejercido por los tribunales.

En la práctica, las suspensiones de derechos adoptadas por el Gobierno en los últimos estados de excepción decretados han tenido impactos dispares para las mujeres y diversidades sexuales, sin que exista un mecanismo eficiente para prevenir o remediar discriminaciones. Por ejemplo, durante el “estallido social” mujeres, niñas y personas LGBTIQ+ sufrieron agresiones sexuales en el contexto de detenciones, especialmente desnudamientos en comisarías²¹⁸. En la misma línea, durante el estado de catástrofe de 2020 a causa de la pandemia, se adoptaron distintas medidas de limitación de la libre circulación, que afectaban desproporcionadamente a mujeres que realizan labores de cuidado.

²¹⁷ Shane, D. (2002). The rights of minorities in states of emergency. International Journal on Minority and Group Rights, vol. 9 (Nº4). Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/24675248>

²¹⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2019). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social 17 octubre - 30 noviembre 2019. pág. 46.

LAS SUSPENSIONES DE DERECHOS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO EN LOS ÚLTIMOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN DECRETADOS HAN TENIDO IMPACTOS DISPARES PARA LAS MUJERES Y DIVERSIDADES SEXUALES, SIN QUE EXISTA UN MECANISMO EFICIENTE PARA PREVENIR O REMEDIAR DISCRIMINACIONES.

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

PAÍS: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

La regulación colombiana de los estados de excepción es relevante, porque incorpora expresamente el principio de proporcionalidad, el respeto del derecho internacional humanitario y establece distintos tipos de control que actúan complementariamente.

Las medidas adoptadas durante cada estado son susceptibles de tres tipos de control: uno político efectuado por el Congreso, uno jurídico a cargo de la Corte Constitucional y uno de legalidad realizado por la jurisdicción contenciosa-administrativa .

La Corte Constitucional tiene la atribución de controlar todas las medidas adoptadas por el Ejecutivo. Este control es automático y completo, es decir, se verifica que se cumplan las formalidades requeridas y también la proporcionalidad de las medidas.

Regulación Constitucional:

La Constitución Política de 1991 regula tres tipos de estados de excepción: de guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia (Arts. 212 y ss.). Todos los estados de excepción se someten a las siguientes reglas:

Artículo 214.

Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.
2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.
3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.
4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.
5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.
6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

TERCERA PARTE / EL ESTADO

PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública debe regirse por principios que orienten sus actuaciones hacia la satisfacción del interés público, de los derechos humanos de la ciudadanía y de las necesidades colectivas.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Se ha desarrollado una serie de conceptos para comprender el funcionamiento y la regulación de la Administración Pública, algunos de los más relevantes para comprender el desarrollo de este capítulo, son los siguientes:

Administración Pública:

Son régimen especiales que otorgan atribuciones. Es el conjunto de organismos o instituciones llamadas a gestionar negocios, asuntos o intereses públicos que se refieren a toda la colectividad²²⁰. Ejerce sus funciones respectivas dentro de su competencia y acorde al ordenamiento jurídico vigente.

Buena Administración Pública:

Es aquella que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general²²¹. Esta tiene dos dimensiones, una como derecho fundamental de las personas, y otra, como principio de actuación administrativa²²².

Derecho de acceso a la información:

Es aquel que reconoce a todas las personas la posibilidad de solicitar y recibir información pública que esté en poder de los organismos de la Administración del Estado, quienes no se pueden negar, salvo por motivo de secreto o reserva establecido en la ley.

Función Pública:

Por una parte, es el conjunto de recursos humanos que se encuentran al servicio del Estado para el cumplimiento de las funciones y servicios públicos que éstos desempeñan y por otra, el régimen jurídico y la organización en que se encuadran²²³.

Participación ciudadana:

Es la interacción formal o informal, entre la autoridad y la ciudadanía. Puede ser a iniciativa de cualquiera de las dos, para que se garantice una toma de decisiones bien informada y que evite que las políticas públicas beneficien sólo a un grupo privilegiado de individuos²²⁴.

Principio de Coordinación Administrativa:

Estándar conforme al cual las personas que desempeñen funciones públicas deben actuar de forma articulada con otros organismos públicos, evitando contradicciones, interferencias y redundancias en el ejercicio de sus competencias.

Principio de Eficiencia:

Estándar conforme al que las personas que desempeñan funciones públicas deben perseguir la utilización óptima y racional de los recursos públicos.

Principio de Eficacia:

Estándar conforme al cual las personas que desempeñen funciones públicas deben buscar que los procedimientos y las medidas adoptadas logren la finalidad perseguida²²⁵.

Principio de juridicidad:

Es el estándar conforme al que los órganos del Estado deben adaptar su actuación a lo que ordenen la Constitución y las leyes. La Administración Pública sólo puede hacer lo que le permite el ordenamiento jurídico, por lo que, actúa como un freno al poder de la Administración Pública frente a las personas.

²²⁰ Silva Cimma, E. (1992). Derecho administrativo chileno y comparado: Introducción y fuentes (4^a ed.). Editorial Jurídica de Chile, pág. 26.

²²¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 6, pág. 26. Disponible en: <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>

²²² Ibidem, pág. 24.

²²³ Bermúdez Soto, Jorge (2011). Derecho administrativo general (2^a ed.). Legal Publishing, pág. 337.

²²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2017). Chile: Informe de la participación ciudadana en el proceso constituyente. Estudios de gobernanza pública, pág. 4. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>

²²⁵ Ibidem, pág. 50.

Principio de Responsabilidad del Estado:

Estándar conforme al cual el Estado debe responder de los daños en los bienes o derechos de las personas ocasionados en el ejercicio de funciones públicas²²⁶.

Principio de transparencia de la función pública:

Consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la publicidad de sus fundamentos. El principio de transparencia obliga a todas las autoridades y a quienes se desempeñan como funcionarias del Estado a facilitar el acceso de cualquier persona a dicha información²²⁷.

Probidad:

Obliga a las personas que se desempeñan como funcionarias del Estado a observar una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de su cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular²²⁸.

Rendición de cuentas:

Son las normas, reglamentos y demás mecanismos que orientan el comportamiento de las autoridades electas y personas que desempeñan funciones públicas en el ejercicio de sus competencias y el gasto de los dineros fiscales²²⁹. Transparenta el uso de los recursos públicos, con el fin de resguardar el cumplimiento de los objetivos y políticas públicas.

Secreto o reserva:

Es una excepción a la transparencia, que justifica denegar las solicitudes de información pública cuando aquella es calificada como secreta o reservada. Sus causales son la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Transparencia activa:

Es el deber de los organismos públicos de poner a disposición de la ciudadanía, de forma permanente, información esencial sobre sus actuaciones, a través de sus sitios electrónicos, sin necesidad de una solicitud de acceso a la información.

226 Ibidem, pág. 51

227 Artículo 4º de la Ley N°20.285 sobre acceso a la información pública, publicada el 20 de agosto de 2008. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Disponible en: <http://bcn.cl/2f8ep>

228 Artículo 52 del Decreto con Fuerza de Ley N°1-19653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada el 17 de noviembre de 2001. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Disponible en: <http://bcn.cl/2f96v>

229 Naser Soto, A. y Ramírez Alujas, Á. (2013). Plan de gobierno abierto: Una hoja de ruta para los gobiernos de la región. Serie Manuales Cepal (N°81). Disponible en: <http://hdl.handle.net/11362/36665>



2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución de 1980 establece las bases de la institucionalidad del Estado, configurando como principio general que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común” (artículo 1º, inciso cuarto).

Se ha entendido por la academia chilena y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que dicha disposición configura “el principio de servicialidad” en virtud del cual la Administración del Estado “existe para atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, para lo cual actúa a través de servicios públicos”²³⁰.

Actualmente, la academia del derecho ha evolucionado hacia el reconocimiento del principio y obligación de la buena Administración Pública, la cual se configura en base a otros principios como los de juridicidad, publicidad, transparencia, probidad, responsabilidad y participación ciudadana, todos regulados en la actual Constitución. Asimismo, forman parte de este concepto los principios de imparcialidad, rendición de cuentas, coordinación, eficiencia y eficacia, contenidos en textos de jerarquía legal²³¹.

Finalmente, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública requiere de personal idóneo para el cumplimiento de sus tareas, el que se rige por las normas de la función pública.

2.1. Principio de juridicidad

El artículo 6º de la Constitución de 1980 señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, es decir, a todo el ordenamiento jurídico. Bajo ese principio general, el artículo 7º de la Constitución dispone que los órganos del Estado actúan válidamente —previa investidura regular de sus integrantes—, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que puedan atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente les confieran la Constitución chilena o las leyes.

²³⁰ STC Rol N°2024-2011, Cºs 6, 7 y 15.

²³¹ En particular, el Decreto con Fuerza de Ley N°1-19653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley N°19.880 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los órganos de la Administración del Estado.

En consecuencia, todo acto que contravenga el ordenamiento jurídico ya sea por no haberse nombrado adecuadamente a la persona que ejerce la función pública (investidura regular), por actuar en exceso de los poderes que le han sido otorgados (competencia) o sin respetar el procedimiento o la forma establecida en la ley para el ejercicio de tales poderes (forma legal), es nulo.

2.2. Principio de responsabilidad

El artículo 6º de la Constitución establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, agregando en su inciso final que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Lo anterior es reforzado por el artículo 7º, cuyo inciso final dispone que todo acto que contravenga el ordenamiento jurídico originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

La Constitución establece un principio general de responsabilidad, la que podrá ser penal, civil, administrativa y política²³².

Enseguida, el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución prevé que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. En base a esta disposición, se establece una “acción constitucional de reparación ante cualquier daño ocasionado por la actividad o inactividad de la Administración Pública”²³³.

2.3. Principio de probidad

El artículo 8º inciso primero de la Constitución, establece que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

²³² Henríquez Viñas, M. y Núñez Leiva, J. I. (2007). Manual de estudio de derecho constitucional: Actualizado según la reforma del 2005 (1º ed.). Editorial Metropolitana, pág. 34.

²³³ J. (2011). Derecho administrativo general (2º ed.). Legal Publishing, pág. 502.

Luego, su inciso tercero y cuarto señalan que “el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio²³⁴ en forma pública”.

Sus principales manifestaciones se presentan en la declaración de intereses y patrimonio, la abstención en los casos que exista conflicto de intereses, objetividad en las decisiones, la buena administración, entre otros²³⁵.

2.4. Principio de publicidad y transparencia

El artículo 8º, inciso segundo de la Constitución, establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La misma norma señala que sólo una ley podrá establecer su reserva o secreto, cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Dicho principio se concretó en la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. En ella se establece el deber de “transparencia activa” para la Administración Pública y el derecho de acceso a la información pública en virtud del cual toda persona puede efectuar solicitudes ante los organismos públicos, quienes deben acceder a ellas, salvo por motivo de secreto o reserva legal.

La misma ley creó el Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, con

personalidad jurídica y patrimonio propio, con el fin de velar por el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los órganos de la Administración.

2.5. Principio de participación ciudadana

La Constitución de 1980 no regula la participación ciudadana propiamente tal. Regula el derecho de petición como un derecho fundamental en el artículo 19, N° 14, el que sirve de pilar básico a la participación ciudadana²³⁶.

El citado artículo asegura a las personas “el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

2.6. Función pública

La función pública está regulada en diversas normas de la Constitución. Los principales artículos son:

- El artículo 38, inciso primero, dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcional y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.
- El artículo 19 N° 16, inciso final, establece que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades.
- El artículo 19 N° 17 asegura la admisión en todas las funciones y empleos públicos.

²³⁴ La declaración de patrimonio e intereses es un mecanismo que permite a la ciudadanía cotejar posibles conflictos de interés que pudiesen presentarse durante el desempeño del cargo de un funcionario público.

²³⁵ Valdivia Olivares, J. M. (2018). Manual de derecho administrativo (1º ed.). Tirant Lo Blanch, págs. 131-132.

²³⁶ Román Cordero, C. (2014). Revisión constitucional y Administración del Estado. En Chía Ramírez, E. y Quezada Rodríguez, F. (Eds.), Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia), pág. 488. Disponible en: <https://institutoigualdad.cl/wp-content/uploads/2018/09/propuestas-nueva-constitucion-en-democracia-2014.pdf>

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El Estado está al servicio de la persona y la finalidad de la Administración Pública es “la protección y promoción de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales”²³⁷. En general, se entiende que las personas tienen “una relación intensa y permanente” con la Administración Pública, “afectando de forma sensible sus derechos e intereses, ya sea para satisfacerlos o dárles contenido, ya para limitarlos por razones de interés público”²³⁸.

La Constitución se estructura en base al principio de Estado Subsidiario, el que da preeminencia a la iniciativa privada para la satisfacción de necesidades colectivas por sobre el Estado. Así, las normas constitucionales sobre la Administración Pública son escasas y principalmente regulan los organismos que la componen, sin establecer de forma clara y completa cuál es su finalidad y los principios generales que orientan su actividad²³⁹.

La Administración Pública no está orientada a satisfacer las necesidades de las personas, tales como salud, educación, vivienda, entre otras, lo que quedó en evidencia para en octubre de 2019. El Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales explica respecto del “estallido social”: “La agenda de las manifestaciones pacíficas fue una agenda por los derechos sociales. Su falta de protección y garantía debido a la insuficiente regulación del involucramiento de los privados en estos servicios genera importantes niveles de malestar, en especial, ante la evidente discriminación indirecta y estructural en estos ámbitos”²⁴⁰.

En este sentido, agregó que “esta discriminación estructural se volvió a evidenciar durante la pandemia: un 65% de los hogares de los dos quintiles más bajos no alcanzaba a cubrir sus gastos durante la crisis sanitaria”²⁴¹.

La Constitución regula los principios de juridicidad, responsabilidad, publicidad, transparencia y probidad. No obstante, estos por sí solos no han sido suficientes para asegurar el buen funcionamiento de la Administración. Entidades fiscalizadoras como la Contraloría General de la República están sobrepasadas de acusaciones sobre infracciones cometidas en los organismos públicos. De hecho, sólo en 2020 se ingresaron 37.369 denuncias y 1.850 sugerencias de fiscalización²⁴².

En cuanto a la juridicidad, este principio permea todo el quehacer de los órganos estatales, otorga seguridad jurídica a la ciudadanía y fija los límites para los operadores de la Administración del Estado. De esta forma, evita la arbitrariedad y la incertidumbre, lo que se refuerza a través de los mecanismos de control de legalidad y la fiscalización²⁴³. Cuando se infringe el ordenamiento jurídico, se requiere un sistema de responsabilidad que sea efectivo en perseguir la reparación de los daños causados.

La responsabilidad del Estado en Chile se construye en base a las disposiciones de la Constitución, que han sido objeto de diversas discusiones en la academia del derecho, y que hasta hoy se mantienen sin solución. Desde la perspectiva de la víctima, las mayores dificultades residen en el tipo de daño que

²³⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2013), op. cit., pág. 25.

²³⁸ Ferrada Bórquez, J. C. (2014). Las reformas constitucionales en materia de Administración del Estado: su necesaria reconfiguración organizativa y del control en un nuevo modelo de estado. En Chía Ramírez, E. y Quezada Rodríguez, F. (Eds.), Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia), pág. 456. Disponible en:<<https://institutoigualdad.cl/wp-content/uploads/2018/09/propuestas-nueva-constitucion-en-democracia-2014.pdf>>

²³⁹ Román Cordero, C. (2014), op. cit., pág. 480.

²⁴⁰ Casas Becerra, L. y Schönsteiner, J. (2020). Violencia y discriminación estructural: Estallido social y pandemia desde un enfoque de derechos humanos. En Centro de Derechos Humanos (eds.). Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2020. Ediciones Universidad Diego Portales, págs. 12-13. Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Informe completo.pdf>

²⁴¹ Ibidem, pág. 13.

²⁴² Contraloría General de la República (2021). Cuenta pública 2020, pág. 18. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/documents/451102/4990774/Cuenta+P%C3%BAblica+2020%281%29.pdf/98f6cdf8-ec4f-972f-688b-2d419e2a793a>

²⁴³ Ver capítulo: Control de la Administración del Estado.

puede ser reparado, los estándares que debe cumplir para demostrar que el actuar del Estado la perjudicó y si basta que se produzca la lesión de los derechos de las personas para obtener una reparación.

En la práctica, las causas de responsabilidad civil son competencia de los Juzgados Civiles. En estas instituciones los juicios pueden durar años y tienen altos costos asociados, lo cual dificulta el acceso a la justicia de las víctimas y su reparación. Además, la defensa del Fisco en los procedimientos judiciales de responsabilidad es asumida por el Consejo de Defensa del Estado, institución altamente capacitada, con recursos económicos y una gran dotación humana para hacer frente a las causas que persigan reparar a las víctimas de la Administración.

Todo lo anterior, genera la necesidad de superar las barreras de acceso a la justicia y establecer un organismo dedicado a la defensa de los derechos e intereses de las personas ante la Administración, con una posición equivalente al Consejo de Defensa del Estado que vela por los intereses del Fisco.

Los principios de probidad, transparencia y publicidad de los actos de la Administración constituyen una herramienta para propiciar el correcto funcionamiento de la Administración del Estado, para fomentar la confianza en las instituciones y combatir la corrupción. Lo anterior no significa que Chile esté exento de debilidades en este aspecto y que exista una percepción positiva de la ciudadanía sobre la corrupción. El 70,4% de las personas encuestadas por la Contraloría General de la República cree que el país es más o mucho más corrupto que el año anterior y el 77,4% considera que el país es totalmente corrupto. Además, el 51,4% señaló que sí ha sido víctima de y/o testigo de un acto de corrupción²⁴⁴.

Entendiendo la transparencia como un derecho deber que, por una parte, se concreta en el acceso a la información pública y que, por otra, conlleva la obligación de los organismos públicos de entregarla, no es coherente que la Constitución omita regular el

derecho de acceso a la información de la ciudadanía y el principio de participación ciudadana, restándole jerarquía y eficacia.

Ligado a estos principios mínimos de responsabilidad pública, se omite también la referencia a la rendición de cuentas como mecanismo para transparentar la utilización de los recursos fiscales.

Desde otra perspectiva, se observa que la modernización del Estado ha avanzado hacia un nuevo paradigma a raíz de la conectividad: el gobierno abierto de datos²⁴⁵. Este permite crear espacios o instancias de participación permanente por parte de la ciudadanía y de rendición de cuentas por parte de los organismos públicos.

Hay principios de importancia para la Administración Pública que no se encuentran regulados en la Constitución. El académico Cristián Román afirma: “Un aspecto crítico de la Constitución actualmente en vigor es, a mi juicio, el hecho que, por una parte, no precisa, en forma taxativa, para mayor claridad, todos los principios que deben observar los órganos del Estado, y por otro, que muchos de los principios reconocidos lo están en términos muy acotados, sin la extensión que por su importancia precisan, ya sea con un concepto excesivamente restrictivo o formalista, sólo en relación a ciertos órganos o funciones, o en referencia exclusiva”²⁴⁶.

También es el caso de los principios de coordinación, eficiencia y eficacia, los que son fundamentales como estándar para la formulación de políticas públicas que atiendan de forma satisfactoria las necesidades de las personas sin malgastar los recursos fiscales que siempre son escasos.

Finalmente, para que la Administración Pública garantice de forma efectiva los derechos fundamentales de la ciudadanía, requiere de un personal adecuado para ello, siempre con un enfoque de respeto a los derechos fundamentales de las personas y resguardando del bien común.

²⁴⁴ Contraloría General de la República (2020). Radiografía de la corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile, pág. 70. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/portalweb/documents/451102/3865431/RADIOGRAFIA+FINAL+2D.pdf/dc8f8998-7010-a4c0-2f84-a07d9be9961c>

²⁴⁵ Íntimamente ligado a la transparencia activa, el gobierno abierto se trata de una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo.

Ver: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2020). Manual de la OCDE sobre integridad pública. OCDE Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/8a2fac21-es>

²⁴⁶ Román Cordero, C. (2014). Revisión constitucional y Administración del Estado. En Chía Ramírez, E. y Quezada Rodríguez, F. (Eds.), Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia), págs. 482-483. Disponible en: <https://institutoigualdad.cl/wp-content/uploads/2018/09/propuestas-nueva-constitucion-en-democracia-2014.pdf>

Las disposiciones sobre empleo público han sido insuficientes para evitar que la dotación de los servicios públicos sea secuestrada por el gobierno de turno y la proliferación de empleos precarios y de distintos regímenes jurídicos²⁴⁷. Asimismo, impide distinguir claramente aquellos cargos de la Administración Pública que requieren de una mayor idoneidad técnica de aquellos que obedecen a consideraciones políticas del gobierno de turno.

Además, cabe señalar el caso del personal a contrata y el contratado a honorarios, los que representan la mayoría de la dotación de los servicios públicos y que no gozan la misma estabilidad que el personal de planta sometido a la carrera funcionalia.

247 Esta dispersión de regímenes jurídicos ha generado una constante precarización del empleo público, dado que de un modelo de estabilidad característico de los regímenes de función pública pasamos a un modelo de transitoriedad e inestabilidad, debido a que con la proliferación del empleo a contrata y honorarios la continuidad del vínculo pasa a estar definida por los criterios políticos de la

limitaciones que establece la Constitución para la negociación colectiva y el derecho a huelga para el personal funcionario representan otro aspecto crítico. Además de atentar contra derechos sindicales/laborales, las limitaciones han resultado ser deficientes puesto que no logran prevenir ni resolver adecuadamente la negociación del reajuste para el sector público, poniendo en riesgo la buena administración de cara a la ciudadanía.

En definitiva, es necesario repensar la Administración Pública que está configurada en la Constitución de 1980 y avanzar hacia una concepción moderna y adecuada a las necesidades colectivas.

autoridad de turno. *Radiografía del empleo público*. Ver: Varas Marchant, K. (2016). *Radiografía del empleo público en Chile: derechos laborales de los funcionarios públicos*. En Vial Solar, T. (ed.) *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016*, pág. 249. Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/InformeAnual2016completo.pdf>

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

La Administración Pública debe garantizar los derechos humanos de la ciudadanía. Para ello, es preciso tener en cuenta las desventajas de las distintas personas que acceden a sus servicios y son beneficiarias de la política pública.

Las mujeres y los grupos vulnerables se desenvuelven en la vida pública y privada bajo la discriminación y desigualdad que el sistema patriarcal ha impuesto sobre ellas. Para lograr su autonomía y empoderamiento y erradicar la violencia patriarcal en contra de ellas, el rol de la Administración Pública es fundamental para instruir acciones afirmativas con enfoque de equidad de género. Para llevar a cabo todo esto, es necesario que los servicios y políticas públicas sean ejecutadas por una “buena administración”.

El principio de juridicidad se ha entendido como una expresión del orden social patriarcal, bajo la aparente “neutralidad de género” el derecho refleja el poder y dominación masculina, por lo que “a partir de la idea unívoca de experiencia masculina, pretende establecer como modelo de realización de lo jurídico aquello que resulte acorde al ideario masculino”²⁴⁸.

Por lo tanto, dado que el derecho público tiene un sentido estricto en la interpretación y aplicación de normas jurídicas desde una perspectiva de género, surge la necesidad de una aproximación diversa. El apego al ordenamiento jurídico no puede resultar como excusa para la aplicación de las normas sin la adecuada perspectiva de género. En ese sentido, cuando la Constitución y las leyes obligan al Estado, por ejemplo, a promover acciones referentes a la salud de los habitantes del país, ellas necesariamente deben ser entendidas en base a las diferencias de género.

248 Gallegos Candelaria, S. (2019). *Sistema sexo-género y el derecho: Una aproximación crítica desde los feminismos sobre su instrumentación ideológica y política*.

Revista Direitos Humanos & Sociedade, vol. 2 (N°2). Disponible en: <http://periodicos.unesc.net/dirhumanos/article/view/5771/5365>

En Chile la Administración Pública ha hecho algunos avances en la gestión pública respecto a materias de género, como es el “Programa de Mejoramiento de Gestión de género”²⁴⁹, el otorgamiento del rango de ministerio al Ministerio de la Mujer y Equidad de Género²⁵⁰, el Comité Interministerial para la Igualdad de Derechos y la Equidad de Género²⁵¹ y el programa Red de Mujeres Líderes del Servicio Civil²⁵².

Lo anterior, no necesariamente se traduce en que las actuaciones de la Administración Pública en la ejecución de políticas públicas sobre género sean eficientes, eficaces y coordinadas²⁵³. El Centro de Sistemas Públicos evidenció que “Chile cuenta con una serie de instrumentos de política pública que refieren directa o indirectamente a derechos fundamentales de las personas, pero que no responden, con claridad, a un ciclo lógico, progresivo, basado en una teoría del cambio clara, con recursos suficientes, sistemas de monitoreo y evaluación, mecanismos de participación y, en general, mecanismos de exigibilidad formales y explícitos, que permitan garantizar el cumplimiento de los objetivos de política pública fijados por la autoridad”. Asimismo, desde el enfoque feminista, la transparencia es un principio necesario para el adecuado diseño, implementación y evaluación de políticas públicas de equidad de género.

Además, es preciso fortalecer el acceso a información clara, precisa y veraz sobre problemáticas que aquejan a mujeres y disidencias debido a su género: como la violencia, denegación de justicia, discriminación arbitraria, pobreza, etc., ya que permiten visibilizarlas de forma estructural, dando origen o modificando las herramientas,

planes o programas que intentan darles solución. Por otra parte, y como contrapartida a la probidad, la corrupción es un fenómeno que puede afectar mayormente a las mujeres. En este sentido, “los roles de género pueden ser un factor que sitúa a las mujeres en una situación de vulnerabilidad a ser víctimas de la corrupción, por las barreras o incluso riesgos sociales, políticos o culturales que enfrentan”²⁵⁴.

De acuerdo con el estudio efectuado en 2019, contenido en la publicación Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y el Caribe, existe una mayor propensión a que las mujeres paguen sobornos para acceder a servicios de salud, lo que se encuentra en estrecha conexión con su calidad de cuidadoras de la familia y su vulnerabilidad. La publicación también vislumbró que existen situaciones en que las mujeres son mayormente sometidas a acoso sexual, extorsión y trata de personas²⁵⁵. Entonces, el fortalecimiento de principios como probidad, transparencia, publicidad y rendición de cuentas benefician directamente a las mujeres en su calidad de usuarias de los servicios y beneficiarias de las políticas públicas.

Un adecuado acceso a la información sobre los servicios y beneficios que existen a disposición de la ciudadanía puede ayudar a las mujeres a tomar decisiones más efectivas sobre educación, salud y trabajo; promover una participación más activa en el espacio público; y así disminuir brechas de género. Es por ello que el derecho de acceso a información resulta fundamental en el mejoramiento de la vida de las mujeres, siendo una herramienta que contribuye a una mayor equidad de género²⁵⁶.

²⁴⁹ Su objetivo es incorporar enfoque de género en el proceso de provisión de los bienes y servicios de la institución, esto es desde el diseño de estos hasta la entrega a los usuarios finales y su evaluación. Ver: Dirección de Presupuestos (s.f.) Enfoque de Género Disponible en: <https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue=15440.html>

²⁵⁰ Ver: Ley N°20.820. Crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género y modifica las normas legales que indica. Promulgada el 20 de marzo de 2015. Ministerio de Desarrollo Social.

²⁵¹ Su función es colaborar en la implementación de las políticas, planes y programas orientados a la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, incorporando la perspectiva de género en la actuación del Estado. El Comité es una instancia de coordinación, información, orientación y acuerdo para las políticas públicas en esta materia. Ley N°20.820, Artículo 8º.

²⁵² Es un espacio para fortalecer el desarrollo profesional, compartir experiencias y vincularse, a través del aprendizaje de nuevos conocimientos y la construcción de redes profesionales para potenciar el liderazgo de mujeres en la Administración Central del Estado. Para más información: Servicio Civil. Red de Mujeres Líderes Disponible en: <https://redmujeres.serviciocivil.cl/>

²⁵³ Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile (junio de 2019). Informe final: Análisis de políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos, pág. 36. Disponible en: <https://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/2019/08/Informe-III-Buenas-Practicas-en-Politicas-Pu%cc%81blicas-con-enfoque-de-DDHH.pdf>

²⁵⁴ Sierra Franzoni, S. F. (s.f.). ¿Por qué hablar de género y corrupción? UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Recuperado el 9 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020/2020_opinion_por-qu-hablar-de-gnero-y-corrupcin.html

²⁵⁵ Pring, C. y Vrushi, J. (2019). Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y El Caribe 2019: Opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción. Transparency International, pág. 4. Disponible en: <https://images.transparencycdn.org/images/GCB-LAC-2019-report-in-Spanish.pdf>

²⁵⁶ Gutiérrez Vielma, F. (2020). Mujeres y transparencia en Chile. Cuaderno de Trabajo N°14. Ediciones Consejo para la Transparencia, pág. 30. Disponible en: <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2020/10/Mujeres-y-transparencia-en-Chile.pdf>

Otro aspecto importante, es fortalecer la transparencia en relación con la participación ciudadana de las mujeres, ya que se constata que las solicitudes de información pública realizadas por la ciudadanía mantienen una correlación con los roles de género predominantes. En efecto, se observa que “las mujeres consultan más sobre servicios básicos, subsidios, becas, programas sociales y salud, mientras los hombres consultan más sobre asuntos financieros, laborales y políticos”²⁵⁷.

Dentro de los grupos de mujeres que solicitan información, se observa a sectores con especiales dificultades de acceso como, por ejemplo, las de pueblos originarios, en condición de pobreza, rurales, mayores y/o con discapacidad. Esto debe ser analizado a la luz de la participación de las mujeres, debido a su interseccionalidad²⁵⁸.

Respecto de la carrera funcional, y en general en la provisión de cualquier cargo público, es necesario establecer criterios de paridad²⁵⁹ y equidad de género en el acceso a los trabajos en el sector público, pero especialmente en los cargos de jefaturas intermedias y directivos.

Según un estudio efectuado por el Servicio Civil en 2017: “De acuerdo a las cifras entregadas por DIPRES (2017), las mujeres representan el 58% de la dotación efectiva del gobierno central, mientras que las mujeres en cargos directivos (autoridades de gobierno, directivas profesionales y directivas no profesionales) alcanzan el 43% de los puestos directivos. Las mujeres en el Sistema de Alta Dirección Pública representan el 30% de los altos directivos en ejercicio, en los 1.081 cargos adscritos y no adscritos”²⁶⁰.

Desde la perspectiva de las mujeres insertas en el servicio público y que han sido víctimas de acoso²⁶¹,

es necesario avanzar hacia un sistema en que las infracciones a la probidad sean sancionadas por un sistema de responsabilidad administrativa robusto.

En ese contexto, cabe destacar que las relaciones laborales en el ámbito público están afectadas también por la construcción de las relaciones de género que se expresan en el ámbito laboral, dando una señal importante de elementos de desigualdad, de discriminación y de cultura patriarcal dentro de este sector²⁶². Lo anterior se ve acrecentado al existir una sensación de inseguridad que apunta a la debilidad de los procedimientos instaurados, sumado al miedo a denunciar y a la falta de sanción de este tipo de conductas por parte de las autoridades.

Hay problemas de independencia e imparcialidad en general cuando se trata de sumarios para determinar la responsabilidad funcional. Los procedimientos son llevados al interior del mismo servicio en que se desempeña la afectada, lo que implica que el fiscal instructor, quien es a su vez investigador, es su compañero de labores. Son procedimientos secretos y lentos, donde, en definitiva, es difícil imponer sanciones graves.

Además, no aseguran que alguien que comete infracciones a la probidad las que no son suficientemente graves bajo los estándares de comportamiento masculino, sea removido del cargo. Tampoco hay mecanismos de desagravio para la víctima más allá del fin puramente punitivo.

De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que el fortalecimiento de la Administración Pública y de los principios de la “buena administración” que la orienta puede impactar positivamente en la concreción de la igualdad de género.

²⁵⁷ EuroSocial (2020). *Modelo de transparencia y género: eliminando barreras para las mujeres*. Ficha de acción del Programa para la Cohesión Social de América Latina. Disponible en: <https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2019/04/accion-transparencia-y-genero.pdf>

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ver capítulo: Paridad en el ejercicio de derechos políticos.

²⁶⁰ Dirección Nacional del Servicio Civil (diciembre de 2017). Condiciones y representación de las mujeres en el sector público, pág. 9-10. <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/843>

²⁶¹ Ver: Bell Jara, A. (coord.). (s.f.). Guía para la prevención del acoso laboral dirigida a trabajadores/as del sector público, desde una perspectiva de género. Comité Mundial Conosur-Chileno de Mujeres de la Internacional de Servicios Públicos. Disponible en: https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/instructivo/guia_prevencion_acoso.pdf

²⁶² Cabe señalar que el acoso sexual consiste en que una persona que se desempeña como funcionaria del Estado realiza de manera indebida y por cualquier medio, solicitudes o requerimientos de carácter sexual no consentidas o aceptadas por la persona afectada (víctima) y generan un ambiente ofensivo en el trabajo, que amenaza o perjudica su situación laboral y oportunidades de empleo.

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

El principio de buena administración no se encuentra consagrado en otras Constituciones, sin embargo, se encuentra contemplado de las siguientes formas:

PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Consagra explícitamente principios de buena administración pública que la Constitución chilena ha omitido, como el de eficiencia, economicidad (eficacia), coordinación, imparcialidad, entre otros. En cuanto al principio de juridicidad, se aborda desde dos dimensiones. Desde una perspectiva formal establece la obligatoriedad de los poderes públicos de sujetarse a la ley, pero además fija ciertas condiciones materiales para la ciudadanía que los organismos de la Administración Pública deben observar.

Destaca su claridad en establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se produzca un daño para la persona particular. No es necesario que haya un actuar negligente por parte de los servicios públicos, basta con que lesionen a las personas.

Regulación Constitucional:

Art. 9 - 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación

de la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Art. 31.2 - El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

Art. 103.1 - La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Art. 106. N° 2 - Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

EQUIDAD DE GÉNERO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

País: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Es un buen ejemplo porque establece una obligación para el Estado de garantizar el acceso a las mujeres a los cargos directivos, sin perjuicio de que se estima que esto debiese ser transversal a toda la función pública.

Regulación Constitucional:

Art. 40, inciso final.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de la Administración Pública.

PRINCIPIOS DE PROBIDAD

País: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Destaca el esfuerzo por establecer mecanismos para asegurar un sistema de integridad pública, como sería el juramento para desempeñar el cargo y la declaración de patrimonio al ingresar y salir de cualquier cargo público. Además, limita la contratación de la Administración Pública sólo para cargos en la planta del servicio.

Regulación Constitucional:

ART. 122 – No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. [...]

PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

País: ISLANDIA

¿Por qué es buen ejemplo?

En general las constituciones de los países que presentan mejores índices de percepción de la corrupción no cuentan con disposiciones muy desarrolladas. Son textos muy breves que no necesariamente se ajustan a la cultura jurídica de los países de Latinoamérica.

Islandia es un caso distinto que vale la pena tener en consideración, pues según Transparency International, en 2018 se posicionó en el puesto N° 14 del Índice de Percepción de Corrupción, muy por sobre países como Chile que están el puesto 67²⁶³.

Regulación Constitucional:

Capítulo II, Artículo 15,

Derecho a la información

Todo el mundo es libre de reunir y difundir información. La administración pública será transparente y los documentos, tales como actas de reuniones, serán conservados, y se registrarán y documentarán todas las solicitudes, su origen, proceso y resultado. Dichos documentos no se

destruirán, salvo de conformidad con la ley. La información y los documentos en posesión del gobierno estarán disponibles sin evasivas, y la ley garantizará el acceso público a todos los documentos recopilados o adquiridos por las entidades públicas. Una lista de todos los casos y documentos en custodia pública, su origen y contenido estará disponible para todos.

La recopilación, difusión y entrega de documentos, así como su conservación y publicación, sólo puede ser restringida por ley con un fin democrático, por ejemplo, en interés de la protección de la vida privada, la seguridad de la nación o el trabajo lícito de las autoridades reglamentarias. Se permite restringir por ley el acceso a los documentos de trabajo, siempre y cuando no se tomen más medidas que las necesarias para preservar las condiciones normales de trabajo de las autoridades gubernamentales.

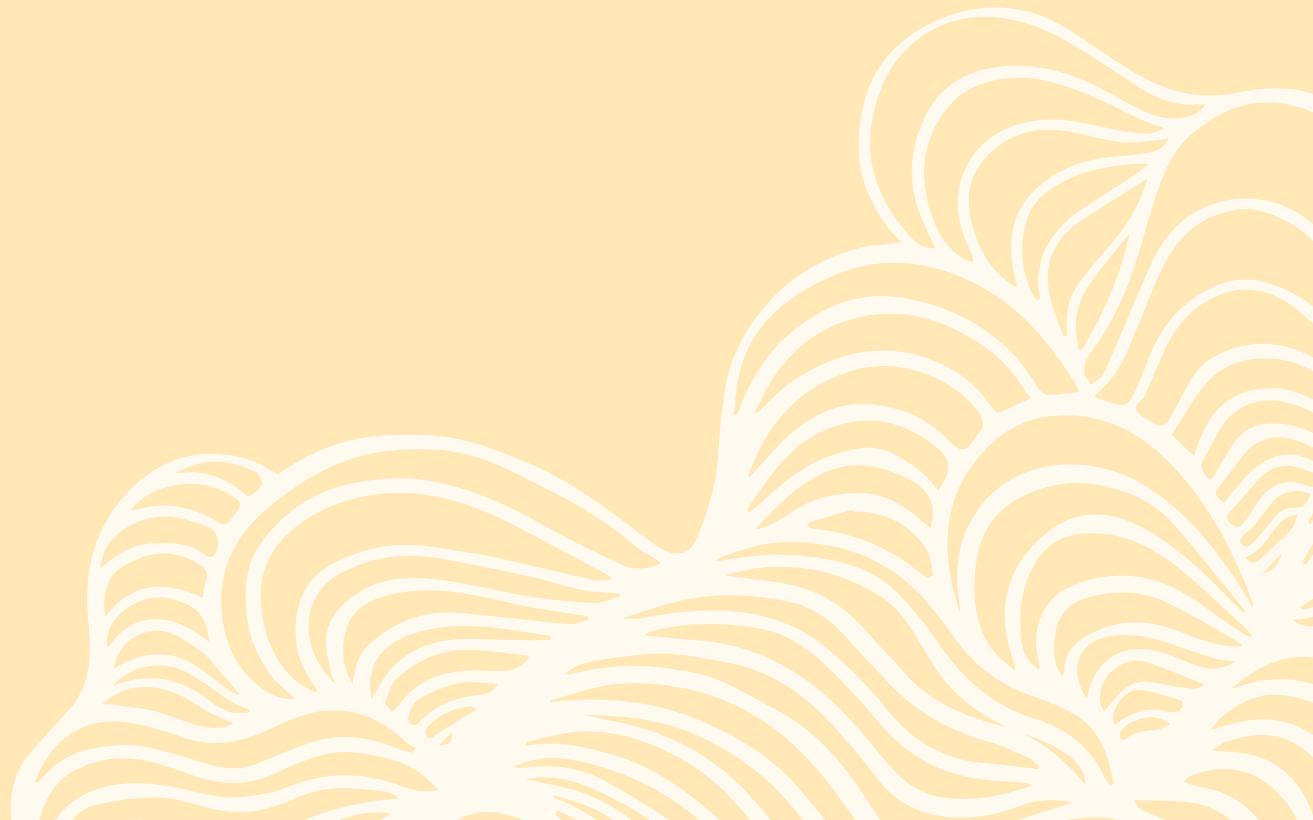
Por lo que respecta a los documentos sujetos a confidencialidad por ley, deberá facilitarse información sobre los motivos de la confidencialidad y los límites de tiempo de la misma.

²⁶³ Transparency International (2018). Índice de percepción de la corrupción 2018. Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf

TERCERA PARTE / EL ESTADO

ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

La descentralización permite el desarrollo de las capacidades económicas y humanas de los territorios, así como la participación política y ciudadana de las personas que viven en estos. La Constitución debe fortalecer los gobiernos regionales, provinciales y comunales a través de un modelo de Estado descentralizado.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comprender mejor la descentralización territorial del Estado, es necesario conocer algunos conceptos claves:

Estado unitario:

Tiene un único sistema de normas jurídicas para todo el territorio nacional. Las entidades territoriales (en Chile, regiones, provincias y comunas) y sus autoridades son sujetos auxiliares del Estado, constituidos para la buena administración. Sus ordenamientos jurídicos son derivados del ordenamiento estatal, dependen de este y actúan dentro de la unidad política del Estado²⁶⁴.

Descentralización:

Es la transferencia de poderes y atribuciones desde la administración pública central (Presidencia de la República, ministerios y servicios públicos) hacia los órganos o autoridades territoriales. La descentralización puede ser administrativa, financiera y/o política²⁶⁵.

Descentralización administrativa:

Implica la creación de un nuevo órgano, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, al que se le traspasan competencias desde el nivel central en consideración al territorio o a la función que ejerce. Los órganos centralizados están sujetos a un control jerárquico o de dependencia de la presidencia (gobierno y administración central), mientras que los descentralizados sólo están sujetos a un control de supervigilancia, puesto que gozan de un mayor grado de independencia.

Descentralización financiera:

Comprende la distribución de competencias sobre ingreso y gasto público. Las autoridades territoriales cuentan con un suficiente grado de autonomía presupuestaria y la posibilidad de regular impuestos locales.

Descentralización política:

Se refiere a la participación de la ciudadanía en la elección y formas de representación de los niveles de gobierno y administración en los territorios. Destaca la distribución del poder político de las autoridades electas y de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones públicas.

Desconcentración:

Es la transferencia de competencias hecha por ley y con efectos permanentes desde un órgano superior a uno inferior. En última instancia, el órgano superior sigue siendo responsable de la actuación del órgano desconcentrado sobre las competencias que le ha delegado. La desconcentración puede ser de dos tipos: territorial y funcional. La primera se materializa a través de las direcciones regionales con el fin de radicar ciertas funciones y atribuciones en los territorios locales. La segunda, realizada en virtud de la función que se delega, asigna ciertas atribuciones en autoridades específicas dentro de órganos preexistentes²⁶⁶.

Gobierno central:

Entidades encargadas de dirigir el gobierno y la administración del Estado en su conjunto.

Gobierno regional:

Entidades encargadas del gobierno y la administración de la región. Puede ser autónomo del gobierno central y sus autoridades ser electas popularmente, o bien, ser designado y dependiente del gobierno central.

Gobierno municipal:

Entidades autónomas, cuyas autoridades son electas de forma directa y que ejercen el gobierno y administración de un determinado territorio local.

²⁶⁴ Nogueira Alcalá, H. (2019). El estado unitario-descentralizado: El nuevo modelo, y su necesario perfeccionamiento en Von Baer Von Lochow, H. y Bravo R., N. (Eds.), Desarrollo territorial colaborativo: Descentralizando poder, competencias y recursos. Ediciones Universidad de la Frontera, págs. 33-34. Disponible en: <https://chiledescentralizado.cl/wp-content/uploads/2019/08/Desarrollo-territorial-colaborativo-LIBRO-FINAL.pdf>

²⁶⁵ Dazarola Leichtle, G. (junio de 2019). Descentralización en Chile: Avances y temas pendientes. Asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional BCN, pág. 3. Disponible en: https://www.bcn.cl/asesorias-parlamentarias/detalle_documento.html?id=75093

²⁶⁶ Disponible en: <<http://www.tuconstitucion.cl/2015/10/descentralizacion/>>.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución de la República tiene diversas disposiciones que regulan la organización territorial del Estado y su forma de gobierno.

2.1. Descentralización

El artículo 3º de la Constitución Política de la República establece que el Estado de Chile es unitario, que su administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada. Asimismo, prescribe que los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Por su lado, el artículo 110 de la Constitución dispone que para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas.

En este sentido, la descentralización en Chile se expresa mediante tres niveles de autoridad subnacional: gobierno central, gobierno regional y municipalidades.

2.2. Gobierno regional

Hasta 2016, el gobierno de cada región residía en un o una intendente de exclusiva confianza de la Presidencia de la República. Por su parte, la administración estaba a cargo de un gobierno regional conformado por el/la intendente/a y el Consejo Regional.

Luego, en virtud de la Ley N°20.990, se reformó el Capítulo XIV de la Constitución, referido al Gobierno y Administración del Estado y se dispuso la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional.

La Carta Fundamental de 1980 regula la administración regional en los artículos 111, 113, 114 y 115. Sus principales aspectos son los siguientes:

- Se observa como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo.
- La administración superior de cada región reside en un gobierno regional, el que estará constituido por un o una gobernadora regional como órgano ejecutivo, y un Consejo Regional como órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía en la región.
- Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional goza de personalidad jurídica de derecho público y tiene patrimonio propio.
- El o la gobernadora regional es elegida por sufragio universal en votación directa y dura cuatro años en el ejercicio de sus funciones. Tiene derecho a reelección sólo para el período siguiente^{267 - 268}.
- Corresponde al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región en consideración a los recursos asignados por la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación.
- La Ley de Presupuestos de la Nación contempla gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional, cuya distribución entre regiones responde a criterios de equidad y eficiencia, tomando en consideración los programas nacionales de inversión correspondientes.
- En cada región existe un delegado presidencial regional, el que ejerce las funciones y atribuciones de la Presidencia de la República en la región, en conformidad a la ley. Este órgano, regulado por el artículo 115 bis, tiene la función de coordinar, supervisar o fiscalizar los servicios públicos que operen en la región y que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio.

2.3. Gobierno provincial

El artículo 116 de la Constitución dispone que en cada provincia existe un órgano territorialmente desconcentrado, llamado delegación presidencial provincial, cuya autoridad será nombrada por la Presidencia de la República.

²⁶⁷ <https://prensabc.ing.uchile.cl/desde-un-asado-hasta-un-cafe-la-ciencia-que-esta-detras-de-la-cocina/>

²⁶⁸ La primera votación popular de este cargo se produjo el 15 y 16 de mayo de 2021.

Le corresponde ejercer la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia, de acuerdo con las instrucciones del delegado presidencial regional.

2.4. Gobierno comunal

En Chile existen 346 municipalidades encargadas del gobierno y administración local del territorio comunal. La CPR del año 1980 las regula del artículo 118 al 123. Sus principales aspectos son los siguientes:

- Las municipalidades se definen legalmente como corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.
- Los principales órganos de la municipalidad son: el o la alcaldesa y el Concejo.

- Las municipalidades podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro.
- Los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades.
- El concejo municipal es un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local. Ejerce funciones normativas, resolutivas, fiscalizadoras y las demás que le encomienda la ley.
- Las municipalidades gozan de autonomía para la administración de sus finanzas.
- Se regulan por ley orgánica constitucional, lo que quiere decir que para su aprobación o modificación requieren del voto favorable de las cuatro séptimas partes de la Cámara de Diputados y el Senado.

A grandes rasgos, es posible evidenciar que la autonomía que se le confiere a los municipios en la Constitución se encuentra fuertemente restringida, por cuanto funcionan en base a la transferencia de competencias del gobierno central.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Chile es uno de los países más centralizados de Latinoamérica y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), fenómeno que contribuye a la profunda desigualdad y determina las posibilidades de desarrollo social, cultural y económico de las regiones. Debido a la centralización, el acceso a la educación, salud y servicios de calidad en las regiones son reducidas, especialmente a medida que se alejan del centro.

En general, la centralización comprende limitados espacios de participación de la ciudadanía local en el diseño y elaboración de las políticas públicas que les impactan directamente. Así, las decisiones de incidencia local emanan de una autoridad central que está desvinculada de la realidad del territorio regional o local.

Es necesario poner de manifiesto que el diseño institucional en Chile tiene como base la centralización fiscal. De esta manera, la capital es el origen de las grandes decisiones sobre inversión pública en las regiones, lo que tiene su fundamento, entre otros elementos, en la escasa regulación de los impuestos locales en la Constitución.

La descentralización es un proceso fundamental para promover el desarrollo económico, cultural y social de los territorios, así como para fomentar la iniciativa, creatividad y capacidades de los niveles de gobierno²⁶⁹.

Acorde con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se avanzó en el Índice de Desarrollo Humano (IDH) para las regiones entre 2006 y 2017²⁷⁰. Sin embargo, la Región Metropo-

²⁶⁹ Cortés, P. (2002), *Descentralización y desarrollo local en América Latina: Nuevas alternativas para la equidad de género*. Documento de trabajo, Proyecto CEPAL/DAW “Gobernabilidad democrática e igualdad de género en América Latina y el Caribe”, CEPAL. Pág. 3.

²⁷⁰ Este indicador permite analizar las desigualdades

interregionales y su evolución durante la última década. Ver: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (noviembre de 2018). *Desigualdad regional en Chile: Ingresos, salud y educación en perspectiva territorial* (1^a ed.). PNUD, pág. 5. Disponible en: <https://www.estudios-pnud.cl/informes-desarrollo/desigualdad-regional-en-chile-ingresos-salud-y-educacion-en-perspectiva-territorial/>

litana tiene un alto nivel de IDH en desmedro de aquellas de la zona centro sur. Por otro lado, las regiones mineras del norte y las del extremo sur mantienen altos niveles de IDH²⁷¹.

A partir del año 2021, comenzaron a regir nuevos gobiernos regionales. Dada la creación de nuevas figuras como la delegación presidencial y la elección popular de la figura del o la gobernadora regional, persisten dudas en torno a cuál será la incidencia que pueda tener en el territorio en el ejercicio de sus funciones.

Otro aspecto problemático es la eventual transferencia de competencias, temporal o definitiva, desde la Presidencia de la República al gobierno regional, a la que se refiere el artículo 114 de la Constitución. Esta podría beneficiar solo a algunos gobiernos regionales, por cuanto las solicitudes de transferencia de competencias efectuadas por las gobernaciones podrían ser denegadas por el Ejecutivo y, además, las transferencias de competencias temporales podrían ser revocadas si la Presidencia lo estimara procedente. En este sentido, es preocupante que las funciones de un organismo descentralizado dependan del gobierno central y no sean asignadas por ley, lo que constituye la regla general.

Por su parte, a los municipios se les encarga la administración local de la comuna en algunas materias –muy escasas– de forma exclusiva, tales como el aseo y ornato. En otras, comparten la

administración con órganos centralizados y entes descentralizados²⁷², como la seguridad comunal.

Muchas de las funciones que pudiesen ejercer los municipios son realizadas principalmente por otros servicios públicos desconcentrados, en desmedro de los anteriores. Por ejemplo, las fiscalizaciones que efectúa la Secretaría Regional Ministerial de Salud en materia de salubridad pública²⁷³.

Por otra parte, es posible constatar que la Constitución no asegura una atribución de recursos financieros suficientes y adecuados para atender las necesidades locales y que difieran según sus particularidades. Adicionalmente, es importante tener presente que los presupuestos municipales no tienen enfoque de género.

Dado lo anterior, es posible concluir que los municipios no cuentan con atribuciones, personal funcionario y financiamiento suficiente que les permita diseñar, planificar y ejecutar políticas públicas en el territorio como gobierno autónomo. A modo de ejemplo, no tienen poder de decisión respecto de los impactos ambientales que ciertas actividades pueden producir en su territorio, dado que esa determinación es efectuada por el Servicio de Evaluación Ambiental.

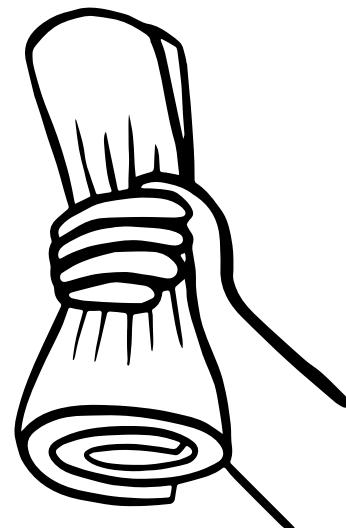
Finalmente, cabe señalar que el ordenamiento chileno no reconoce la multiculturalidad y plurinacionalidad de las distintas regiones²⁷⁴.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Fernández Richard, J. (2013). La administración del estado y las municipalidades en Chile. Revista IUS, vol. 7 (Nº32), pág. 159. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v7n32/v7n32a9.pdf>

²⁷³ Esto debiera perfeccionarse a fin de que los entes edilicios cumplan su función pública y los objetivos de “satisfacer las necesidades de la comunidad local”. Fernández Richard, J. (2013), op. cit., pág. 159.

²⁷⁴ Ver capítulo Estado Plurinacional y Pueblos Originarios.



4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

El modelo de desarrollo regional de Chile no da cuenta de las distintas necesidades y realidades que pueden tener las mujeres y grupos de especial protección en cada territorio. Las políticas de género son homogéneas y no consideran las diferencias culturales, nacionales, geográficas, económicas y sociales que puedan tener las mujeres en cada sector del país.

Las grandes desigualdades y diversidades de género y sociales que existen no son equiparadas por una división territorial adecuada, permaneciendo como un obstáculo para la modernización y desarrollo de los países²⁷⁵.

Otro aspecto relevante es que no existe correlación entre el nivel de desarrollo de las regiones y la disponibilidad de recursos económicos. Las ganancias están centralizadas, concentrándose especialmente en la Región Metropolitana. En ese sentido, el presupuesto local podría enfocarse en asegurar recursos propios que permitan dedicar más fondos hacia la promoción de las capacidades y los derechos de las mujeres, en su interseccionalidad.

Así, la descentralización fomenta el desarrollo productivo de las regiones, disminuyendo la pobreza de las comunidades, la que afecta especialmente a las mujeres y disidencias.

Se puede avanzar decididamente en hacer más efectiva la ejecución de los programas y proyectos municipales y regionales, entregar soluciones adecuadas a las poblaciones en términos de su oportunidad, forma y contenidos. Teniendo en cuenta sus realidades particulares; integrando a mujeres, hombres y otros en el proceso y estimulando el desarrollo de capacidades y responsabilidades locales en su gestión²⁷⁶.

La descentralización puede permitir una transversalización de la perspectiva de género en diseño, ejecución, evaluación y seguimiento de las políticas públicas, con lo cual se garan-

tiza un mayor impacto social de los objetivos planeados²⁷⁷. El empoderamiento y la colaboración de mujeres y diversidades las impacta positivamente como beneficiarias de las políticas públicas, por cuanto pueden ser parte de cada aspecto de las decisiones que les afectan, desde el análisis de las alternativas y la identificación de la solución preferida.

Esto lleva a pensar que institucionalizar la perspectiva de género en las políticas públicas “nos aporta sustantivamente a configurar el tipo de necesidades y expectativas de hombres y mujeres en atención a las inequidades de asignación del gasto público y el vacío de políticas que refuerzan la reproducción social de la ya histórica relación de dominación/subordinación del hombre sobre la mujer respectivamente y las limitaciones de las potencialidades de desarrollo humano individual y colectivo que este proceso trae consigo”²⁷⁸.

Por otra parte, la descentralización representa nuevas oportunidades que pueden ser abiertas a las mujeres para cumplir roles políticos, ya sea en una calidad de autoridad política o como actoras relevantes en la toma de decisiones (participación ciudadana). El empoderamiento de las mujeres en el gobierno local puede ser una primera instancia de acción política que, a través de la experiencia ganada, puede gatillar el acceso a nuevos espacios de debate público a nivel nacional.

Lo cierto es que no existe ninguna regulación para asegurar la nominación de candidatas a nivel local y regional en el país. Además, para aumentar la participación política de las mujeres es necesario derribar una serie de obstáculos que se les presentan, especialmente aquellos que dicen relación con el ámbito familiar y privado.

En cuanto a la participación política a nivel local, es importante señalar que en las últimas elecciones municipales, las candidatas a cargos de alcal-

²⁷⁵ Cortés, P. (2002), op. cit., pág. 26.

²⁷⁶ Ibidem, pág. 28.

²⁷⁷ Ibidem, pág. 21.

²⁷⁸ <http://cidbimena.desastres.hn/filegmt/files/Decentralization2.pdf>

desa y concejala representaron el 23% y 39% del total de candidaturas respectivamente. Además, fueron electas un 17,1% de alcaldesas y 33,2% de concejalas, presentando un aumento de un 6% en el primer cargo y 9% en el segundo, respecto de las elecciones anteriores²⁷⁹.

De acuerdo con el UNRISD²⁸⁰, los obstáculos para que las mujeres y disidencias ingresen a los gobiernos son menores a nivel local. Estos son la necesidad de viajar y pasar tiempo lejos del hogar, disponer de ingresos suficientes, tener un grado razonable de educación, experiencia en la competencia política y conexiones sociales, entre otros.

Según el estudio mencionado, la postulación de candidatas a nivel municipal es una oportunidad para romper barreras culturales y redistribuir el poder entre los géneros. Así como también para fortalecer la equidad social y lograr las metas del desarrollo humano, dotando de contenido y significado los principios de justicia, equidad, inclusión y democracia participativa.

Por su parte, Patricia Cortés²⁸¹ indica que la descentralización no solo se restringe a garantizar la elección directa de las autoridades locales, sino que propicia la creación de instancias participativas en el proceso de toma de decisiones locales y la creación y operación de cuerpos de consulta y resolutivos con sus atribuciones legales definidas claramente.

Finalmente, cabe señalar que según lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley N°18.965, las municipalidades podrán desarrollar funciones relacionadas con la igualdad entre los géneros (directamente o con otros órganos de la administración del Estado), de lo que se desprende que no es una obligación, quedando al arbitrio de la administración de turno.

Asimismo, no existe obligación de incorporar la perspectiva de género en la planificación y evaluación de sus políticas locales, teniendo en cuenta la interseccionalidad de las mujeres de la zona. Por su parte, la prevención de la violencia de género es abordada como una acción enmarcada en la seguridad pública, según el artículo 104 F de la Ley N°18.965.

²⁷⁹ Ferrer Durán, C. (19 de mayo de 2021). Participación de mujeres en municipales: Alcaldesas y concejalas electas alcanzan récord sin norma de paridad. EMOL. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/05/19/1021290/alcaldesas-concejalas-electas-sin-paridad.html>

²⁸⁰ Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social (21 de febrero de 2005). Capítulo 12: La descentralización y la igualdad de género en Igualdad de género: La lucha por la justicia en un mundo desigual, pág. 225. Disponible en: [https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\[httpPublications\]/54B9DD585F891F-6DC12571630047FFF0](https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/[httpPublications]/54B9DD585F891F-6DC12571630047FFF0)

²⁸¹ Cortés, P. (2002), op. cit., pág. 6.

CHILE ES UNO DE LOS PAÍSES MÁS CENTRALIZADOS DE LATINOAMÉRICA Y DE LA OCDE, FENÓMENO QUE CONTRIBUYE A LA PROFUNDA DESIGUALDAD Y DETERMINA LAS POSIBILIDADES DE DESARROLLO SOCIAL, CULTURAL Y ECONÓMICO DE LAS REGIONES

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

DESCENTRALIZACIÓN

País: ECUADOR

¿Por qué es buen ejemplo?

Es un país latinoamericano con un sistema unitario, características comunes con Chile.

Reconoce expresamente la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos descentralizados y los principios que los rigen. Establece regímenes diferenciados para las comunidades rurales y las áreas metropolitanas, lo que permite asumir de distintas formas la autonomía local, según las condiciones territoriales

Regulación Constitucional:

Artículo. 238.

Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos

municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

Artículo 240.

Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias.

Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

Artículo. 242.

El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.

GOBIERNO REGIONAL

País: ITALIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Es un país centralizado al igual que Chile, pero ha evolucionado hacia una mayor regionalización. Aunque tiene regiones autónomas que se distinguen de otras, en general su sistema se orienta hacia un regionalismo fuerte, con ciertas características de federalismo.

Regulación Constitucional:

Artículo 114, inciso segundo.

La República se compone de los Municipios, las Provincias, las Ciudades Metropolitanas, las Regiones y el Estado. Los Municipios, las Provincias, las Ciudades Metropolitanas y las Regiones son entidades autónomas con sus propios estatutos, facultades y funciones con arreglo a los principios establecidos en la Constitución.

Artículo 119, inciso 1°, 2° y 3°.

Los Municipios, las Provincias, las Ciudades Metropolitanas y las Regiones gozarán de autonomía financiera para sus ingresos y gastos, ajustándose al principio de equilibrio presupuestario, y concurrirán a garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas y financieras derivadas del ordenamiento de la Unión Europea. Los Municipios, las Provincias, las Ciudades Metropolitanas y las Regiones tendrán recursos autónomos. Establecerán y recaudarán sus propios impuestos e ingresos de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y de acuerdo con los principios de coordinación de la Hacienda Pública y del régimen tributario. Dispondrán de una coparticipación en la recaudación de los impuestos estatales imputable a su respectivo ámbito territorial.

Se establecerá por ley del Estado un Fondo de Compensación, sin afectación forzosa de su destino, para los territorios con una menor capacidad fiscal por habitante.

Artículo 123.

Cada Región tendrá un Estatuto por el que, de conformidad con la Constitución, se establecerá su forma de gobierno y sus principios fundamentales de organización y funcionamiento. El Estatuto regulará el ejercicio del derecho de iniciativa y de referéndum sobre las leyes y disposiciones administrativas de la región, así como la publicación de las leyes y reglamentos regionales.

El Estatuto será aprobado y modificado por el Consejo Regional mediante ley aprobada por mayoría absoluta de sus miembros, a través de dos deliberaciones sucesivas separadas entre sí por un intervalo de tiempo de al menos dos meses. Para dicha ley no será necesario el visto bueno del Comisario del Gobierno. El Gobierno de la República podrá, sin embargo, plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad de un Estatuto regional en el plazo de treinta días a partir de su publicación.

El Estatuto se someterá a referéndum popular si en el transcurso de los tres meses siguientes a su publicación así lo pidiera una quincuagésima parte de los electores de la Región o un quinto de los miembros del Consejo Regional. El Estatuto sometido a referéndum no se adoptará de no ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos.

El Estatuto de cada Región regulará el Consejo de las Autonomías Locales como órgano de consulta entre la Región y las entidades locales.

GOBIERNO COMUNAL

País: FINLANDIA

¿Por qué es buen ejemplo?

¿Por qué es un buen ejemplo? Es un país con Estado unitario al igual que Chile. Su nivel de descentralización y recaudación de impuestos locales son altos, según la OCDE. Reconoce la autonomía cultural de pueblos originarios.

Regulación Constitucional:

Artículo 121. Autonomía municipal y otras autonomías regionales.

Finlandia está dividida territorialmente en municipios, cuya administración debe fundarse en la autonomía de sus habitantes.

Las bases generales de la administración municipal y las facultades concedidas a los municipios estarán reguladas por Ley.

Los municipios tienen derecho a recaudar impuestos. Las bases de la obligación tributaria y de la fijación de los impuestos, así como la seguridad jurídica de los contribuyentes, estarán reguladas por Ley.

Las provisiones sobre autonomía en territorios administrativos mayores que un municipio serán establecidas por Ley. Los Sami tendrán autonomía lingüística y cultural en su región de residencia original de acuerdo con lo regulado por Ley.

TERCERA PARTE / EL ESTADO**FUERZAS
ARMADAS Y DE
ORDEN Y SEGURIDAD**

La defensa ha sido un tema central para los Estados, por lo que casi la totalidad de los países cuentan con Fuerzas Armadas y de Orden. Las FF.AA. ven su justificación en el resguardo de la integridad territorial del país, vigilando fronteras o siendo manifestación de la potencia militar en caso de guerra. Las Fuerzas de Orden se relacionan con la integridad interior de un Estado y su principal función es la prevención de delitos y el resguardo del orden público. Dada la historia de Chile y la relación que existe entre las Fuerzas Armadas y de Orden y el sistema actual, se hace necesario revisar brevemente esta materia a fin de facilitar la comprensión del tema para el debate constitucional sobre la materia.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para entender el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de Orden, junto con su regulación, es necesario abordar previamente algunos conceptos:

Armada:

Institución que forma parte de las Fuerzas Armadas, que concentra el poder naval y servicio marítimo del país.

Carabineros de Chile:

Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República.

Ejército:

Institución que forma parte de las Fuerzas Armadas, que concentra el poder militar del país.

Esencialmente obedientes y no deliberantes: Significa que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad están subordinadas a las decisiones del poder civil (no militar). Además, no pueden tomar decisiones políticas como institución.

Fuerza Aérea:

Institución que forma parte de las Fuerzas Armadas, que concentra el control y uso del espacio aéreo.

Fuerzas Armadas:

Instituciones dependientes del Ministerio de Defensa que están habilitadas para el uso de la fuerza estatal. Tienen como tarea mantener la integridad territorial, la paz, la seguridad, defensa exterior y la soberanía nacional. Estas están conformadas por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea y dependen del Ministerio de Defensa.

Fuerzas de Orden y Seguridad Pública:

Instituciones del Estado, dependientes del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, que están habilitadas para el uso de la fuerza pública. Tienen como objetivos hacer cumplir la ley y garantizar el orden y seguridad dentro del país. Comprende tanto a Carabineros de Chile como a la Policía de Investigaciones.

Policía de investigaciones (PDI):

Institución policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden, encargada de investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar.

Seguridad Nacional:

El objetivo principal es mantener la independencia de un país, su seguridad y soberanía frente a agresiones externas, ya sea por el derecho nacional o internacional.

Seguridad Pública:

Medidas de protección que buscan promover y asegurar el orden público y la paz para la ciudadanía. Están dirigidas al hecho delincuencial y sus actores. Están orientadas a garantizar la paz y la seguridad interna del Estado. Son necesarias para propiciar el desarrollo sociopolítico y económico de los ciudadanos²⁸².

²⁸² Jarrín, O. [Coord.] (2005). Políticas públicas de seguridad ciudadana: proyecto de ley de seguridad y convivencia ciudadana. FLACSO, pág. 31. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/17330-opac>

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Son diversas las disposiciones normativas que contiene la Constitución respecto de las FF.AA. y de Orden. Estas son las funciones más relevantes:

- El artículo 1º, inciso quinto, establece el deber del Estado de resguardar, entre otros, la seguridad nacional y dar protección a la población.
- El artículo 8º, inciso segundo, permite establecer la reserva o secreto cuando la publicidad afecta la seguridad nacional.
- El artículo 18 prescribe que “el resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las FF.AA. y Carabineros, del modo que indique la ley”.
- El artículo 19 N°3, respecto del derecho a defensa jurídica, señala que los integrantes de las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública, en lo administrativo y disciplinario, se regirán por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.
- El artículo 32, N°16, faculta al Presidente de la República para designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las FF.AA. y de Carabineros.
- El artículo 57 le prohíbe ser candidatos a diputados o a senadores a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, al General Director de Carabineros, al Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las FF.AA. y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

- El artículo 106 dispone que habrá un Consejo de Seguridad Nacional -encargado de asesorar al/la Presidente/a en seguridad nacional-, que estará integrado, entre otras autoridades, por los comandantes en jefe de las FF.AA. y el General Director de Carabineros.

En particular, el Capítulo XI de la Constitución chilena, regula a las FF.AA. y de Orden. Estos son sus principales aspectos:

- Las FF.AA. están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.
- Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior.
- Las FF.AA. y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Son profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.
- Dependen de los respectivos ministerios del ramo: Ministerio de Defensa y Ministerio de Interior.
- Los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y el General Director de Carabineros serán designados por el o la Presidenta de la República. Durarán cuatro años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inamovilidad en su cargo.



3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La Constitución de 1980 se origina en una dictadura cívico-militar, en la que las FF.AA. y de Orden tuvieron un papel central en el poder, lo que explica el actual diseño de estas instituciones en la norma fundamental. Sólo a partir de la actual Constitución, las FF.AA. y de Orden pasan a tener rango constitucional, pues antes eran reguladas por ley. En este sentido, cabe reflexionar si es necesario regularlas en la nueva Constitución, o bien, establecer principios generales que orienten la defensa nacional.

Un aspecto relevante que caracteriza la regulación de estas instituciones en la Constitución es que solo podrá modificarse su carrera profesional (incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto) mediante una ley orgánica constitucional, lo que implica que requieren un quórum de cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio. Esta situación dificulta la deliberación por mayorías democráticas y otorga un alto poder negociador a minorías que no son necesariamente representativas de la voluntad general.

Si bien la inamovilidad en el cargo no es absoluta, ya que el propio artículo 104 de la Carta Fundamental señala que desde la Presidencia de la República se podrá llamar a retiro a los y las comandantes en jefe o al o la General Directora, se requiere un decreto fundado y dar aviso al Congreso. Por lo tanto, en la práctica es complejo remover a las jefaturas de las FF.AA. y de Orden de sus cargos.

Esta situación puede tener como efecto la equivocada percepción de estar fuera del control civil y ciudadano, lo que puede ser un desincentivo para ejercer la función pública con la debida diligencia y en observancia a los estándares internacionales de derechos humanos.

En lo respectivo al mandato constitucional, las FF.AA. y de Orden deben ser obedientes y no deliberantes, pero la regulación de estas ha permitido que, en la realidad, gocen de autonomía, estando ajena a un real control del poder civil. Ello puede palparse en la clara postura política que han manifestado algunos altos mandos del Ejército y demás instituciones afines, lo que ha influenciado los procesos democráticos del país²⁸³.

Por otra parte, la actual regulación constitucional ha facilitado que se profundice la desigualdad entre civiles y militares, lo que se produjo, entre otras situaciones, por las 46 leyes referidas a FF.AA. y las policías que fueron dictadas por Augusto Pinochet, en el año previo al término de la dictadura²⁸⁴. En particular, existen una serie de prerrogativas en torno al sistema de justicia militar y la situación de previsión social, que dista de manera significativa con la del resto de los habitantes del país.

En general se evidencia una excesiva rigidez en el texto constitucional. En vez de establecer principios generales que regirán la configuración de las FF.AA. y de Orden, se limitan las posibilidades de la autoridad civil (electa democráticamente) de profundizar la planificación, conducción y empleo de la fuerza bajo la modalidad de un mando militar conjunto²⁸⁵.

²⁸³ Ejemplos de ello pueden encontrarse en la declaración de “Antichilenos” por lo ocurrido con la estatua de Baquedano. Ver: La Tercera (6 de marzo de 2021). Ejército tilda de “cobardes desadaptados” y “antichilenos” a quienes incendiaron estatua de general Baquedano. La Tercera. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/ejercito-tilda-de-cobardes-desadaptados-y-antichilenos-a-quienes-incendiaron-estatua-de-general-baquedano/AZXBPLUSFEX7MR6BTRWMM062A/>

²⁸⁴ Contreras Vásquez, P. (2015). Las Fuerzas Armadas en la Constitución. En Bassa Mercado, J., Ferrada Bórquez, J.C. y Viera Álvarez, C. [Eds.]. La constitución chilena: Una revisión crítica a su práctica política. LOM Ediciones, pág. 326.

²⁸⁵ Contreras Vásquez, P. y Salazar Pizarro, S. (2020). Desconstitucionalizar para democratizar: Las fuerzas armadas y las policías en la nueva constitución. Revista de Ciencia Política, vol. 58 (Nº1), pág. 20. Disponible en: 10.5354/0719-5338.2020.61560

También destacan las materias protegidas bajo causales de reserva o secreto porque la supuesta publicidad de sus actos podría afectar la seguridad nacional. Esta disposición se ha hecho extensiva a Carabineros de Chile, al “aplicarle las mismas reglas que las ramas castrenses, a pesar de que la norma constitucional no considera dentro de sus excepciones al control del orden público y la seguridad pública”²⁸⁶.

Lo anterior, permitió una institucionalidad exenta de control y poco transparente para revelar actos de corrupción. Algunos de ellos son reconocidos por la opinión pública, por ejemplo, el “Pacogate” donde hubo cerca de 35 mil millones de pesos involucrados y el “Milicogate” que fue por más 2.200 millones de pesos.

Finalmente llama la atención que la Constitución no disponga la obligación irrestricta para las FF.AA. de respetar los derechos humanos de los civiles, sin perjuicio de que actualmente cuentan con Protocolos sobre el Uso de la Fuerza²⁸⁷. Ello es relevante, no sólo por la historia de torturas y desapariciones forzadas durante la dictadura, sino también por la falta de proporcionalidad del uso de la fuerza en el “estallido social”. Los casos de Fabiola Campillay²⁸⁸ y Gustavo Gatica²⁸⁹ fueron resultado de la brutalidad policial.

Según estadísticas entregadas por el INDH, de un total de 1.712 de casos de víctimas durante el “estallido social”, un 92% fue perpetrado por Carabineros, 5% por militares, 2% por Policía de Investigaciones y 1% por Gendarmería²⁹⁰. El último informe de Fiscalía, de marzo 2021²⁹¹, señala que se abrieron 8.581 causas por violación a derechos humanos. De estas, 2.013 fueron reagrupadas, y 6.568²⁹² quedaron activas. Lamentablemente el 46% de estas fueron cerradas sin formalizaciones.

Existe un desequilibrio importante entre quienes deben mantener el orden interno y la seguridad de la nación y que cuentan con armamento de guerra, versus la ciudadanía que está, al menos constitucionalmente, desarmada. Esta situación ha levantado la urgencia de reformar o refundar las FF.AA. y de Orden, incluso existen voces que abogan por la supresión de los organismos de defensa nacional.

La dificultad de movilidad de los comandantes en jefe, la existencia del Consejo de Seguridad Nacional, la separación entre la justicia civil y militar, la naturaleza del régimen previsional de las FF.AA. y de Orden, la proporcionalidad de la fuerza ejercida contra civiles y la efectividad de la no deliberancia, son algunos de los temas que deberán ser revisados en una nueva constitución.

²⁸⁶ Ibidem, pág. 13.

²⁸⁷ Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, señalan en su Disposición N°5 que cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

²⁸⁸ El 26 de noviembre de 2019, Fabiola Campillay se dirigía a un paradero en San Bernardo para tomar un bus que la llevaría a su trabajo, cuando recibió el impacto en su cabeza de un proyectil de gas lacrimógeno percutido por una escopeta de Carabineros. Producto de dicho impacto, además de otras graves lesiones, perdió la visión. Ver: Alcaíno Arellano, E. (2020). Violencia policial desde el estallido social. En Centro de Derechos Humanos [Eds.] Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2020. Ediciones Universidad Diego Portales, pág. 87. Disponible en: https://derechoshumanos_udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/InformeCompleto.pdf

²⁸⁹ El joven de 21 años Gustavo Gatica fue herido por balines de la policía en sus dos ojos el 8 de noviembre de 2019, mientras fotografiaba las protestas. A la semana siguiente se confirmó su ceguera. Ver: Toro Agurto, I. y Toro Góngora, P. (30 noviembre 2019). Protestas en Chile: la mirada rota de Gustavo Gatica, el joven fotógrafo que quedó ciego en una manifestación. BBC. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50601375>

²⁹⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2020). Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos, pág. 12. Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/04/Reporte-INDH-19-de-marzo-de-2020.pdf>

²⁹¹ Ministerio Público de Chile (2021). Estado de situación de las principales investigaciones de violencia institucional asociadas a la crisis social. CIPER Chile. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/documento-01-1.pdf>

²⁹² Weibel Barahona, M. (12 de marzo de 2021). Fiscalía ya cerró sin formalizados el 46% de las causas por violaciones de DD.HH. ocurridas en el estallido social: 3.050 casos. CIPER Chile. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/03/12/fiscalia-ya-cerro-sin-formalizados-el-46-de-las-causas-por-violaciones-de-dd-hh-ocurridas-en-el-estallido-social-3-050-casos/>

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

El feminismo reconoce una estrecha relación entre el militarismo y el patriarcado, como forma de dominación masculina sobre otros géneros, sexos, clases y razas. En este sentido, bell hooks ha señalado que: “mientras el pensamiento sexista siga socializando a los niños varones para ser «asesinos», ya sea en luchas imaginarias entre buenos y malos, ya sea como soldados del imperialismo para dominar al resto de naciones, continuará la violencia patriarcal contra las mujeres y la infancia”²⁹³.

De esta forma, desde un análisis feminista, es necesario replantear el diseño de las instituciones militares y de orden e incluso reformular su función (o desaparición) en una democracia feminista. Destruir la idea de la dominación masculina es también destruir sus instituciones, deconstruir y construir en base a nuevos principios, donde no sea posible que las armas tengan el poder de decisión en la sociedad.

Diversos cuestionamientos pueden hacerse desde el feminismo a la existencia y funcionamiento de las FF.AA. y de Orden. Para comenzar, la necesidad que se mantenga una institución cuya función es resguardar la seguridad nacional de amenazas externas, siendo que Chile no ha participado en guerras con otros países por su integridad territorial desde 1884²⁹⁴. Asimismo, se reflexiona sobre la subsistencia de organismos que, en el pasado reciente del país, vulneraron los derechos humanos de la ciudadanía de manera sistemática y muchas veces impune.

Chile vivió en dictadura militar por 17 años, tiempo durante el cual se cometieron graves vulneraciones a los derechos humanos, mediante violencia político sexual (incluyendo violaciones y otras formas de violencia sexual), torturas, asesinatos y desapariciones forzadas. A la fecha, se ha perpetrado la impun

nidad por estos hechos y algunas vulneraciones. La situación de los detenidos desaparecidos²⁹⁵ se mantiene sin que los organismos de defensa nacional hayan prestado verdadera colaboración, o hayan entregado respuestas.

En este contexto, las violaciones a los Derechos Humanos acontecidas durante el “estallido social”, que inició en octubre de 2019, impactó con fuerza e hizo resurgir planteamientos que abogan por suprimir las FF.AA.

Carabineros de Chile y la PDI también han participado en crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en dictadura como en democracia. En ese sentido, también surge la crítica ciudadana de refundar las policías, ya que, si bien están llamadas a mantener el orden interno y reprimir los actos delictuales, deben ser concientizadas y formadas en el irrestricto respeto y observancia de los derechos humanos.

En este auge de voces que abogan por la supresión de las FF.AA., así como por la refundación de las Fuerzas de Orden, se ha propuesto la profesionalización de estas últimas, la extensión de su vida laboral y la unificación del sistema de pensiones de estas instituciones con la del resto de la ciudadanía y bajo idénticas reglas.

Otra parte importante de los cuestionamientos es el de carácter presupuestario. La crítica no se reduce sólo a la desigualdad entre la fuerza pública y la ciudadanía en las condiciones de previsión social y atención de salud, sino que a la disponibilidad de los recursos públicos que implicaría su supresión. Estos podrían ser redirigidos a sectores más relevantes y universales, como salud y educación. Un ejemplo de ello es Costa Rica, país que no cuenta actualmente con ejército y que utiliza más de ¼ de su presupuesto nacional en salud y asistencia sanitaria²⁹⁶.

²⁹³ Hooks, B. (2000). *Feminism is for everybody: passionate politics* [El feminismo es para todo el mundo] (traducido por Beatriz Esteban, Lina Lozano, Mayra Sofía, Maira Puertas y Sara Vega). Traficantes de Sueños, pág. 91. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/TDS_map47_hooks_web.pdf

²⁹⁴ Esta afirmación, es sin perjuicio de la crisis con Argentina en 1978 la cual no llegó a cristalizarse en una guerra.

²⁹⁵ En la actualidad el número de Detenidos Desaparecidos se estima en 1.248 personas, cuyos restos aún no han sido localizados.

²⁹⁶ Estrategia y Negocios (25 de agosto de 2015). Costa Rica, el que más invierte en salud en el mundo. Estrategia y Negocios. Disponible en: https://www.estategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/872575-330/costa-rica-el-que-m%C3%A1s-invierte-en-salud-en-el-mundo?utm_source=NewsletterEYN&utm_medium=email&utm_campaign=NewsletterEYN

Desde la perspectiva de la igualdad de género, el ingreso de las mujeres y disidencias a las FF.AA. y de Orden, y el desarrollo de su carrera funcionaria en el interior de tales organismos mantiene discriminaciones por sexo. Sólo en 1995 el Ejército de Chile incorporó a personas del sexo femenino a sus filas, las que han ido en aumento con los años²⁹⁷. Por lo tanto, es probable que recién en 2027 exista alguna mujer en los altos mandos²⁹⁸. En 2020, ingresó el primer hombre trans al Ejército²⁹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, existen muchos desafíos a resolver. En el desarrollo de la carrera militar, las mujeres se ven enfrentadas a una institución masculinizada que impone una serie de deberes justificados exclusivamente en el género, como el uso obligatorio de vestuario “femenino” (faldas, tacones y maquillaje). Además, tienen una participación secundaria en el plano administrativo y sanitario, buscando su inserción en áreas donde eran excluidas, relacionadas con el combate o dirigir batallones de varones³⁰⁰.

En el caso de Carabineros resulta especialmente necesario que se les eduque en torno a la violencia de género. Esta institución ha sido acusada de cometer actos vejatorios en contra de las mujeres detenidas³⁰¹ y de tener un trato indiferente hacia las víctimas de violencia intrafamiliar, lo que con-

stituye un obstáculo en el difícil camino que deben recorrer aquellas mujeres (incluso en relaciones familiares dentro de la misma institución, como fue el caso de la cabo Norma Vasquez³⁰², asesinada por su pareja y compañero de labores), además de tener escasa prevención y sanción respecto al acoso sexual en el ámbito laboral. Mientras la institución policial no avance en el propósito de entender a las mujeres y disidencias como seres humanos dignos de protección, difícilmente podrá cumplir su rol de garante del orden público.

Finalmente, cabe señalar que durante la dictadura militar y en el contexto de estallido social hubo denuncias de violencia sexual por parte de funcionarios de las FF.AA. y de Orden contra mujeres y disidencias. Las violaciones y abuso sexual constituyen torturas y tratos inhumanos, por lo tanto, se debe avanzar en la persecución efectiva y determinación de responsabilidades asociadas a los agentes estatales³⁰³.

La continuidad de las FF.AA. y la profunda y estructural reformulación de las policías son temas para discutir en la nueva Constitución que se escribirá. Para ello habrá que tener en cuenta estándares internacionales y de género, consideraciones presupuestarias y particularmente, avanzar con miras a una democracia igualitaria.

297 Biblioteca Nacional (s/f). Mujeres en las Fuerzas Armadas (1995-2010). Memoria Chilena. Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-100707.html>

298 Cooperativa.cl (5 de Marzo de 2017). En 10 años más el Ejército tendrá a su primera mujer general. Cooperativa.cl. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/en-10-anos-mas-el-ejercito-tendra-a-su-primer-a-mujer-general/2017-03-05/110149.html>

299 Cooperativa.cl (11 de diciembre de 2020) El Ejército de Chile graduará por primera vez a una persona trans. Cooperativa. Disponible en: <https://cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/el-ejercito-de-chile-graduara-por-primeravez-a-una-persona-trans/2020-12-11/201643.html>

300 Biblioteca Nacional (s/f). Mujeres en las Fuerzas Armadas (1995-2010). Memoria Chilena. Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-100707.html>

301 Recordar el caso Joane Florvil, mujer haitiana que murió bajo la custodia de Carabineros Ver: Ruiz Pereira, C. (7 de octubre de 2017). Los 30 días de calvario de Joane Florvil. La Tercera. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>

302 La carabinera Norma Vásquez Soto denunció al subteniente Gary Valenzuela Ramos -su expareja- de intentar violarla, el 17 de julio. El Noveno Juzgado de Garantía de Santiago decretó una orden de alejamiento para Valenzuela y Carabineros abrió un sumario en su contra y lo expulsó de la institución el 30 de julio. El 22 de agosto, encontraron el cuerpo de la joven en el maletero del auto que manejaba Valenzuela, en Linares. Ver: Matus Muñoz, J. (25 de agosto de 2020). Del abuso al femicidio de una carabinera. La Tercera. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/del-abuso-al-femicidio-de-una-carabinera/F3UYNQII0BC2PPE6YL2XMFA5QU/>

303 En este sentido resulta relevante mencionar el Informe Valech en el cual se produce una importante constatación de la violencia sexual ejercida, principalmente, contra mujeres. Con ello no sólo hay importantes fuentes documentales en la materia, sino que es posible comprender la relevancia y permanencia de esta forma de tortura por parte de agentes del Estado de Chile.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

SUPRESIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS.

País: COSTA RICA

¿Por qué es buen ejemplo?

En base a la crítica desde el feminismo a la militarización, es interesante analizar la situación de la Fuerza Pública de Costa Rica, un país que decidió vivir sin ejército. Además de ello, The Economist Intelligence Unit reconoce al país como una Democracia perfecta.

Fácilmente se puede observar que no existe una sobreregulación de la fuerza pública y la que existe se encuentra supeditada al poder civil.

Regulación Constitucional:

Artículo 12.

Se proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil: no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva.

Artículo 139.

Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República:
[...] 3. Ejercer el mando supremo de la fuerza pública;

FUERZAS ARMADAS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO

País: URUGUAY

¿Por qué útil?

Si bien este país cuenta con ejército y comparte con Chile un pasado de dictadura militar, también ha sido considerado una democracia perfecta. Es inequívoca la subordinación de las FF.AA. al poder civil y a la ley, lo que permite un adecuado funcionamiento de estas instituciones

Regulación Constitucional:

Artículo 85.

A la Asamblea General compete:

[...] 7º. Decretar la guerra y aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cual-

quier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.

8º. Designar todos los años la fuerza armada necesaria. Los efectivos militares sólo podrán ser aumentados por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

Artículo 168.

Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:

- 1º. La conservación del orden y tranquilidad en lo interior, y la seguridad en lo exterior.
- 2º. El mando superior de todas las Fuerzas Armadas.

CUARTA PARTE

EL ESTADO EN OBLIGACIÓN CON LAS PERSONAS

Grupos de especial protección

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Derechos Laborales

Derechos sexuales y reproductivos

Estado Plurinacional y Reconocimiento de Pueblos Indígenas

Acceso a la Justicia Penal



**CUARTA PARTE /
EL ESTADO EN OBLIGACIÓN
CON LAS PERSONAS**

**GRUPOS
DE ESPECIAL
PROTECCIÓN**

Las mujeres, niñas, niños y jóvenes, diversidades sexuales, personas mayores, migrantes, refugiadas y aquellas pertenecientes a pueblos indígenas están aparentemente protegidas por la Constitución, en virtud de la regulación existente respecto de igualdad y no discriminación. Sin embargo, dichas disposiciones han sido insuficientes para su protección real y efectiva.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

En primera instancia, es necesario precisar algunos conceptos antes de abocarnos al análisis de este tema para poder comprenderlo a cabalidad:

Autonomía progresiva:

Corresponde a “la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente. Es decir, a temprana edad es muy difícil que los derechos sean ejercidos por los propios niños y niñas, necesitan que los adultos velen por el cumplimiento de sus derechos, pero a medida que crecen, los niños, niñas y adolescentes serán capaces de poder ejercer con mayor ímpetu sus derechos, por ejemplo, el derecho de la participación”³⁰⁴.

Diversidades sexuales:

“Este término se refiere a la gama completa de la sexualidad, la cual incluye todos los aspectos de la atracción, el comportamiento, la identidad, la expresión, la orientación, las relaciones y las relaciones sexuales. Se refiere a todos los aspectos de los seres humanos como seres sexuados”³⁰⁵.

Edadismo:

Se refiere a la discriminación por edad, la cual deriva de estereotipos o prejuicios presentes en las sociedades.

Expresión de género:

Es la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina, conforme a los patrones considerados propios de cada género o por una determinada sociedad en un momento histórico determinado³⁰⁶.

Identidad de género:

Es el concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva. Se relaciona con cómo se vive y se siente el cuerpo desde

la experiencia personal y cómo se lleva al ámbito público, es decir, con el resto de las personas. Puede o no corresponder al sexo con el que se nace³⁰⁷.

Identidad sexual:

Aquella vivencia personal que estructura la experiencia vital de las personas en relación con su propia corporalidad y su deseo de reconocimiento respecto a cómo se identifica y percibe a sí mismo³⁰⁸.

Interés superior del niño:

La Convención de Derechos del Niño aboga por que las decisiones concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tomen consideración primordial al “interés superior del niño”. Ello implica que él debe ser considerado un sujeto de derechos, no como una propiedad de sus padres, sino como una persona que tiene derecho de protección, asistencia y educación. A su vez, este concepto exige la adopción de medidas activas por parte del gobierno, el parlamento y la judicatura³⁰⁹.

Niñas, niños y adolescentes:

Según la Convención de los Derechos del Niño, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad³¹⁰.

Personas afrodescendientes:

Se refiere a aquellas personas nacidas fuera de África, pero que tienen su origen étnico en dicho continente. Viven dispersos en la población local o en comunidades.

Personas en situación de discapacidad:

Aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás³¹¹.

³⁰⁴ Defensoría de la Niñez (26 de agosto de 2021). ¿Qué se entiende por autonomía progresiva? Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-autonomia-progresiva/

³⁰⁵ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2018). Glosario de términos sobre diversidad afectivo sexual. Plan Nacional sobre el SIDA. pág. 13.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Acuña, M. (2019) Género, machismo e inequidades: Reflexión crítica al género como concepto, material del curso “Introducción a las teorías feministas”, impartido por U Abierta, Universidad de Chile.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, op.cit.

³¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, No. 1577. Disponible en <https://www.un.org/es/events/chilrenday/pdf/derechos.pdf>

Personas mayores:

Aquellas personas cuya edad supera los 60 años. Algunos teóricos las dividen en tercera edad –que va entre los 60 y 79 años– y cuarta edad, de 80 años en adelante.

Personas migrantes:

Toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, por diversas razones³¹².

Se entiende también por migrantes a quienes, sin importar el motivo deciden salir, transitar o llegar a un país distinto al de origen o a un territorio donde antes no vivía o trabajaba. Incluye a quienes

buscan residir, trabajar, transitar o visitar otro país, sin importar si lo hacen de forma regular o irregular, ni el tiempo de estadía.

Personas refugiadas:

Son quienes se ven forzadas a huir fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y, en consecuencia, requieren protección internacional³¹³.

Viejismo:

Consiste en la discriminación, consciente o inconsciente, que se hace a las personas mayores, implicando una devaluación a la ancianidad.

311 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 3 de mayo de 2008, disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

312 International Organization for Migration, IOM, International Migration Law. Glossary on Migration (Naciones Unidas, 2019).

313 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 22 de abril de 1954, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 189, No. 2545, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

En cuanto a la regulación que la Constitución Política de la República realiza respecto de los grupos de especial protección, es necesario señalar que no se refiere a ellos directamente. Sin embargo, las normativas constitucionales pertinentes se encuentran disagregadas en la Carta Fundamental.

En este sentido, el artículo 1º del texto constitucional señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta apelación a la igualdad es reforzada por lo dispuesto en el artículo 19 N°2, conforme al cual el Estado garantiza “la igualdad ante la ley”, agregando concretamente que en el país “no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Esto es algo que el ordenamiento jurídico debe reconocer de acuerdo con lo que la Constitución regula, dado que el mismo artículo establece que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Por su lado, el artículo 19 N°16 consagra el derecho a la libertad de trabajo y su protección. Al respecto,

la Constitución señala que “se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”. Por su lado, el artículo 19 N°22 garantiza “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanen del ser humano, garantizados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Es por esto que corresponde al Estado “respetar y promover tales derechos”, haciendo valer aquellos reconocidos en tratados internacionales que hubieren sido suscritos, ratificados y publicados en nuestro país, los que se incorporan como normativa interna. Entre dichos convenios o tratados de derechos humanos, se encuentran un sinnúmero de disposiciones relativas a los grupos de especial protección.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El derecho internacional de los Derechos Humanos ha incluido dentro de los grupos vulnerables a mujeres, pueblos originarios y tribales, personas mayores, niños, niñas y jóvenes, personas privadas de libertad, con discapacidad, LGTBI+ y migrantes, entre otros³¹⁴.

Además de su regulación constitucional y la incorporación de la normativa internacional de los derechos humanos en virtud de la disposición del artículo 5º inciso 2, la igualdad se consagra en otros preceptos para materias específicas³¹⁵.

Sin embargo, ha sido un tema no resuelto y con muchos cuestionamientos a su respecto. Entre ellos, se puede mencionar una concepción más tradicional, generalizada y formal de la igualdad, la que se entiende como tratar igual a los iguales (personas/casos) y de una manera distinta a aquellos diferentes. Esta noción se aleja de la interpretación más amplia de la igualdad, que la concibe desde un ámbito sustancial. También llamada igualdad material, esta última implica una diferenciación en base a determinadas circunstancias fácticas, lo que se relaciona con la interseccionalidad.

En este sentido, el concepto de discriminación que existe en nuestra legislación se encuentra más ligado a la arbitrariedad que a la desventaja y subordinación de ciertos grupos. Esto sumado a la interpretación poco sistemática de las categorías sospechosas, la ineficacia de las acciones judiciales y la dificultad probatoria, entre otros aspectos.

De esta forma, es innegable que existen casos de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que carece de preceptos que contemplen y garanticen efectivamente casos como el derecho a voto de las personas privadas de libertad, el matrimonio igualitario, la adopción homoparental, la prohibición de salarios discriminatorios entre hombres y mujeres o de personas con discapacidad, la igualdad entre hombres y mujeres en todos los planos del acontecer público y privado, la garantía de pensiones dignas y la protección de las personas migrantes, entre otros.

Como se verá a continuación, se trata de casos donde la regulación no ha sido capaz de proteger a ciertos grupos estructural, histórica y sistemáticamente relegados.

³¹⁴ Existen brechas sustanciales que afectan a mujeres en las distintas etapas de su vida, respecto de hombres que se encuentran en una misma situación socioeconómica. Ver: "Documento de Resultados: Equidad de Género" de la División Observatorio Social de fecha 25 de junio de 2020, de la Subsecretaría de Evaluación Social disponible en http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/grupos-poblacion/Documento_de_resultados_Equidad_de_genero_25.06.2020.pdf

³¹⁵ Entre esa normativa se encuentra la Ley 20.422 que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; Ley 20.820 que Crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, y modifica normas legales que indica; Ley 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; la Ley N°21.302 que comenzará a regir a contar del 01 de octubre de este año que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y Modifica Normas Legales que Indica; la nueva Ley de Migración y Extranjería, entre otras.

**ES INNEGABLE
QUE EXISTEN
CASOS DE
DISCRIMINACIÓN
EN NUESTRO
ORDENAMIENTO
JURÍDICO**

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZAN BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

En Chile, se han implementado políticas públicas e iniciativas legales a objeto de corregir la insuficiente regulación de la garantía de igualdad ante la ley a nivel constitucional.

No obstante, lo anterior no ha sido suficiente. Es evidente que la falta de protección constitucional de la niñez, juventud, las vejeces, la migración, identidad de género, discapacidad y otros grupos de especial protección, afectan en mayor medida a las mujeres, dada la interconexión de las vulneraciones que pueden confluir en ellas.

4.1. Mujeres

Si bien las mujeres pueden ser entendidas como personas en situación de desventaja, vale la pena mencionar que su caracterización como “grupo discriminado” (en el mismo sentido que otros de los que acá se mencionan) resulta discutible. En ese sentido, hay quienes han entendido que grupos discriminados son aquellos atravesados por una característica de minoría étnica o cultural, cuestión que no se produce en el caso de las mujeres³¹⁶.

En este caso, la necesidad de protección surge producto de la devaluación de su género a causa del sistema patriarcal que la excluye como actor político relevante, obviando con ello su necesidad de representación y, consecuentemente, el resguardo efectivo de sus derechos. Por lo mismo, las mujeres se encuentran en una situación especialmente vulnerable, que las expone a situaciones de violencia y discriminación tanto personal como institucional.

En Chile, la discriminación y violencia por razón de género contra las mujeres tiene distintas facetas que las afectan de forma transversal. El informe elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en 2018 hizo seguimiento a las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Estado de Chile de 2012, y reveló que durante ese año y los seis posteriores “los índices de violencia hacia la mujer no han presentado reducciones sustantivas”³¹⁷, dado que se mantiene una cifra cercana a los 35 femicidios consumados. Para el año 2020 la situación no mejoró en absoluto, pues se observó hasta 43 casos de femicidios consumados y reconocidos como tales por el Gobierno de Chile³¹⁸, un número que sólo aumenta si se consultan fuentes alternativas. Por ejemplo, según la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 68 mujeres fueron víctimas de femicidio durante el año 2020³¹⁹.

En cuanto a violencia en general, un 41,4% de las mujeres declaró haber sido agredida alguna vez en su vida³²⁰. Por su parte, CIPER informó que entre 2016 y 2018, en las comunas del Gran Santiago se evidenció al menos un caso de violencia por cada 100 mujeres³²¹. A esta forma de violencia, se debe sumar aquella que sufren las mujeres en distintos ámbitos de sus vidas, donde son discriminadas en el ámbito laboral, académico, tecnológico, en los cuidados, roles familiares, etc.

A lo anterior hay que añadir que existen condicionantes que interseccionan y complejizan mayormente la situación de algunas mujeres, transformándolas en personas especialmente vulnerables a la discriminación.

³¹⁶ Barrère, M. y Morondo, D. (2011). Subordinación y Discriminación Interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 45, 15-42. Disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/523/613> pág. 35.

³¹⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH (2018), Informe Complementario Al Comité Para La Eliminación De La Discriminación Contra La Mujer (CEDAW) 2018. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1155> pág. 2.

³¹⁸ Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, SERNAMEG (2020) Informe de femicidios consumados para el año 2020. Disponible en <https://www.sernameg.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/FEMICIDIOS-al-31-de-diciembre-de-2020.pdf>

³¹⁹ Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. (2020). Registro de femicidios año 2020. Disponible en <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/registro-de-femicidios/>

³²⁰ Subsecretaría de Prevención del Delito (2020). IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios (ENVIF-VCM) Resultados País. Disponible en <https://equidaddegenero.mineduc.cl/assets/pdf/Material%20Adicional/Presentaci%C3%B3n%20de%20Resultados%20IV%20ENVIF-VCM.pdf>

³²¹ Contreras, H. (7 de marzo de 2020). Femicidios y Violencia Intrafamiliar contra la mujer. CIPER Chile. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2020/03/07/femicidios-y-violencia-intrafamiliar-contra-la-mujer/>

El Comité CEDAW, en su Observación General N°28, establece que la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan, tales como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, clase, casta, orientación sexual e identidad de género.

Por su parte, la Recomendación General N°33 sobre acceso de las mujeres a la justicia, hace hincapié en la forma en que esta marginación afecta además el acceso que estas tienen a los sistemas de justicia, donde las causas de discriminación interseccional incluyen “la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales”³²².

Para dar completa cabida al ejercicio de los derechos que dicha convención protege, es necesario implementar un enfoque interseccional que permita ir más allá de la noción universal de “mujer”, construida sobre la base de un único eje de diferenciación: el género. De esta forma, es posible visibilizar otras desigualdades que operan paralelamente, como el poder, la etnia, situación socioeconómica, raza, identidad de género, entre otras.

4.2. Niñas y jóvenes

En un inicio, la protección de niñas y jóvenes estuvo circunscrita a los instrumentos y medidas que en genérico planteaban la protección, interés o derechos del “niño”. Sin embargo, actualmente se reconoce la importancia de hacer referencia a la diversidad que abarca ese grupo, haciendo expresa la mención de las niñas y adolescentes.

Según establece el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, existe una necesidad de

proporcionar protección especial a este grupo. Esto dado que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Esto se anunció inicialmente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), así como en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10).

De este modo, la Convención de los Derechos del Niño contiene las obligaciones de los Estados Parte respecto de los derechos y la protección que se debe dar a este grupo en particular, poniendo especial atención a los principios de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, supervivencia y al desarrollo y, finalmente, al principio de participación y de ser escuchado³²³.

A pesar de lo anterior, actualmente existe la propuesta de observar a los niños, niñas y jóvenes como sujetos de derechos, más que de protección. Esto implica que “los niños, niñas y adolescentes tienen que ser reconocidos y respetados en sus derechos, con igualdad de condiciones que los adultos, con reconocimiento de su participación como sujetos activos de cambio dentro de todos los espacios sociales en que se desarrollan: la familia, la escuela, la comunidad y otros”³²⁴.

Cuando se habla de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es relevante tener en consideración el concepto de autonomía. Como se señaló anteriormente, se entiende por autonomía progresiva “la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente. Es decir, a temprana edad es muy difícil que los derechos sean ejercidos por los propios niños y niñas, necesitan

³²² Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer, CEDAW “Recomendación general número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, C/GC/33, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> . pág. 4.

³²³ Defensoría de la Niñez. (28 de agosto de 2021), Conoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/conoce-los-derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes/>

³²⁴ Defensoría de la Niñez. (28 de agosto de 2021) ¿Qué significa que los niños, niñas y adolescentes sean Sujetos de Derechos y no objeto de protección? Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-significa-que-los-ninos-ninas-y-adolescentes-sean-sujetos-de-derechos-y-no-objeto-de-proteccion/

que los adultos velen por el cumplimiento de sus derechos, pero a medida que crecen, los niños, niñas y adolescentes serán capaces de poder ejercer con mayor ímpetu sus derechos, por ejemplo, el derecho de la participación”³²⁵.

Por ende, considerando a este grupo como sujeto de derecho en igualdad de condiciones que los adultos, es necesario reconocer las medidas especiales que se deben adoptar para que puedan acceder al pleno desarrollo en los espacios sociales –aquellas que, de no estar presentes, pueden afectar el ejercicio, desarrollo y protección de sus derechos-. En esta línea, UNICEF ha señalado que “para hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados o están en conflicto con la ley, se requiere la prestación de servicios que aseguren progresivamente la protección, restitución y reparación de sus derechos, así como la reinserción social de los adolescentes con responsabilidad penal”³²⁶.

4.3. Diversidades sexuales

La Constitución de 1980 se construyó sobre la base de un modelo liberal ilustrado, que entendió al hombre blanco y heterosexual como el ideal a ser regulado. La igualdad y libertad que se protege a partir de esta filosofía es la de quienes calzan con este estándar, invisibilizando todo aquello que se aleja de él. Así, no es sorprendente que aun entendiéndose como un derecho “neutro y objetivo”, constituciones como las de 1980 no hagan nada por visibilizar la realidad de las diversidades y disidencias sexuales³²⁷.

Una vez que se empiezan a entender las libertades e igualdades constitucionalmente consagradas bajo un lente de liberalismo igualitario y feminista, la violencia estructuralmente validada que han sufrido las diversidades y disidencias sexuales históricamente se vuelve intolerable. Bajo esta comprensión, los roles sociales dados deben ser cuestionados, y las instituciones jurídicas cumplen un papel fundamen-

tal en visibilizar, proteger y garantizar los derechos de estos grupos³²⁸.

De acuerdo con el Informe Anual de Derechos Humanos de MOVILH del año 2020, las denuncias por discriminación homofóbica y transfóbica han ascendido desde el año 2018, particularmente en las regiones Metropolitana, del Biobío y Valparaíso. Además, los atropellos a los derechos de la comunidad LGBTIQ+ aumentaron en un 14,7% en 2020 respecto del año anterior, cuando ya se había visto un aumento explosivo en el número de abusos registrados. Estos incluyeron “6 asesinatos; 132 agresiones físicas o verbales perpetradas por civiles; 16 abusos policiales; 110 casos de discriminación laboral y 33 de tipo educacional; 60 movilizaciones o campañas de odio, 379 episodios de exclusión institucional; 64 exclusiones en el espacio público o privado, 253 casos de homo/transfobia comunitaria (familia, amigos/as, vecinos/as), 209 discursos que incitan a la violencia y 4 vulneraciones de derecho a la cultura, medios o espectáculos³²⁹.

Pero la violencia que se genera a nivel ciudadano no es casual, sino sólo una réplica y profundización de aquella que se sufre a nivel institucional. Eso queda de manifiesto a partir de informes emitidos por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, que ya en 2011 y 2015 relevaban la necesidad de que los Estados Parte concordaran sus leyes a una igualdad y no discriminación real y certera de diversidades y disidencias sexuales³³⁰.

Particularmente, y a modo de ejemplo, el informe sobre “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, identifica como necesidad para combatir la discriminación el “reconocer por ley a las parejas del mismo sexo y a sus hijos, de modo que las prestaciones tradicionalmente concedidas a las personas casadas –como las relacionadas con las pensiones, los impuestos y la herencia– se concedan en términos no discriminatorios”³³¹.

³²⁵ Defensoría de la Niñez (28 de agosto de 2021) ¿Qué se entiende por autonomía progresiva? Disponible en https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-autonomia-progresiva/

³²⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF (28 de agosto de 2021). Justicia y protección de la infancia. UNICEF. Disponible en <https://www.unicef.org/chile/justicia-y-proteccion>

³²⁷ Salas, C. y Gauché, X. (2020). Subjetividad jurídica. Ciudadanía de las mujeres y personas LGBTI. Nueva Constitución con Perspectiva de Género, 6-6. Disponible en https://www.uchile.cl/documentos/nueva-constitucion-con-perspectiva-de-genero_169952_0_3515.pdf pág. 6.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, MOVILH. (2021). XIX Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2020) Disponible en <https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2021/03/XIX-Informe-Anual-DDHH-MOVILH.pdf> pág. 63.

³³⁰ “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 17 de noviembre de 2011 y “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, Informe de la ACNUDH, 4 de mayo de 2015.

³³¹ Naciones Unidas, Asamblea General “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/29/23 (4 de mayo de 2015), disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/29/23>

Esto es algo que aún no ha sido posible en Chile. Si bien la Constitución reconoce la igualdad en los términos señalados anteriormente, el matrimonio sigue siendo exclusivo de parejas heterosexuales. Por su lado, la batalla por la adopción homoparental y el reconocimiento de la situación jurídica de niños y niñas que ya viven en el seno de una familia homoparental ha debido solucionarse en los tribunales de justicia.

Así las cosas, es posible observar que la situación de desprotección que viven las diversidades y disidencias sexuales está aún lejos de desaparecer en Chile. Con ello, urge la institucionalización de mecanismos que refuercen y promuevan el respeto a una igualdad efectiva de derechos.

4.4. Mujeres mayores

Las personas mayores son un grupo de la población que suele ser tradicionalmente postergado. Algo que, si bien se puede explicar desde diversas ópticas, responde a la forma de discriminación denominada “viejismo”.

Este fenómeno impacta de manera profunda en la sociedad a través de dos factores: uno “psicológico”, como podría ser la percepción de finitud que se tiene de las personas mayores, y también un factor “económico”, como es el descrito por Simone de Beauvoir³³², al establecer que el capitalismo valora preferentemente a los hombres blancos y heterosexuales, razón por la cual todas las demás personas ajenas a esta concepción resultan invisibilizadas.

Ya establecido que las personas mayores son objeto de discriminación, es importante señalar que se cuestiona el término “la vejez” como un concepto único y se aboga por reconocer “las vejeces”, toda vez que este grupo etario es profundamente amplio y comprende una gran diversidad de historias de vida. Con ello en mente, y sumado a la revisión desde el género, no es lo mismo ser un hombre mayor que una mujer mayor.

En el caso de las mujeres mayores, se da una superposición de factores de discriminación que conlleva a que exista una doble dimensión de opresión: se les penaliza por ser mujeres, pero también por ser envejecientes. Así, es perceptible la construcción social de que las mujeres mayores no son atractivas por haber perdido su función reproductiva, la cual sustenta la identidad femenina en la sociedad.

Tal como señaló Susan Sontag: “Mientras los hombres maduran, las mujeres envejecen”, una idea que alude a que el paso de los años se valora de manera diferente cuando se trata de hombres y mujeres. Con ello, no sólo existe mayor invisibilización y segregación para las mujeres mayores, sino que también se ven efectos concretos en sus derechos fundamentales.

Según datos de CASEN 2017, cerca del 56,6% de las personas mayores en Chile son mujeres, lo que se conoce como feminización del envejecimiento³³³. Sin embargo, este concepto no logra reflejarse adecuadamente en las políticas públicas a nivel nacional ni global. Un ejemplo es el trato que se le ha dado a las personas mayores en la situación de pandemia por Covid-19, en que, si bien fueron identificadas como el grupo etario de mayor riesgo, no fueron parte importante de los estudios clínicos de las vacunas. Otro ejemplo corresponde a la diferencia en las pensiones que reciben hombres y mujeres en Chile, siendo un fenómeno extendido que estas últimas reciben montos menores debido a factores como su rol en los trabajos de cuidado, sin considerar que viven más años que sus pares masculinos.

De esta manera, las mujeres mayores son una manifestación de interseccionalidad, toda vez que en ellas convergen diversos factores de discriminación como lo son la edad y el género, algo que debe considerarse en el diseño constitucional, y en particular, de políticas públicas en un país cuya población envejece. Así, Chile debe tomar medidas que permitan reconocer a las mujeres mayores como sujetas de derechos y acompañar dicho reconocimiento con las reformas orgánicas y tributarias que permitan garantizar la materialización y acceso a sus derechos³³⁴.

³³² En este sentido se recomienda la lectura del libro “La Vejez” de la autora.

³³³ Más mujeres mayores que hombres mayores.

³³⁴ El tema ha sido tratado en el derecho internacional mediante la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual fue promulgada en Chile durante 2017. Puede ser consultada en el siguiente link <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id-Norma=1108819>

4.5. Mujeres con discapacidad o en situación de discapacidad³³⁵

Según el “II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile”³³⁶, existía casi el doble de mujeres en situación de discapacidad en 2015, alcanzando un 20,3% de la población nacional, mientras que los hombres un 12,9%. En este sentido, cabe destacar que la propia Ley N°20.244, en su artículo 9º, considera mayormente vulnerables a mujeres, niños y niñas con discapacidad, así como a las personas con discapacidad mental, sea psíquica o intelectual, por lo cual el Estado está llamado a velar y adoptar las medidas necesarias para evitar su discriminación, así como las situaciones de violencia y abuso que puedan sufrir en razón de su condición.

Esa mayor vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad podría explicarse por la baja autoestima que caracteriza con mayor frecuencia a estas personas, lo que, sumado a su género, las sitúa en una posición de menor valoración social respecto de los hombres, incluso de aquellos en situación de discapacidad.

Además, la mayor dificultad de acceso al mercado laboral por parte de las mujeres en Chile³³⁷ las vuelve más dependientes que los hombres. La tasa de participación laboral asciende a un 63,3% para personas sin discapacidad, en tanto es de 39,3% para aquellas con discapacidad. Ahora bien, tratándose de mujeres y hombres en esta situación, la tasa de participación laboral de los varones es más alta: 53,1% versus el 37,2% de las mujeres³³⁸.

Vistos los antecedentes anteriores, podemos concluir que existe la necesidad de incorporar en la nueva Constitución medidas para visibilizar y empoderar a las mujeres con discapacidad. De este modo, se debe favorecer su incorporación a la educación y al mercado laboral, así como aumentar

el acceso a cargos públicos por parte del Estado. Actualmente, solo el 5,8% de las personas en situación de discapacidad que se encuentran trabajando lo hacen en el sector público, a diferencia del 51,8% que lo hace en el sector privado³³⁹.

Asimismo, se deben revisar las condiciones laborales de las personas en situación de discapacidad, toda vez que “enfrentan barreras de la más diversa índole: actitudinales, físicas, jurídicas, económicas, sociales y de comunicación, que un proceso constituyente tiene la potencialidad de ayudar a remediar”³⁴⁰.

Todo lo anterior se suma a favorecer mejores condiciones de accesibilidad (de lenguaje, transporte, acceso a bienes y servicios, entre otros) y participación política de personas con discapacidad, medidas que les permitirán tener mayor autonomía y participación en igualdad de condiciones en la sociedad.

4.6. Mujeres migrantes

Desde el punto de vista de la mujer migrante, la carencia de los requisitos reglamentarios de permisos de trabajo o visados de entrada³⁴¹ no puede ser pretexto para no estar protegida por el derecho, y que la única solución que plantee el gobierno para su situación sea la expulsión.

Respecto a las personas que se encuentran en situación migratoria regular³⁴², éstas gozan de derechos (políticos, sociales, económicos y culturales), pero limitados y precarios. Si además hablamos de mujeres, tenemos que convenir que el contexto migratorio donde se deben desenvolver es, en muchos casos, sexista y discriminatorio. Por ejemplo, las mujeres pueden encontrar una serie de barreras que hacen peligrar y/o fracasar la expectativa de su proyecto: dificultad de acceso a la homologación de sus estudios, dificultad para poder desarrollarse en trabajos adecuados a su cualificación profesional,

³³⁵ Desde el Servicio Nacional de la Discapacidad, se prefiere y recomienda el concepto de “persona en situación de discapacidad” que comprende la mirada social, que supone que la discapacidad surge tanto de barreras físicas como sociales que la sociedad les impone. Ver “Recomendaciones Uso de Lenguaje Inclusivo Persona en Situación de Discapacidad”, SENADIS, en:<https://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2017/01/guia-recomendaciones-lenguaje-inclusivo-discapacidad.pdf>

³³⁶ Servicio Nacional de la Discapacidad, SENADIS. 2016. II ESTUDIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD EN CHILE. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/pag/355/1197/ii_estudio_nacional_de_discapacidad pág. 65.

³³⁷ Según el “II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile”, SENADIS, 2016, antes citado, la tasa de ocupación de las personas sin discapacidad es del 63,9%, en tanto la de personas con discapacidad asciende apenas a un 39,3%.

³³⁸ Ibidem, pág. 98.

³³⁹ Ibidem, pág. 114.

³⁴⁰ Marshall, P., Ponce de Leon, V., & Marchant, E. (2020). Las personas con discapacidad en el proceso constituyente chileno. Anuario de Derechos Humanos, 16(2), 235-259. doi:10.5354/0718-2279.2020.58951 pág. 238.

³⁴¹ La política migratoria es esencialmente un sistema de condicionalidades para acceder a los derechos y, al mismo tiempo, el conjunto de mecanismos que inducen a la superación de esa condicionalidad. La ley más antigua data del año 1975 y la más reciente es la nueva ley de migración N°21.325 del año 2021.

³⁴² La irregularidad se refiere a la situación migratoria de las personas en un momento determinado. Por efecto de modificaciones de las leyes y las políticas nacionales, la migración regular puede volverse irregular, y viceversa. Los términos “irregular”, “indocumentado” y “no autorizado” se utilizan de forma intercambiable.

cambios en la estructura familiar al dejar a toda o parte de su familia en el país de origen, dificultades normativas para acceder y mantener su situación migratoria regular, así como las posibilidades de estar al día en derechos y ejercicio de la ciudadanía.

Lo anterior permite aseverar que el modelo de migrante en el que se está pensando, es un hombre que se va a insertar en el mundo laboral regular, y no al revés, por lo que las mujeres han sido consideradas “como migrantes secundarias con un papel no protagonista de su proyecto migratorio, figurando como acompañantes en el marco de la reagrupación familiar de mano de sus parejas”³⁴³.

Diversos factores llevan a la mujer a tomar la decisión de trasladarse, por lo que hay distintos tipos de migrantes:

- Las que vienen a través de una reagrupación familiar para reunirse con su pareja u otros familiares ya instalados en Chile.
- Las que huyen por condiciones de vida en su país como guerras, situación económica o intensa discriminación de género (normas y prácticas tradicionales o culturales que contravienen los estándares internacionales de derechos humanos).
- Las que inician un proyecto migratorio propio desvinculado de la familia y como forma de promoción profesional y social.

La mayor vulnerabilidad de las mujeres migrantes está condicionada por situaciones de ruptura y cambios en las estructuras familiares, aislamiento y falta de redes sociales y afectivas, precariedad de sus condiciones de vida tanto económica como laboral, el desconocimiento de derechos, recursos y normativa, el procedimiento de reagrupación familiar que les dificulta separarse del agresor y quedarse en Chile –por lo mismo, en muchos casos se ven enfrentadas a situaciones de violencia sexual–. Cabe señalar que la situación de irregularidad aumenta el miedo y la inseguridad de las víctimas, lo que resulta en una mayor vulnerabilidad por el temor a la expulsión propia o de la pareja, así como a perder los hijos e hijas.

En este sentido, hay factores personales que exacerbán el difícil contexto en que se debe insertar la población migrante en Chile, tales como aspectos

socioeconómicos, la falta de estudios e incluso, el tipo de nacionalidad del migrante. Asimismo, dificulta su situación aún más, que las personas sin documentación o situación migratoria irregular, como es el caso de la gran mayoría de las mujeres migrantes, deban provocar su inserción en el país por medio de acciones de protección o amparo. Por ejemplo, en el caso de que un funcionario deniegue el acceso a la atención médica o la educación.

Además, para subsanar o tratar de enmendar su situación migratoria irregular, sólo se ofrecen medidas penalizadoras –como órdenes de expulsión y multas– u otras que implican la presentación de una reconsideración en caso de rechazo de la visa solicitada.

En definitiva, se entiende que el goce y ejercicio de los derechos no puede estar asociado a la nacionalidad, por cuanto todas las personas

4.7 Mujeres migrantes solicitantes de refugio

Es importante analizar lo que sucede una vez que estas mujeres llegan a Chile tras huir de sus países de origen. En este sentido, son ellas quienes enfrentan dificultades específicas en los procesos de solicitud de refugio. Además, hay que considerar las cargas y motivaciones que las llevan a tomar esta decisión.

En esta línea, la Agencia de la ONU para Refugiados (ACNUR)³⁴⁴ ha establecido causales que habilitan a un migrante para solicitar refugio, a saber: las personas que temen sufrir mutilación genital; las mujeres perseguidas por negarse a acatar normas, valores o costumbres sociales represivas o sufrir discriminación grave por su condición; las personas que temen ser víctimas de crímenes de honor o relacionados con la dote; las personas que por su orientación sexual están expuestas a ataques, discriminación generalizada o grave; las mujeres o niñas que son objeto de matrimonio forzoso o precoz; las personas que han sido víctimas de trata con fines de explotación; las víctimas de violencia sexual ejercida en el marco de conflictos armados, como la esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización y el embarazo forzoso; las mujeres que sufren violencia doméstica o familiar y aquellas que sufren planificación familiar forzosa.

³⁴³ Carretero, A. (2014). *Migraciones y género. La feminización de la migración transnacional*. Disponible en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/migraciones_genero.pdf pág. 8.

³⁴⁴ “La persecución por motivos de género y el asilo. Folleto Informativo”, (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2018), Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/4206.pdf>

Por otra parte, la atención humanitaria³⁴⁵ (judicial, de asistencia y bienestar) que se presta a las personas refugiadas no opera con la debida urgencia, siendo una problemática transversal al género y dejando en espera a migrantes por más de dos años.

4.8. Mujeres de pueblos originarios

Las personas pertenecientes a pueblos originarios han sido históricamente discriminadas por su origen étnico, puesto que son consideradas un grupo socialmente inferior debido a sus costumbres, lengua, posición económica y otras condiciones que les son propias. Así, han visto conculcados sus derechos, se les ha privado de sus territorios ancestrales y negado el reconocimiento de su cultura y lengua.

Por esto, se ha señalado que “a pesar de sus enormes activos y contribución a la sociedad, las mujeres indígenas todavía sufren discriminación múltiple, tanto como mujeres o individuos indígenas. Están sujetos a pobreza extrema, analfabetismo, falta de acceso a tierras ancestrales, atención médica inexistente o deficiente y violencia en el ámbito privado y público. Esta violencia se exacerba cuando las comunidades indígenas se encuentran en medio del conflicto y las mujeres se convierten en el blanco de la violencia con motivos políticos”³⁴⁶.

Lo anterior ha sido desarrollado con mayor profundidad en el apartado relativo a Estado Plurinacional y Reconocimiento de Pueblos Indígenas, que forma parte del presente documento.

4.9 Mujeres afrodescendientes

En Chile, el sistema patriarcal y colonialista ha consolidado el imaginario de que en el país no hay multiculturalidad, creando la ficción de una supuesta cultura “blanca y europea”. Como bien

menciona el Dossier Informativo 2020 de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres: “El racismo no es un elemento superficial, ajeno o reciente, sino que se haya en las bases de la construcción de la República”³⁴⁷.

A pesar de constituir una minoría, en la Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente realizada en la Región de Arica y Parinacota, entre agosto y noviembre de 2013, el 4,7% de los encuestados se reconoció como afrodescendiente³⁴⁸.

Las organizaciones de mujeres afrodescendientes en Chile llevan años denunciando la invisibilización³⁴⁹ y violencia estructural de las que son víctimas en su diario vivir. Lo anterior se ve exacerbado por su condición de migrantes, quienes se insertan en una sociedad patriarcal que las precariza y discrimina por su raza y pobreza.

En ese sentido, la destacada afrofeminista Ochy Curiel señala: “Las feministas afrodescendientes han denunciado la ausencia de diferenciación poblacional por cuestiones de raza y sexo; la segregación racial existente en los servicios públicos; el carácter racial de la violencia hacia las mujeres; la imagen estereotipada y violenta de las mujeres afro en los medios de comunicación; han enfatizado en los análisis de la división sexual y racial del trabajo que las ubica en esferas laborales menos valoradas y peor remuneradas como el trabajo doméstico, las maquilas, el trabajo informal y el trabajo sexual; han denunciado cómo la “buena presencia” es un marcador racista y sexista que les impide entrar a ciertos trabajos; todo ello visto como secuelas del colonialismo y la esclavitud”³⁵⁰.

Actualmente, el pueblo tribal afrochileno no cuenta con representación en la Convención Constitucional. A pesar de que se estableció un cupo de escaños reservados para ellos, este fue puesto en igualdad de condiciones que los pueblos originarios, competencia que dificultó que pudiesen resultar electos.

³⁴⁵ Para mejorar la atención hacia la población extranjera es imprescindible que las personas profesionales de los distintos ámbitos conozcan la cultura y las costumbres de las personas inmigrantes; tanto el personal técnico, como todos los profesionales que en general trabajan en el ámbito de la inmigración, deben adquirir cada vez mayores herramientas, estrategias y habilidades que les permitan concretar de manera eficaz la efectiva inserción social de las personas extranjeras.

³⁴⁶ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas (28 de agosto de 2021). Las Mujeres Indígenas y el Sistema de la ONU. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples/es/areas-de-trabajo/las-mujeres-indigenas-y-el-sistema-de-la-onu.html>

³⁴⁷ Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres (2020) Dossier informativo: 2019 - 2020 Violencia contra mujeres en Chile. Disponible en: <http://www.nomas-violenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2020/08/dossier-red-corre.pdf> pág. 18.

³⁴⁸ Instituto Nacional de Estadísticas, INE. (2014) Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente de la Región de Arica y Parinacota. Disponible en: https://www.ine.cl/docs/default-source/etnias/publicaciones-y-anuarios/encuesta-de-caracterizacion-de-la-poblacion-afrodescendiente-2013/presentacion-C3%2B3n-primer-a-encuesta-de-caracterizaci%C3%2B3n-de-la-poblaci%C3%2B3n-afrodescendiente.pdf?sfvrsn=d5ad69f4_4

³⁴⁹ Con la Ley N° 21.151 se otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno.

³⁵⁰ Curiel, O. (2007), Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista, *Nómadas*, No. 26, 92-101. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3997720> pág. 99.

5.**DERECHO COMPARADO****GRUPOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN**

País: ECUADOR

¿Por qué es buen ejemplo?

Sin perjuicio de las normas que se expresan a continuación, la Constitución de la República de Ecuador contiene un capítulo completo (Capítulo 3) dedicado a garantizar los derechos de los grupos vulnerables, que va desde el artículo 35 al 60.

El artículo 11 N°2 contempla una igualdad expresa que no admite discriminación por motivos de etnia, sexo, identidad de género, identidad cultural, orientación sexual, condición migratoria, estado de salud, discapacidad, diferencia física u otros motivos. Adicionalmente, se contemplan apartados especiales para los grupos de 1) Adultos y adultos mayores; 2) Jóvenes; 3) Migrantes (“Movilidad humana”); 4) Mujeres embarazadas; 5) Niñas, niños y adolescentes; 6) Personas con discapacidad; 7) Personas con enfermedades catastróficas; 8) Personas privadas de libertad y 9) Personas usuarias y consumidoras.

Asimismo, el artículo 57 garantiza los derechos colectivos de los pueblos en igualdad entre hombres y mujeres, mientras que el artículo 66 N°3 b) garantiza el derecho a la integridad personal, que incluye una vida libre de violencia en salvaguarda de las mujeres, además de otras disposiciones relevantes.

En su capítulo 4, reconoce los derechos de pueblos originarios, tribales y afrodescendientes.

Regulación Constitucional:**Artículo 11.2.**

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.
- El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

CAPÍTULO 3. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria**Artículo 35.**

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

SECCIÓN 1. Adultas y adultos mayores**Artículo 36.**

Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

SECCIÓN 2. Jóvenes**Artículo 39.**

El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

SECCIÓN 3. Movilidad humana**Artículo 40, inciso primero.**

Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.

Artículo 41.

Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.

No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.

El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley. [...]

SECCIÓN 4. Mujeres embarazadas**Artículo 43.**

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

SECCIÓN 5. Niñas, niños y adolescentes**Artículo 44.**

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

SECCIÓN 6. Personas con discapacidad**Artículo 47.**

El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Se reconoce a las personas con

discapacidad, los derechos a:

1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.
2. La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas.
3. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.
4. Exenciones en el régimen tributario.
5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.
6. Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue.
7. Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones.
8. Se garantizará su educación dentro de la educación regular. Los planteles regulares incorporarán trato diferenciado y los de atención especial la educación especializada. Los establecimientos educativos cumplirán normas de accesibilidad para personas con discapacidad e implementarán un sistema de becas que responda a las condiciones económicas de este grupo.
9. La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos.
10. La atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual.
11. El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. Se eliminarán las barreras arquitectónicas.
12. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille. [...]

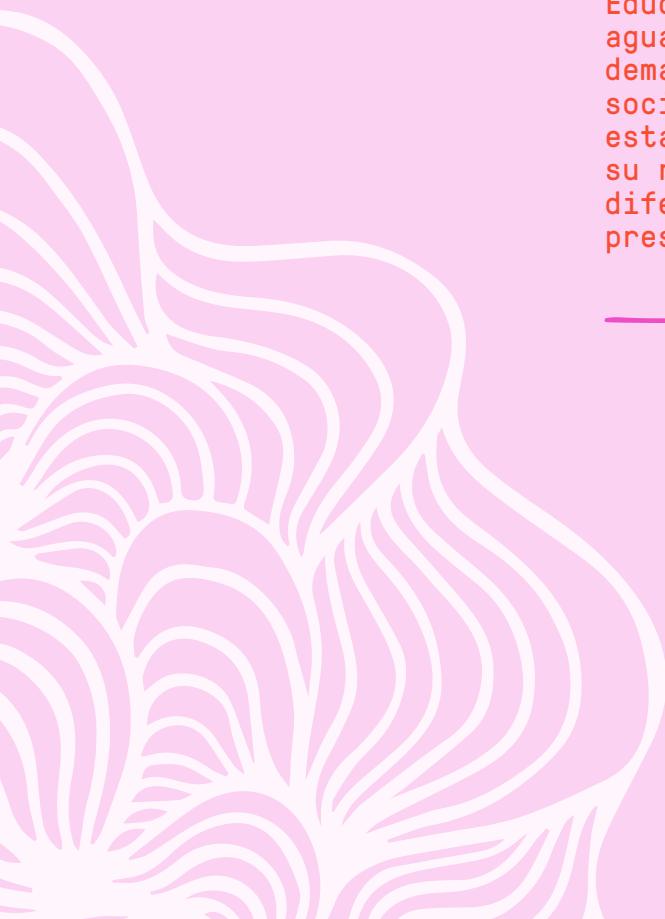
CAPÍTULO IV Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades**Artículo 56**

Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. [...]

**CUARTA PARTE /
EL ESTADO EN OBLIGACIÓN
CON LAS PERSONAS**

**DERECHOS
ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES**

A raíz de las movilizaciones ciudadanas del 18 de octubre de 2019, quedó al descubierto el clamor popular por mejorar la cobertura de las necesidades básicas de la ciudadanía. Educación, salud, vivienda, seguridad social, aguas libres son sólo algunos ejemplos de demandas históricas de los movimientos sociales. En este escenario, ¿cómo entender estas necesidades como derechos?, ¿cuál es su regulación constitucional?, ¿existe alguna diferencia entre los derechos de contenido prestacional entre mujeres y hombres?



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Es necesario establecer algunos términos previos que permitirán entender a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de mejor forma:

Cuidado:

Puede entenderse como “la acción de ayudar a un niño, niña o a una persona en situación de dependencia en el desarrollo y el bienestar de su vida cotidiana. Engloba, por tanto, hacerse cargo del cuidado material, que implica un “trabajo”, del cuidado económico, que implica un “costo económico”, y del cuidado psicológico, que implica un “vínculo afectivo, emotivo, sentimental”³⁵¹.

Derecho a la alimentación:

Contempla dos dimensiones, estar protegido contra el hambre y la alimentación adecuada³⁵². Entonces, considera las siguientes obligaciones para los Estados: 1) adoptar medidas (principio de no regresión), 2) no discriminar, 3) respetar, proteger y realizar.

Derecho a la seguridad social:

Protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia³⁵³.

Derecho a la vivienda adecuada:

Disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable»³⁵⁴.

³⁵¹ Batthyány, K., Aguirre, R., Ferrari, F., Genta, N., Perrotta, V., Salvador, S., Scavino, S. (2015). Los tiempos del bienestar social. Género, trabajo no remunerado y cuidados en Uruguay. Karina Batthyány Editora. pág. 10.

³⁵² Se ejerce cuando todo hombre, mujer, niño, niña y adolescente, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El contenido básico de este derecho contempla la 1) disponibilidad; 2) accesibilidad; 3) estabilidad; 4) sostenibilidad, y 5) adecuación. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 12- 1999, 12 de mayo.

³⁵³ Organización Internacional del Trabajo (28 de agosto de 2021). Hechos concretos sobre la seguridad social [PDF]. International Labour Organization. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Derecho al agua³⁵⁵:

Derecho de cada persona para disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asegurable para su uso personal y doméstico.

Derecho al Cuidado:

Este derecho tiene una doble faz, requiriendo prestaciones particulares respecto de quienes están en situación de dependencia y requieren cuidados (niños, niñas y jóvenes, personas enfermas, personas mayores dependientes, personas con discapacidad intelectual, etc.) como también de quienes ejercen el cuidado. Debe tenerse presente que, son las mujeres quienes ejercen mayoritariamente labores de cuidado y si bien esto puede ser remunerado o no, frecuentemente se produce sin una contraprestación económica, lo que profundiza otra forma de desigualdad de género.

DESCA(s):

Abreviación de “derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”. Se relacionan a las condiciones materiales para la vida de las personas, es decir, están íntimamente ligados a la satisfacción de necesidades básicas, como salud, educación, vivienda, protección social y pensiones, etc³⁵⁶.

Exigibilidad de los derechos:

Es la posibilidad que tienen los derechos de demandarse o hacerse exigible a las autoridades, normalmente mediante acciones constitucionales.

PIDESC:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y promulgado por el Decreto N°326 de 27 de mayo de 1989.

³⁵⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, CDESC, Observación Sexto Período de Sesiones (1991). Observación General N°4. El Derecho a una Vivienda Adecuada. (Naciones Unidas, 1991). Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#E1%20derecho>

³⁵⁵ Definición efectuada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con posterioridad, en 2010, por medio de la Resolución 64/292 la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció de manera explícita el derecho al agua y saneamiento como un derecho humano, y lo describió como necesario para la realización de todos los otros derechos.

³⁵⁶ Estos derechos son conocidos como de “segunda generación” debido al momento histórico de su surgimiento ya que están asociados al periodo entre y post guerras en Europa y a la “cuestión social” en Latinoamérica.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

A modo general, cabe señalar que, pese a su débil regulación, los DESCAs están contemplados en el artículo 19 de la Constitución y ellos son el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el acceso a la salud, a la educación, a la seguridad social y al trabajo.

Lo cierto es que el derecho internacional ha reconocido otras garantías que son DESCAs y que la Constitución de 1980 no reconoce, como el derecho a la alimentación, al agua, la cultura y el patrimonio, la conectividad, al cuidado y la vivienda adecuada. Por su parte, el artículo 20, regula la acción de protección para recurrir a tribunales en los casos que se indica.

2.1. Derecho al medio ambiente

La Constitución de 1980, en el artículo 19 N°8 regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Además, establece el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza y la posibilidad de que la ley limite derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

En general, se entiende que la Constitución es insuficiente, pues “un medio ambiente sano es mucho más que no emisiones. Incluye la contaminación por ruido, paisajística, lumínica, el tratamiento de las basuras. Permite un mayor juego dentro de ese mismo derecho”³⁵⁷.

Para conocer más aspectos de este derecho, revisar el capítulo de “Recursos Naturales y Justicia Ambiental”.

2.2. Derecho a la salud

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 19 N°9 de la CPR, el cual consagra “el derecho a la protección de la salud”, cuyos principales elementos son:

- El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, así como a la rehabilitación del individuo.
- El Estado debe —preferentemente— garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas.
- Toda persona tiene derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea el estatal o el privado.

Cabe destacar, más que un derecho a la salud, estamos frente a la libertad de elegir entre el sistema público o privado y en la práctica dicha elección es ficticia, ya que tal “libertad” dependerá exclusivamente de la capacidad económica de la persona en cuestión.

Es importante aclarar que la acción constitucional del artículo 20 sólo protege la libre elección entre sistema público o privado³⁵⁸. En cambio, el resto del derecho, de contenido claramente más prestacional y social o “sustantivo”, se encuentra desprotegido.

Cabe señalar que el PIDESC, tiene una concepción muchísimo más amplia de este derecho, refiriéndose al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”³⁵⁹ y, por otra parte, establece una serie de obligaciones estatales para asegurar la plena efectividad, tales como, a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños, b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas, y d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Esta perspectiva puede ser un referente para la regulación chilena, aunque también contemplar los determinantes sociales en salud³⁶⁰, para dar una mirada integral y amplia del derecho

³⁵⁷ Carrere, M. (4 de diciembre de 2019). Chile: ¿cómo proteger el medio ambiente en una nueva constitución? (Mongabay). Centre for Climate and Resilience Research. Disponible en <http://www.cr2.cl/chile-como-proteger-el-medio-ambiente-en-una-nueva-constitucion-mongabay/>

³⁵⁸ Chile cuenta con un sistema de salud mixto en el cual conviven el sistema público y el privado. El sistema privado consiste en un seguro individual contratado con la Institución de Salud Previsional (ISAPRE) y que permite acceder a planes de salud dependiendo de su capacidad económica. El sistema público administrado por el Fondo

Nacional de Salud (FONASA) es solidario, en el cual quienes tienen mayor capacidad de pago contribuyen a quienes están en desventaja.

³⁵⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 de enero de 1976, artículo 12. Disponible en <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosEconomicosSocialesyCulturales.html>

³⁶⁰ Se puede entender las determinantes sociales de la salud como aquellas condiciones de vida en que las personas trabajan y viven, las que impactan sobre su salud. Un ejemplo relevante es el acceso al agua.

2.3. Derecho a la educación

La Constitución establece el derecho a la educación en su artículo 19 N°10 y el derecho a la libertad de enseñanza en el N° 11. Existe por una parte el derecho a recibir educación, de contenido prestacional, y como contrapartida, la libertad de enseñar. Sin embargo, existe una relación poco clara entre ambos derechos. La principal diferencia entre ambos radica en que sólo la libertad de enseñanza cuenta con la protección de la acción constitucional de protección.

En cuanto al derecho a la educación, cabe señalar que los principales elementos de este son los siguientes:

- Su objeto es el pleno desarrollo de las personas en las distintas etapas de su vida.
- Los padres y madres tienen el derecho preferente, pero también el deber de educar a sus hijos e hijas, por lo que están facultados de otorgar el tipo de educación que estimen más conveniente para ellos o ellas.
- El Estado debe proteger el ejercicio del derecho a la educación.
- Establece a grandes rasgos el sistema educacional chileno y el rol del Estado en éste.

En cuanto al contenido esencial de este derecho, la academia ha señalado que la educación tiene por objetivo lograr el pleno desarrollo de la personalidad, lo que implica recibir los medios adecuados para dichos fines.

Entre aquellos “medios adecuados” se han señalado los siguientes: i) Derecho y deber de acceder a prestaciones educativas (las que en ciertos casos deben ser gratuitas), ii) Derecho a mantenerse en el establecimiento educacional, iii) Derecho a progresar en el curso formativo, iv) Derecho a la titulación o certificación recibida; v) Derecho a la participación en el proceso de enseñanza-aprendizaje, vi) Disciplina y prohibición de castigos físicos, y vii) No discriminación en ninguna de las posiciones subjetivas mencionadas³⁶¹.

Por su parte, los principales elementos de la libertad de enseñanza son las siguientes acciones:

- Abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.
- Sus limitaciones son la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.
- El derecho que tienen los padres de escoger el establecimiento educacional para sus hijos.

Finalmente, respecto a la titularidad y núcleo esencial de la libertad de enseñanza, el Tribunal Constitucional ha señalado que “los establecimientos educacionales de enseñanza son los titulares de la libertad de enseñanza asegurada en la Constitución, cuyo núcleo esencial e inafectable por la ley se estructura, entre otros, por el derecho a organizarlos en los términos y para los efectos que ellos determinen”³⁶². Sin embargo, el mismo Tribunal ha establecido que la libertad de enseñanza “está concebida para dar cauce al derecho a la educación”³⁶³.

2.4. Derecho al trabajo

Está regulado en el artículo 19 N°16 de la Constitución, la que, entre otros aspectos, asegura la libertad de trabajo y su protección.

En general, se advierte que “la Constitución establece la libertad de cada persona para escoger un trabajo permitiendo la existencia de diversos tipos de trabajo conforme la ley, pero no establece la responsabilidad del Estado de garantizar un trabajo digno a cada ciudadano/a”³⁶⁴.

Para conocer más aspectos de este derecho, revisar el capítulo de “Derechos Laborales”.

2.5. Derecho a la seguridad social

La actual Constitución establece el derecho a la seguridad social en su artículo 19 N°18, donde sus principales elementos son:

- El Estado deberá garantizar el acceso de todas las personas al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas.
- La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.
- El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

³⁶¹ Quezada, F. (2020). Derecho a la educación y libertad de enseñanza. En: P. Contreras y C. Salgado (Ed.) *Curso de Derechos Fundamentales* (1º edición, pp. 782-785). Tirant lo Blanch.

³⁶² STC N° 423-2004, C° 7.

³⁶³ STC N° 2731-2014, C° 162.

³⁶⁴ Nada sin Nosotras. (2021) *Guía constituyente para mujeres por un nuevo Chile* [archivo PDF]. pág. 29. Disponible en <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2021/01/GUIA-CONSTITUYENTE-Nada-Sin-Nosotras.pdf>

Este derecho, al igual que otros DESCAs, otorga la posibilidad a la iniciativa de los privados a que se encarguen de su realización y que el Estado por su parte, supervise a estos en un mercado regulado. Un ejemplo de ello son las AFP, que son fiscalizadas por la Superintendencia de Pensiones.

Cabe señalar que dicho artículo prescribe que las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado, lo que significa que para ser aprobadas, modificadas o derogadas requieren de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Asimismo, el artículo 65, inciso cuarto, número 4º, establece que es de iniciativa exclusiva de la Presidencia de la República establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

Finalmente, es necesario indicar que la Constitución chilena no contempla prestaciones mínimas de seguridad social, sin perjuicio de que esta garantía se traduce en distintos sistemas, derechos y prestaciones establecidos a nivel legal, entre los que pueden considerarse:

- Sistema de Pensiones basado en la capitalización individual
- Pensión Básica Solidaria y el Aporte Previsional Solidario (por vejez e invalidez) junto con otros subsidios previsionales (por ejemplo, bono por hijo)
- Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales
- Seguro de Cesantía
- Licencias Médicas
- Permiso y Subsidio Postnatal Parental
- Sistema de Prestaciones Familiares (asignaciones familiares y otros)

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Debido a que son derechos que buscan mejorar las condiciones de vida de las personas y satisfacer necesidades ciudadanas, estos tienen costos económicos al igual que los otros derechos, lo que se traduce en que el Estado deba financiar su ejercicio. Así, derechos como la salud, la educación, la seguridad social, la vivienda y el trabajo requieren que el Estado financie su ejercicio por lo que se dice son derechos de carácter prestacional.

Además de los mencionados, en el último tiempo se han incorporado, entre otros a esta categoría: el medioambiente, el derecho a alimentación, el derecho al cuidado, la conectividad y el derecho al agua.

La Constitución de 1980 no protege el ejercicio de los DESCAs, donde es posible constatar que se adoptan dos posturas: a) se desconoce su existencia (no se nombra ni se regula)³⁶⁵ y b) se regulan, pero su diseño normativo es débil y carecen de mecanis-

mos de protección³⁶⁶.

Esta situación no es fortuita, pues debe recordarse que el ejercicio de estos derechos se traduce en que el Estado debe financiarlos por lo que, en la norma constitucional, se optó por este diseño a fin de proteger el dinero fiscal. Sin perjuicio de ello, una visión que busque dar mayor protección a estos derechos requerirá reformas tributarias que permitan generar los recursos fiscales para su garantía. Eso sumado a la adecuada decisión de cómo y en qué distribuir la recaudación fiscal.

El débil diseño institucional de los DESCAs se produce, entre otros motivos, por la visión de mercado que predomina en la Constitución, en virtud de la cual se les percibe como bienes y servicios.

Así, se ha optado por un sistema regido por el principio de subsidiariedad, donde los privados —el mercado— son quienes otorgan tales prestaciones como servicios a cambio del respectivo cobro. La

³⁶⁵ Ejemplos: el derecho a la vivienda, la cultura, el agua, la alimentación, entre otros.

³⁶⁶ Se da respecto del derecho a la salud y educación que, si bien están contemplados en el catálogo de derechos

del artículo 19 de la CPR, su contenido prestacional no goza de protección directa de la acción constitucional de protección (o Recurso de Protección) lo que dificulta hacerlos exigibles ante tribunales. Ver capítulo: Acciones constitucionales.

salud, la educación, la vivienda y la seguridad social están entregadas a la regulación mercantil dando sólo un espacio secundario al Estado, el que ha demostrado ser insuficiente en cobertura y calidad.

Debido a las características de los DESCAs y su íntima relación con las necesidades básicas de las personas, tienen un importante nexo con la igualdad. De modo que en su ejercicio se ve agudizada las desigualdades sociales. En efecto, contar con pocos recursos económicos afecta la capacidad adquisitiva de las personas y, por tanto, su acceso a estos derechos, que están regulados como bienes y servicios, existiendo una relación directamente proporcional entre capacidad económica y disfrute de estos derechos.

Al estar frente a derechos fundamentales necesarios para el adecuado desarrollo de una vida plena, no puede estar amarrado a lógicas de consumo y mercado. El acceso a la salud, a la vivienda o a la educación debe extraerse de la regulación mercantil para incorporarse como una obligación estatal, la que debe asegurar un acceso universal y de calidad para todas y todos. Así, quienes tengan la capacidad económica de elegir prestaciones en el sector privado mantendrán la libertad de elegir y quienes deban recurrir al sistema público podrán contar con una adecuada protección a sus derechos.

Un ejemplo es el caso de las enfermedades o cirugías de baja complejidad, dado que quienes cuentan con capacidad económica para financiar las prestaciones de salud asociadas pueden acceder rápidamente a tratamientos, mientras quienes están en el sistema público de salud pueden esperar

meses o años por la atención, existiendo incluso casos en que la muerte ha llegado antes que la atención de salud tan necesaria.

Otro aspecto necesario de señalar es que hay DESCAs, actualmente reconocidos en el derecho internacional y que, sin embargo, no se incorporaron a la Constitución de 1980.

En la actual Constitución no se regula directamente el derecho a la alimentación, aunque podría entenderse íntimamente relacionado al derecho a la salud, a la integridad física y al derecho a la vida, regulados en el artículo 19 N°9 y 19 N°1 respectivamente. En este sentido, podemos señalar que el derecho a la alimentación que está contemplado en el artículo 11 del PIDESC³⁶⁷.

Otro caso es el derecho al agua, el cual, si bien no está reconocido como un derecho independiente de otros, en el derecho internacional se ha entendido que igualmente se manda a los Estados que “garantice a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable”³⁶⁸.

En la Constitución, el agua es un bien de uso público sobre el cual los privados pueden tener propiedad (derechos de aprovechamiento de aguas)³⁶⁹.

³⁶⁷ 2. Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

³⁶⁸ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, ACNUDH, Folleto informativo No 35: El derecho al agua (Naciones Unidas, 2013). Disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/5289cf0a4.html> pág. 8.

³⁶⁹ El año 2005 se reformó el Código de Aguas mediante la Ley N° 20.017 y se agregó una visión ambiental y de protección al recurso hidráulico, estableciéndose la necesidad de un caudal ecológico y la protección de grupos desventajados en su uso. Otra modificación, se efectuó por la Ley N° 19.253, en virtud de la cual se establece un marco normativo de los pueblos indígenas del norte de Chile, que los faculta para hacer reclamaciones de propiedad sobre aguas de uso inmemorial.

Esta situación, sumada a la concesión de su servicio público y al importante daño ambiental, ha generado que se produzca una importante desertificación en algunos sectores del país, como Petorca, La Ligua y Cabildo³⁷⁰, lo que ha dejado a una parte de la población chilena sin acceso al agua.

El derecho a la cultura y al patrimonio no está reconocido como derecho fundamental, a pesar que puede extraerse de algunas normativas como el artículo 19 N°10 inciso 6º, que indica que corresponde al Estado estimular la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación, el artículo 19 N°12 sobre la libertad de emitir opinión e informar, el artículo 19 N°25 que garantiza la libertad de crear y difundir las artes y el derecho de autor sobre sus creaciones y el artículo 22 que prescribe que todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales. Existe el deber de honrar la patria, defender su soberanía y contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.

No se hace una referencia expresa a este y tampoco se fijan responsabilidades concretas del Estado en relación con su garantía y promoción. No se ha dado lugar a la protección de los valores culturales de los pueblos originarios como elemento fundamental de la identidad nacional, ni el establecimiento de la no discriminación como principio fundamental en cuanto a la identidad sexual de quienes componen la sociedad.

En cuanto al derecho a la conectividad, la ONU aprobó una resolución para la “promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet”, la que, entre otros aspectos, “afirma también la importancia de que se aplique un enfoque basado en los derechos humanos para facilitar y ampliar el acceso a Internet y solicita a todos los

Estados que hagan lo posible por cerrar las múltiples formas de la brecha digital”.

Este derecho ha aumentado su importancia en la sociedad actual, considerando que la pandemia por COVID-19 reveló la inequidad en su acceso (ya sea económica o en los territorios) y lo fundamental que resulta para la adecuada continuidad de los estudios, la posibilidad de teletrabajar y mantener el contacto con redes familiares y de amistades.

Otro que es necesario indicar es el derecho al cuidado. La OIT, hizo un llamado a que los países adopten las medidas necesarias para organizar el trabajo de cuidados toda vez que si no se piensa en una adecuada prestación del cuidado se generará una crisis que profundizará la desigualdad de género ya existente³⁷¹. En este sentido, la OMS agregó que la crisis se estaría produciendo por aumentar la cantidad de personas que requieren cuidados mientras disminuye el número de quienes pueden ejercer el cuidado³⁷².

Finalmente, el derecho a la vivienda adecuada es otra de las grandes deudas de la Constitución. En este sentido, Leilani Farha, Relatora Especial de Naciones Unidas para una vivienda adecuada, en su informe realizado luego de su visita a Chile en 2017, recomendó, entre otras medidas, “proseguir el proceso de reforma constitucional para asegurar que se ajuste a las obligaciones y los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por el Estado. Con ello, velar por que se incluya una referencia explícita al derecho a una vivienda adecuada, junto con toda la gama de derechos económicos, sociales y culturales, que deben ser, todos ellos, exigibles ante los tribunales”³⁷³.

En virtud de lo expuesto, es claro que es mucho lo que queda por avanzar en Chile para garantizar todos aquellos derechos esenciales para el desarrollo humano.

³⁷⁰ Las personas de Petorca, La Ligua y Cabildo vieron perturbado su abastecimiento de agua, todo ello en medio de la preocupante situación de pandemia por el COVID-19. Ante ello se interpuso una acción constitucional de protección contra la conducta omisiva e ilegal de la Gobernación de Petorca y de la Secretaría Regional Ministerial de Salud. Si bien el problema de escasez hídrica existe hace años, este se agudizó con la emergencia sanitaria, por lo que la Corte Suprema, de forma unánime acogió la acción en favor de las y los habitantes de la Provincia de Petorca para garantizar el acceso a 100 litros diarios de agua potable por persona. La Corte señaló que “toda persona por su dignidad de tal tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones”. Ver: SCS Rol N° 131.140-2020, C° 13. 23 de marzo de 2021.

³⁷¹ Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2018). Resumen Ejecutivo: El trabajo de Cuidados y los Trabajadores del Cuidado. Para un futuro con trabajo decente. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633168.pdf

³⁷² Organización Mundial de la Salud (2015). Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf Pág. 13.

³⁷³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ACNUDH. (2018). “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto”, A/HRC37/53 (24 de marzo de 2018), disponible en <https://acnudh.org/informe-de-la-relatora-especial-sobre-una-vivienda-adecuada-mision-a-chile/> pág. 19.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

Desde la perspectiva de género, es importante destacar que la desigualdad de género ha sido una cuestión histórica y transversal. Por eso, no es extraño que una de las principales barreras para su desarrollo sea la actual Constitución de la República. Además, existen una serie de factores que terminan aumentando las brechas de desigualdad como lo son la pobreza, etnicidad, diversidad sexual, clase, etc.

En ese aspecto, la pobreza es un fenómeno que no afecta de forma igualitaria a las mujeres y a los grupos de especial protección, la distribución porcentual de personas en situación de pobreza es de 54,3% de mujeres y 45,7 % de hombres³⁷⁴, la proporción de mujeres sin ingresos propios es 1,7 veces mayor que la proporción de hombres, la brecha salarial es de 27,2% en favor de los varones³⁷⁵.

Asimismo, se debe considerar que la pobreza es multidimensional, por lo que, en definitiva, se superponen en el ejercicio de los DESCAS diversos factores de desigualdad (interseccionalidad), tales como la falta de autonomía económica, la calidad de indígenas o residir en localidades rurales. Todas ellas son circunstancias particulares que influyen en el acceso igualitario a prestaciones adecuadas.

Cabe considerar que cada una de las categorías que componen los DESCAs pueden afectar de distinta forma a las mujeres en el ejercicio de cada temática, lo cual se explica a continuación:

4.1. Derecho al medio ambiente

Desde el ecofeminismo, se ha relacionado la degradación de la naturaleza y la subordinación de las mujeres al sistema económico neoliberal-patriarcal. La Constitución de 1980 replica estos disvalores en su diseño institucional, en el cual prima el extractivismo y la relación de propiedad respecto de los recursos naturales, siendo la protección constituci-

onal a un medio ambiente libre de contaminación insuficiente y “en la práctica han tenido muy poca fuerza normativa, poco impacto y poca eficacia”³⁷⁶.

En este contexto, cabe señalar que los impactos del cambio climático y la contaminación afectan de forma diferenciada a las personas más vulnerables, como son mujeres, infancias y diversidades. Acorde con el Tercer Informe del Estado del Medio Ambiente (IEMA) 2020, “En Chile existe una inmensa diferencia, desfavorable para las mujeres, en el acceso y la propiedad de los recursos naturales, que también implica el acceso a medios alimentarios y de subsistencia”³⁷⁷.

Para revisar este tema en mayor profundidad, revisar el capítulo “Recursos Naturales y Justicia Ambiental”

4.2. Derecho a la salud

Normalmente quienes cuentan con los recursos, optan por el sistema de salud privado y quienes no tienen la misma solvencia, por el sistema público. Esta situación ha implicado que el sistema público de salud esté constantemente desfinanciado, contando con menos prestaciones de salud y por una importante demora en la oportunidad para acceder a este derecho.

Acceder a la salud en Chile es más complejo desde el factor de género. Las mujeres son afectadas por la brecha salarial, trabajos precarizados e informales, imposiciones sociales ligadas al cuidado de otros, que agudizan la precarización al acceso a la salud, lo que tiene entre sus manifestaciones la menor presencia de mujeres en ISAPRES debido al alto costo del sistema privado. Si a ello se suma ser una mujer mayor, indígena o racializada, empobrecida o en situación de discapacidad la dificultad para financiar y acceder a las adecuadas prestaciones de salud aumenta.

³⁷⁴ Instituto Nacional de Estadísticas. (2019). Infografía pobreza y género 2019 [archivo PDF]. Disponible en <https://www.ine.cl/docs/default-source/genero/infograf%C3%ADas/autonomia-economica/infografia-pobreza-y-genero-2019.pdf?sfvrsn=f6979377>

³⁷⁵ Instituto Nacional de Estadísticas. (26 de agosto de 2019). Infografía Género e Ingresos. Disponible en [https://www.ine.cl/docs/default-source/genero/infograf%C3%ADas/autonomia-economica/infografia%C3%ADa-g%C3%A9nero-e-ingresos-\(esi\)-2020.pdf?sfvrsn=7737f39f_3](https://www.ine.cl/docs/default-source/genero/infograf%C3%ADas/autonomia-economica/infografia%C3%ADa-g%C3%A9nero-e-ingresos-(esi)-2020.pdf?sfvrsn=7737f39f_3)

³⁷⁶ Carrere, M. (4 de diciembre de 2019) Chile: ¿cómo proteger el medio ambiente en una nueva constitución? (Mongabay). CIPER Chile. Disponible en <http://www.cr2.cl/chile-como-proteger-el-medio-ambiente-en-una-nueva-constitucion-mongabay/>

³⁷⁷ Ministerio del Medio Ambiente (2020). Género y Medio Ambiente, en Tercer Informe del Estado del Medio Ambiente. Disponible en <https://sinia.mma.gob.cl/index.php/tercer-informe-del-estado-del-medio-ambiente/>

Un ejemplo de lo anterior está constituido por el factor de ruralidad donde la densidad de servicios de salud por habitante disminuye por lo que hay menos centros médicos y con menos especialidades que en grandes ciudades. Las mujeres de sectores rurales ven claramente afectado su acceso a este derecho tan relevante por no contar con fácil acceso a especialistas, por ejemplo, ginecología o geriatría femenina.

La intersección entre género y salud tiene además otras aristas relevantes, una de ellas está constituida por la salud reproductiva; derecho que actualmente no está consagrado en la Constitución lo que impacta negativamente en el acceso y prestaciones que niñas, jóvenes y mujeres pueden obtener respecto a su salud sexual y reproductiva³⁷⁸.

En este sentido, la negativa a ligamiento de trompas a mujeres jóvenes y en edad fértil o la falta de aborto libre seguro se concretan como barreras importantes. Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos y como tales, deben ser reconocidos y garantizados.

4.3. Derecho a la educación

En cuanto a las niñas, jóvenes y mujeres, la educación en todos sus niveles y modalidades puede presentarse como un factor más de subordinación en la sociedad patriarcal o puede transformarse en una verdadera herramienta de empoderamiento, liberación y de movilidad social.

En el pasado, la lucha feminista logró el acceso a la educación para las niñas, jóvenes y mujeres. Ahora las demandas buscan una educación igualitaria y un sistema educativo en que se les trate con equidad, para no perpetuar el sexismoy los roles de género.

En la Constitución, el derecho a la educación es complementado por el de la libertad de enseñanza, según el cual la educación es como otro bien de mercado que puede ser transado económicamente, en la medida que se cumplan los requisitos legales. Debe considerarse que la educación cumple una

función vital en el desarrollo de los seres humanos, en el sentido que devienen como tales gracias a los procesos educativos (ya sea a través de procesos espontáneos sociales o a través de instituciones educativas). En un segundo nivel, la educación forma ciudadanía, es decir, seres humanos capaces de cooperar con la sociedad y los demás, en una instancia de socialización en la que las personas son capaces de reconocerse como libres, iguales y dignos³⁷⁹.

Es por ello que este derecho debe ser siempre visto con perspectiva de género, pues puede contribuir a eliminar estereotipos y roles de género o bien, a perpetuarlos. Es importante garantizar una educación no sexista, “la transversalización de la perspectiva de género en el sistema educativo, considerando la heterogeneidad de realidades, resulta fundamental para eliminar las múltiples discriminaciones que enfrentan las mujeres en este ámbito, cuyas consecuencias negativas se proyectan a lo largo del ciclo de vida”³⁸⁰.

Los roles de género, el sexismoy la violencia de género se manifiestan negativamente en las posibilidades que tienen niñas y mujeres de acceder en plenitud a este derecho, no obstante, la actual Constitución no menciona nada al respecto. De esta forma, el Estado de Chile es cómplice de perpetuar estereotipos de género y su reflejo en las expectativas educacionales de las niñas y la violencia hacia las mujeres.

En 2018, el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer recomendó al país: revisar los planes de estudio con el objetivo de eliminar estereotipos de género, adoptar medidas para lograr la igualdad de acceso a la educación de niñas y mujeres indígenas de zonas rurales y abordar los estereotipos y barreras que impiden el avance educativo de las mujeres, entre otros³⁸¹.

Por su parte, la interrelación con otros derechos como la salud sexual y reproductiva implica que muchas jóvenes tengan dificultades para completar estudios medios y superiores. Esta situación es más compleja en entornos rurales o empobrecidos.

³⁷⁸ Ver capítulo: Derechos Sexuales y Reproductivos.

³⁷⁹ Quezada, F. (2020). Derecho a la educación y libertad de enseñanza. En: P. Contreras y C. Salgado (Ed.) *Curso de Derechos Fundamentales* (1º edición, pp. 782-785). Tirant lo Blanch.

³⁸⁰ Comunidad Mujer. (2020). Una Constitución para la igualdad de género en Chile. Disponible en: <https://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2021/04/Una-Constitucion-para-la-igualdad-de-genero-en-Chile-14.04.pdf>

³⁸¹ Muñoz, P. y Ramos L. (2018) *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La Equidad de Género en el Sistema Escolar*. En: T. Vial (Ed.) *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018* (297-315). Ediciones Universidad Diego Portales pág. 302-303. Disponible en <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Muoz-y-Ramos-Educacion-y-Genero.pdf>

4.4. Derecho al trabajo

En la Constitución no se reconoce el trabajo como un derecho social, como tampoco hace referencia alguna a la condición de la mujer trabajadora, la protección de su trabajo ni derechos laborales específicos.

Asimismo, han quedado fuera de la Constitución materias relevantes como la igualdad en las remuneraciones entre mujeres y hombres, el reconocimiento del trabajo doméstico o de cuidado, la protección de la maternidad y la compatibilización entre la vida laboral y familiar, paridad o cuotas de género en las elecciones de cargos directivos de los sindicatos, etc. Estos aspectos son abordados en el capítulo de “Derechos laborales”.

4.5. Derecho a la seguridad social

El gasto público de protección social en nuestro país corresponde al 10,9% del PIB comparado a un 20,1% en promedio en países OCDE. La ausencia de protección social adecuada tiende a empeorar la situación de las mujeres, por discriminaciones directas o indirectas, que reproducen las estructuras patriarcales familiares y de la sociedad³⁸³.

El caso destacable es el del Sistema de Pensiones, que se sustenta en capitalización individual, por lo que replica las desigualdades del mercado del trabajo, las que son profundizadas por la combinación entre una menor edad de retiro y una mayor expectativa de vida, para las mujeres³⁸³. Además, se observan en el Seguro de Cesantía brechas por razones similares³⁸⁴.

Los mecanismos que reducen las brechas existentes, como el Aporte Previsional Solidario y el Fondo de Cesantía Solidario, que benefician más a las mujeres que a los hombres, no han logrado reducirlas. Mientras el sistema de capitalización individual no ofrece ninguna medida que se haga cargo de las brechas de género, el pilar solidario sí las considera, pero es sin duda un remedio insuficiente dado que no asegura siquiera prestaciones sobre la línea de la pobreza.

³⁸² Goldblatt, B. (2014). Gender, poverty and the development of the right to social security. International Journal of Law in Context, 10(4), 460-477. pág. 467. Disponible en: doi:10.1017/S1744552314000226

³⁸³ Las mujeres acumulan menos ahorros y deben financiar una etapa de retiro más larga, lo que resulta en que, mientras la primera pensión autofinanciada promedio para hombres retirados entre julio 2018 y junio 2019 fue de \$245.952, para mujeres haya sido de \$79.403 (exhibiendo así una brecha de -67,7%) Ver Superintendencia de Pensiones (2019). Informe de Género sobre el Sistema de

Es necesario pensar en un sistema de seguridad social con enfoque de derechos que, cumpliendo con los fines que han de subyacer al mismo según estándares internacionales, se haga cargo de manera adecuada de las desigualdades que afectan a las mujeres más desprotegidas de nuestra sociedad.

4.6. Derecho a la alimentación

Al igual que otros DESCAs, este derecho evidencia la desigualdad, por cuanto la capacidad económica determina un mayor o menor acceso a los derechos. Esto no es solo un problema de quienes pasan hambre, también existe en Chile una segregación social que impacta profundamente en la “adecuación” de los alimentos, por cuanto la comida “chatarra”, con nulos o pocos aportes nutricionales, son una parte importante de la dieta de la clase media y baja, mientras que alimentos orgánicos y de mayor contenido nutricional son percibidos como artículos de alto costo.

En lo relativo al factor género, la interseccionalidad se evidencia en, al menos, dos aspectos: uno, es la desigualdad económica que afecta a las mujeres e impacta en su capacidad de pago y en consecuencia en su facultad para acceder a una alimentación adecuada; o de hacerlo, impacta de mayor manera su economía. Dos, las mujeres ejercen el cuidado de niños y niñas, enfermos o personas mayores, por lo que ellas frecuentemente, deben garantizar su propio acceso a los alimentos y el de su familia.

4.7. Derecho al agua

Las mujeres, en virtud de la división sexual del trabajo, cumplen un rol de cuidadoras de sus familias lo que las obliga, además, a asegurar la provisión de las necesidades básicas de su familia. Según la OMS, para garantizar la cobertura de las necesidades básicas, son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona al día³⁸⁵.

Pensiones y Seguro de Cesantía. Disponible en http://www.suspensiones.cl/portal/institucional/594/articles-13808_recurs_1.pdf pág. 22.

³⁸⁴ Idem. en el Seguro de Cesantía, cuya proporción de cotizantes al seguro de a junio de 2019 fue un 39% mujeres y 61% hombres.

³⁸⁵ En los países desarrollados este consumo alcanza hasta 300 litros diarios. Ver Instituto Nacional de Derechos Humanos (17 de abril de 2021). Derecho al Agua: Clave para la vida. Recuperado el 29 de enero de 2021 de <https://www.indh.cl/derechos/derecho-al-agua-clave-para-la-vida/>

Lo anterior, se ve agravado para el caso de mujeres que viven en zonas rurales, por cuanto el 47,2% de la población rural en Chile no contaba con abastecimiento formal de agua potable³⁸⁶. Es importante indicar que la equidad de género se ve afectada pues son las mujeres las que suelen cargar con el peso de proveer a sus comunidades, tras interminables recorridos en busca de pozos o ríos³⁸⁷.

En cuanto a ello, es necesario precisar que en la tenencia de la tierra la brecha de género es “de 32% y en derechos de agua, de 17%, dando cuenta de la vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres, especialmente en zonas rurales, ante eventos extremos, como sequías, generados por el cambio climático, desastres naturales o antropogénicos”³⁸⁸.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en su artículo 14, N°2, letra h), en resumen, establece que los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar a las mujeres en condiciones de ruralidad el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

4.8. Derecho a la cultura

Desde la perspectiva de género, la UNESCO advirtió en 2015 en su informe de Igualdad de Género, Patrimonio y Creatividad³⁸⁹ que la participación de las mujeres en los procesos de la toma de decisiones juega un rol fundamental al momento de determinar el patrimonio importante a proteger, quiénes y de qué forma son llamados a proteger.

En cuanto a la participación cultural, el citado informe resalta la importancia de la creatividad planteando que ésta tiene el potencial de abrir un importante espacio para el diálogo social sobre cuestiones de igualdad de género en la vida cultural, así también como en otras esferas socioeconómicas y políticas.

La expresión creativa también puede respaldar fuertemente el empoderamiento social, civil y político de la mujer, a través del respeto de sus derechos humanos, en particular los derechos culturales y la libertad de expresión, además del empoderamiento económico a través de oportunidades de empleo y posibilidades de emprendimiento en las industrias culturales y creativas.”

Por otra parte, se debe dar especial atención al rol de las mujeres en las ceremonias y tradiciones que perpetúan la cultura indígena. Al entender que cumplen un rol estratégico en la transmisión de la cultura indígena y su patrimonio, resulta imperativo establecer una nueva institucionalidad constitucional que permita la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres en la defensa, preservación, promoción, divulgación y revalorización de los bienes que integran la cultura indígena en sí y el patrimonio cultural como forma de afianzar la identidad nacional y contribuir al bienestar individual y social.

Por último, es necesario establecer que la perspectiva de género es determinante para ampliar la definición de patrimonio cultural y aumentar su alcance y significado para beneficio de toda la sociedad.

4.9. Derecho a la conectividad

La resolución A/HRC/32/L.20, de 2016 de la Asamblea General de las Naciones Unidas destaca “la importancia de empoderar a todas las mujeres y niñas mejorando su acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, promoviendo la alfabetización digital y la participación de mujeres y niñas en la educación y la formación en las tecnologías de la información y las comunicaciones, y motivando a las mujeres para que estudien carreras de las ciencias y las tecnologías de la información y las comunicaciones”³⁹⁰.

En este sentido, cabe señalar que en Chile la brecha digital entre hombres y mujeres con acceso a

³⁸⁶ Fundación Amulén. (2020). Pobres de agua. Radiografía del agua potable rural en Chile: Visualización de un problema oculto. http://www.fundacionamulen.cl/wp-content/uploads/2020/07/Informe_Amulen.pdf pág. 12

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Ministerio del Medio Ambiente (2020). Género y Medio Ambiente, en Tercer Informe del Estado del Medio Ambiente. Disponible en <https://sinia.mma.gob.cl/index.php/tercer-informe-del-estado-del-medio-ambiente/>

³⁸⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, Igualdad de Género. Patrimonio y Creatividad (Naciones Unidas, 2014). Disponible en <http://www.unesco.org/culture/Gender-Equality-and-Culture/flipbook/es/mobile/index.html#p=3>

³⁹⁰ Naciones Unidas, Asamblea General “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos”, A/HRC/32/L.20 (27 de junio 2016), disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/32/L.20>

internet es de 6,9%³⁹¹ y que la inserción en el mercado laboral favorece el uso de Internet para las mujeres³⁹². Por lo tanto, si bien es necesario educar y mejorar el acceso a la conectividad, también hay que proteger los derechos digitales vinculados a ella y cuáles van a ser las medidas de prevención y sanción frente a la violencia en internet que sufren en su mayoría mujeres y personas de la comunidad LGBTIQ+.

4.10. Derecho al cuidado

Toda persona requerirá ser cuidada en algún momento de su vida. Con esto en mente, la universalidad de la necesidad de los cuidados se contrapone a que, en la práctica, las labores de cuidado son mayoritariamente ejercidas por las mujeres.

Como consecuencia de la división sexual del trabajo y los estereotipos y roles de género, muchas mujeres asumen la labor de cuidado en sus familias. Esta concepción está fuertemente arraigada en el ámbito privado, como se percibe de la mayoritaria cantidad de hijas cuidando a sus padres o madres cuidando a sus hijas/os, pero también ha traspasado a lo público. Un ejemplo, es cómo se conciben y diseñan los controles de “niño sano” siendo las madres las principales destinatarias de las instrucciones y esperándose que sean ellas quienes ejerzan tal labor.

Tal como se mencionó en el apartado de regulación constitucional, el derecho al cuidado no está contemplado en la actual Constitución. Su ausencia impacta de manera negativa en diversos niveles: a) en un primer nivel por la sobrecarga que existe para las mujeres, quienes ejercen el cuidado mayoritariamente; b) mantiene esta actividad en el ámbito de lo privado siendo una labor individual e ignorándose la dimensión colectiva de este derecho.

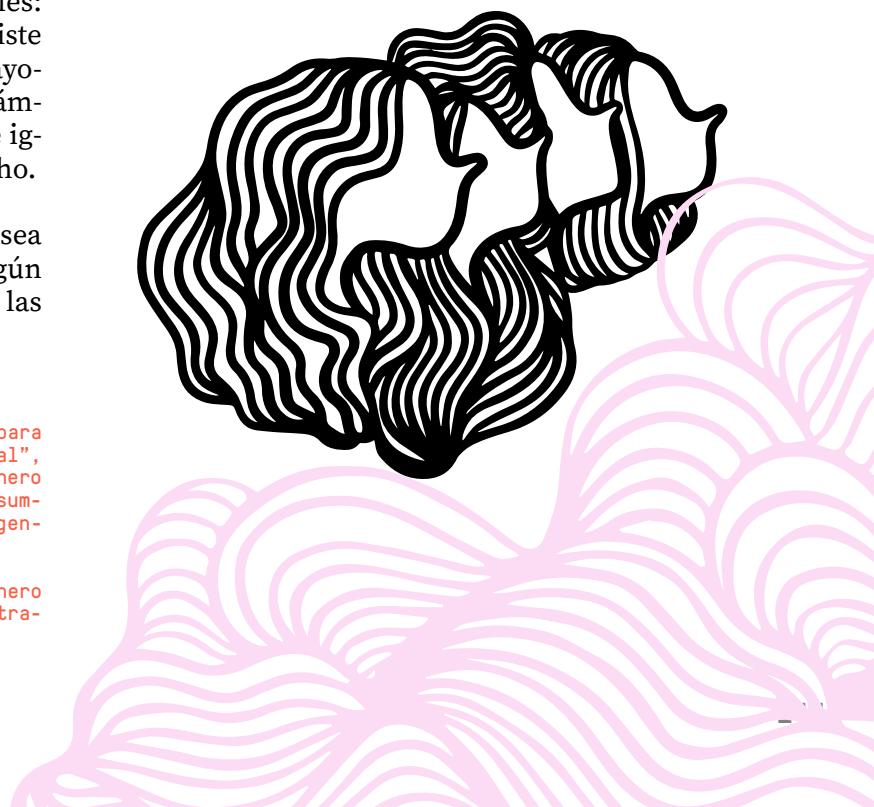
En este sentido, “todas las personas cualquiera sea su condición se benefician del cuidado en algún momento de su vida. Sin embargo, no todas las

personas proporcionan cuidados. Bajo esta concepción, la satisfacción de los cuidados constituye una responsabilidad social objeto de políticas e intervenciones públicas y no un problema privado, en especial de las mujeres”³⁹³.

Dado que todas las personas requerirán ser cuidadas en algún momento de su vida, estos han de tener un carácter universal y su cobertura y satisfacción deberá estar a manos del Estado. Así, la institucionalidad deberá generar las políticas públicas adecuadas que permitan contar a todas y todos, sin importar su edad, sexo o condición de salud, con los cuidados necesarios. Ello tendría como consecuencia además descomprimir a las mujeres de la obligatoriedad de este rol.

Entonces, el cuidado resulta transversal al género en consideración a diversos factores:

- Factor etario: dado que las personas mayores en situación de dependencia son destinatarias del derecho a cuidados, debe considerarse que, en Chile, al menos el 56.6% de las personas mayores son mujeres.
- Maternidad: en el ejercicio de este rol las mujeres asumen de manera principal el cuidado de las/os hijas/os, enfrentándose a la postergación laboral para ejercer crianza o, a dobles o triples jornadas laborales.
- Precarización laboral: muchas veces quienes ejercen labores de cuidado no cuentan con contrato ni pago de cotizaciones, y perciben el salario mínimo.



³⁹¹ El uso de internet: Brechas de género y desafíos para la autonomía económica de las mujeres en la era digital”, (Santiago: Gender Summit 12, División de Asuntos de Género CEPAL, 2017). Disponible en https://conicyt.cl/gendersummit12/wp-content/uploads/2017/12/Luc%C3%A3o-SCURO_-gender-summit_06.12.17.pdf pág. 8.

³⁹² Ibidem. Pág. 10.

³⁹³ Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (2017) Orientaciones técnicas. Programa 4 a 7, Mujer trabaja tranquila.

La actual organización social del cuidado es estatificada, una fuente de reproducción de la pobreza y desigualdad de género y una clara desprotección a la población desde el enfoque de derechos³⁹⁴.

En consideración de todo lo anterior, este derecho debe mirarse a través de los cristales del género, para otorgarle su merecida consagración constitucional a fin de que tenga el debido marco regulatorio y de actuación para normativa y políticas públicas de calidad en materia de cuidado. Para poder desarrollar y garantizar los derechos de las personas cuidadas como de las personas cuidadoras.

4.11. Derecho a la vivienda adecuada

Debido a que este derecho no se encuentra contemplado entre aquellos reconocidos en la Constitución, resulta relevante analizar la necesidad, conveniencia y ventajas o no, de su incorporación en el catálogo de derechos y garantías constitucionales.

Empoderar económicamente a las mujeres resulta esencial, en particular en un derecho tan relevante para las familias como lo es la vivienda adecuada, en cuanto lugar que permite el desarrollo seguro de los integrantes de la familia.

Cabe señalar que “muchas de las personas que

enfrentan esta situación [de allegamiento, hacinamiento, asentamientos informales y personas viviendo en situación de calle] son mujeres: el 34,1% de los requerimientos cuantitativos de vivienda son hogares monoparentales de jefatura femenina.

Uno de cada cinco hogares hacinados es de jefatura monoparental femenina, y el 35,2% de hogares allegados es liderado por jefaturas femeninas monoparentales. En cuanto a la caracterización de los asentamientos informales, el 55,3% de los hogares vivienda en campamentos cuenta con una jefatura de hogar femenina, y el 19,5% son liderados por jefaturas femeninas de carácter monoparental”³⁹⁵.

Además, las cifras aportadas por la Comisión para el Mercado Financiero indican que “las mujeres presentan una demanda más activa que los hombres en productos de ahorro para la vivienda, tanto en términos de la composición del ahorro como del stock de cuentas de ahorro para la vivienda vigentes”³⁹⁶.

Al mismo tiempo, un análisis de las postulaciones a subsidios del MINVU arroja que, en 2017, las mujeres representan un 73% de las personas postulantes, un 68% de las personas beneficiadas con subsidios y un 63% de quienes “aplicaron” o lograron cobrar el subsidio (es decir, compraron, efectivamente, su vivienda con un subsidio habitacional)³⁹⁷.

³⁹⁴ Ibidem, pág. 51.

³⁹⁵ Silva, I., Zúñiga, P., Vergara, F., Millones, Y., Casasco, M., Herrera M., Silva, V. y Contreras, V. (2020). Habitar en dignidad: hacia el derecho a la vivienda en la nueva Constitución. Techo-CHILE, Fundación Vivienda y GI-ESCR editores. pág. 10.

³⁹⁶ Comisión para el Mercado Financiero (2020). Género en el Sistema Financiero. Decimonovena versión. Disponible en https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articulos-38741_recurso_1.pdf pág. 4.

³⁹⁷ Observatorio Urbano (29 de agosto de 2021). Estadísticas Habitacionales. Disponible en <https://www.observatoriourbano.cl/estadisticas-habitacionales/>

**DESDE LA PERSPECTIVA DE
GÉNERO, ES IMPORTANTE
DESTACAR QUE LA DESIGUALDAD
DE GÉNERO HA SIDO UNA
CUESTIÓN HISTÓRICA Y
TRANSVERSAL. POR ESO, NO
ES EXTRAÑO QUE UNA DE LAS
PRINCIPALES BARRERAS PARA
SU DESARROLLO SEA LA ACTUAL
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.**

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

DERECHO A LA SALUD

País: PORTUGAL

¿Por qué es buen ejemplo?

Porque tiende a la gratuidad de la salud. Así como a una mirada integral e intergeneracional de la salud, señalando protección a la infancia, juventud y vejez, así como creación de medidas económicas culturales y ambientales por lo que, al menos en el texto, se tiene una comprensión global del derecho a la salud.

Regulación Constitucional:

Artículo 64: salud.

Todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

2. El derecho a la protección de la salud, se realiza:

- a. A través de un servicio nacional de salud universal y general que, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, será tendencialmente gratuito;
- b. Mediante la creación de las condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales que garanticen específicamente la protección de la infancia, la juventud y la vejez, y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y también por el desarrollo de la

educación sanitaria del pueblo y por las prácticas de vida saludable.

3. Para asegurar el derecho a la protección de la salud, incumbe prioritariamente al Estado:

- a. Garantizar el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación.
- b. Garantizar una cobertura racional y eficiente de todo el país mediante recursos humanos y unidades de salud.
- c. Trabajar hacia la financiación pública de los costes de los cuidados médicos y de los medicamentos.
- d. Disciplinar y controlar las formas empresariales privadas de medicina, articulándolas por el Servicio Nacional de Salud, como forma de asegurar en las instituciones de salud tanto públicas como privadas, patrones adecuados de eficiencia y de calidad.
- e. Disciplinar y controlar la producción, distribución, comercialización y uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico.
- f. Establecer políticas de prevención de tratamiento de la tóxico-dependencia.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

País: BRASIL

¿Por qué es buen ejemplo?

Se regula directamente el financiamiento del sistema educativo de Brasil. El jurista brasileño, Óscar Vilhena, ha señalado que la constitución brasileña es una Constitución “con dientes” en el sentido que establece una relación entre las promesas de los derechos sociales y sus fuentes de recaudación, evitando así que se vuelvan declaraciones de buena voluntad que se cumplan en la medida de lo posible³⁹⁸.

Regulación Constitucional:

Artículo 212, inciso 1º.

La Unión aplicará anualmente no menos del dieciocho por ciento de sus ingresos fiscales, y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios por lo menos el veinticinco por ciento de sus ingresos tributarios, incluidos los ingresos resultantes de las transferencias, para el mantenimiento y desarrollo de la educación.

³⁹⁸ Vilhena, O. (2015). Lecciones Aprendidas del Proceso Constitucional de Brasil en Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Ed.). pág. 66.

DERECHO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

País: URUGUAY

¿Por qué es buen ejemplo?

Mientras que la Constitución chilena plantea la libertad de enseñanza como una actividad económica y a la educación impartida como un bien de mercado, la Constitución uruguaya observa a la educación como un derecho humano que le corresponde a todas las personas y no como un bien con el cual se puede lucrar, tanto a nivel privado como público.

Regulación Constitucional:

Artículo 69.

Las instituciones de enseñanza privada y las cultu-

rales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.

Artículo 71.

Declárase de utilidad social la gratuitad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares. En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

País: FINLANDIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Por la amplitud de su regulación, pues comprende que la seguridad social es necesaria en distintas contingencias que pueden surgir en la vida de una persona. Relaciona este término con la vida digna de las personas y entiende la necesidad de las familias y cuidadores de contar con protección para garantizar el desarrollo de la infancia.

Regulación Constitucional:

Artículo 19: Derecho a la Seguridad Social.

Todas las personas que no puedan procurarse la seguridad inherente a una vida digna tienen derecho al sustento y a la atención imprescindibles.

Se garantizará por Ley a todas las personas el dere-

cho a la seguridad del sustento básico durante períodos de desempleo, de enfermedad, de incapacidad laboral y durante la vejez, así como por causa de nacimiento de hijos o de pérdida de sostén de familia. El poder público deberá asegurar a todos, de la manera que se regule más precisamente por Ley, servicios sociales y sanitarios suficientes y promoverá la salud de la población.

El poder público asimismo habrá de apoyar la capacidad de las familias y de otras personas a cargo de la atención infantil, para que garanticen el bienestar y el desarrollo individual de los niños.

Es tarea del poder público el fomentar el derecho de todos a la vivienda y apoyar las iniciativas privadas de vivienda.

DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

País: ECUADOR

¿Por qué es buen ejemplo?

Este caso destaca no solo por establecer en ella el derecho a la alimentación, sino por ir más allá promoviendo la industria local en la producción de alimentos y respetando la soberanía alimentaria de cada pueblo y región del ecuador.

Regulación Constitucional:

Artículo 13.

Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos, preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria.

DERECHO AL AGUA

País: URUGUAY

¿Por qué es buen ejemplo?

Esta constitución regula el agua y el acceso a ella desde distintas perspectivas, pues indica que es un elemento necesario para la vida, pero, además, desde una perspectiva de salud pública, garantiza el acceso a agua apta para el consumo humano como un derecho. Asimismo, comprende que debe anteponerse su consumo humano y su protección medio ambiental, por sobre su disposición como recurso económico.

Regulación Constitucional:

Artículo 47.

La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

1. La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:

a. el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.

b. la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asun-

tos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.

c. el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.

d. el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

2. Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.

3. El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

4. La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

DERECHO A LA CONECTIVIDAD

País: MÉXICO

¿Por qué es buen ejemplo?

Es el único país que ha reconocido el derecho a la conectividad, por lo que resulta un buen ejemplo a observar.

Regulación Constitucional:

Artículo 6, inciso tercero.

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

DERECHO A LA CULTURA Y EL PATRIMONIO

País: ECUADOR

¿Por qué es buen ejemplo?

Comprende una “sección cuarta” destinada únicamente a la consagración de la cultura y la ciencia. Otorga reconocimiento a la propia identidad cultural, especialmente de los pueblos indígenas, la observancia obligatoria del patrimonio cultural material e inmaterial y la diversidad, acceso y promoción de éste.

Regulación Constitucional:

Artículo 21.

mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.

Artículo 22.

Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.

Artículo 23.

Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.

Artículo 57.

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

13. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

País: SUDÁFRICA

¿Por qué es buen ejemplo?

Porque explicita uno de los conceptos relevantes para la seguridad en la habitación de una vivienda, como es el de prohibir los desalojos arbitrarios y demolición de la vivienda sin escuchar a los interesados.

Regulación Constitucional:

Sección 26.

1. Toda persona tiene derecho al acceso a una vivienda adecuada.
2. El Estado debe adoptar una legislación razonable y otras medidas, con sus medios disponibles, para conseguir la realización progresiva de este dere-

cho.

3. Nadie puede ser desahuciado de su casa, o su casa puede ser demolida, sin una orden de un tribunal de justicia considerando todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir desahucios arbitrarios.

Derecho a la Vivienda a niños y niñas:

Sección 28.

1. Todo menor tiene el derecho:
 - c. a una alimentación básica, a refugio, a servicios de cuidado básico de la salud, y a servicios sociales;

DERECHO A LA VIVIENDA Y A LA CIUDAD

País: PORTUGAL

¿Por qué es buen ejemplo?

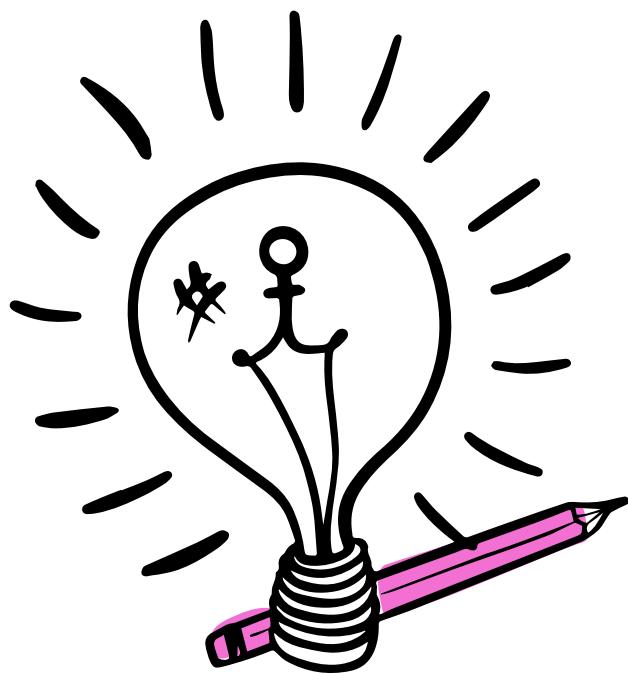
Porque recoge y contempla elementos importantes tanto del derecho a la vivienda como del derecho a la ciudad, relevando no solo la idea de vivienda en propiedad, sino también la posibilidad de contar con una vivienda adecuada en arriendo, a un precio de renta accesible, así como el incentivado de iniciativas comunitarias, como las cooperativas de vivienda y de autoconstrucción.

Regulación Constitucional:

Artículo 65. Vivienda y urbanismo.

1. Todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar.
2. Para asegurar el derecho a la vivienda, corresponde al Estado:

- a. Programar y llevar a cabo una política de vivienda inserta en planes de ordenación general del territorio, y apoyada en planes de urbanización que garanticen la existencia de una red adecuada de transporte y equipamiento social.
 - b. Promover, en colaboración con las Regiones autónomas y con las autoridades locales, la construcción de viviendas sociales económicas.
 - c. Estimular la construcción privada, con subordinación a los intereses generales y el acceso a la vivienda propia o arrendada;
 - d. Incentivar y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de las poblaciones tendentes a resolver los respectivos problemas habitacionales, y a fomentar la creación de cooperativas de viviendas y de autoconstrucción.
3. El Estado adoptará una política tendiente a establecer un sistema de alquiler compatible con la renta familiar y de acceso a la vivienda propia.



CUARTA PARTE / EL ESTADO EN OBLIGACIÓN CON LAS PERSONAS

DERECHOS LABORALES

Por definición, la relación laboral es asimétrica, por tanto, en su desarrollo la parte con menos poder, o sea el trabajador o trabajadora, se encuentra propensa a sufrir abusos y vulneraciones a sus Derechos Fundamentales. Es por ello, que para una sociedad que propenda a la igualdad y dignidad en todos los ámbitos de la vida, se torna fundamental establecer una base desde la norma fundamental que proteja a todos quienes dependen de un salario para vivir.



CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comprender en su totalidad los derechos de los y las trabajadoras en el ámbito laboral, es necesario abordar previamente algunos conceptos base que se explicarán a continuación:

Convenios OIT:

“Conjunto de normas internacionales de trabajo que imponen obligaciones a los Estados y cuya finalidad es mejorar las condiciones de empleo en todo el mundo. Los Convenios deben ser ratificados por los Miembros de la OIT.”³⁹⁹.

División Sexual del trabajo:

Manera en que cada sociedad organiza la distribución del trabajo entre los hombres y las mujeres, según los roles de género impuestos a su sexo biológico.

Libertad sindical:

“Facultad de los trabajadores para organizarse en sindicatos, ejercer la acción y promoción sindical, sin impedimento alguno, solo con la condición de sujetarse a la ley y a los estatutos que los mismos trabajadores se dan”⁴⁰⁰.

Modelo de relaciones laborales:

Modo institucionalmente previsto para el arreglo y desarrollo de las relaciones de trabajo entre empleadores y empleados, mediante leyes, decretos y organismos estatales. De esta forma, se define cómo y bajo qué reglas se deciden aspectos de productividad, como del reparto de utilidades.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): Agencia tripartita de la ONU, que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos y todas.

Entrega conceptos básicos de cómo entender las relaciones laborales, además de incluir normas y desarrollo de la autonomía sindical, entre otras.

Plan Laboral:

Serie de medidas legislativas laborales introducidas mediante Decreto por la dictadura cívico-militar Augusto Pinochet, ideado por el economista José Piñera, quien fue Ministro del Trabajo y Previsión Social y Minería durante dicho periodo. Estas medidas debilitaron el desarrollo del sindicalismo chileno, entre otras muchas consecuencias que se desarrollan en nuestro capítulo.

Relación laboral:

Es aquella en la que una persona, que será llamada trabajador o trabajadora, se obliga a prestar sus servicios a un empleador bajo subordinación y dependencia, por cuenta ajena. El empleador puede ser una persona natural o jurídica, lo que significa que pueden ser individuos, empresas o incluso el Estado, quienes, a cambio del trabajo, quedan obligadas a pagar una remuneración.

Trabajador o trabajadora:

En este trabajo, entendemos por este concepto toda persona que presta servicios bajo subordinación y dependencia, por un salario.

Trabajo decente:

Concepto mencionado por primera vez en 1999 por Juan Somavía⁴⁰¹, quien nos da a entender que la relación laboral debe ser libre, equitativa, segura y digna. El jurista señaló que “la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”⁴⁰².

³⁹⁹ Organización Internacional del Trabajo (2006). Promoviendo la igualdad de género: Convenios de la OIT y los derechos laborales de las mujeres, pág. 5. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-americas/-/-ro-lima/-/-sro-santiago/documents/publication/wcms_184031.pdf

⁴⁰⁰ Balter Santander, P. (2016). La libertad sindical: incertidumbre de un derecho de los trabajadores. Cuaderno de Investigación de la Dirección del Trabajo (N°59), pág. 7. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articulos-110566_recurso_1.pdf

⁴⁰¹ Abogado chileno y primer Director General de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴⁰² Somavia Altamirano, J. (1999). Trabajo decente. Memoria del Director General, 87º Conferencia Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.html>

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La regulación constitucional de los derechos laborales en Chile omite garantizar el trabajo como un derecho, sin establecer condiciones mínimas para velar por los derechos laborales de los y las trabajadoras. Por ello, se encuentran ausentes conceptos como prohibición del trabajo forzado, condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo, la protección contra el desempleo, igualdad salarial y remuneración digna.

2.1. Libertad de trabajo

El artículo 19 N° 16 consagra el derecho a elegir libremente un trabajo con una justa retribución, así como la libertad de contratación, sin garantizar una protección integral a los y las trabajadoras.

2.2. Negociación colectiva

El inciso 3º del artículo 19 N° 16 establece el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente con la empresa en la que laboren, salvo en aquellos casos en que la ley lo prohíba. De esta forma, la Constitución posibilitó la restricción de este derecho, a través de la legislación laboral, que lo limitó a aquellos trabajadores que se desempeñen en empresas, sean del sector privado, o en las que el Estado tenga aportes, participación y representación.

2.3. Derecho a Huelga

En cuanto al derecho a huelga, la Constitución no realiza un reconocimiento explícito, sino que en primer lugar, establece categorías de trabajadoras y trabajadores a quienes no les asiste ese derecho, prohibiendo que puedan declararse en huelga los funcionarios del Estado, de municipalidades y personas que trabajen en corporaciones o empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

La norma agrega que los procedimientos que determinen a quienes afecta esta última prohibición, se establecerá por ley. Una parte de la academia ha entendido que desde una interpretación en sentido contrario (a contrario sensu), estaría reconociendo implícitamente el derecho a huelga de quienes no están contemplados en la prohibición⁴⁰³, dado que esta norma prohíbe la huelga para los grupos de personas que señala.

2.4. Derecho a sindicalización

Respecto del derecho a sindicalización, este se encuentra establecido en el artículo 19 N° 19 de la Constitución, norma que recalca el carácter voluntario de la afiliación y la prohibición expresa para las organizaciones sindicales de intervenir en lo que denomina actividades político-partidistas, limitando nuevamente la libertad sindical de un modo que no se condice con la forma en que ha sido entendida en el derecho internacional del trabajo⁴⁰⁴.

2.5. Igualdad de acceso a cargos públicos

El artículo 19 N° 17 de la Constitución establece como garantía la igualdad de acceso a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

Esta garantía debe entenderse en relación con el principio de probidad que obliga a la Administración del Estado, consagrado en el artículo 8 de la Constitución y con su artículo 19 N° 16, inciso tercero, la disposición que prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. El objeto de esta garantía de igualdad de acceso, por tanto, es evitar ventajas indebidas o situaciones de discriminación arbitraria que alteren la igualdad entre quienes postulan a un cargo o función pública.

⁴⁰³ Rojas Miño, I. (2017). Los derechos de libertad sindical en la Constitución chilena. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 30 (Nº1), págs. 9-31. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502017000100001&lng=es&nrm=iso

⁴⁰⁴ Ibidem.

2.6. Igualdad Salarial

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta de la regulación constitucional actual es que el derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres que desempeñen un mismo trabajo, no se encuentra establecido como un principio o mandato específico.

De todas formas, el señalado principio de igualdad y no discriminación, encuentra su origen en el artículo 1º de la Constitución: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y en la norma del artículo 19 número 2, la cual dispone

que “hombres y mujeres son iguales ante la ley” y prohíbe establecer diferencias arbitrarias.

Sin perjuicio de su omisión en la Constitución, la igualdad salarial se incorpora a través de normas de rango legal en el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo. Así, en la Ley N° 20.348 se precisa la prohibición de cualquier discriminación arbitraria en este ámbito, entendiendo como tal, aquella discriminación que no está basada en capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador o trabajadora.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La relación laboral es por esencia asimétrica y, por tanto, el Derecho del Trabajo es por definición protector de la parte con menos poder, es decir, protector de los y las trabajadoras. Desde esta base, el diagnóstico constitucional debe realizarse en virtud de los conceptos trabajo decente y la libertad sindical.

El “trabajo decente” es un concepto levantado por la Organización Internacional del Trabajo, que aglomera los derechos fundamentales del trabajo⁴⁰⁵, bajo la idea de que este no es una mercancía⁴⁰⁶ lo que implica que en el mundo del trabajo se requiere una relación laboral libre, equitativa, segura y digna.

Ahora, para entender cómo ha sido aplicado internacionalmente estos estándares mínimos que nacen a propósito del trabajo decente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “cabe precisar que la estabilidad laboral

no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador y trabajadora puedan recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”⁴⁰⁷.

Aún existe discusión si estos criterios son aplicables en Chile en virtud del artículo 5º de la Constitución Política y el Principio de Convenciónalidad⁴⁰⁸, pero el punto central es entender que la actual Constitución no adopta ninguno de los requisitos que permite lograr que la relación laboral se entienda como trabajo decente. De la simple

405 Estos principios y derechos fundamentales en el trabajo son: (1) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. (2) La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio (3) La abolición del trabajo infantil (4) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

406 Vega Ruiz, M. L. y Martínez Fernández, D. (julio de 2002). Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Documento de Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo, pág. 40. Disponible en: https://www.ilo.org/wcms5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_11_sp.pdf

407 Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, considerando N°150.

408 Ver apartado: “Tratados Internacionales”

lectura de las normas, se puede concluir que se limita a asegurar las libertades en el trabajo, principalmente del empleador, pero no asegura una protección al trabajador o trabajadora que le permita enfrentarse a la relación laboral de forma un poco más equitativa.

En efecto, la Dirección del Trabajo publicó en el año 2021 un estudio sobre las condiciones laborales en las empresas privadas de Chile, el cual concluyó que los trabajadores declaran “bajas cifras de autonomía y ejercicio de derechos, particularmente en las posibilidades de participar y ser consultados sobre las decisiones de la empresa y en la organización del trabajo”, y además “en relación con la percepción de estabilidad laboral, reflejada en el temor al despido, casi un tercio del total de trabajadores de ambos sexos lo sienten. La preocupación o el temor a la dificultad de encontrar otro trabajo en caso de despido están presentes en más de un tercio de los trabajadores dependientes del sector privado. En ambas situaciones, las mujeres presentan una mayor inseguridad”⁴⁰⁹.

Desde la perspectiva de la libertad sindical el diagnóstico constitucional tampoco es muy alentador. El plan laboral promovido por la dictadura militar de 1973 implicó jurídicamente la limitación de la acción de las organizaciones de trabajadores, tanto públicos como privados. Para ello se rigidizó la normativa sindical, regulando con gran detalle cada una de las instituciones jurídico-laborales y estableciendo limitaciones y prohibiciones respecto de las organizaciones sindicales, de la negociación colectiva y de la huelga, excluyendo, además, al conflicto colectivo⁴¹⁰.

Esto se plasma en un estudio realizado por la Fundación Sol en el año 2016, donde concluyó que en un 81,8% de las empresas de 10 o más trabajadores, no existe y nunca ha existido un sindicato⁴¹¹. Esta situación no es baladí para el país, puesto que se ha demostrado por los estudiosos de la economía que “existe una relación causal entre negociación colectiva y distribución del ingreso. Específicamente, mientras más alto es el porcentaje de trabajadores sindicalizados y/o que negocian colectivamente, menor es la desigualdad observada en cada país”⁴¹².

Una herramienta histórica de los y las trabajadoras para la defensa de los derechos ha sido la huelga, cuestión que hoy se considera como un Derecho Fundamental. Sin embargo, nuestra actual Constitución no la asegura expresamente, pues simplemente limita este derecho para los funcionarios del Estado.

De esta forma, la regulación constitucional del Derecho del Trabajo en la Constitución de 1980 es uno de los enclaves neoliberales más evidentes de su regulación. Ésta se encuentra centrada en otorgar libertad al trabajo y de sindicalización, pero no regula la dignidad laboral y la protección de las organizaciones sindicales, sin otorgar la una protección constitucional al trabajador o trabajadora. Lo anterior se traduce en que en la actual legislación chilena se permite, por ejemplo, una facilidad en el despido y una atomización en los sindicatos, que ha afectado negativamente la calidad de vida de todas las personas trabajadoras en Chile.

409 Dirección del Trabajo (2012). Informe sobre las condiciones laborales en trabajadores dependientes de la empresa privada, págs. 56 y ss. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-100488_recurso_1.pdf

410 Rojas Miño, I. (2017), op. cit.

411 Fundación Sol, presentación “El Modelo de Relaciones Laborales en Chile” por Karina Narbona. Disponible en: <https://library.co/document/yr0x4ovy-el-modelo-de-relaciones-laborales-chileno.html>

412 Durán Sanhueza, G. y Kremerman Strajilevich, M. (2015). Sindicatos y Negociación Colectiva. Panorama Estadístico Nacional y Evidencia Comparada. Estudios de la Fundación Sol, pág. 3. Disponible en: https://www.fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/wp-content/uploads/2016/05/Sindicatos-y-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.pdf

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

La actual Constitución carece de un enfoque de equidad de género, lo que repercute en los derechos laborales ya que perpetúa las brechas entre hombres y mujeres. En Chile, estas diferencias se relacionan fundamentalmente con una tasa de participación laboral de las mujeres un 21% inferior a la de los hombres⁴¹³. A su vez, la brecha salarial existente señala que las mujeres ganan en promedio un 27,2% menos que los hombres⁴¹⁴, y por efecto de lo anterior, tienen pensiones alrededor de un tercio más bajas que sus pares masculinos. En suma, las mujeres se ven expuestas a un mayor riesgo de vulnerabilidad y pobreza como resultado de las desigualdades que las afectan en el campo laboral.

De la misma manera, la forma en que la Constitución y la legislación laboral han entendido los derechos laborales ha restringido y minimizando la protección a los y las trabajadoras, contribuye a agravar la situación de los grupos históricamente discriminados, entre ellos las mujeres, quienes adicionalmente, tienen una mayor presencia en empleos precarizados o informales⁴¹⁵.

Cuando las mujeres se insertan en el mundo laboral, tienen una nueva condición que determina las discriminaciones estructurales que sufrirán por el sólo hecho de ser mujeres trabajadoras. Esto se explica por el concepto de división sexual del trabajo, lo que implica que la cultura de la sociedad asigna ciertas labores de trabajo (remuneradas o no) a las personas debido a su sexo y género.

En Chile, la división sexual del trabajo es patente. De las personas dedicadas al servicio doméstico, un 97,6% son mujeres, mientras que, de la cantidad de empleadores, sólo un 26,4% lo son.

Así, los trabajos “feminizados” son aquellos que están vinculados al cuidado y tareas domésticas,

mientras que los trabajos relacionados con la construcción tienen un 92,4% de presencia masculina⁴¹⁶.

Los trabajos feminizados también tienen una alta tasa de informalidad y desprotección. Sin ir más lejos, un estudio realizado por la Fundación Sol dio como resultado que de los empleos ocupados por mujeres de los últimos diez años “el 60% corresponde a un empleo que tiene alta probabilidad de ser precario, un 30,3% corresponde a asalaria-do externo y un 29,7% a cuenta propia (siendo, la mayora, de baja calificación y tiempo parcial)⁴¹⁷.

De esta forma, la desprotección en la normativa institucional frente a una carencia de políticas públicas obstaculiza el avance para lograr la igualdad de género en desmedro de las mujeres, tanto en el mundo laboral o productivo, como en el ámbito de los cuidados no remunerados.

En cuanto a igualdad salarial, si bien la Ley N° 20.348 la incorporó como un derecho laboral, no ha surtido el efecto esperado, principalmente porque no estableció parámetros objetivos para determinar cuando existe discriminación arbitraria en materia de remuneración. De igual forma, esta ley instauró un procedimiento engorroso que debe iniciarse por reclamo ante el propio empleador, además de no imponer sanciones adecuadas, ni otorgar una justa reparación a la persona afectada, lo cual desincentiva su utilización.

Otro tema que afecta especialmente a las trabajadoras es que la Constitución omite completamente la protección de la maternidad, la corresponsabilidad en los cuidados y la protección de los distintos tipos de familia. Esto implica que la protección ha quedado a merced del poder legislativo, quienes han puesto su enfoque en que la mujer pueda salir a trabajar, pero no en proteger sus derechos.

⁴¹³ Encuesta Nacional del Empleo (ENE), INE, trimestre móvil abril-junio de 2020.

⁴¹⁴ Encuesta Suplementaria de Ingresos (ESI) 2018, elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

⁴¹⁵ Según Boletín del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), para el periodo enero-marzo 2018, la tasa de ocupación informal de las mujeres se situó en 30,5% (1.053.881)

y la de los hombres, en 28,1% (1.383.334), con una brecha de 2,4 puntos porcentuales.

⁴¹⁶ Barriga, F.; Durán, G; Sáez, B. y Sato, A. (2020). No es amor, es trabajo no pagado: Un análisis del trabajo de las mujeres en el Chile actual. Estudios de la Fundación Sol, pág. 6. Disponible en: https://fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/wp-content/uploads/2020/03/No-es-amor-es-trabajo-no-pagado-2020.pdf

⁴¹⁷ Ibidem.

Dentro de las normas de protección a los y las trabajadoras, el Código del Trabajo contempla en su título II, Libro II, la protección a la maternidad, cuya denominación fue actualizada por la Ley N° 20.764 en 2014, la cual agrega nominalmente la protección a la paternidad y vida familiar. Parte de este intento infructuoso por fomentar corresponsabilidad en el cuidado, fue haber introducido, a través de la Ley 20.545 de 2011, el permiso de postnatal parental, el que se puede ceder parcialmente por la madre al padre. No obstante, en la práctica esta legislación se ha mostrado fracasada, dado su carácter voluntario y su escasa utilización por parte de los padres trabajadores⁴¹⁸.

Como se ha expuesto, las modificaciones señaladas han resultado insuficientes dado que la legislación laboral se estructura otorgando protección preferente a las madres trabajadoras, para incluir las en el mundo laboral, pero que excluye o relega a un segundo plano a los padres trabajadores, lo que dificulta la igualdad de deberes y derechos en esta materia⁴¹⁹.

Un ejemplo de lo anterior, es el caso del fuero maternal —exclusivo para la madre, salvo la acotada excepción que contempla el artículo 201 del Código del Trabajo⁴²⁰— el derecho de cuidado al niño o niña menor de un año que sufra enfermedad grave, —es decisión de la madre otorgar este permiso al padre—, el derecho a sala cuna, exclusivo para la madre; y el permiso postnatal parental, que como se señaló antes, puede ser cedido al padre a elección de la madre, perdiendo el derecho en caso que así lo decida ella^{412 422}.

Así, nuevamente volvemos al concepto de división sexual del trabajo, donde de acuerdo con nuestra legislación, el trabajo doméstico no remunerado y el cuidado de las personas se carga en las mujeres,

lo que perpetúa el rol social de la mujer-madre, sin adoptar principios acordes a la corresponsabilidad de ambos progenitores. Además de ello, es necesario abordar el tema de los cuidados y crianza de manera colectiva, de forma que la responsabilidad de la crianza de los hijos e hijas sea una responsabilidad transversal de la sociedad y no sólo de forma individual de la madre y el padre.

Este errado enfoque tiende a mantener la feminización del cuidado de hijos e hijas, refuerza la división sexual del trabajo y genera discriminaciones arbitrarias por parte de los empleadores en contra de las mujeres. En definitiva, mantiene estereotipos de género asociados al rol de madre-cuidadora y padre-proveedor por lo que es fundamental impulsar cambios en esta materia en favor de la equidad.

Otro tema que urge abordar en la nueva constitución, relacionado con la asignación de las labores de cuidados a las mujeres que urge entablar en la nueva constitución, es el reconocimiento al trabajo doméstico y de cuidados. Con esto se hace referencia a las madres, hijas, abuelas y cuidadoras en general, que se dedican al cuidado de la familia y el hogar sin generar ningún tipo de remuneración.

Si la nueva Constitución se propone mejorar la situación de desigualdad de las mujeres es insostenible que no se reconozca la importancia del trabajo doméstico y de cuidados. En efecto, pese a ser un trabajo completamente gratuito para la sociedad, se calcula que equivale a un 21,8% del PIB nacional, lo cual es un valor mucho más alto que cualquier otro rubro económico⁴²³.

Este reconocimiento contribuiría a remontar una enorme brecha de género que no sólo repercute en la ausencia de salario para este grupo, sino, además, en la imposibilidad de acceder a un sistema

⁴¹⁸ Subsecretaría de Previsión Social (2018). Sólo 0,2% de post natal ha sido traspasado a los hombres en los últimos siete años. Disponible en: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/solo-02-de-post-natal-ha-sido-traspasado-a-los-hombres-en-los-ultimos-siete-anos/>

⁴¹⁹ Vásquez Mejías, C. (2011). C. Derechos Laborales en Chile: ¿verdadera igualdad de género? Derecho y Humanidades (N°17), págs. 75-89. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16976>

⁴²⁰ La excepción tiene lugar para los padres que hagan uso del postnatal parental del artículo 197 bis del Código del Trabajo, quienes también gozarán de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso. En ningún caso podrá exceder de tres meses.

⁴²¹ Vásquez Mejías, C. (2011), op. cit., págs. 81-83.

⁴²² Comunidad Mujer (2017). Para un Chile sostenible: 10 Propuestas de género, págs. 9-18. Disponible en: <https://www.comunidadmujer.cl/estudios/chile-sostenible-10-propuestas-genero/>

⁴²³ ComunidadMujer (2019) ¿Cuánto aportamos al PIB? Primer Estudio Nacional de Valoración Económica del Trabajo Doméstico y de Cuidado No Remunerado en Chile. Disponible en: <https://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2020/03/Cu%C3%A1nto-aportamos-al-PIB.-Estudio-de-Valoraci%C3%B3n-Econ%C3%B3mica-del-TDCNR-en-Chile.pdf>

de salud o una pensión de vejez digna. Asimismo, significaría un avance en la corresponsabilidad del Estado y el sector privado para compatibilizar la vida familiar y la creación de una infraestructura de cuidado funcional y sostenible⁴²⁴.

Desde la perspectiva colectiva, en el diagnóstico de este capítulo ya se determinó la importancia de los sindicatos para la defensa de trabajadores y trabajadoras. Sin embargo, producto de las dificultades que enfrentan las mujeres en el empleo, estas no tienen una gran representación política en las organizaciones sindicales del sector privado. Según un estudio de 2017 del Observatorio de Género, Mujeres y Territorios de Rimisp⁴²⁵ las mujeres participan un 60% menos que los hombres en los sindicatos⁴²⁶.

Además de ello, los sindicatos no están exentos de las lógicas del patriarcado y reproducen estructuras donde será más difícil para las mujeres participar. En consecuencia, las demandas propias quedarán en segundo plano en los movimientos sindicales, lo que releva la importancia de fortale-

cer tanto la organización sindical, como la protección de la sindicalización, y no sólo la libertad de asociación como lo hace la Constitución de 1980.

Es por esto que la nueva Constitución debe adoptar todas las medidas para asegurar un modelo de relaciones laborales acorde a los criterios del Trabajo Decente, lo que otorgará un impulso para avanzar en la igualdad de género en el ámbito laboral. Además de ello, el fortalecimiento de las organizaciones colectivas de los y las trabajadoras va a asegurar el avance de las mujeres más allá del impulso, es decir, durante el desenvolvimiento de las relaciones laborales en el nuevo periodo constitucional.

Sin embargo, toda la protección que puede consagrarse la nueva Constitución debe hacerse bajo un enfoque de género, para que permita enfrentar las desigualdades a las que se enfrentan las mujeres tanto dentro del mundo laboral formal e informal, y más aún, con el trabajo no remunerado de labores domésticas y de cuidado.

424 La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) en la “Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres” ha declarado que los Estados deben, entre otros puntos relevantes: “4. Promover, según corresponda, que las leyes y políticas públicas incorporen entre sus prioridades la corresponsabilidad social para el cuidado, entendida como la participación compartida del Estado y del sector privado, así como de hombres y mujeres para establecer las condiciones necesarias para que las mujeres puedan participar y permanecer en el mercado laboral en igualdad de condiciones y disfrutar plenamente de sus derechos y para que los hombres puedan participar plenamente en la vida familiar[...].”

425 El Mostrador Braga (14 de julio de 2020). Mujeres participan un 60% menos que los hombres en sindicatos según estudio del Observatorio de Género, Mujeres y Territorios. El Mostrador. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/braga/2020/07/14/mujeres-participan-un-60-menos-que-los-hombres-en-sindicatos-segun-estudio-del-observatorio-de-genero-mujeres-y-territorios/>

426 De acuerdo a la OEA, en materia sindical, las mujeres reportan tensiones afectivas, sentimientos de culpa y conflictos matrimoniales por dedicar tiempo a actividades sindicales (que implicaría una tercera jornada de trabajo si consideramos las actividades domésticas y de cuidado no remuneradas). Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Mujeres (2020). La participación de las mujeres en el ámbito sindical desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género. Disponible en: <http://www.oas.org/es/CIM/docs/MujeresDerechosSindicales-ES.pdf>

**SI LA NUEVA CONSTITUCIÓN
SE PROPONE MEJORAR LA
SITUACIÓN DE DESIGUALDAD DE
LAS MUJERES ES INSOSTENIBLE
QUE NO SE RECONOZCA LA
IMPORTANCIA DEL TRABAJO
DOMÉSTICO Y DE CUIDADOS.**

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

DERECHO AL TRABAJO (EN GENERAL)

País: BOLIVIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Bolivia es un caso especialmente interesante puesto que su actual constitución es fruto de un proceso constituyente reciente.

Además de ello, tiene uno de los índices de crecimiento más altos de América Latina y además uno de los índices más bajos de desempleo⁴²⁷.

Sin embargo, pese a lo positivo de las cifras, es importante tener presente que, según la OIT, Bolivia tiene un alto índice de trabajo informal, donde el sector comercial alcanza un 90%⁴²⁸. Si analizamos la Constitución como un punto de partida, la del Estado Plurinacional de Bolivia destaca por:

- Determinar claramente el Rol del Estado frente a los Derechos Laborales, ya sea frente a la calidad del trabajo como el acceso al mismo.
- Recoger todos los requisitos para el desarrollo de un Trabajo Decente acorde a los criterios de la OIT.
- Reconocer el derecho a sindicalización y autonomía sindical.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 9 -

Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:
[...] 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.

ARTÍCULO 46 -

I. Toda persona tiene derecho:

1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que

le asegure para sí y su familia una existencia digna.

ARTÍCULO 51 -

I. Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo con la ley.

II. El Estado respetará los principios sindicales de unidad, democracia sindical, pluralismo político, autosostenimiento, solidaridad e internacionalismo.

III. Se reconoce y garantiza la sindicalización como medio de defensa, representación, asistencia, educación y cultura de las trabajadoras y los trabajadores del campo y de la ciudad.

IV. El Estado respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos. Los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de organizarse y ser reconocidos por sus entidades matrices.

V. El patrimonio tangible e intangible de las organizaciones sindicales es inviolable, inembargable e indelegable.

VI. Las dirigentes y los dirigentes sindicales gozan de fuero sindical, no se les despedirá hasta un año después de la finalización de su gestión y no se les disminuirán sus derechos sociales, ni se les someterá a persecución ni privación de libertad por actos realizados en el cumplimiento de su labor sindical.

VII. Las trabajadoras y los trabajadores por cuenta propia tienen el derecho a organizarse para la defensa de sus intereses.

ARTÍCULO 54 -

I. Es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa.

⁴²⁷ Redacción BBC News Mundo (5 de julio de 2018). Los 3 países con menos desempleo en América Latina (y por qué no es necesariamente una buena señal). BBC News. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44662399>

⁴²⁸ El Deber (4 febrero 2019). Más del 90 % del empleo en el sector comercial de Bolivia es informal, según la OIT. El Deber. Disponible en: https://eldeber.com.bo/economia/mas-del-90-del-empleo-en-comercio-es-informal-segun-informe-de-la-oit_82077

IGUALDAD SALARIAL

País: PANAMÁ

¿Por qué es buen ejemplo?

De acuerdo al Informe Mundial de Salarios 2018/2019, Panamá encabeza la lista de países de América Latina y el Caribe con menor brecha de salario por mes, con un -0.7%. A diferencia de Chile, que se encuentra entre los países con una mayor brecha. En ese sentido, se vuelve ejemplificador que en su Constitución se establezca la igualdad salarial.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 67 -

A trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o sueldo, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas.

TRABAJO DECENTE

País: PAÍSES BAJOS

¿Por qué es buen ejemplo?

Acorde a un estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁴²⁹, los Países Bajos tienen el mejor balance entre la vida personal y el trabajo. Además, son el país con menos horas trabajadas semanalmente de la OCDE, es decir, con menor jornada laboral⁴³⁰. En su Constitución, se enfocan principalmente en el acceso al empleo.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 19 -

1. Los poderes públicos fomentarán una política orientada a lograr oportunidades de empleo suficientes.

DERECHO A SINDICALIZARSE

País: MÉXICO

¿Por qué es buen ejemplo?

México es el país Latinoamericano de la OCDE con mayor tasa de sindicalización⁴³¹. Sin embargo, en dicho informe no se incluye a Chile. En su constitución se reconoce el derecho a sindicalizarse y también el derecho a huelga.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 123 -

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

- a. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo;

[...] XVI. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

[...] b. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

[...] x. Los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes. Podrán, asimismo, hacer uso del derecho de huelga previo el cumplimiento de los requisitos que determine la ley, respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra.

⁴²⁹ El Observador (30 septiembre 2019). Cuáles son los mejores países para el balance vida-trabajo, según la OCDE. El Observador. Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/holanda-italia-y-dinamarca-los-mejores-paises-para-el-balance-vida-trabajo--2019930151043>

⁴³⁰ Redacción BBC News Mundo (21 agosto 2019). Cuáles son los países donde la gente trabaja más y menos horas semanales (y qué quieren cambiar en Chile). BBC News. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49411425>

⁴³¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (s.f.). Trade Union Dataset. Disponible en: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD>.

Consultado el 29 de junio de 2021.

LIBERTAD DE TRABAJO Y REMUNERACIÓN DIGNA

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Este país, al igual que la actual Constitución de Chile, consagra la libertad al trabajo. Sin embargo, va más allá pues reconoce diferentes garantías para los y las trabajadoras. Por ejemplo: remuneración digna e igualdad salarial entre sexos⁴³².

Este es un país que le prohíbe explícitamente formar sindicatos a las Fuerzas Armadas, y al igual que Chile, establece una regulación diferente para los trabajadores del Estado.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 35 -

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

⁴³² Forbes Staff (12 de diciembre de 2019). La brecha salarial en Latinoamérica: Un mal que puede durar hasta 217 años. Forbes Centroamérica. Disponible en: <https://forbescentroamerica.com/2019/12/12/la-brecha-salarial-en-latinoamerica-un-mal-que-puede-durar-hasta-217-anos/>



**CUARTA PARTE /
EL ESTADO EN OBLIGACIÓN
CON LAS PERSONAS**

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Los derechos sexuales y reproductivos están contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, estos no se encuentran regulados ni garantizados en la actual Constitución chilena, lo cual tiene directas consecuencias en la autonomía, libertad, desarrollo y dignidad de las personas.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para entender correctamente y a cabalidad este capítulo, es necesario abordar previamente algunos conceptos importantes que se explican a continuación:

Autodeterminación:

Es la “capacidad para tomar decisiones sobre nuestras identidades y nuestro futuro, definir por nosotros mismos quiénes somos y quiénes deseamos ser sin el control de personas o fuerzas externas”⁴³³.

Derechos sexuales y reproductivos (DDSSRR): Estos abarcan derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales.

Incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia, a: (1) el mayor estándar posible de salud en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; (3) educación sexual; (4) respeto por la integridad corporal; (5) elección de pareja; (6) decidir ser o no ser sexualmente activo; (7) relaciones sexuales consensuadas; (8) matrimonio consensuado; (9) decidir tener o no hijos y/o hijas, y cuándo hacerlo; y (10) ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera. El ejercicio responsable de los derechos humanos requiere que todas las personas respeten el derecho de los y las demás⁴³⁴.

⁴³³ Amnistía Internacional. (2015). Elección, autonomía y autodeterminación. Mi Decisión. Disponible en <http://www.midecision.org/modulo/eleccion-autonomia-autodeterminacion/>

⁴³⁴ Definición establecida por la OMS. Ver Miller, A. (2010). Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión. Consejo Internacional de Políticas en Derechos Humanos (ICHRP). pág. 9-10.

⁴³⁵ World Association for Sexual Health (WAS). Derechos sexuales [Archivo PDF]. Disponible en: <https://www.espill.org/wp-content/uploads/2016/01/Derechos-Sexuales-1997.pdf>

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ La CEDAW regula en su artículo 16 letra d) y e), el derecho a las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres, establece los mismos derechos y responsabilidades como progenitores y pone como base esencial, los intereses de los y las hijas. Asimismo, consagran los derechos a decidir libre y responsablemente la cantidad de hijos y los intervalos entre los nacimientos. Para ello, se considera un derecho el libre acceso a la información, educación y medios para hacer efectivo dicho derecho.

Derecho a la equidad sexual:

Se refiere a la “oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional”⁴³⁵.

Derechos reproductivos⁴³⁶:

Son los relativos a poder elegir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los y las hijas⁴³⁷, así como a disponer de la información, educación y medios para poder decidir sobre ello, todo en un ambiente libre de discriminación, coerción o violencia⁴³⁸.

Derechos sexuales⁴³⁹:

Son aquellos relativos a la libertad respecto a la sexualidad (incluyendo la salud) y a decidir libre y responsablemente sobre esta, sin coerción, discriminación o violencia.

Salud sexual:

Atención de salud que incluye el “desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”⁴⁴⁰.

⁴³⁸ En dicho sentido, la CEDAW regula en su artículo 11 N° 2 determinadas medidas afirmativas para impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad en relación a su derecho a trabajar, tales como la prohibición del despido por motivos de embarazo o licencias de maternidad, el derecho a la licencia de maternidad con sueldo pagado o prestaciones sociales, la regulación de incentivos para que los padres combinen las obligaciones para con la familia y el trabajo, y una especial protección a la mujer durante el embarazo en relación a trabajos peligrosos.

⁴³⁹ Vargas, M. (2003). Derechos humanos: derechos sexuales y reproductivos [archivo PDF]. Disponible en: https://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Milu_Vargas.pdf

⁴⁴⁰ Naciones Unidas, “Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, A/CONF.171/13/Rev.1 (5-13 de septiembre de 1994) Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf pág. 37.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

En Chile la regulación constitucional no establece derechos sexuales y reproductivos. Si bien a nivel legal se pueden encontrar algunas normas que sí se refieren a éstos, el cúmulo de regulaciones no da como resultado una protección específica de los DDSSRR para las personas.

Según las opiniones mayoritarias de la academia del derecho y variadas sentencias de Cortes Internacionales, se puede entender que los DDSSRR especificados en los tratados internacionales que han sido firmados y ratificados por Chile⁴⁴¹, estarían incorporados al derecho nacional⁴⁴². Sin embargo, dicha postura no es unánime, pues el Estado no se ha obligado a la entrega de medios ni herramientas que los tratados exigen para que estos derechos se consideren garantizados en Chile.

Los DDSSRR fueron reconocidos como tales recientemente y de manera progresiva mediante la incorporación de derechos específicos de las mujeres a nivel internacional. En efecto, estos fueron explicitados por primera vez y de manera oficial en la Conferencia Internacional Sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994⁴⁴³.

Luego se integraron por primera vez en la Declaración de Pekín de la Cuarta Conferencia de las Mujeres⁴⁴⁴ en 1995, el que establece que los Estados firmantes están “decididos a: N°30: Garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación”.

La Constitución chilena comprende ciertos derechos que se relacionan en algunos aspectos con los DDSSRR, como el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona (art. 19, N° 1); la igualdad ante la ley (art. 19, N° 2); el respeto y la protección de la vida privada y la honra de la persona (art. 19, N° 4); el derecho a la protección de la salud (art. 19, N° 9) y el derecho a la educación (art. 19, N° 10).

Cabe señalar que, si bien existen avances en esta materia, la regulación legal no ha sido suficiente para establecer una protección específica de los DDSSRR ni mucho menos esta se ha adaptado a los estándares internacionales.

441 Chile ha firmado y ratificado los siguientes tratados internacionales que declaran directa o indirectamente, la protección a los DDSSRR: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP - 1966); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW - 1979); Convención de los Derechos del Niño (1989); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989); Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Cairo (1994); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Belém do Pará (1994); Objetivos Desarrollo del Milenio de la ONU (2000); Primera Estrategia de la OMS sobre salud reproductiva (2004); Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo (2013); Objetivos del Desarrollo Sostenible ONU (2016); Estrategia Mundial de Salud de la Mujer, del Niño y del Adolescente (2016).

442 Ver capítulo Tratados Internacionales.

443 En dicha declaración se establece, entre varias otras cosas, que “6.30 Los gobiernos deberían [...] reconocer las necesidades relativas, entre otras cosas, a la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia y la salud sexual, el VIH/SIDA, la información, la educación y las comunicaciones. Asimismo, debe eliminar las formas concretas de discriminación de las que puedan ser objeto las personas con discapacidad en relación con los derechos reproductivos, la formación de hogares y familias y la migración internacional, al mismo tiempo, tener en cuenta la salud y otras consideraciones pertinentes en relación con las normas nacionales de inmigración”. Naciones Unidas, “Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, A/CONF.171/13/Rev.1 (5-13 de septiembre de 1994) Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf pág. 37.

444 Ibidem.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Como ya se expuso, los DDSSRR son el cúmulo de la protección de varios derechos políticos, civiles, sociales y culturales⁴⁴⁵, tales como el derecho a la salud y a la salud sexual; a la planificación familiar; a decidir el número de los y las hijas y el espaciamiento entre sus nacimientos; el derecho a la vida, libertad y seguridad; a no ser discriminadas por cuestiones de género u orientación sexual; el derecho a no ser explotadas sexualmente; a no ser sometida a tortura o ningún otro tipo de violencia o tratos crueles y el derecho a la intimidad, entre múltiples otros.

En esa línea, la salud sexual y reproductiva lleva aparejado el derecho a todas aquellas prestaciones de salud relacionadas con el sistema reproductivo y/o con el ejercicio de la sexualidad de las personas. Ejemplo de estas son el control ginecológico; la realización de ecografías y control del embarazo; la atención del parto y post parto; la prescripción y entrega de anticonceptivos (hormonales y no hormonales); la detección y tratamiento de enfermedades venéreas (por ejemplo, test de VIH y entrega de tri-terapia); el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, entre otras.

Por su parte, es necesario señalar que “la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias”⁴⁴⁶. Para alcanzar dicho estado, es necesario no sólo tener la libertad para decidir vivir o no determinadas experiencias o acceder a ciertas prestaciones –como las expuestas–, sino que obtener la información y educación para poder tomar decisiones, además de no sufrir discriminaciones por estas.

En ese aspecto, la educación sobre estas materias no debe estar dirigida sólo a la reproducción misma y cómo evitar ciertos riesgos (como las infecciones de transmisión sexual), sino que debe incluir el respeto y la libertad de vivir una vida y relaciones de forma saludable, sin sufrir coacciones, discriminación ni violencia⁴⁴⁷. Asimismo, es necesario concebir como parte de los DDSSRR el derecho al disfrute y al placer en el ejercicio de la sexualidad, el derecho de autodeterminación, la autonomía de los cuerpos hasta ser consciente de poder vivir la sexualidad e identidad de género libremente.

Este aspecto no pasa desapercibido en la vida diaria de las personas, en cuanto existe poco o nulo acceso a la información, educación y medios para hacer efectivas las prestaciones que sí se encuentran disponibles. En ese sentido, el estudio de la UNESCO “Pedagogía de la sexualidad: procesos de planificación e implementación didáctica realizadas por docentes en Chile”, revela que existe falta de conocimiento en las y los profesores, arguyendo que, durante las entrevistas, estos “hacen hincapié en que no cuentan con la formación apropiada para proporcionar educación sexual y que, ante la ausencia de una enseñanza mínima en el pregrado, han debido autoformarse”⁴⁴⁸. Asimismo, señala que el “abordaje de la sexualidad no corresponde a una práctica habitual en las salas de clases”⁴⁴⁹.

Teniendo en consideración la falta de educación sexual en su vasto abanico, el paso hacia una sociedad inclusiva y respetuosa está lejos de suceder. Un ejemplo de ello es la discriminación, violencia y odio hacia las personas LGBTIQ+ es un problema global⁴⁵⁰ y de directa violación a los derechos humanos, algo que sigue siendo un dilema diario en la vida de muchas personas, en particular de niños, niñas y jóvenes.

⁴⁴⁵ A modo de ejemplo, así lo ha sostenido la ACNUDH. Ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020). *Sexual and reproductive health and rights*. Recuperado con fecha 30 de agosto de 2021 de <https://www.ohchr.org/en/issues/women/wrgs/pages/healthrights.aspx>

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ Naciones Unidas, “Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, A/CONF.171/13/Rev.1 (5-13 de septiembre de 1994) Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spn.pdf pág. 37.

⁴⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO (2019) *Pedagogía de la sexualidad: procesos de planificación e implementación didáctica realizadas por docentes en Chile* (Naciones Unidas, 2019). Disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000369032/PDF/369032spa.pdf>. multi pág. 19.

⁴⁴⁹ Ibidem. pág.18.

⁴⁵⁰ Naciones Unidas, Asamblea General “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/19/41 (17 de noviembre de 2011), disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/19/41> pág. 22.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

En relación con lo señalado anteriormente, queda en evidencia que no basta con regular los DDSSRR por la vía de las leyes. A pesar de ello, se han logrado ciertos avances⁴⁵¹ como la despenalización de la sodomía (Ley N°18.216), la aprobación de la CEDAW (Decreto N°789, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores), la modificación de la base del cálculo del subsidio maternal (Ley N°19.299), la Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley N°19.409), la prohibición del test de embarazo como exigencia para ser contratada, promovida o mantenida en un empleo (Ley N°19.591), la aprobación de la Convención Belém do Pará (decreto N°1.640 de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores), la reforma constitucional que establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres (Ley N°19.611), el fuero maternal de las madres adoptivas (Ley N°19.670), la ley relativa a los derechos de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales (Ley N°19.688), la regulación en torno al VIH (Ley N°19.779), el permiso paternal (Ley N°20.047) y el postnatal parental (Ley N°20.545), entre muchas otras.

Pese a múltiples encuestas, estudios y declaraciones internacionales, la regulación en Chile no se ha adaptado ni actualizado a los estándares internacionales. Es más, la actual Constitución ha sido un obstáculo para la regulación de medidas relacionadas a estos derechos. Por ejemplo, las dificultades impuestas por los sectores más conservadores en la tramitación de la ley de divorcio, para la

entrega de la píldora del día después, la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales y la ley de identidad de género, entre otras materias. Incluso peor, muchos proyectos de ley que incentivan los DDSSRR no han logrado ver la luz, como el de educación sexual integral (ESI).

No consagrar los DDSSRR es una forma de violencia institucional contra las mujeres, niñas y disidencias. En concreto, una violación a sus derechos humanos, pues no sólo permite, sino que perpetúa la discriminación interseccional.

Los DDSSRR se presentan no sólo como una medida dirigida a la eliminación de barreras y desigualdades que viven las mujeres día a día en un aspecto laboral (dadas las políticas de maternidad, el derecho a planificar y no ser discriminadas por su ejercicio), sino que en la participación de espacios públicos e incluso en el derecho de vivir una vida digna, pudiendo elegir sobre su vida sexual y reproductiva. Más aún, el derecho a decidir y planificar la maternidad y paternidad lleva aparejado una mejor infancia y libre desarrollo de niñas y jóvenes.

Para garantizar los DDSSRR, se deben adoptar políticas públicas dirigidas a proporcionar herramientas a la población, tanto educativas como prestacionales. En ese sentido, los órganos internacionales han sido claros en señalar que la incorporación de medidas correctivas por parte del Estado es materia de derechos humanos, y por ello, necesario para una vida libre de discriminación y violencia⁴⁵².

⁴⁵¹ Para una mayor claridad, consultar el estudio de Corporación Miles en Miles (2015). Avanzando en salud y derechos sexuales y reproductivos. Leyes y políticas públicas en Chile. Disponible en <https://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Avanzando-en-Salud-y-Derechos-Sexuales-y-Reproductivos-ilovepdf-compressed.pdf>

⁴⁵² Por ejemplo, Naciones Unidas, “Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, A/CONF.171/13/Rev.1 (5-13 de septiembre de 1994) Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_sp1.pdf; la Opinión Consultiva 24-17 solicitada por Costa Rica a la Corte Interamericana, (Corte IDH, Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica - Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (24 de noviembre de 2017). Disponible en corteidh.or.cr/docs/opiniones/se-riea_24_esp.pdf).

En la práctica, se ha avanzado poco en dichos tópicos, o al menos de forma concreta. Por ejemplo, sigue siendo un problema la falta de educación e información adecuada y oportuna a la comunidad; la falta de orientación adecuada para personas que podrían optar por la interrupción voluntaria de sus embarazos; la falta de insumos para las personas que siguen algún tratamiento hormonal; las dificultades para acreditar que una mujer se encuentra dentro de las causales para interrumpir su embarazo de forma voluntaria; la existencia de la objeción de conciencia institucional y un alto rechazo a realizar dicho procedimiento médico; y las debilidades en la capacitación del personal de salud y protocolos que garanticen un pronto y oportuno acceso al aborto para aquellas que así lo

decidieran. Además, en plena pandemia, ha habido problemas graves de acceso a métodos de anticoncepción⁴⁵³, entrega de píldoras anticonceptivas defectuosas⁴⁵⁴ y, por otra parte, un constante rechazo al avance legislativo hacia una educación en torno a la sexualidad⁴⁵⁵.

Es fundamental establecer los derechos sexuales y reproductivos en la futura Constitución, más no sólo como la no interferencia en las decisiones de las personas por parte del Estado, sino como una obligación positiva a entregar información, medios y herramientas para tomarlas, en cuanto constituyen dimensiones esenciales de la vida de las mujeres, niñas y disidencias, y con ello, promueven una vida libre de discriminación y violencia.

453 Así lo muestra el estudio de la Corporación Miles, ver Miles (2020) Acceso a la salud sexual y reproductiva durante la pandemia. Disponible en: <https://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Acceso-a-salud-sexual-y-reproductiva-durante-la-pandemia-1.pdf>

454 Fox, K. y Schlimovich, A. (6 de abril de 2021). El gobierno de Chile distribuyó píldoras anticonceptivas defectuosas. Ahora más de 150 personas están embarazadas. CNN Español. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2021/04/06/chile-distribuyo-pildoras-anticonceptivas-defectuosas-150-personas-embarazadas-trax/>

455 La Tercera (15 de octubre de 2020). Cámara de Diputados rechaza proyecto de educación sexual integral tras no alcanzar el quórum. La Tercera. Disponible en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/camara-de-diputados-rechaza-por-falta-de-quorum-proyecto-de-educacion-sexual-integral/CGJEZST07VGEXLXZ7GPM2AUISQ/>

PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS, SE DEBEN ADOPTAR POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS A PROPORCIONAR HERRAMIENTAS A LA POBLACIÓN, TANTO EDUCATIVAS COMO PRESTACIONALES. LA INCORPORACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS POR PARTE DEL ESTADO ES MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Y POR ELLO, NECESARIO PARA UNA VIDA LIBRE DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

Constitucionalmente, el derecho a decidir sobre el número de los y las hijas y su espaciamiento está reconocido en países como Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay”⁴⁵⁶. Por otro lado, se suele incluir dentro de la lista de derechos

reproductivos la atención de la mujer durante el embarazo y el parto. También existe una tendencia a reconocer que la noción de derechos reproductivos incluye la reproducción asistida⁴⁵⁷.

456 Véase Vásquez R. y Romero I. (2002). Balance regional: ¿Qué permanece y qué ha cambiado? en R. Vásquez (ed.), III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos. CLADEM editorial.pág. 96.

457 Miller A. (2002). Las demandas por derechos sexuales en R. Vásquez (ed.), III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos (121-140). CLADEM editorial. pág. 132.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

País: BOLIVIA

¿Por qué es buen ejemplo?

La Constitución de Bolivia es un gran referente en estas materias, pues se posiciona como una de las pocas que garantiza los DDSSRR de manera explícita. Asimismo, cabe destacar no sólo su lenguaje inclusivo al regular las materias, sino también la incorporación de la perspectiva de género. Por ejemplo, esto se refleja en la protección del embarazo de la mujer no sólo asociada al ámbito laboral, sino también entregando una especie de fúero a los progenitores hasta que la hija o hijo cumpla un año.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 15 -

I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte. II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

III. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.

ARTÍCULO 48 -

[...] VI. Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad.

ARTÍCULO 66 -

Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus Derechos Sexuales y sus Derechos Reproductivos.



CUARTA PARTE / EL ESTADO EN OBLIGACIÓN CON LAS PERSONAS

ESTADO PLURINACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE PUEBLOS INDÍGENAS

Según el censo realizado en 2017, de los 17.574.003 de habitantes del país, 2.185.792 se consideran pertenecientes a algún pueblo indígena. Es decir, un 12,8% del total de la población es conformada por una diversidad de pueblos indígenas⁴⁵⁸ por lo que resulta importante analizar la forma en que se convive, reconocen y garantizan los derechos de aquellas personas, tanto en los hechos como en el derecho. Es también relevante dar una mirada con enfoque de género a la consagración de sus derechos en la nueva Constitución, de manera de contribuir a solucionar los conflictos presentes, así como generar mejores condiciones de convivencia entre todas y todos los habitantes

458 La Ley N°19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (D.O. 05.10.1993), en su artículo 1º inciso 2º “reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores”.

1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comenzar, se entregará una breve descripción que permitirá conocer y precisar los conceptos relevantes para el análisis que se desarrollará a lo largo de este capítulo:

Autodeterminación de los pueblos:

Este principio establece que “cada nación o nacionalidad, o incluso cada minoría étnica, tiene el derecho básico de establecer un Estado independiente”⁴⁵⁹.

Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes: Es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra el 27 de junio de 1989, el cual fue ratificado por nuestro país en septiembre del año 2008 y se aprobó mediante Decreto Supremo N° 236 el 2 de octubre de 2008, con vigencia desde el 15 de septiembre de 2009. El Convenio N°169 refleja el consenso de los estados parte sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos.

Estado pluricultural:

No trata simplemente de integrar y asimilar a los pueblos indígenas como mestizos, sino de integrarlos reconociendo su identidad, dotando a sus poblaciones de autonomía y promoviendo su participación política. Se opone al reconocimiento del carácter plurinacional (existencia de varias naciones) dentro de sus Estados⁴⁶⁰.

Estado Plurinacional⁴⁶¹:

Supone una forma de integración nacional distinta a la de su asimilación, reconoce su diferencia

cultural y espacios de autonomía y autogobierno, como condición para la descolonización y la construcción de relaciones equitativas o de interculturalidad entre las distintas culturas que habitan el país⁴⁶². Ello no implica la fragmentación del Estado.

Libre determinación de los pueblos indígenas: Las Naciones Unidas lo ha definido como: “la posibilidad [de los Pueblos Indígenas] de determinar su condición política y el derecho a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

La libre determinación es un derecho en sí mismo y se ha conceptualizado como una condición previa para el cumplimiento de otros derechos⁴⁶³. Es decir, es la potestad de los pueblos de elegir y determinar su organización jurídica y política, así como de participar en la persecución de su desarrollo económico y social. Este principio, a diferencia de la autodeterminación, no implica necesariamente la creación de un Estado independiente para cada pueblo, sino que enfatiza en que sea el mismo pueblo el cual decida su propio destino⁴⁶⁴.

Por lo anterior, “está relacionado con el artículo 4º [de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas] - reconociendo el derecho a la autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas en temas relativos a sus asuntos internos y locales”⁴⁶⁵.

Se entiende como “derecho a controlar su pasado, su presente y su futuro: el control del pasado, en el sentido de desarrollar un relato propio de su historia; el control del presente, en lo que se refiere al poder de mantener los elementos que les caracterizan como sociedades distintas; y el control

459 Drnas de Clément, Z. (2019). Libre determinación vs autodeterminación de los pueblos: Situación de los catalanes y de los mapuches. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 2. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/libredeterminacionpuebloctataluniamapuche.pdf>

460 Cruz Rodríguez, E. (2013). Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador. Revista Vía Iuris (Nº14), pág. 58. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273929754005.pdf>

461 No existe un concepto único de lo que debe entenderse por estado plurinacional, por lo que deberá precisarse durante el proceso constituyente en Chile, con la participación de los representantes de los pueblos originarios.

462 Cruz Rodríguez, E. (2013), op. cit., pág. 57.

463 Asamblea General de Naciones Unidas (6 de agosto de 2015). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, A/HRC/30/41, pág. 5. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/HRC/30/41>.

464 Drnas de Clément, Z (2013), op. cit., pág. 2.

465 Iorns Magallanes, C. J. (2012). International Law Association interim report on a commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. Traducción propia. Victoria University of Wellington Legal Research Paper, vol. II (Nº11), pág. 9. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175897

del futuro, en referencia a la seguridad de saber que serán capaces de sobrevivir como pueblos diversos conforme a sus propias condiciones”⁴⁶⁶.

Multiculturalismo:

Describe una sociedad en la cual una comunidad cultural dominante convive con diferentes minorías culturales bajo el principio de la tolerancia. Este concepto influyó en el constitucionalismo latinoamericano a través del reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas, tales como la propiedad colectiva, el respeto a las costumbres, la educación bilingüe, entre otros⁴⁶⁷.

El constitucionalismo multicultural de los noventa, si bien brindó un reconocimiento formal a los pueblos indígenas marginados, vino a legitimar políticas económicas liberales y privatizadoras, que impactaron adversamente a los pueblos indígenas⁴⁶⁸. En contraposición, el estado monocultural excluye los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Pueblos indígenas, originarios o primeras naciones⁴⁶⁹:

De acuerdo al artículo 1º, letra b) del Convenio N°169 de la OIT, son pueblos indígenas aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista, colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena o tribal se considera un criterio fundamental para determinar estos grupos.

Pueblos tribales:

Según el artículo 1, letra a) del Convenio N°169 de la OIT, son pueblos tribales aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial.

⁴⁶⁶ Asamblea General de Naciones Unidas (17 de julio de 2019). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/74/149, pág. 8. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/149>

⁴⁶⁷ Merino Acuña, R. y Valencia Vargas, A. [coord.] (2018). Descolonizar el derecho: Pueblos indígenas, derechos humanos y estado plurinacional. Palestra, pág. 478.

⁴⁶⁸ Aylwin Oyarzún, J. (2021). Pueblos indígenas y nueva constitución en Chile. Observatorio Ciudadano, pág. 46. Disponible en: <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/05/pueblos-indigenas-y-nueva-constitucion-jos-aylwin.pdf>

⁴⁶⁹ El Convenio 169 se refiere a ellos como “pueblos indígenas” y la definición que este da, coincide con lo que se entiende con pueblo originario, por lo que se consideran sinónimos. No así “etnia”, como aparece en la Ley N°19.253. Es importante incorporar ambos conceptos como sinónimos en la definición, pero en el resto del capítulo se utilizarán los conceptos “pueblos originarios” y “primeras naciones”.



2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

No existe alusión alguna en la actual Constitución Política de la República a los pueblos originarios. No hay siquiera un acto de reconocimiento y mucho menos existe alguna mención respecto de la plurinacionalidad o pluriculturalidad del Estado de Chile, sino al contrario, se ha definido como un estado unitario⁴⁷⁰.

En todo caso, no es un problema exclusivo de la Constitución de 1980, sino de todas las Constituciones chilenas, con excepción de la referencia que se hizo en la Carta Fundamental de 1822, donde se indicó en su artículo 47, número 6° que “Corresponde al Congreso: 6°. Cuidar de la civilización de los indios del territorio”.

En 1989 se suscribió el Acuerdo de Nueva Imperial, en virtud del cual se elaboró un proyecto de ley que proponía el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, el aseguramiento de protección jurídica y su desarrollo integrado a la Nación Chilena. Poco después, en 1991, se presentó el proyecto de ley que, en 1993, daría lugar a la aprobación y publicación de la Ley N°19.253 o “Ley Indígena”. En 2008, se aprobó el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

Por su parte, en octubre de 2015 se realizó el “Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía”, con el objeto de permitir el diálogo, recoger opiniones y promover la construcción de acuerdos para una nueva Constitución. En él tanto en los Cabildos Provinciales como en los Cabildos Regionales, aparecieron los derechos de los pueblos originarios entre los más relevantes, por lo que sin duda debemos tenerlos presentes en el proceso constituyente que está por comenzar.

Por último, aun a falta de normativas constitucionales explícitas, es posible basarse en la interpretación que estima que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la actual Constitución, que reconoce como límite a la soberanía el respeto a los *“derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana...”*, garantizados por la propia Constitución “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (entre ellos, el Convenio N°169 de la OIT, referido a la materia), se puede afirmar que los derechos de los pueblos originarios pueden exigirse por esta vía en Chile.

470 Ver capítulo: Administración Territorial de Estado.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Según cifras del Censo de 2017, de los 17.574.003 de habitantes del país a 2017, 2.185.792 se consideran pertenecientes a algún pueblo indígena, es decir, un 12,8% del total de la población. Este porcentaje se distribuye principalmente entre el pueblo Mapuche (79,8%), Aimara (7,2%) y Diaguita (4,1%).

Como se ha indicado antes, a pesar de que en Chile se pueden hacer valer los derechos que se encuentran contenidos en el Convenio 169 de la OIT u otros, por aplicación del artículo 5° inciso segundo

de la Constitución, su expresa falta de consagración constitucional tiene consecuencias que no se pueden ignorar. Es por esto, que es necesario mostrar los efectos y ventajas que supone su consagración.

Antes de adentrarnos en el diagnóstico, hay que destacar que, por primera vez, la nueva Constitución chilena será elaborada por una Convención Constitucional, integrada por 155 ciudadanos y ciudadanas elegidas democráticamente con este único objeto. Con estos antecedentes se eviden-

cian dos logros sustanciales en cuanto a su composición, los cuales son muy importantes para los efectos de este Capítulo⁴⁷¹:

1. Será una convención paritaria, integrada equitativamente por hombres y mujeres, esto significa 77 mujeres (49,7%) y 78 hombres (50,3%)⁴⁷².
2. Será una convención integrada por 17 representantes de pueblos indígenas, a través de escaños reservados y también paritarios, con el fin de que tengan representación y voz en los temas que les conciernen. De estos 17 escaños, 9 quedaron representados por mujeres y 8 por hombres⁴⁷³.

Como se expone, el reconocimiento de los pueblos originarios en una Constitución es relevante para asegurar su existencia y sus derechos colectivos e individuales, lo cual adquiere mayor preponderancia tras los acontecimientos relacionados al conflicto mapuche y el estallido social.

Por lo mismo, es importante destacar las siguientes cuestiones que se deben tener presente en torno al reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en la nueva Constitución chilena:

- Reconocimiento del carácter plurinacional. Sin duda, es una de las principales demandas de los movimientos indígenas. Se trata de un componente esencial de la cláusula de reconocimiento con un contenido simbólico, metajurídico o político. A pesar de los variados proyectos iniciados con este fin, el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios es una deuda que el Estado de Chile mantiene con ellos.

La incorporación del reconocimiento en la Constitución tiene proyecciones en materia de derechos que son de suma relevancia y son precisamente, el ámbito de discusión más profusa, pues si bien desde el retorno a la democracia existe un amplio consenso en valorar y apoyar el reconocimiento de estos pueblos en la Constitución, lo que no genera consenso es justamente el efecto jurídico del mismo.

La totalidad de las reformas constitucionales propuestas cumplían respecto a la pretensión de

reconocimiento de los pueblos originarios, pero siempre con la idea base de que pertenecen a la nación chilena, donde se asume que es un todo indivisible. Durante la última década se ha mantenido la idea del reconocimiento sobre la base de un concepto unitario de nación, pero abriendo espacio a la calificación de esta como “multicultural”. Reconocimiento de la preexistencia de los pueblos originarios o primeras naciones en el territorio del Estado.

- Reconocimiento de la existencia de territorios indígenas. Esto tiene proyección en específico, respecto de la determinación del dominio de las tierras ancestrales y sobre la recuperación de territorios usurpados, así como también la regulación de los recursos naturales de los territorios.
- Establecimiento del derecho de los pueblos originarios de conservar y desarrollar su identidad, su cultura y sus tradiciones y de la obligación correlativa del Estado de respeto, resguardo y protección.
- Reconocimiento de la autonomía a los Pueblos Originarios, particularmente respecto al derecho consuetudinario. Este punto debe tener en vista un límite radicado en la no reproducción de discriminaciones internas debido al género. Por ejemplo, aquellas costumbres invocadas por algunos pueblos que colisionan con la equidad de género, ubicando a las mujeres en una posición de inferioridad, como ha ocurrido con la Ley Pascua⁴⁷⁴, donde se reduce la pena aplicable en caso de delitos sexuales cuando hubieren sido cometidos por naturales de la isla y en su territorio (artículo 13).

Si bien es indiscutible la necesidad de reconocer la autonomía de los pueblos originarios, ante una colisión de derechos deben tenerse en cuenta aquellas normas como las de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, que reconocen la equidad de género y permiten dar protección a las mujeres cuando se encuentran en una posición de vulnerabilidad a pretexto de sus costumbres o derecho consuetudinario.

⁴⁷¹ Información disponible en: <https://www.elmostrador.cl/braga/2021/05/17/correcciones-por-paridad-en-la-convencion-constitucional-beneficio-mas-a-candidatos-hombres/>

⁴⁷² En virtud de lo contemplado en la Ley N°21.216 (D.O. de 24.0.20), que modificó la CPR para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente.

⁴⁷³ Contemplado en la Ley N°21.298, que modifica la Carta Fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la convención constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes.

⁴⁷⁴ Ley N°19.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, fue promulgada en 1966. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28472>

- Reconocimiento del derecho de autodeterminación, consiste en la capacidad de los pueblos para decidir su destino político. Es un derecho jurídico fundamental, de jerarquía superior a los demás, que se impone sobre cualquier norma contraria, sea ella nacional o internacional. Debe ser ejercido de manera pacífica y democrática. Los Estados deben facilitar tal ejercicio de forma efectiva, en condiciones de igualdad y que permitan un diálogo permanente en beneficio mutuo⁴⁷⁵.
- Consagración de un principio de igualdad como clave sustancial respecto de los pueblos originarios y de una cláusula habilitante de medidas de acción afirmativa. Se requiere el establecimiento de medidas afirmativas o acciones tendientes a equiparar los derechos fundamentales de los grupos excluidos y discriminados, como manifestación concreta del principio de igualdad y no discriminación. Una cláusula general de igualdad ante la ley no es suficiente⁴⁷⁶, pues persisten problemas estructurales y materiales que impiden hablar de un trato igualitario. Por ello, además de comenzar por el reconocimiento expreso de la existencia de los pueblos originarios, también es necesario ordenar medidas específicas que permitan superar las desigualdades materiales y estructurales que afectan a estos grupos, donde no solo se reconozcan sus derechos individuales, sino también los colectivos.

Una medida afirmativa específica, por ejemplo, es la participación política. La herramienta más utilizada es la de asignar escaños reservados. Estos, por una parte, aseguran la representación de grupos con escasa (o nula) participación en el Congreso Nacional —como los pueblos originarios, a pesar de que representan aproximadamente al 12% de la sociedad chilena— y por otra, permiten superar las barreras de acceso que tienen quienes forman parte de los pueblos originarios para llegar a ser representantes democráticamente electos.

- Rango constitucional expreso relativo a la obligación de desarrollar consultas indígenas, en los términos y con los estándares previstos por el Convenio 169.
- Otra forma de reducir o eliminar las desigualdades al interior de las unidades territoriales autónomas es —como indica Walsh (2009), como fue citado en Cruz Rodríguez (2013)— “la interculturalidad jurídica”, sustentada en la convergencia, articulación y complementariedad de distintas lógicas y prácticas.

Asimismo, señala Walsh que “no existe una regla universal para tratar los conflictos entre los distintos órdenes normativos. Sin embargo, existen prácticas que desarrollan el ideal intercultural. Por ejemplo, disponer que los tribunales, incluyendo el constitucional, involucren jueces de las distintas culturas. Así se garantiza que los delitos se analicen a partir del contexto cultural y que los distintos valores entren en diálogo para decidir. Esta propuesta está inspirada en los “círculos de justicia” canadienses, donde el proceso de juzgamiento involucra autoridades indígenas y jueces del Estado en un proceso dialógico que busca consenso⁴⁷⁷. También se podría contar con “traductores culturales”, para que no se aplique el derecho exclusivamente desde la perspectiva cultural dominante”⁴⁷⁸.

- Importancia de llegar a acuerdos de algunas cuestiones relevantes y centrales que se resuelven en la propia Constitución, como es la autonomía territorial y la representación, que conforman el núcleo de un Estado plurinacional, sin ceder a la tentación de entregarlos a la determinación de una ley posterior.

⁴⁷⁵ Alfred de Zayas, “Apuntes Prácticos para la Apreciación de Actividades y Alegaciones Relativas al Ejercicio Pacífico y Democrático del Derecho de Libre Determinación de los Pueblos”. Disponible en: <https://revolucioncantonaldotnet.wordpress.com/apuntes-practicos-para-la-apreciacion-de-actividades-y-alegaciones-relativas-al-ejercicio-pacifico-y-democratico-del-derecho-de-libre-determinacion-de-los-pueblos/>. Conclusión Final número 2

⁴⁷⁶ Ver capítulo Igualdad y no discriminación.

⁴⁷⁷ Cruz Rodríguez, op. cit., pág 66.

⁴⁷⁸ Cruz Rodríguez, op. cit. pág. 66.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

Como se ha señalado, el 12,8% de la población se considera perteneciente a algún pueblo originario, donde un 49,3% son hombres y un 50,7% son mujeres⁴⁷⁹.

La población rural y urbana también presenta diferencias, dependiendo si son hombres o mujeres pertenecientes a pueblos originarios o no.

Según las estadísticas recogidas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), correspondientes al censo 2017, se puede observar que hay más mujeres (81,54%) que hombres (79,45%) de pueblos originarios que residen en zonas urbanas. Por el contrario, los hombres —originarios o no— viven en mayor proporción en zonas rurales, a diferencia de las mujeres⁴⁸⁰.

Estos datos nos hacen reflexionar acerca de la mayor vulnerabilidad de aquellas mujeres originarias que viven en zonas rurales, quienes a raíz del aislamiento que enfrentan en las zonas en que residen, tienen menos acceso al sistema tradicional de educación, a servicios sociales, de salud, trabajos remunerados y, en definitiva, a toda protección del sistema tradicional, lo que las vuelve más susceptibles a sufrir discriminación a causa de la interseccionalidad que implica su género, su condición de indígenas y, en muchos casos, su situación socioeconómica.

Luego de observar algunas diferencias cuantitativas y cualitativas entre hombres y mujeres pertenecientes a pueblos originarios, cabe destacar lo señalado por la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz: “Las mujeres indígenas se enfrentan a una gran diversidad de violaciones de sus derechos humanos, multifacéticas y complejas, que se refuerzan mutuamente. Tal diversidad de tipos de violaciones está relacionada con múltiples y concomitantes

formas de vulnerabilidad, como estructuras de poder patriarcales, numerosas formas de discriminación y marginación basadas en el género, la clase, el origen étnico y las circunstancias socioeconómicas, y violaciones del derecho a la libre determinación y el control de los recursos tanto históricas como actuales”⁴⁸¹.

En este mismo sentido, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas ha señalado que, “a pesar de sus enormes activos y contribución a la sociedad, las mujeres indígenas todavía sufren discriminación múltiple, tanto como mujeres o individuos indígenas. Están sujetas a pobreza extrema, tráfico, analfabetismo, falta de acceso a tierras ancestrales, atención médica inexistente o deficiente y violencia en el ámbito privado y público. Esta violencia se exacerba cuando las comunidades indígenas se encuentran en medio del conflicto y las mujeres se convierten en el blanco de la violencia con motivos políticos”⁴⁸².

Un punto de potencial conflicto en la discusión relativa a los pueblos indígenas, son los efectos que el reconocimiento de la autonomía de estos pueblos pueda tener en materia de género. En definitiva, la problemática se sitúa en la eventual colisión que podría tener lugar entre las institucionalidades ancestrales y de derecho consuetudinario indígena con otro tipo de reivindicaciones, principalmente aquellas que provienen de las demandas por igualdad de género.

Para entregar luces sobre el asunto, debemos tener presente que las demandas de igualdad de género se enfrentan con la mayoría de las estructuras tradicionales y patriarcales existentes. Esto es debido porque no se limitan solo a cuestionar el sistema occidental liberal, sino que también se problematizan las estructuras de poder históricas que provoquen alguna discriminación debido al género.

479 Instituto Nacional de Estadísticas (2018). Radiografía de género: Pueblos originarios en Chile 2017, pág. 6. Disponible en: <https://historico-amu.ine.cl/genero/files/estadisticas/pdf/documentos/radiografia-de-genero-pueblos-originarios-chile2017.pdf>.

480 Instituto Nacional de Estadísticas (2018), op. cit., pág. 15.

481 Asamblea General de Naciones Unidas (6 de agosto de 2015). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, A/HRC/30/41, pág. 4. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/HRC/30/41>

482 Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/areas-de-trabajo/las-mujeres-indigenas-y-el-sistema-de-la-onu.html>

Desde aquella perspectiva, las mujeres indígenas estarían frente a una doble vulnerabilidad, derivado de la intersección entre las condiciones de género y las condiciones de origen étnico, que se suman a otros factores como las condiciones socioeconómicas, la ruralidad o la edad. Entonces, si bien es importante comprender los factores de precarización a las que están expuestas las mujeres indígenas, especialmente si viven en zonas rurales, el enfoque que se debe tener es en miras al reconocimiento de sus derechos, aunque no desde el asistencialismo.

En ese sentido, “esta consideración debe abarcar las especificidades de reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres indígenas. En especial aquello referido a tres tipos de derechos, aquellos relativos a los derechos territoriales, a los derechos socioculturales, con especial atención a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres indígenas y a los derechos de organización política tanto en el ámbito de su autodeterminación interna como en relación con la sociedad nacional. Todo con atención a las posibles colisiones de derechos fundamentales que pudiesen afectar a las mujeres indígenas”⁴⁸³.

Una solución a este problema podría encontrarse en el propio Convenio N°169 que señala que el ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas y sus costumbres tienen un límite y este viene dado por el ordenamiento constitucional interno y por los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Como medidas específicas para corregir la discriminación que sufren las mujeres y niñas pertenecientes a las primeras naciones, Tauli Corpuz ha propuesto las siguientes recomendaciones⁴⁸⁴:

- 1.** Mejorar y favorecer el acceso de las niñas a la educación.
- 2.** Mejorar el acceso de niñas y mujeres tanto a servicios sociales, sanitarios como relativos a la salud desde una óptica intercultural, apoyar el fortalecimiento de prácticas tradicionales de curación y salud que han demostrado ser eficaces.

3. Formular intervenciones destinadas a aumentar el número de mujeres indígenas en los procesos políticos y públicos nacionales y locales, y estudiar la viabilidad de aplicar sistemas de cuotas para la representación de las mujeres indígenas en los sistemas políticos locales y nacionales.

4. Indagar sobre distintas maneras de invertir en la capacidad de liderazgo de las mujeres indígenas, de modo que puedan desempeñar una función más activa en las estructuras de toma de decisiones indígenas, a fin de proteger a las mujeres y las niñas en sus comunidades.

5. Considerar la creación de tribunales especiales o capacitación constante del poder judicial en temas de género, derecho indígena y sistemas culturales, identitarios y étnicos para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas a raíz de violaciones de sus derechos humanos. Tales disposiciones especiales, permitirían atender a las necesidades individuales de las mujeres indígenas, crear centros coordinadores para establecer vínculos eficaces con los sistemas de justicia indígena, lograr un mayor reconocimiento de las necesidades culturales concretas, así como recoger una visión sistémica de las violaciones de los derechos.

6. Asegurar las garantías procesales en relación con todas las mujeres indígenas que ingresen al sistema de justicia penal.

7. Lograr un equilibrio entre el derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas y su responsabilidad de proteger a las mujeres y niñas indígenas en cuanto ciudadanas nacionales y titulares de derechos.

8. Velar por que la relación entre las jurisdicciones indígena, nacional y local sea clara en cuanto a la violencia contra las mujeres, y que el proceso de justicia sea accesible y tenga en cuenta las necesidades de las mujeres indígenas.

⁴⁸³ Álvez, A., Rivas, A. (2020). Reconocimiento de los pueblos originarios y mujeres indígenas. Nueva constitución con perspectiva de género, pág. 17. Disponible en: https://www.uchile.cl/documentos/nueva-constitucion-con-perspectiva-de-genero_169952_0_3515.pdf

⁴⁸⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (6 de agosto de 2015). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, A/HRC/30/41, pág. 23 y ss. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/30/41>

Por su parte, se ha considerado que es necesario fortalecer el establecimiento y fomento de acciones tendientes a:

- 1.** Desarrollar una política pública con pertinencia cultural y de género, que promueva la inclusión y la igualdad en su más amplio sentido.
- 2.** Consagrarse la protección del patrimonio cultural indígena.
- 3.** Dar atención especial y preferente a las mujeres indígenas, especialmente susceptibles y vulnerables a sufrir diversos tipos de violencia, tanto institucional como intrafamiliar, más aún si consideramos a las mujeres de sectores rurales. Y siempre desde una mirada integral, es decir de género, pero a la vez considerando su cultura ancestral.
- 4.** Contribuir a la autonomía económica de las mujeres indígenas, con mayor seguridad en la tenencia de la tierra, la vivienda, el acceso a la educación, al trabajo remunerado, a la seguridad social, a la salud, entre otros.

- 5.** Mejorar los canales de comunicación y participación entre las distintas instituciones del Estado y las mujeres indígenas y sus organizaciones.

La demanda de un Estado plurinacional supone el intento por cambiar la forma de concebir la integración nacional, donde se reconocen a los pueblos indígenas sus propias identidades, pero también en condiciones de igualdad entre sí, así como con el resto de los habitantes del país.

Para esto, es relevante citar nuevamente a Tauli Corpuz: “Para proteger los derechos de las mujeres indígenas se necesita tanto un cambio de paradigma como la formulación de un enfoque multidimensional. Los Estados deben encontrar la manera de lograr un delicado equilibrio entre la protección de las mujeres indígenas y el respeto a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas. Para encontrar tal equilibrio resulta fundamental la participación y consulta de las mujeres y niñas indígenas”⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Asamblea General de Naciones Unidas (6 de agosto de 2015), op. cit., pág. 23.

PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS MUJERES INDÍGENAS SE NECESITA TANTO UN CAMBIO DE PARADIGMA COMO LA FORMULACIÓN DE UN ENFOQUE MULTIDIMENSIONAL.



CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

Fue usual que, tanto en Chile como en el derecho internacional, se omitieran las referencias a los pueblos originarios, incorporándose estas, progresivamente en las constituciones, hacia mitad del siglo XX. Lo anterior, “coincidentemente con un crecimiento de la conciencia y desarrollo de emergentes movimientos sociales, democráticos y populares que influyeron para que los Estados a través de un desarrollo conceptualmente más

progresista de sus constituciones, modificaran en parte significativa estas referencias iniciales, claramente discriminativas y racistas”⁴⁸⁶.

486 Namuncura, D., Pinto, J., Pairican, F., Loncon, E., Cortés, L., Provoste, Y., Condori, D., Hucke, P., Licanqueo, E., Cumiaao, C., Calfio, M., Huinao, G., Loncon, L. (2016). Nueva constitución y pueblos indígenas, 1^a Ed. Pehuén, pág. 41. Disponible en: www.uchile.cl%2Fdocumentos%2Flibro-nueva-constitucion-y-pueblos-indigenas_159771_0_0208.pdf&usg=AQVaw14UAALK2F95UYEgbcvdnBJ.

ESTADO PLURINACIONAL

País: MÉXICO

¿Por qué es buen ejemplo?

Porque reconoce la composición pluricultural de la Nación mexicana y de sus primeras naciones, con sus costumbres e identidad, garantizando su libre determinación y autonomía.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 2. La Nación Mexicana es única e indivisible -

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. [...] El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional [...] deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos [...], criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres[...]

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electORALES de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables. [...]

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o

colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. [...]

B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos[...]

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos[...]. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional [...].

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como am-

pliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación[...].

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios [...]. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas [...] establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben[...].

**CUARTA PARTE /
EL ESTADO EN OBLIGACIÓN
CON LAS PERSONAS**

ACCESO A LA JUSTICIA PENAL

Como personas vulnerables a causa de la violencia patriarcal, las mujeres se encuentran en condiciones especiales cuando se trata de acceder a la justicia penal, ya sea como víctimas o infractoras de ley. Los órganos que operan en el sistema penal -Tribunales de Justicia, Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública- y quienes se desempeñan en estos organismos, deben ser capaces de dar la atención adecuada a todas las mujeres y personas de especial protección.



CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comprender correctamente este apartado sobre el acceso a la justicia penal, es necesario conocer algunos conceptos esenciales que se expondrán a continuación:

Acción penal pública:

Ejercida esencialmente por el Ministerio Público, es la acción para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial.

Debido proceso:

Asegura que cualquier procedimiento judicial o administrativo se desarrolle bajo todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario⁴⁸⁷.

Derecho a la defensa penal:

Derecho irrenunciable de toda persona imputada por un delito a ser asistida por una abogada o abogado defensor proporcionado por el Estado, si no nombrare uno de su confianza⁴⁸⁸.

Derecho a la tutela judicial:

Garantiza a todo aquel que tenga una pretensión o interés legítimo, el acceso a las vías institucionales para satisfacer dichos cometidos y, eventualmente, darle una respuesta por parte de los órganos jurisdiccionales, que sea inmutable y exigible ante terceras personas.

Garantismo:

Forma de entender el derecho como un límite al poder punitivo del Estado, garantizando derechos a todas las personas que deban enfrentar el sistema de justicia penal.

Imputado(a):

Persona a la que se le atribuye participación en un hecho punible o constitutivo de delito.

Punitivismo:

Forma de entender el derecho penal que prioriza el poder punitivo del Estado, a modo de castigo o sanción, con el fin de evitar la impunidad.

Principio de objetividad:

Deber del Ministerio Público de investigar con igual celo los antecedentes que acrediten la responsabilidad penal y la participación de una persona en la comisión del hecho punible, así como aquellos que lleven a comprobar su inocencia o atenúen o desvirtúen dicha participación.

Sistema de justicia penal:

Conjunto de órganos, entidades y personas que hacen posible la administración de justicia ante la comisión de un crimen, delito o falta.

487 García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios constitucionales*, vol. 11 (Nº2), pág. 257. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>

488 Esto está regulado en el artículo 19 N° 3, inciso 2º de la Constitución Política.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Es posible encontrar distintas disposiciones en la Constitución Política de la República que regulan el acceso a la justicia y las instituciones que componen el sistema penal.

2.1. Acceso a la justicia: Derecho a la tutela judicial y derecho al debido proceso

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y su garantía representa una obligación para el Estado⁴⁸⁹. Si bien la actual Constitución no contiene ninguna normativa explícita que reconozca de manera expresa el derecho de acceso a la justicia, se ha entendido que aquel tiene dos componentes básicos: el derecho a la tutela judicial y el derecho al debido proceso.

El artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental establece distintos elementos que pueden orientar hacia un concepto de derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho de acceso a la justicia (incluye el solicitar la apertura y la sustanciación del proceso), derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho, derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (incluye su inmodificabilidad y su ejecución y la disposición de medidas cautelares), y el derecho al recurso legalmente previsto⁴⁹⁰.

Se entiende que la garantía de acceso a la justicia es efectiva cuando se puede accionar ante la jurisdicción directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella y que den una respuesta de fondo a los intereses o derechos legítimos respecto de los que se reclama. Además, es efectiva cuando se traduce en una sentencia fundada y pública con la efectividad de la cosa juzgada y con garantías de su cumplimiento⁴⁹¹. Cabe aclarar que este derecho se encuentra íntimamente ligado al debido proce-

so, el que establece las formalidades con las que se desarrollarán los procedimientos judiciales.

El Estado tiene la obligación de asegurar a toda persona la tutela judicial efectiva como mecanismo para la protección de sus derechos, por lo que esta garantía tiene especial relevancia para las mujeres⁴⁹² y diversidades, quienes han sido víctimas de la violencia sistemática por parte del Estado y los particulares⁴⁹³.

Por su parte, el debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política. Esta disposición se refiere al “racional y justo procedimiento” y reconoce como garantías explícitas el derecho de defensa jurídica en juicio y el derecho a un juez ordinario predeterminado por ley.

Se ha entendido que el debido proceso comprende “un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia”⁴⁹⁴. Por tanto, se puede desprender que el debido proceso no se encuentra del todo explicitado en la Constitución y que el concepto se ha construido en base a consideraciones judiciales y a la doctrina del derecho.

En base a la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Chile, el académico de la Universidad Austral, Andrés Bordalí sostiene que esta garantía comprende al derecho a un tribunal independiente e imparcial, derecho a un tribunal ordinario predeterminado por la ley, derecho a la defensa jurídica, derecho a un proceso oral y pú-

489 Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). Informe Anual 2012: Situación de los Derechos Humanos en Chile, pág. 97. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/296>

490 Bordalí Salamanca, A. (2016). Derecho Jurisdiccional. Manual confeccionado con fines académicos para la Universidad Austral de Chile, pág. 168. Disponible en: <https://derecho.uach.cl/index.php/archivos/228/02instituto/169/Manual-Jurisdiccion.pdf>

491 García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2013), op. cit., pág. 245.

492 El artículo 2.c de la CEDAW establece el compromiso de los Estados parte a respecto a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

493 Ver apartado: Derechos necesarios para el desarrollo de la persona.

494 Bordalí Salamanca, A. (2016), op.cit., pág. 178.

blico, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y derecho a una sentencia motivada⁴⁹⁵.

Además, es oportuno señalar que en virtud de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 19 N°3, esta garantía procesal se ha interpretado de manera amplia, pues al exigir “racionalidad a los procedimientos y a las investigaciones, ello no solo involucra a los tribunales de justicia, sino al procedimiento legislativo y administrativo, así como a la investigación que realizan órganos no jurisdiccionales como el Ministerio Público”⁴⁹⁶. De esta manera, el debido proceso es una garantía para la ciudadanía, pero también un deber para todos los órganos del Estado.

2.2. Ministerio Público

El Ministerio Público fue creado en 1997, en el contexto de la reforma procesal penal que se instauró en Chile a partir de ese año, la cual fue implementada de manera progresiva. Este órgano se encuentra regulado en los artículos 83 a 91 de la Constitución Política y en su ley orgánica constitucional, Ley N°19.640.

Se trata de un organismo autónomo, es decir, que no forma parte de ninguno de los poderes del Estado. Su propósito es dirigir de forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito; aquellos que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia de la persona imputada. En ese sentido, el Ministerio Público está regido por el principio de objetividad en el ejercicio de la acción penal pública, en la forma que la ley lo prescriba.

Para estos fines, tiene la facultad de impartir órdenes directas a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones, quienes actúan bajo el principio de obediencia a dichas instrucciones. Adicionalmente, le corresponde adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En ningún caso se le permite ejercer funciones jurisdiccionales que son reservadas únicamente para los jueces.

Además, el Ministerio Público es un órgano jerarquizado. Está encabezado por la Fiscalía Nacional, conducida por un o una Fiscal Nacional designada por la Presidencia de la República y con acuerdo del Senado, a partir de una quina propuesta por la Corte Suprema. Luego se encuentran las Fiscalías Regionales, dirigidas por Fiscales Regionales, de las cuales hay una por región y cuatro en la Región Metropolitana. El Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales forman parte de un Consejo General, como órgano consultivo y asesor.

Finalmente se encuentran las Fiscalías Locales – unidades de las ya mencionadas Fiscalías Regionales-, que están compuestas por fiscales adjuntos, ayudantes de fiscal, otros profesionales, personal administrativo y técnico.

2.3. Defensoría Penal Pública

El artículo 19 N°3 inciso 4º de la Constitución garantiza “el derecho irrenunciable de toda persona imputada de delito a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare a uno en la oportunidad establecida por la ley”. La Defensoría Penal Pública cumple este rol, proporcionando defensa penal a aquellas personas que carezcan de abogado y hayan sido imputadas o acusadas por un crimen, simple delito o falta.

Este organismo encuentra su regulación en la Ley N° 19.718. Fue creado en el año 2001 como un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia de la Presidencia de la República a través del Ministerio de Justicia.

De forma similar al Ministerio Público, la Defensoría se organiza en una Defensoría Nacional y en Defensorías Regionales. A su vez, estas últimas organizan su trabajo a través de las Defensorías Locales y de abogados y personas jurídicas que, conforme a procedimientos de licitación regulados en la ley, sean adjudicados como prestadores de defensa penal.

⁴⁹⁵ Ibidem, págs. 181-189

⁴⁹⁶ Ibidem, pág. 179.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El acceso a la justicia es esencial para un Estado de Derecho, pues garantiza que la ciudadanía pueda conocer y acceder al sistema de justicia para defender y exigir la cautela de sus derechos. A su turno, asegura que este responda de forma eficaz y oportuna a sus necesidades, ya sea de quienes requieren reparación o de quienes infringen la ley.

Si bien el acceso a la justicia implica la interacción de las y los ciudadanos con los diferentes tribunales ordinarios y especializados que componen la jurisdicción en Chile, así como otros mecanismos de solución de conflicto, el presente trabajo se enfocará exclusivamente en el sistema penal.

Hace alrededor de 20 años, Chile modificó su sistema penal a través de la conocida Reforma Procesal Penal. Al día de hoy, el acceso a este tipo de justicia es un tema que se encuentra en constante discusión por parte de la sociedad chilena, ya que es un reflejo de la desigualdad económica, social y de género que afecta al país. Lo anterior se ve exacerbado por el punitivismo que caracteriza al sistema de justicia chileno.

La Constitución no consagra de forma explícita ni adecuada el catálogo de derechos que dan forma al acceso a la justicia, así como tampoco define de manera explícita los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Es mucho lo que se puede mejorar en el nuevo texto constitucional en cuanto al resguardo de los derechos fundamentales de la ciudadanía cuando interactúa con el sistema judicial y sus operadores, cuyas deficiencias afectan especialmente a las mujeres y grupos vulnerables como personas LGB-TIQ+, indígenas, migrantes, etc. Además, es necesario revisar las instituciones que operan dentro del sistema de justicia, que también están reguladas en la Constitución de manera general.

⁴⁹⁷ Esto implica que actúa con la personalidad jurídica común del Estado y que su financiamiento depende de la Ley de Presupuestos del Sector Público, debiendo informar al Ministerio de Hacienda, anualmente, sobre los recursos necesarios para su funcionamiento.

⁴⁹⁸ Cea Egana, J. L. (1999). Fisionomía Constitucional del Ministerio Público de Chile. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. 10 (Nº supl. espec), págs. 60-66. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2998/2483>

Respecto del Ministerio Público, fundamental en el proceso penal, se puede señalar que es un órgano autónomo constitucional, pero que no cuenta con personalidad jurídica ni patrimonio propios⁴⁹⁷. Esta ausencia de recursos propios redunda en una afectación de su autonomía, puesto que cada año debe negociar con el gobierno el presupuesto público que será destinado a su financiamiento⁴⁹⁸.

Otra dificultad que afecta el rol de este organismo es que, en ocasiones, quienes ejercen como fiscales incumplen el principio de objetividad, pues se enfocan mayoritariamente en acreditar la responsabilidad penal de las personas investigadas o imputadas y obvian los antecedentes que pudieran eximir o atenuar tal responsabilidad.

Para remediar esta situación, se ha sugerido un mayor control en la observancia del principio de objetividad por parte de la judicatura y la defensa, reforzar su aplicación por parte de los propios fiscales y policías y, por último, fortalecerlo a nivel legislativo, estableciendo consecuencias procesales claras en caso de incumplimiento⁴⁹⁹.

Por su parte, y a diferencia del Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública carece de rango constitucional, constituyendo un desequilibrio entre ambos órganos que actúan como caras opuestas del sistema penal. Asimismo, al estar sujeta a la supervigilancia de la Presidencia de la República, la Defensoría ve mermada su autonomía respecto del Poder Ejecutivo, lo que puede llegar a comprometer su rol en función del carácter del gobierno de turno –más garantista o punitivista–.

Para asegurar la autonomía de quienes ejercen la defensoría penal, hay quienes proponen que dicha función sea asumida por la Defensoría del Pueblo⁵⁰⁰, como ocurre en países como Colombia.

⁴⁹⁹ Pastene Navarrete, P. (2016). El principio de objetividad en la función persecutora del Ministerio Público ¿Abolición o fortalecimiento? Cuadernos del Tribunal Constitucional (Nº63), págs. 189-191. Ver apartado: Control de la Administración del Estado.

⁵⁰⁰ Ver apartado: Control de la Administración del Estado.

Además, uno de los cuestionamientos más importantes al sistema de defensa penal es el sistema de licitaciones, es que se ha calificado que transgrede del principio de igualdad ante la ley. Esto dado que esta tercerización impacta negativamente en la calidad de la defensa jurídica que se otorga a las personas que no cuentan con los recursos necesarios para proveerse de un abogado particular⁵⁰¹.

Esta desigualdad se hace patente por varias razones. Primero, por los problemas de desempeño de las y los defensores, que incurren en faltas de competencia profesional y preparación general. Segundo, y más grave aún, esta inequidad se agrava por las deficiencias estructurales del sistema: excesiva carga de trabajo, falta de sistemas de control profesional, la existencia de incentivos perversos para terminar anticipadamente los casos, la colaboración de quien ejerce como defensor con los otros actores del sistema en desmedro de la persona defendida, entre otros⁵⁰².

Además, se ha constatado que las defensas penales son asumidas mayoritariamente por defensores licitados⁵⁰³ y que, de acuerdo con varios estudios, éstos presentan un desempeño inferior en comparación con aquellos que tienen la calidad de funcionarios de la Administración del Estado⁵⁰⁴.

En parte, estas diferencias se explican por las consecuencias dispares que trae el incumplimiento de los debidos estándares técnicos para cada categoría de defensores. Mientras que los y las defensoras funcionarias pueden ver comprometida su responsabilidad administrativa e incluso su permanencia en el cargo, los y las defensoras licitadas sólo arriesgan la pérdida de bonos asociados a indicadores de pago variable⁵⁰⁵.

Factores como los anteriores contribuyen a relevar la disparidad de la asistencia jurídica otorgada por la Defensoría Penal Pública, en contraposición a la persecución penal efectuada por una entidad dotada de mayores recursos y especialización, como es el Ministerio Público.

Finalmente, corresponde referirse a la deuda que ambas instituciones presentan en materia de transparencia y rendición de cuentas. Respecto del Ministerio Público, se ha propuesto la necesidad de que la elección del o la Fiscal Nacional y Fiscales Regionales incorpore instancias públicas de información a la ciudadanía, como parte del proceso de designación.

Asimismo, se ha planteado que el o la Fiscal Nacional, al igual que las y los magistrados de los tribunales superiores, pueda ser sujeta de acusación constitucional, efectiva su responsabilidad política cuando corresponda⁵⁰⁶.

En cuanto a la Defensoría, si bien el nombramiento de el o la Defensora Nacional se efectúa mediante el Sistema de Alta Dirección Pública –mecanismo de selección por concurso público de los altos cargos de la Administración del Estado–, el nombramiento lo realiza la Presidencia de la República, quien también puede determinar la remoción bajo la misma lógica de los cargos de exclusiva confianza.

Lo anterior es una clara manifestación de la supervigilancia del poder central sobre la entidad. Algo que no resulta deseable para un organismo eminentemente técnico y que cumple un rol fundamental en la defensa jurídica de la ciudadanía, la que se ve expuesta a la sanción más gravosa en un Estado de Derecho: la sanción penal.

⁵⁰¹ Morales Peillard, A. M. y Galleguillos Carmona, F. (2004). El sistema de licitaciones contractuales de las defensas penales públicas en el nuevo proceso penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº4), págs. 204-206. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15041/15461>

⁵⁰² Duce Julio, M. (2015). Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Vol. 22 (Nº1)*, pág. 195. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100005>

⁵⁰³ De acuerdo con el sitio web de la Defensoría, actualmente cuenta con una dotación de 600 personas, de las cuales 145 son defensores de la institución y más de 300 son abogados privados con los que mantiene contrato a través de licitaciones públicas. Ver: Defensoría Penal Pública (s.f). La Defensoría. Recuperado el 10 de abril 2021 de http://www.dpp.cl/pag/1/13/la_institucion

⁵⁰⁴ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2016). Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país, págs. 89-90. Disponible en: <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/660>

⁵⁰⁵ Ibidem, pág. 90.

⁵⁰⁶ Ver: Boletín 13122-07. “Proyecto de reforma constitucional que incorpora al Fiscal Nacional del Ministerio Público como sujeto de acusación constitucional”. Senado de la República de Chile. 17 de diciembre de 2019.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

El actual texto constitucional establece la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos⁵⁰⁷. Sin embargo, dicho mandato es incompleto, pues carece de perspectiva de género como un principio vinculante para todo el aparato estatal y organismos públicos, tanto en la interpretación como en la aplicación de las normas.

Bajo el manto de la igualdad formal⁵⁰⁸ y aparente neutralidad del derecho, se oculta la discriminación que, en mayor o menor medida, manifiesta o tácitamente, se ejerce en desmedro de los derechos de las mujeres y disidencias.

En ese sentido, se puede reconocer que “en el derecho penal existen reglas que tienen como destinatario un sujeto sin género, con omisión de la experiencia y perspectiva de las mujeres, las que, al ser aplicadas a casos, por ejemplo, de violencia de género, pueden tener un efecto discriminatorio, lo que potencialmente impactará al momento de la recolección de evidencias que formarán el acervo sobre el cual se adoptará la decisión en el juicio respectivo”⁵⁰⁹.

En este punto es relevante mencionar que, de acuerdo con las Naciones Unidas, para garantizar un igualitario acceso a la justicia: “52. Los Estados deben adoptar medidas aplicables y adecuadas para garantizar el derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica, en particular, deben: a) Aplicar una política activa de incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas, leyes, procedimientos, programas y prácticas relativos a la asistencia jurídica para garantizar la igualdad entre los géneros y un acceso igual y equitativo a la justicia”⁵¹⁰.

En ese aspecto, el acceso a la justicia se ve afectado por las prácticas de violencia machista por parte de la institucionalidad. En su consagración constitucional, el debido proceso no explicita la importancia de la perspectiva de género en la sustanciación de los procedimientos judiciales, y en el acceso una decisión judicial o administrativa “justa”, lo que afecta especialmente a las mujeres en situaciones vulnerables que no pueden pagar por una defensa jurídica que considere especialmente sus necesidades.

El Estado de Chile debe incorporar la perspectiva de género en su legislación, políticas públicas, actuar de la Administración y procedimientos judiciales, en concordancia con los compromisos internacionales asumidos. La falta de perspectiva de género en las diversas instituciones, operadores, políticas y prácticas que componen el sistema de justicia penal implica perpetuar el sometimiento de las mujeres a una estructura institucional patriarcal, que es incapaz de dar respuesta satisfactoria a sus necesidades.

Es necesario avanzar hacia un acceso a la justicia que reconozca las particularidades de las distintas sujetas, eliminando los castigos excesivos a las mujeres que infringen la ley y la exigencia de cualquier tipo de “comportamiento deseable” a una “víctima ideal” al que deban responder las mujeres en caso de un proceso penal. Esto para efectos de considerarlas “merecedoras” de la protección de los operadores del sistema judicial.

Las mujeres víctimas de delitos en Chile han encontrado una serie de obstáculos para acceder a la justicia penal. Lo cierto es que, como señala Yanira Zúñiga, “casi todos los esfuerzos estatales de pre-

507 La CIDH ha destacado la relación entre el principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia, afirmando que “[...] la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. Ver: Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile, pág. 60. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/605>

508 Ver apartado: Persona: Igualdad y no discriminación.

509 Araya Novoa, M. (2020). Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal. Revista de Estudios de la Justicia (Nº32), págs. 39-40. Disponible en: <https://doi:10.5354/0718-4735.2020.56915>

510 Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2013). Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal, pág. 21. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf

vención de la violencia de género se concentran en llamar a las mujeres a denunciar; sin embargo, el Estado no es capaz de asegurar a esas mujeres que no serán, al menos, revictimizadas, mucho menos que obtendrán el reconocimiento jurídico de su calidad de víctimas y una reparación adecuada”⁵¹¹.

Las mujeres infractoras de la ley también se encuentran en una posición de desigualdad para acceder a la justicia, debido a la aparente “neutralidad del derecho”. Así, las dimensiones en que se afecta a las mujeres en el sistema penal son variadas y complejas, ya sea porque no pueden acceder a una asistencia legal adecuada, o bien porque afrontan desafíos tales como que sus declaraciones son consideradas menos confiables y/o afrontan un mayor juicio valórico que los varones y, por tanto, pueden ser sentenciadas de forma más severa⁵¹².

En general, el trato justo de las mujeres en el sistema penal –y judicial en general–, se ve afectado por la falta de perspectiva de género en la investigación de las denuncias; los medios, la carga y la ponderación de la prueba; la interpretación de las disposiciones normativas; la argumentación de las partes en sus escritos y alegaciones –y de los sentenciadores en sus fallos–, y el castigo y reparto proporcional.

Los estereotipos de género pueden afectar negativamente a las víctimas en búsqueda de reparación. En ese sentido, se ha señalado que “la aplicación de estereotipos por razón del género puede afectar a la credibilidad del testimonio de la mujer otorgándole menor valor al partir el juzgador de unas afirmaciones o creencias prejuiciadas sobre el comportamiento de la testigo o de lo que se espera de ella”⁵¹³.

Pero la adopción de la perspectiva de género no impacta únicamente a las personas usuarias del sistema de defensa penal o de su contraparte acusatoria, sino que también tiene un efecto sobre quienes se desempeñan al interior de las instituciones.

Si bien el Ministerio Público y la Defensoría han implementado políticas de equidad de género⁵¹⁴, esto se ha efectuado de manera tardía –en 2013 en el caso de la Defensoría y apenas en 2019, el Ministerio Público– lo que demuestra su carácter voluntario, aún con una escasa aplicación práctica y deficientes mecanismos de control en diversas áreas.

A modo de ejemplo, un estudio encargado por el Ministerio Público en 2018 reveló déficits importantes en relación con la paridad entre fiscales, brechas salariales, situaciones de acoso sexual y laboral y sexismo. Además, reveló desconocimiento respecto a instructivos para perseguir delitos contra mujeres, niños, niñas y adolescentes, entre otras situaciones que revelaron la magnitud del problema y precipitaron la creación de la “Política de igualdad de género de la Fiscalía de Chile”⁵¹⁵.

Sin embargo, ni la Defensoría ni el Ministerio Público logran abstraerse del fenómeno denominado “techo de cristal”. A medida que se asciende en la jerarquía institucional, se observa una disminución en la cantidad de mujeres, quienes a pesar de tener las mismas cualificaciones y méritos que sus pares hombres, no logran acceder a los puestos de mayor responsabilidad. A modo ilustrativo, el cargo de Defensor Nacional sólo ha sido ocupado por una mujer⁵¹⁶ desde su creación, en tanto el de Fiscal Nacional sólo ha sido ocupado por hombres⁵¹⁷.

⁵¹¹ Zúñiga Añazco, Y. (2020). El sistema jurídico está en deuda con las mujeres. CIPER Académico. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/07/25/el-sistema-juridico-esta-en-deuda-con-las-mujeres>

⁵¹² Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2020). Toolkit on gender-responsive non-custodial measures, pág. 11. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01528_Gender-Toolkit_complete.pdf

⁵¹³ Rueda Soriano, Y. (2018). Los estereotipos de género en el proceso penal. Revista Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Comisión Penal, vol. 1 (Nº10), págs. 12-20. Disponible en: bit.ly/3c7V3Id

⁵¹⁴ Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar en el caso de la Fiscalía.

⁵¹⁵ Rivera, V. (2019). El duro diagnóstico de la Fiscalía en materia de igualdad de género. La Tercera. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/duro-diagnostico-la-fiscalia-materia-igualdad-genero/599990/>

⁵¹⁶ Desde abril de 2001 se han designado seis fiscales, siendo la única mujer, Paula Vial Reynal (4 de julio de 2008 al 2011).

⁵¹⁷ El primer Fiscal Nacional fue Guillermo Piedrabuena Richard (30 de noviembre de 1999 - 30 de noviembre de 2007), luego le siguió en el cargo Sabas Chahuán Sarrás (30 de noviembre de 2007 - 30 de noviembre de 2015) y finalmente, Jorge Abbott Charme (1 de diciembre de 2015 a la fecha).

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

ACCESO A LA JUSTICIA

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Hace una clara distinción entre aquellos derechos que componen la garantía de tutela judicial efectiva y el debido proceso. Sin embargo, no incorpora la perspectiva de género.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 24 -

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

ARTÍCULO 25 -

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.
2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.
3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

MINISTERIO PÚBLICO

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Este ejemplo es útil porque enfatiza el rol del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos de los ciudadanos y el interés público y pone el foco en la satisfacción del interés social.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 124 -

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

País: PORTUGAL

¿Por qué es buen ejemplo?

Garantiza el acceso a una defensa jurídica universal, pues se aleja de una visión de subsidiariedad en que el Estado garantiza la defensa sólo para quienes no pueden pagar por ella. Además, esta garantía se entiende de modo integral, por lo que incorpora el derecho a información, asesoramiento y consejo legal, así como el derecho a escoger al defensor o defensora, lo que resulta fundamental para una adecuada defensa penal.

Regulación Constitucional:

ARTÍCULO 20 -

1. Se garantiza a todos el acceso a la ley y a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legalmente protegidos, no pudiendo denegarse la justicia a nadie por insuficiencia de medios económicos.

2. En los términos que establezca la ley, todos tendrán el derecho a información legal, asesoramiento y consejo legal y a estar acompañados de abogado ante cualquier autoridad.

ARTÍCULO 32 -

3. El acusado tendrá derecho a la elección de defensor y a ser asistido por él, en todos los actos del procedimiento. La ley especificará los casos y las fases en las que dicha asistencia será obligatoria.



QUINTA PARTE

ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE

Constitución Económica

Recursos Naturales, Medio Ambiente y Justicia Ambiental





QUINTA PARTE / ÉCONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Este capítulo revisa la forma en que la Constitución vigente regula la estructura y el funcionamiento de la actividad económica en Chile. Dado que este es uno de los principales focos de la Constitución de 1980, se expondrá un análisis de las distintas instituciones, relaciones y recursos que son reguladas con perspectiva económica. De esta manera, se espera mostrar cuál es el problema que subyace a toda esta regulación: la intención de proteger un modelo económico determinado.

1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para explicar qué entendemos por Constitución Económica y cómo ella se encuentra regulada en la Constitución de 1980, es necesario comenzar ofreciendo algunas definiciones que serán relevantes a lo largo del análisis:

Constitución económica:

Son “las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas, sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados, y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulación y garantías más rigurosas ”⁵¹⁸.

Dominio público:

Es “el deber jurídico de la Administración que se obliga al mantenimiento de tales bienes en el estado y condiciones necesarias para cumplir con las prestaciones ordenadas por el ordenamiento jurídico”⁵¹⁹.

Impuestos directos:

Son impuestos que se establecen directamente sobre las fuentes de la riqueza, la propiedad o la renta⁵²⁰, (sobre personas naturales y jurídicas) son ejemplos de estos impuestos: impuesto a la renta personal, a las sociedades, al salario, al patrimonio, a las donaciones y a las sucesiones.

Impuestos indirectos:

Son impuestos que gravan el consumo, la producción, la comercialización⁵²¹, el uso y transmisión de bienes y servicios generales o sobre consumos específicos, un ejemplo de lo anterior es el Impuesto de Valor Agregado (I.V.A.)

Política fiscal:

“Es la estrategia de desarrollo de los gobiernos y materializa sus prioridades y la orientación de sus políticas económicas y sociales”⁵²².

Política tributaria:

“Define quién y cómo se financia el gasto y la inversión pública”⁵²³.

Principio de subsidiariedad:

Se refiere a “límites sustantivos a la competencia del legislador para autorizar la creación de empresas públicas”⁵²⁴.

Principio de igualdad tributaria:

Implica que debe existir una justa y proporcional forma de establecer los tributos.

Sistema fiscal:

Es el “conjunto de elementos destinados a la recaudación y definición del gasto público por parte del Estado”⁵²⁵. Incluye los impuestos, las leyes, a las instituciones públicas fiscalizadoras y recaudadoras y a las que deciden sobre el gasto público y su ejecución.

518 García-Pelayo, M. (1991). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. Obras completas. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, vol. III, pág. 2857. Citado en Viera Álvarez, C., Bassa Mercado, J., y Ferrada Bórquez J.C. (2016). Una aproximación a la idea de ‘Constitución Económica’ y sus alcances en la Constitución chilena. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 49 (Nº145), pág. 6. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v49n145/2448-4873-bmdc-49-145-00011.pdf>

519 Montt Oyarzún, S. El Dominio Público, Santiago: LexisNexis, 2002, pág. 266. Citado en Atria Lemaitre, F. y Salgado, C. (2016). La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile, Santiago: Thomson Reuters, 2015, pág. 27.

520 Rodríguez, C. y Itriago, D., (2019). ¿Tienen los Impuestos alguna Influencia en las Desigualdades entre Hombres y Mujeres? Análisis de los códigos tributarios de Guatemala, Honduras y República Dominicana desde una perspectiva de género, para hacer de la política tributaria un instrumento que limite las desigualdades entre hombres y mujeres. Informe Completo. Oxfam Internacional, pág. 10. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/informes/tienen-los-impuestos-alguna-influencia-en-las-desigualdades-entre-hombres-y-mujeres>

521 Rodríguez, C. y Itriago, D., (2019), op. cit., pág. 14.

522 Ibidem p. 5.

523 Ibidem p. 5.

524 Vallejo Garretón, R. y Pardow Lorenzo, D. (2008). Derribando mitos sobre el estado empresario. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 (Nº1), pág. 136. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100006>

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución Económica se integra por distintas normas constitucionales que inciden en el orden y proceso económico.

2.1. Derecho de propiedad

El derecho de propiedad es definido a nivel legal en el artículo 582 del Código Civil chileno. Ahora bien, esta definición corresponde más exactamente, a la de propiedad privada y no así, a la de propiedad “a secas”. En ese sentido, la regulación constitucional de la propiedad tiene la gracia que: “no mira sólo el interés individual del propietario, sino que también el interés de la colectividad”⁵²⁶.

Específicamente, el derecho de propiedad encuentra su regulación constitucional en el artículo 19, N°23 y N°24. El primero establece la libertad para “adquirir el dominio de toda clase de bienes”, mientras que el segundo asegura “el derecho de propiedad en sus diversas especies”.

El artículo 19, N°23 señala que la Constitución asegura a todas las personas “la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda [...]”.

A través de este texto, la Constitución ofrece una primera definición de lo que puede ser entendido como dominio público, “el deber jurídico de la Administración, que se obliga al mantenimiento de tales bienes en el estado y condiciones necesarias para cumplir con las prestaciones ordenadas por el ordenamiento jurídico”⁵²⁷.

Entonces, serían parte del dominio público, todos aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y mujeres, o que pertene-

cen a la Nación toda y que no podrían ser objeto de propiedad privada de acuerdo con la norma citada.

Por su lado, el artículo 19, N° 24 establece, en lo que aquí interesa, que la Constitución asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporables”, especificando que “sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

Como puede apreciarse del texto citado, la Constitución de 1980 señala que la ley puede limitar el derecho de propiedad en virtud de su función social y por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. Ello se traduce en un reconocimiento de que, aun tratándose de propiedad privada, existen intereses nacionales a ser protegidos por su medio.

Vale la pena destacar que la Constitución de 1980 no delimita de forma unívoca la manera en que ha de entenderse la propiedad privada. Es el legislador el que queda encargado de la delimitación de sus contornos. Es por ello que, el Tribunal Constitucional ha señalado que la “Constitución no establece un tipo de propiedad determinada. La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad ‘en sus diversas especies’. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure”⁵²⁸.

2.2. Estado empresario

El artículo 19, N°21 de la Constitución Política de la República de Chile establece que se asegura a todas las personas “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

⁵²⁵ Rodríguez, C. e Itriago, D. (2014), op. cit., pág. 5.
⁵²⁶ Guiloff, M y Salgado, C, Capítulo XVIII: Derecho de Propiedad, en Contreras, P. y Salgado, C. [Eds.], 2020. Curso de Derechos Fundamentales pág. 499. 1º Ed., Editorial Tirant lo Blanch.

⁵²⁷ Montt Oyarzún, S. El Dominio Público, Santiago: LexisNexis, 2002, p. 266. Citado en Atria Lemaitre, F. y Salgado, C. (2016). La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile, Santiago: Thomson Reuters, 2015, pág. 27.

⁵²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2010, Rol N°1298-09, cons. 44º. Citado en Guiloff, M y Salgado, C, Capítulo XVIII: Derecho de Propiedad, en Contreras, P. y Salgado, C. [Eds.], 2020. Curso de Derechos Fundamentales, pág. 500. 1º Edición, Editorial Tirant lo Blanch.

El inciso segundo del mismo artículo se centra en la actividad empresarial del Estado, ahí los académicos del derecho han señalado que se deriva el llamado “principio de subsidiariedad” del Estado y el “principio de especialidad de giro”. Conforme al primero, se fijarían “límites sustantivos a la competencia del legislador para autorizar la creación de empresas públicas”⁵²⁹, mientras que el segundo “establecería la manera de desarrollar esas actividades, obligando a restringir el giro social permitido a las empresas públicas y por ende sus capacidades de actuación”⁵³⁰. Dicha disposición señala que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”.

La interpretación más extendida hasta el día de hoy sugiere que de esta norma nacería que la Constitución protege al mercado como “principal mecanismos para asignar recursos”⁵³¹, mientras que el Estado asumiría un rol meramente secundario.

Más recientemente se han alzado voces en la academia constitucional doméstica, que tienden a desconocer la existencia necesaria de un principio de subsidiariedad en el texto constitucional.

En ese sentido, se ha llamado a favorecer una lectura democrática y funcional de las disposiciones constitucionales. Desde ahí, concluyeron que el artículo 19, N°21, consagra la existencia de un Estado empresario que sólo se reduce a radicar su delimitación en el poder legislativo y a señalar que las empresas públicas deben aprovechar sus ventajas competitivas⁵³². Lejos de consagrarse la subordinación del Estado al actuar del mercado, el inciso 2º del artículo 19, N°21 establecería “un régimen de compatibilidad, entre la iniciativa pública y privada en materia empresarial y de libre competencia entre ambas en el mercado”⁵³³.

La interpretación del texto constitucional que entiende que el Estado sólo puede participar “en subsidio” de la actividad privada, ha impactado en Chile,

donde existe una “corriente tradicional [que] insiste en la subsidiariedad como principio para interpretar y comprender el sistema económico chileno”⁵³⁴.

2.3. Propiedad de recursos naturales

La actual Constitución Política, regula los recursos naturales en el artículo 19 N°24, en sus incisos sexto a último. Vale la pena destacar su ubicación sistemática (esto es, su regulación en el contexto del derecho de propiedad), pues evidencia que los recursos naturales son entendidos como factor de producción.

Para mayor detalle en lo que respecta a su regulación constitucional nacional y comparada, véase el capítulo “Recursos Naturales, Medio Ambiente y Justicia Ambiental”.

2.4. Relaciones laborales

La regulación constitucional del trabajo, también se aproxima al mismo desde la óptica del trabajo como factor productivo, ya que da énfasis en la protección de la libre contratación y libre elección del trabajo. Su perspectiva anclada en la “libertad” del trabajo, más que la libertad o promoción de las condiciones del trabajador, se traduce en la prohibición de exigencias de afiliación que conlleva la debilitación de las estructuras sindicales.

Para mayor detalle en lo que respecta a su regulación constitucional nacional y comparada, véase el capítulo “Derechos laborales”.

2.5. Banco Central

El artículo 108 de la Constitución señala que el Banco Central es un “organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico”. Esta autonomía constitucional (así como la de otros órganos del Estado, que cumplen funciones críticas) es muy propia de la Constitución de 1980⁵³⁵. En particular, la autonomía del Banco Central es usualmente identi-

⁵²⁹ Vallejo Garretón, R. y Pardow Lorenzo, D. (2008), op. cit., pág. 136.

⁵³⁰ Ibidem, pág. 136.

⁵³¹ Larroulet Vignau, C. (1984). Reflexiones en torno al estado empresario en Chile. *Estudios Públicos* (N°14), pág. 136.

⁵³² Vallejo Garretón, R. y Pardow Lorenzo, D. (2008), op. cit., pág. 151.

⁵³³ Vallejo Garretón, R. (2016). La constitución económica chilena: Un ensayo en (de)construcción. *Estudios Constitucionales*, año 14 (N°1), pág. 257. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art08.pdf>

⁵³⁴ Viera, C., Capítulo XIX: Libertad económica, en Contreras, P. y Salgado, C. [Eds.], 2020. *Curso de Derechos Fundamentales*, pág. 541. 1º Edición, Editorial Tirant lo Blanch.

⁵³⁵ Tradicionalmente, esto ha sido leído como un mecanismo destinado a asegurar el desempeño de una función esencial de manera objetiva. Así, la consagración constitucional de la autonomía estaría encaminada a excluir los intereses políticos de la toma de decisiones. Pardow Lorenzo, D. (2018). ¿Control o autonomía? El debate sobre agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXI (N°1), pág. 195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n2/0718-0950-revider-31-02-00193.pdf>

ficada, como una de las que debe ser resguardada con particular ahínco. Se trataría de una característica que llevó al Banco Central a trabajar “con vocación internacionalista y tecnocrática”⁵³⁶.

Dado que un Banco Central desempeña un rol fundamental, especialmente en cuanto a la estabilización monetaria, la autonomía constitucional impediría que la política monetaria fuera definida por el gobierno “de turno”. Se trata de un modelo que ha sido elegido por la mayor parte de los países desarrollados, donde se sostiene que tipo de institucionalidad estaría vinculado a menores niveles de inflación, mejora de credibilidad de la política monetaria y mayor eficacia⁵³⁷.

Ahora bien, una lectura alternativa podría insinuar que el surgimiento de las autonomías constitucionales a partir de la Constitución de 1980 tendría que ver con la intención de subordinar el poder político al poder económico. En ese sentido, la mayor limitación del poder político (que ya no contaría con herramientas de política monetaria, sino sólo herramientas de política fiscal) sería uno de los objetivos perseguidos por los redactores de la Constitución de 1980, a la hora de consolidar el modelo de autonomías constitucionales.

Esta discusión es particularmente atingente al año 2021, cuando surgen nuevos estudios que parecen vincular el auge de las autonomías constitucionales de los Bancos Centrales de la década de los 90 a la creciente desigualdad en los ingresos de la población⁵³⁸.

2.6. Carga tributaria

La regulación de la repartición de los tributos en Chile se encuentra en el artículo 19, N°20 de la Constitución, que asegura a todas las personas “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”.

El artículo 19, N°20 citado, consagra una serie de límites a la potestad tributaria, el primero es el principio de legalidad tributaria, que se traduce en

la necesidad de que sea la ley la que deba “determinar la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria”⁵³⁹.

Luego, la norma reconoce un principio de justa y proporcional igualdad tributaria, que “trata de asegurar el mismo tratamiento tributario a quienes se encuentran en análogas situaciones”⁵⁴⁰. Es decir, se toma en cuenta la capacidad contributiva para determinar la carga impositiva con criterios de progresividad, en base a la noción de igualdad económica o material o igualdad ante las cargas públicas. Esta última idea sugiere que debe existir un igual tratamiento tributario para quienes tienen igual capacidad contributiva, para favorecer el “logro de la justicia tributaria a través de la neutralidad fiscal”⁵⁴¹. Además, este principio excluye las discriminaciones arbitrarias y acepta las diferencias basadas en criterios de justicia y razonabilidad.

Adicionalmente, se reconoce el tercer principio: de no afectación de los tributos a obligaciones específicas y determinadas, conforme al cual “ninguna de las sumas que ingresen a las arcas fiscales podrán ser destinadas a un gasto o finalidad determinada”⁵⁴². Este principio se sustenta en la necesidad de dar libertad al poder ejecutivo, encargado de realizar y ejecutar el presupuesto para la asignación de los recursos, el principio de universalidad, que preceptúa que “todos los ingresos deben ser conducidos al fondo común del Fisco”⁵⁴³ y la necesidad de evitar presiones sobre el poder legislativo.

Frente a dicha regulación, se reconocen también límites internacionales. Junto con la regulación nacional, corresponde definir una política tributaria, conforme a la cual se determinará “quién y cómo se financia el gasto y la inversión pública”⁵⁴⁴.

En Chile, la carga tributaria para las empresas es de alrededor de 4,7 puntos del Producto Interno Bruto (PIB). En el caso de la OCDE, el promedio es de 2,7 puntos del PIB, donde la tasa de impuestos corporativo es de un 27%. Esto implica que en el país habría un punto menos que el promedio de la OCDE, frente a lo cual es preciso notar que mien-

⁵³⁶ Pardow Lorenzo, D. (2018), op. cit., pág. 202.

⁵³⁷ Céspedes, L. F. y Valdés, R. (2006). Autonomía de bancos centrales: la experiencia chilena. *Economía Chilena*, vol. 9 (N°1), pág. 43

⁵³⁸ Aklin, M., Kern, A. y Negre, M. (2021) Does Central Bank Independence Increase Inequality? Policy Research Working Paper N°9522. World Bank Group. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/422091611242015974/pdf/Does-Central-Bank-Independence-Increase-Inequality.pdf>

⁵³⁹ Meza, (2007) op. cit., pág. 219.

⁵⁴⁰ Ibaceta, (2007) op. cit., pág. 204.

⁵⁴¹ Ibidem, pág. 206.

⁵⁴² Ibidem, pág. 196.

⁵⁴³ Ibidem.

⁵⁴⁴ Rodriguez, C. e Itriago, D. (2019) op. cit., pág. 5.

tras los miembros de los países OCDE van bajando las tasas, en Chile las han subido⁵⁴⁵.

Por otro lado, las tasas de impuesto a la renta de las personas son muy bajas, las que recaudan 1,4 puntos del PIB. El promedio OCDE es de 8,1 puntos del PIB. En relación con las tasas marginales máximas, la OCDE registra un promedio de 42,01%, donde Chile presenta una tasa máxima del 35%.

La forma en que se componen la recaudación tributaria chilena, según la Cuenta Pública de la Tesorería General de la República de 2019, se divide en un 36,7% que corresponde a impuesto a la renta, un 34,5% a IVA, un 6,1% a impuestos específicos y un 22,2% a otros impuestos. Ello implica que dos tercios de la recaudación tributaria, se divide de forma muy similar: entre impuesto a la renta e impuesto al valor agregado, cuestión preocupante si se considera que este último es regresivo en la medida que afecta mayormente a las personas con menos recursos que deben destinar la mayor parte de su salario a su pago.

Otro problema relevante es que por lo bajo que son los salarios en Chile, solamente un 20% de los contribuyentes paga efectivamente impuestos directos, de los cuales un 0,82% paga la tasa máxima, según datos del Servicio de Impuestos Internos.

En conclusión, en Chile el sistema tributario afecta los principios básicos de la tributación, esto es, el principio de justicia y proporcionalidad tributaria, de proporcionalidad impositiva (puesto que los más ricos no pagan más impuestos) y a la capacidad contributiva o económica (porque quienes ganan menos, aportan más que personas que reciben mayores ingresos).

Es posible afirmar que, tras la aplicación de los impuestos, tampoco se logra la igualdad económica o material, ya que no existe una corrección que ayude a redistribuir la riqueza generada y disminuir la gran desigualdad que afecta al país. Por lo tanto, la intervención del Estado no logra que los contribuyentes puedan corregir las desigualdades generadas por el origen o las oportunidades, entre otras.

⁵⁴⁵ Fuentes y Vergara, (2021), op. cit., pág. 1.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La idea de Constitución Económica designa la existencia de una Constitución que lejos de ser neutra respecto de la manera en que se articulan las relaciones económicas al interior de la nación, contiene las directrices para el desempeño del mercado. Se trata entonces, de la incorporación de regulaciones que tocan la manera en que se entiende el dominio público y la propiedad privada, en que se relaciona el Estado con la producción y en que se desenvuelve el trabajo⁵⁴⁶.

En el caso de la Constitución chilena, desentrañar las disposiciones que forman parte de la Constitución Económica es particularmente complejo. Esto se debe a que la Constitución de 1980 no resguarda explícitamente un sistema económico, sin perjuicio que diversos artículos tienden a proteger un modelo determinado. De esta forma, es posible

encontrar disposiciones que inciden en la Constitución Económica tanto en el contexto de la regulación de derechos, como con ocasión de la regulación de instituciones del Estado.

Si se observa la Constitución Económica resguardada por la Constitución de 1980, es posible notar que ésta se aleja a pasos agigantados de la Constitución de 1925, instituida en el Estado de Compromiso. Su objetivo ya no se relaciona con la articulación de un espacio político de encuentro entre fuerzas esencialmente opuestas, sino que en crear un marco de control de la clase trabajadora.

Para ello, y gracias a la influencia aportada por los economistas chilenos formados en la Escuela de Chicago y la política del gobierno militar, la Constitución de 1980 diseñó un entramado institucional destinado

⁵⁴⁶ Ferrada Bórquez, J. C. (2000) La constitución económica de 1980: Algunas reflexiones críticas. Revista de Derecho (Valdivia), vol. XI, pág. 50. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v11/art05.pdf>

a reducir los contornos del Estado y lo público, y a expandir la relevancia del mercado. El primero está subordinado al segundo, relegando la distribución de bienes y servicios al libre mercado.

La reducción de los espacios políticos a espacios de mercado y de espacios públicos a privados, es evidente si se observa la configuración del derecho a la propiedad y luego de propiedad.

Este fenómeno queda de manifiesto si se analiza la manera en que la regulación constitucional termina incidiendo en distintos ámbitos de la vida económica, tales como la actividad empresarial del Estado, el aprovechamiento de recursos naturales, la transformación de las relaciones de trabajo, la consagración de autonomías constitucionales y la repartición de cargas tributarias. El modelo está pensado en último término, para la mantención de un *status quo*, fuera del cual el Estado no puede operar.

La Constitución de 1980 es particularmente llamativa, si se observa cómo esta se aleja del movimiento observado por las Constituciones latinoamericanas comparadas. Donde ellas protegen el empleo, la Constitución doméstica lo consagra como libertad, donde se busca la conservación del medio ambiente, la Carta Fundamental chilena internaliza los recursos naturales como factores de producción y donde se consolida la intervención económica del Estado, la regulación constitucional chilena establece prohibiciones para el actuar del Ejecutivo.

En último término, se puede señalar que la Carta Fundamental chilena se determina por un modelo que tiende a la protección de un sistema esencialmente neoliberal. Y aunque es posible intentar matizar sus alcances mediante regulaciones centradas en el bienestar (particularmente desde la actuación administrativa de los distintos órganos estatales), lo cierto es que la existencia de una Constitución Económica establecida en el sentido de la Constitución de 1980 hace imposible cualquier progreso radical.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

El modelo neoliberal que está protegido por la Constitución de 1980 interesa por distintas razones. Desde ya, que la Constitución trate al trabajador como un simple factor de producción, tiende a traducirse en que sus intereses sean menos relevantes que los del empleador. Asimismo, la comprensión del medio ambiente como recursos a ser explotados, trae como consecuencia la escasa relevancia de la sustentabilidad en el contexto del desarrollo nacional. Sin embargo, interesa especialmente estudiar la manera en que el modelo extiende un determinado sistema patriarcal, en la medida en que invisibiliza a las mujeres en la sociedad, cuestión que se analizará a continuación.

Un ejemplo es la manera en que se regula la propiedad a nivel constitucional. La Constitución de 1980 está interesada en resguardar el libre acceso a la propiedad y el derecho de propiedad que se tiene sobre los bienes.

En el extranjero es posible observar modelos constitucionales que, frente a concentración de la pro-

piedad en unos pocos, han asegurado un acceso *igualitario* (particularmente, a los bienes raíces). Se trata de un modelo que viene a (intentar) dar solución a una historia de concentración de capital marcada por la discriminación de género.

La Constitución chilena no hace nada al respecto. Dado que su objetivo es reducir los espacios de intervención del Estado, se contenta con delimitar los casos en que la Administración puede o no actuar para limitar la propiedad como derecho de los privados. Su concepción parte desde la propiedad privada, no desde la función social que esta puede tener.

Otro ejemplo de esto está dado en la falta de acceso a la propiedad que históricamente pesa sobre las mujeres y que luego es reproducida por regímenes patrimoniales como la sociedad conyugal. Este es un régimen que regula la manera en que se relaciona el patrimonio de dos personas que han contraído matrimonio. En el caso de la sociedad conyugal, la mujer no sólo encuentra obstáculos para administrar sus bienes, [...], sino que además

si compra bienes gracias al fruto de su trabajo, se encuentra con obstáculos para adquirirlos exclusivamente a su nombre.

Esta concepción de la propiedad como un espacio que no puede ser limitado por el Estado es visible en todo el texto constitucional. Como consecuencia, se reduce el rol del Estado en la actividad productiva y la asimilación de los trabajadores y los recursos naturales como factores de producción (como insumos a ser requeridos para producir mayor riqueza).

En el mismo sentido, la actual Constitución no es capaz de ver el valor de trabajos que no considera productivos, como sucede paradigmáticamente con el trabajo doméstico, de crianza y de cuidado de terceros.

En cuanto a la carga tributaria, los efectos de la política fiscal afectan principalmente a las mujeres, puesto que se encuentran sobre representadas en las poblaciones más excluidas, en materia de pobreza, acceso a servicios públicos, trabajos informales y jefas de hogar⁵⁴⁷.

La economía feminista ha levantado la voz sobre la neutralidad de las políticas económicas y es que “las relaciones desiguales de género se sostienen en gran medida sobre la base de la división sexual del trabajo, organizada de forma tal que los hombres se especializan en el trabajo asalariado y las mujeres en el trabajo doméstico”⁵⁴⁸.

En los sistemas regresivos⁵⁴⁹, como el chileno, no es sensible a los impactos diferenciados que tienen los impuestos en la vida de mujeres y hombres, en desmedro de las mujeres, que ya se encuentran en posiciones de menores ingresos y mayores desventajas sociales y culturales⁵⁵⁰.

Un ejemplo, de medidas adoptadas en el extranjero, tiene que ver con la eliminación de los impuestos sexistas o impuestos rosas, los cuales se justifican a

“partir de una diferencia biológica [lo que] no es solo un acto de violencia económica, sino que se traduce en un costo adicional por ser mujer”⁵⁵¹. Según la teoría económica, los artículos de primera necesidad deberían estar exentas de I.V.A. o gravados de manera que tengan una tarifa preferencial, para no afectar el consumo de bienes de supervivencia, como es el caso de toallas higiénicas y tampones⁵⁵².

La Constitución de 1980 mantiene la violencia estructural hacia las mujeres y grupos vulnerables, lo que se concreta en la regulación de la propiedad, la subsidiariedad del Estado, las normativas en clave de insumos productivos del medio ambiente y del trabajo, las autonomías constitucionales y la regulación de la carga tributaria. Así entonces, la Carta Fundamental no es capaz de contrarrestar la subordinación del poder político al poder económico que incide en las oportunidades del Estado para corregir estos problemas.

En este contexto, se reproducen las condiciones que inciden en la escasa autonomía de las mujeres como agentes de la economía nacional. Las desigualdades de género en relación con la autonomía económica se pueden enmarcar en: acceso desigual al pleno y productivo y al trabajo decente; sobrerrepresentación de mujeres en empleos mal pagados y estereotipados, como el trabajo doméstico y de cuidados; desigualdad en la retribución por un mismo trabajo; desigual carga de trabajo no remunerado; actitudes discriminatorias hacia las mujeres; protección social insuficiente para las mujeres; desigualdad en la distribución de la carga relacionada a la crianza⁵⁵³; e, impuestos sexistas.

De ahí que es especialmente relevante contar con una Constitución capaz de articular la manera en que se dirige la política económica desde el Estado y ya no desde el mercado. Para ello, es necesario alejarse de definiciones que sólo tienden a resguardar la propiedad privada, para relevar el carácter esencialmente social de la propiedad y consecuentemente, consagrar la oportunidad de acceso participativo a la misma.

⁵⁴⁷ Latindadd, 2019, op. cit., pág 6.

⁵⁴⁸ Pazos Moran, 2019 en Balbuena, Moreno y Rubilar, 2020 p. 7.

⁵⁴⁹ Un sistema regresivo es aquel que “impone una mayor carga o presión tributaria en las personas y/o sectores con menores ingresos y riqueza en general en situación de desventaja dentro de la sociedad.” Este sistema contribuye a la acumulación de riquezas y empeora la condición de las personas con menores ingresos, profundizando la desigualdad económica y las brechas de bienestar. Rodríguez, C. e Itriago, D. (2019) op. cit., pág. 6

⁵⁵⁰ Ibidem.

⁵⁵¹ Balbuena, Moreno y Rubilar, (2020) op. cit., pág. 6.

⁵⁵² En el caso de Colombia, un grupo de feministas logró llevar a tasa 0 el IVA sobre los tampones y las toallas higiénicas, tras una movilización en noviembre de 2018, en donde se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el impuesto sexista y discriminatorio y la Corte Constitucional resolvió eliminar dicho impuesto.

⁵⁵³ A modo de ejemplo, es interesante notar que la falta de acceso a un postnatal parental no es sólo injusto sobre el hombre, sino que también genera incentivos a la contratación de hombres por sobre mujeres.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

País: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a ley, sin que estos puedan ser desconocidos o vulnerados. Sin embargo, la ley puede establecer limitaciones por motivos de utilidad pública o interés social, donde debe prevalecer el interés público por sobre el privado.

Esta Constitución promueve, además, el acceso a la tierra en los artículos 60 y 64, como parte de las obligaciones del Estado, incluyendo un deber de promoción de “el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”. Con ello, aterriza su regulación en la propiedad a las necesidades concretas de los ciudadanos.

Regulación Constitucional:

Artículo 58.

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una fun-

ción social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

Artículo 60.

El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

Artículo 64.

Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.

FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

País: BOLIVIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Tiene un marcado sentido colectivo y social, respecto al derecho de propiedad, pues lo eleva sobre el interés individual del propietario.

Por otro lado, esta Constitución garantiza enfáticamente la propiedad individual y comunitaria de la tierra, cuando ella cumple una función social o económica social, definiendo a qué se refiere cada una de estas funciones. Cabe destacar que, en este contexto, se ordena al Estado la promoción de políticas con perspectiva de género que eliminan todas las formas de discriminación contra las mujeres, tanto en el acceso como en la tenencia y herencia de la tierra.

Regulación Constitucional:

Artículo 56.

I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.

II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

III. Se garantiza el derecho a la sucesión hereditaria.

Artículo 57.

La expropiación se impondrá por causa de necesidad o utilidad pública, calificada conforme con la ley y previa indemnización justa. La propiedad inmueble urbana no está sujeta a reversión.

Artículo 393.

El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda.

Artículo 394.

I. La propiedad agraria individual se clasifica en pequeña, mediana y empresarial, en función a la superficie, a la producción y a los criterios de desarrollo. Sus extensiones máximas y mínimas, características y formas de conversión serán reguladas por la ley. Se garantizan los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de territorios indígena originario campesinos.

II. La pequeña propiedad es indivisible, constituye patrimonio familiar inembargable, y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. La indivisibilidad no afecta el derecho a la sucesión hereditaria en las condiciones establecidas por ley.

III. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad.

ESTADO EMPRESARIO

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Reconoce expresamente la iniciativa pública en la actividad económica y establece una limitación a su regulación en un sentido similar al chileno. Sin embargo, su texto no sugiere de forma alguna una subsidiariedad en el sentido señalado precedentemente.

Regulación Constitucional:

Artículo 128.

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

BANCO CENTRAL

País: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Consagra la autonomía del Banco Central en términos orgánicos, pero, al mismo tiempo, manda a coordinar sus acciones con la política económica general, debiendo además el Banco rendir al Congreso informes sobre la ejecución de las políticas a su cargo, demás asuntos que le fueran solicitados.

Regulación Constitucional:

Artículo 371.

El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.

El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten.

Artículo 372.

La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación. El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.

El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley.

CARGA TRIBUTARIA

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

En esta regulación se declara expresamente que se inspira en el principio de igualdad. Además, se establece que cuestiones relacionadas con el género u opciones de vida (casarse o mantenerse soltera) no son razones válidas para establecer cargas diferenciadas. De la misma forma, establece la progresividad en la carga y la equidad en el reparto, lo que a su vez abre la puerta para generar políticas públicas que beneficien por ejemplo a mujeres que se dediquen a labores de cuidado y con ello perciban menos salarios.

Regulación Constitucional:

Artículo 31.

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspi-

rado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

Artículo 133.

1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.”

**QUINTA PARTE /
ECONOMÍA Y MEDIO AMBIENTE**

RECURSOS NATURALES, MEDIO AMBIENTE Y JUSTICIA AMBIENTAL

La Constitución de 1980 hace un reconocimiento acotado al medio ambiente y los recursos naturales, pues los aborda únicamente desde una mirada centrada en las personas y en el derecho de propiedad. A la luz de la emergencia climática que enfrentamos, es indispensable mejorar las bases de nuestro ordenamiento jurídico e incorporar un enfoque ecocéntrico que persiga la protección del medio ambiente y los recursos naturales por su valor intrínseco, e incorpore elementos propios del principio de justicia ambiental.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

A continuación, se desarrollarán algunos términos relevantes para poder tener una comprensión total y más profunda de este apartado:

Medio ambiente:

“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”⁵⁵⁴. Esta definición legal reconoce que el medio ambiente no sólo está compuesto por elementos naturales, sino también por componentes artificiales, socioculturales y las interacciones que se originen entre todos ellos.

Medio ambiente libre de contaminación:

El ordenamiento jurídico lo define como: “*aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*”.

Justicia ambiental:

Corresponde a un principio del derecho ambiental que comprende distintos elementos⁵⁵⁵.

En opinión de académicas del derecho, los elementos más importantes son: (1) la equidad en la distribución de cargas y beneficios ambientales (justicia distributiva) y (2) la participación igualitaria en la adopción de decisiones ambientales (justicia participativa), lo que comprende el derecho de acceso a la información ambiental, el consentimiento informado previo respecto de ciertas actividades potencialmente contaminantes y la exigencia de participación ciudadana en procedimientos de evaluación de impacto ambiental⁵⁵⁶. La importancia de este principio radica en la función que cumple en la interpretación de leyes y reglamentos y en la orientación para la creación de normas y políticas públicas ambientales que regulan la materia.

Recursos naturales (RRNN):

La legislación chilena los define como componentes del medio ambiente que son susceptibles de ser utilizados por las personas para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos⁵⁵⁷. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) señala que los RRNN se caracterizan por: (i) ser proporcionados por la naturaleza; (ii) ser capaces de satisfacer las necesidades humanas; y (iii) porque su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentran ubicados⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Ley N° 19.300, Artículo 2º letra 11.

⁵⁵⁵ Hervé, D. (2015). Justicia Ambiental y Recursos Naturales. (10a ed). Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pág. 73.

⁵⁵⁶ Ibidem. pág. 139-140.

⁵⁵⁷ Ley N°19.300, Artículo 2º letra r.

⁵⁵⁸ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, DAES, Recursos naturales de los países en desarrollo, investigación, explotación y utilización racional (Nueva York: Naciones Unidas, 1970).

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La Constitución actual contiene varias normas que se refieren a los RRNN y el medio ambiente, o que son relevantes para su regulación legal. Sin embargo, no es posible encontrar normas constitucionales que se refieran al principio de justicia ambiental.

2.1. Recursos Naturales

Una de las normas constitucionales que impactan el uso y aprovechamiento de los RRNN es el artículo 19 N°21, que consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

En virtud de esta disposición, el Estado impone por ley limitaciones a las actividades económicas que se basen en RRNN. El más claro ejemplo de ello el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

El artículo 19 N°23 consagra entre las garantías fundamentales, el derecho a la propiedad. Esta norma determina el acceso a los RRNN, ya que es el fundamento que permite a todas las personas apropiarse de bienes, siempre que no correspondan a bienes que la propia naturaleza ha hecho comunes a todas las personas (como altamar) o que no estén indicados por ley como bienes nacionales de uso público (como el agua, los recursos minerales o la energía geotérmica) o de propiedad del Estado (como el suelo de dominio fiscal).

La Constitución habilita la adquisición de RRNN, cuya propiedad no se tenga anteriormente; como las aves, los peces, los árboles, permitiendo a las personas transformarse en propietarias de estos. Cabe destacar que la Constitución no reconoce a los animales, ni a ningún elemento de la naturaleza o el medio ambiente como titulares de derechos.

El artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental reconoce el derecho de propiedad, en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, como una garantía fundamental. Agrega que sólo la ley puede establecer limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, incluyendo en ella la conservación

del patrimonio ambiental. La normativa urbanística (que impone limitaciones al uso del suelo) y la normativa sobre recursos forestales (que establece las condiciones bajo las que se autorizará su uso y aprovechamiento), son ejemplos de las limitaciones legales para ejercer la propiedad sobre RRNN.

Por último, el artículo 19 N°24, se refiere a aquellos RRNN que son de dominio del Estado. Éste regula detalladamente el rol que cabe a los particulares mediante el sistema de concesiones.

Así, el inciso sexto consagra el dominio originario del Estado sobre los recursos minerales, con prescindencia de las personas privadas que sean propietarias sobre los terrenos en que se sitúan, y los sujetas a las obligaciones y limitaciones que establezca la ley para facilitar la exploración, explotación y beneficio de las minas.

El inciso séptimo se refiere expresamente a las concesiones que puede otorgar el Estado, por medio de resolución judicial sobre RRNN minerales. En los incisos del octavo al décimo entregan detalles sobre la extinción y la forma de solución de controversias sobre tales autorizaciones, reconocen el derecho de propiedad sobre la titularidad de aquellas, y habilitan al Estado para explorar y explotar los RRNN minerales.

El inciso final de la norma constitucional pone énfasis en los derechos de aprovechamiento que tienen las y los particulares sobre las aguas. Si bien las aguas tienen el carácter de bienes nacionales de uso público, la Constitución reconoce y garantiza la propiedad de particulares sobre los derechos que se otorguen sobre las aguas. Dicha circunstancia tiene como efecto la mercantilización de este RRNN.

2.2. Derecho al medio ambiente

El artículo 19 N°8 de la actual Constitución establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. También indica que es deber del Estado velar que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. Además, señala que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades, con el fin de proteger el medio ambiente.

Por su parte, el 19 N°22 expresa: “*La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras*”.

Teniendo a la vista las normas anteriores, es posible distinguir en nuestro ordenamiento jurídico, normas generales de protección al medio ambiente⁵⁵⁹ y normas especiales⁵⁶⁰ que ponen en práctica el mandato del Estado, de tutelar la preservación de la naturaleza y representan una limitación legítima al ejercicio de ciertas actividades.

2.3. Recursos naturales y derecho al medio ambiente (regulación constitucional relevante para ambos)

La Constitución reconoce la posibilidad de establecer limitaciones legales al ejercicio de la libertad económica (art.19 N°21), del derecho a la propiedad (art.19 N°23) y del derecho de propiedad (art.19 N°24). Lo anterior es reforzado con el establecimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como garantía fundamental, ya que se señala que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente.

Por su parte, el artículo 19 N°26 de la Constitución vigente establece como garantía fundamental para todas las personas: “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

De esta forma, se limita la posibilidad de restringir derechos fundamentales, con tal intensidad, que se altere el contenido esencial de esa garantía. Esta prohibición reduce el abanico de medidas que se pueden imponer para la protección de los RRNN y el medio ambiente y, en la práctica, ha servido de argumento para declarar la inconstitucionalidad e improcedencia de medidas adoptadas por el Estado con dicho fin⁵⁶¹.

2.4. Justicia Ambiental

La justicia ambiental no está reconocida en la Constitución vigente. No obstante, es posible encontrar algunas normas constitucionales que tienen directa vinculación con los elementos que conforman este principio del derecho ambiental, las cuales se explican a continuación:

a. Equidad en la distribución de cargas y beneficios ambientales (Justicia Distributiva)

- Artículo 1º establece que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.
- Artículo 19 N°2 asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley” y agrega que ni la ley ni autoridad pueden establecer diferencias arbitrarias.
- Artículo 19 N°20 se refiere a la garantía constitucional que asegura “[...] la igual repartición de las demás cargas públicas.”
- Artículo 3º y artículo 115 se refieren al desarrollo equitativo y solidario entre territorios regionales, provinciales y comunales del país.

b. Participación ciudadana igualitaria en la adopción de decisiones ambientales (Justicia Participativa)

- Artículo 5º obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos humanos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile. A pesar de que existen discusiones sobre

559 Un ejemplo de ello es la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

560 Artículo 129 bis 1º del Código de Aguas, obliga a la Dirección General de Aguas (DGA) a velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, estableciendo para ello un caudal ecológico mínimo.

561 Un ejemplo, es la decisión del Tribunal Constitucional que declaró inaplicables las normas contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones que permiten ordenar el traslado de industrias mal ubicadas según los instrumentos de planificación territorial y que producen emanaciones dañinas o desagradables y ruidos al vecindario, por considerarlo una carga patrimonial desproporcionada, por impedirle desarrollar una actividad económica lícita y por implicar una vulneración al derecho de propiedad establecido en la Constitución. Ver: STC Rol N°2684-2014.

el tema, se ha entendido que tienen la calidad de norma de derecho interno el Convenio N° 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales⁵⁶², ratificado por Chile el 2008, y la Convención de Río de Janeiro de 1992⁵⁶³, ratificada por Chile en 1995.

562 Establece normas referidas al reconocimiento de los derechos de pueblos originarios sobre los RRNN en sus territorios; el deber de consulta previa en la toma de decisiones que pudieran afectarles directamente; y el derecho a la autodeterminación, todos elementos de la Justicia Ambiental.

c. Acceso a la información ambiental

- Artículo 8º establece que: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. En términos generales, se establece un derecho de acceso a la información pública, vinculada con el acceso a la información ambiental.

563 Establece en su principio N°10 algunos componentes propios de la justicia ambiental. Así, se refiere a los derechos fundamentales propios de democracia ambiental: el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia. También consagra valores como la igualdad, transparencia, colaboración e inclusión. En orden a materializar la justicia ambiental, es necesario que derechos como los expresados en la Convención de Río sean reconocidos entre las garantías fundamentales de nuestra constitución o como elementos que configuran la justicia ambiental.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La ciudadanía experimenta personalmente las consecuencias de un ordenamiento jurídico que no protege adecuadamente los RRNN y el medio ambiente e ignora los mandatos de la justicia ambiental. Problemas como la depredación de los fondos marinos, la escasez hídrica, la emergencia climática y la ejecución de proyectos altamente contaminantes, hacen urgente el reconocimiento de herramientas legales y judiciales eficaces y el desarrollo de políticas públicas con miras a un desarrollo económico y social sustentable.

a. Regulación constitucional de los RRNN: ausencia de una regulación integrada y primacía de enfoque económico y lógicas extractivistas.

En Chile no existe un sistema integrado y claro que regule los RRNN, con principios para orientar el desarrollo de las leyes. Lo anterior ha dado como resultado muchas leyes especiales dispersas que se refieren a distintos RRNN sin planificar la preservación sobre los mismos y su uso sustentable

(por ejemplo, las leyes sobre aguas, bosques, caza o pesca y acuicultura).

La regulación constitucional de los RRNN se extrae principalmente de las normas que establecen las garantías constitucionales para acceder a la propiedad (para convertirse en titular del derecho de dominio sobre las cosas) y para proteger los derechos de propiedad previamente adquiridos. En concreto, la Constitución actual protege los derechos de concesión para la explotación de recursos minerales que son de propiedad del Estado y los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados a particulares.

De la misma forma, la principal norma que impacta el uso y explotación de los RRNN se extrae de la garantía para emprender actividades económicas.

Esta regulación constitucional ha traído como resultado la mercantilización del régimen de concesiones sobre RRNN, sin grandes limitaciones a su uso y a los negocios que se pueden hacer con ellas. En definitiva, son transadas en el mercado sin con-

siderar criterios de uso razonable y sustentabilidad de aquellos recursos naturales.

Una clara muestra de los problemas denunciados se da en materia de aguas. Actualmente se vive una mega sequía que afecta la mayor parte de los territorios nacionales, y particularmente grave en la zona central⁵⁶⁴.

Entre los múltiples factores que influyen en la escasez hídrica se encuentra la emergencia climática, la disminución en las precipitaciones y la sobreexplotación del recurso por parte de la industria silvoagropecuaria⁵⁶⁵. En 2019 la zona central mostró un déficit de un 79% en relación con lo que se considera un año normal de lluvia. Asimismo, la actualización 2020 del Balance Hídrico Nacional publicado por la Dirección General de Aguas, proyecta que la disponibilidad del agua en el norte y centro de Chile podría disminuir más de un 50% en el período 2030 y 2060. Mientras que en la macrozona sur podría disminuir hasta en un 40%. Si se mantienen las condiciones actuales, Chile podría formar parte del grupo de 30 países con mayor estrés hídrico proyectado para 2040⁵⁶⁶.

Todos estos factores se potencian con la ausencia de una gestión planificada de los recursos hídricos y la mercantilización de los derechos de aguas, privilegiando el uso comercial por sobre el uso humano.

b. Regulación constitucional del medio ambiente: la visión antropocéntrica y la imprecisión en los conceptos amenazan la garantía de tutela efectiva.

La Constitución trata el medio ambiente y los derechos asociados a éste de forma tal que profundiza la mirada antropocéntrica en esta materia.

El derecho fundamental a “vivir en un medio ambiente libre de contaminación” no es una forma

de protección a los ecosistemas en sí mismos, sino que entrega un resguardo limitado, vinculado únicamente con la afectación que pueda sufrir una persona en concreto, sin establecer mecanismos de conservación, preservación y restauración del medio ambiente y los ecosistemas.

La acción de protección establecida en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución⁵⁶⁷, es más restringida cuando se trata del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que no procede en contra de actos u omisiones arbitrarias. Este recurso tampoco sirve para exigir el cumplimiento del deber de preservación de la naturaleza que recae sobre el Estado, así como tampoco el de conservación sobre ciertos recursos naturales.

Es urgente dejar atrás las lógicas económicas extractivistas y antropocéntricas de la Constitución vigente y restablecer una valoración de la naturaleza, desde una postura ecocéntrica que considere la protección a la naturaleza y sus elementos como sujetos de protección, no solo respecto de su utilidad para los humanos. Se trata de una perspectiva donde “la naturaleza ya no es objeto de protección, sino un sujeto con derechos que se reconocen a la naturaleza en todas sus formas de vida: tienen el derecho de existir, persistir, mantener y regenerar sus ciclos vitales. Esta concepción se basa en que los seres humanos forman parte de la vida terrestre y viven dentro de los límites ecológicos”⁵⁶⁸.

Por otra parte, es un error conceptual de la Constitución que pretenda garantizar de forma absoluta un “medio ambiente libre de contaminación”. En una primera etapa, el alcance de esa disposición fue delimitada legalmente y se señaló como contaminación la infracción de las normas ambientales vigentes, las cuales sólo definen los límites tolerables de contaminantes presentes en aire, suelo, agua, etc.

564 Crocco, J. (2021). Megasequía: Diagnóstico, impactos y propuestas. Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos, Edición Digital N°559, enero 2021, pág. 6. Disponible en: https://www.cepcchile.cl/cep/site/docs/20210119/20210119125450/pder559_jjcrococo.pdf

565 Noticias ONU (2020) “Los derechos al agua y la salud deben estar por encima de los intereses económicos en Chile” Derechos humanos. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/08/1479242>

566 Crocco, J. (2021). Op. cit. pág. 8.

567 Ver capítulo: Acciones Constitucionales.

568 Borrás, S. (2014). “Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza”. Revista Vasca de la Administración Pública. Vol. 10. pp. 649- 680.

569 El Tribunal Constitucional, sentenció que “mientras no se aprueben las normas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población a la conservación del ambiente o a la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante” (STC Rol 577-06).

Más tarde, por medio de la interpretación de tribunales, se incluyeron criterios como el riesgo a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o a la preservación de la naturaleza, cuando no existiesen normas que definieran objetivamente los parámetros contaminantes⁵⁶⁹.

Esta imprecisión, en lo que se debe entender como contaminación tolerable ha sido una constante amenaza a la eficacia de la tutela constitucional. Sin embargo, con la regulación adecuada este defecto puede ser superado en la nueva Constitución.

c. La ausencia de un principio de justicia ambiental.

La falta de reconocimiento del principio de justicia ambiental en la Constitución trae como consecuencia que las decisiones del Estado ignoren criterios tan importantes como la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales. Su ausencia ha permitido la existencia de las zonas de sacrificio y la aprobación de proyectos de inversión y actividades que reportan beneficios económicos solo para un sector específico de la población, mientras que otras personas deben soportar los efectos negativos sobre los ecosistemas, la calidad de vida y la salud.

Por ejemplo, comunidades como Tocopilla, Mejillones, Huasco, Quintero, Puchuncaví y Coronel han vivido las consecuencias de la instalación de plantas de energía termoeléctrica. Un estudio del Departamento de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad Católica cuantificó los daños en la salud de habitantes de Tocopilla, Huasco y Mejillones y concluyó que las personas

se enferman 4 veces más que una persona que no vive en una zona de sacrificio. El estudio descubrió también que el riesgo de morir por enfermedad cerebrovascular es 281% mayor que el promedio nacional y que son casi dos veces más propensas a desarrollar enfermedades crónicas respiratorias y presentan una población asmática que supera en cuatro veces al resto del país. En Tocopilla, el riesgo de fallecer por tumores malignos en pulmones, bronquios y tráqueas es casi el doble de la media nacional⁵⁷⁰.

Al establecer el principio de justicia ambiental en la Constitución, se obliga al Estado a seguir criterios de equidad en las cargas ambientales (justicia distributiva, según los conceptos ya revisados), lo que previene que algunas comunidades deban soportar los efectos negativos de actividades productivas, como en el caso de las mencionadas zonas de sacrificio.

Reconocer la justicia ambiental también asegura el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana igualitaria en la adopción de decisiones, tanto para el desarrollo de nuevas normas ambientales como para la aprobación de proyectos de inversión susceptibles de causar impactos al medio ambiente. Además, permitiría identificar la identidad particular de ciertos grupos y su capacidad para realizarse plenamente en comunidad, como los derechos colectivos de los pueblos originarios sobre los sistemas ambientales de los territorios que habitan. Finalmente, permitiría legitimar un enfoque que pone el acento en la conservación de los ecosistemas y obliga a aplicar principios de justicia intergeneracional⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Veas, C. y Fuentes, C. (2020) Vivir en una Zona de Sacrificio. Pamela Poo & Misle Sepúlveda Ed. <http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2020/05/Vivir-en-Zonas-de-Sacrificio.pdf>

⁵⁷¹ Sobre los distintos elementos de la justicia ambiental, véase HERVÉ, Op. Cit. págs.139-140.

**ES URGENTE EL RECONOCIMIENTO
DE HERRAMIENTAS LEGALES
Y JUDICIALES EFICACES Y EL
DESARROLLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
CON MIRAS A UN DESARROLLO
ECONÓMICO Y SOCIAL SUSTENTABLE.**

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA CON UNA LUPA FEMINISTA?

La relevancia del acceso y preservación de la biodiversidad y los ecosistemas es incommensurable. El deterioro de la naturaleza por fenómenos como la emergencia climática y los conflictos ambientales, inciden directamente en la falta de oportunidades para la estabilidad económica de muchas mujeres, quienes dependen directamente de los RRNN disponibles en su entorno.

El Estado debe asegurar la preservación de los sistemas ecológicos y empoderar a las mujeres en la gestión sustentable de los RRNN, lo que es esencial para combatir la desigualdad de género, especialmente en zonas rurales.

a. La visión hegemónica patriarcal del medio ambiente y la naturaleza impacta negativamente a las mujeres

La Constitución de 1980 hace eco de valores antropocéntricos, extractivistas y económicos propios de una relación patriarcal con el medio ambiente y los elementos de la naturaleza. Esto significa que la postura dominante determina el medioambiente y los RRNN desde la perspectiva del hombre blanco, heterosexual, depredador de las riquezas que ofrece la tierra y que persigue acumular capital y maximizar la utilidad económica de sus actividades. Todo ello, sin tomar en cuenta las externalidades negativas que deben soportar otras especies vivas, los ecosistemas y los grupos de personas que son sometidos en el proceso de apropiación de la naturaleza.

Las mujeres y las personas en situación de vulnerabilidad son quienes terminan relegadas en roles que se consideran subsidiarios al modelo de desarrollo económico dominante de apropiación de los RRNN y deben cargar con las consecuencias de una explotación no sustentable⁵⁷²⁻⁵⁷³. Este fenómeno se conoce como “desigualdad estructural”.

En efecto, las personas más afectadas con el cambio climático y los conflictos medioambientales son aquellas más vulnerables, quienes están social, económica, política, institucional y culturalmente más marginadas⁵⁷⁴. Es importante recalcar que esa mayor vulnerabilidad de las mujeres al cambio climático no responde a su sexo biológico per se, sino que reside en la desigualdad estructural⁵⁷⁵.

La explotación no sustentable de recursos naturales, la excesiva contaminación del medioambiente y la consecuente emergencia climática impacta desproporcionadamente a las mujeres, ya que se les ha impuesto el rol de cuidar del hogar y la familia, a pesar de estar privadas de los medios para hacerlo. Por ejemplo, las mujeres representan el 80% de la fuerza laboral en los territorios rurales del mundo, pero son dueñas de menos del 2% de la tierra. Además, están excluidas de la toma de decisiones en la gestión de las tierras para el cultivo de alimentos, lo que no les permite hacer frente a la inseguridad alimentaria. Por el contrario, normalmente serán ellas las que prioricen la alimentación de hijos y pareja, en perjuicio de su salud⁵⁷⁶. En contextos de conflicto, el acceso a RRNN de calidad podría ser el principal medio de sustento

572 Muñoz, C. y Molina, J. (2019). El extractivismo como arma del capitalismo contra las mujeres y sus comunidades en Red Chilena contra la Violencia de las Mujeres, Violencia estructural y feminismo: Apuntes para una discusión.; Fernández, F. (2019). Extractivismo y patriarcado: la defensa de los territorios como defensa de la soberanía de los cuerpos en Red Chilena contra la Violencia de las Mujeres, Violencia estructural y feminismo: Apuntes para una discusión. Disponible en: <http://www.nomasviolenciachilena.org/wp-content/uploads/2019/09/Violencia-Estructural-y-Feminismo.pdf>

573 Véase en este sentido: Gudynas, E. (2014) Derechos de la Naturaleza Ética biocéntrica y políticas ambientales. Perú. Disponible en: <http://gudynas.com/wp-content/uploads/GudynasDerechosNaturalezaLima14r.pdf>

574 Fuentes, P. (2019) Género y Cambio Climático rumbo a la COP 25. Revista de Justicia Ambiental y Climática. Año XI, pág. 62 Disponible en: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2020/01/JA.-Perspectivas-COP25.-art.6.pdf>

575 Ibidem.

576 OHCHR. (2016), como fue citado en: Fuentes, P. (2019) Género y Cambio Climático rumbo a la COP 25. Revista de Justicia Ambiental y Climática. Año XI, pág. 63 Disponible en: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2020/01/JA.-Perspectivas-COP25.-art.6.pdf>

para las mujeres y familias. Asimismo, la gestión de aquellos puede servir de punto de entrada para la inserción de las mujeres en la capacidad productiva. Sin embargo, hasta que no se superen las lógicas económicas patriarcales y se abra espacio al uso productivo y sustentable de los recursos naturales, las mujeres estarán expuestas al riesgo de sufrir discriminación, violencia física y sexual y continuar marginadas de la gestión de los RRNN⁵⁷⁷.

b. La escasez hídrica profundiza las desigualdades de género en zonas rurales

La crisis hídrica que vive el país y el mundo entero afecta principalmente a mujeres que habitan áreas rurales. Según información del Censo 2017, al menos 383.204 viviendas en Chile carecen de agua potable. En el mundo rural, el 47,2% de la población no tiene servicio básico de agua potable y se abastece de fuentes informales de agua subterránea (pozos), superficial (ríos, vertientes, esteros o lagos) y camiones aljibes⁵⁷⁸. Como consecuencia, las comunidades ven afectado su desarrollo en lo económico, educación, salud y equidad de género⁵⁷⁹.

Frecuentemente, son mujeres y niñas las que cargan con la responsabilidad de abastecer de agua a sus comunidades. De acuerdo con lo expuesto por la UNICEF y la OMS, en 8 de cada 10 hogares donde el agua está ubicada fuera de la casa, son ellas las encargadas de la recolección⁵⁸⁰.

Como resultado, mujeres y niñas dedican parte importante de sus días a la búsqueda de fuentes de agua o esperando la llegada del camión aljibe. El tiempo destinado a dicha labor, les impide asistir al colegio o salir a trabajar, lo que les priva de oportunidades que refuerzan su futura autonomía. De la misma forma, la falta de agua potable hace

más difícil el desempeño de las labores de cuidado del hogar, las que recaen normalmente sobre mujeres⁵⁸¹. El estudio de Comunidad Mujer concluyó que sólo 1 de cada 10 parejas distribuye la carga de trabajo no remunerado de manera equitativa entre hombres y mujeres⁵⁸².

c. La comprensión de los RRNN y el medio ambiente, desde lógicas antropocéntricas, económicas y extractivistas, desconoce la relación de los pueblos indígenas con sus territorios

Como ha quedado demostrado, la Constitución comprende los RRNN desde el derecho de propiedad y los regula desde las posibilidades que existen para su adquisición, uso y explotación. Algo similar ocurre con el medio ambiente, el cual es merecedor de protección constitucional sólo cuando se vulnera el derecho de las personas a vivir en un entorno libre de contaminación.

El deficiente tratamiento constitucional de los RRNN y el medio ambiente y la ausencia de reconocimiento a la justicia ambiental como principio orientador, desconoce la relación de los pueblos originarios con los territorios que habitan y la importancia que tienen los recursos naturales para su cosmovisión y la conservación, desarrollo y fortalecimiento de su identidad, de sus instituciones y tradiciones sociales y culturales.

Este asunto es muy importante considerando los conflictos de larga data que existen entre algunos pueblos originarios y el Estado chileno. Para más información, revisar el capítulo “Estado Plurinacional y Pueblos Originarios”.

577 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente., Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer., Oficina de las Naciones Unidas de Apoyo a la Consolidación de la Paz (PBSO)., y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)., Mujeres y recursos naturales. Liberando el potencial para la consolidación de la paz. (Naciones Unidas, 2013). Disponible en: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2019/05/espao1%20mujeres%20y%20recursos%20naturales%20web%20ok-compressed.pdf?la=es&vs=5055>

578 Amulén. (2019). Pobres de Agua. Radiografía del agua rural de Chile. Visualización de un problema oculto. Disponible en http://www.fundacionamulen.cl/wp-content/uploads/2020/07/Informe_Amulen.pdf

579 Ibidem.

580 Ibidem.

581 En este sentido, la Organización Mundial de la Salud y UNICEF sostienen que “Las mujeres y las niñas son responsables de la recolección en ocho de cada 10 hogares donde el agua está ubicada fuera de la casa, así que reducir la población con servicios limitados de agua potable tendrá un fuerte impacto de género”. (OMS/UNICEF, 2017a, p11, En: Informe Fundación Amulen).

582 Comunidad Mujer (2019). ¿Cuánto aportamos al PIB? Primer Estudio Nacional de Valoración Económica del Trabajo Doméstico y de Cuidado No Remunerado en Chile. Disponible en: <https://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2020/03/Cu%C3%A1nto-aportamos-al-PIB.-Estudio-de-Valoraci%C3%B3n-Econ%C3%B3mica-del-TDCNR-en-Chile.pdf>

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Expone un tratamiento constitucional que aborda de manera bastante completa la regulación del medio ambiente y los recursos naturales. Destaca porque pone en el mismo nivel el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de las personas (enfoque antropocéntrico) con el de defender y restaurar el medio ambiente (enfoque ecológico). Así, enfatiza ambas dimensiones: el derecho y el deber.

Además, establece un estándar de uso para todos los RRNN (el uso racional), lo que impide la degradación propia de estos elementos, especialmente cuando poseen el carácter de ser comunes a todas las personas (la tragedia de los comunes). Asimismo, contiene un mandato al Estado de velar por dicho estándar de utilización, fundado en una finalidad que se reconoce implícitamente como pública. Otro aspecto importante es que se refiere expresamente a valores públicos colectivos como la solidaridad y entrega un criterio para la justificación de las decisiones que se adopten para alcanzar dicho fin. Finalmente establece, con jerarquía constitucional, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento a la norma.

miento a la norma. Esto lo hace desde una perspectiva punitiva (penal y administrativa) y establece una obligación de reparar el daño causado. Esta última obligación de reparación, desde la perspectiva de la responsabilidad por daño ambiental, usualmente alcanzará obligaciones indemnizatorias a las personas que soporten los daños y la restauración material del medio ambiente afectado.

Regulación Constitucional:

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

JUSTICIA AMBIENTAL

País: NORUEGA

¿Por qué es buen ejemplo?

Se abordan elementos propios de la justicia ambiental, al referirse al medio ambiente y los recursos naturales.

En primer lugar, combina la mirada antropocéntrica (el medio ambiente para asegurar la salud) con una ecológica (ambiente natural cuya diversidad debe ser preservada). Adicionalmente, establece estándares de uso de los RRNN que incorporan la conservación de la integridad de los ecosistemas y el principio de justicia intergeneracional.

De la misma forma, incorpora elementos propios de la participación igualitaria en la toma de decisiones ambientales, partiendo por reconocer el derecho a recibir información medioambiental y conocer los efectos de las actividades o proyectos que impliquen un impacto medio ambiental. Lo anterior, podría ser reforzado con el reconocimiento explícito de participación ciudadana.

Por último, reconoce expresamente las disposiciones anteriores con jerarquía de principios ordenadores del sistema normativo inferior.

Regulación Constitucional:

Artículo 112.

Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un ambiente que asegure su salud y a un ambiente natural cuya capacidad productiva y diversidad sean preservadas. Los recursos naturales serán utilizados partiendo de consideraciones integrales y de largo plazo, que salvaguarden este derecho también para generaciones venideras. Para salvaguardar su derecho de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo precedente, los ciudadanos tienen derecho a recibir información sobre el estado del entorno natural y sobre los efectos de cualquier invasión a la naturaleza que se plantee o que haya comenzado. Las autoridades del Estado dictarán disposiciones más detalladas para la realización de estos principios.

SEXTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES

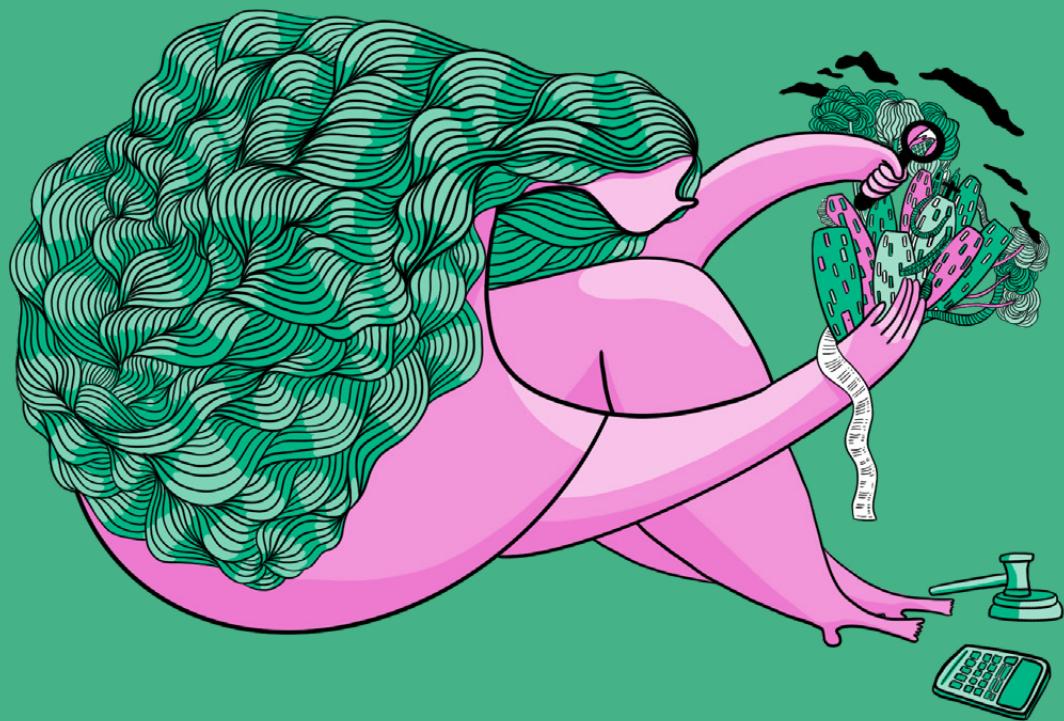
Control de la
Administración del Estado

Acciones Constitucionales

Tribunal Constitucional

Tratados Internacionales

Reforma Constitucional



SEXTA PARTE / LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES

CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

El buen funcionamiento de la Administración Pública permite a la ciudadanía una mayor realización de sus derechos, por lo mismo es necesario revisar si las actuaciones de aquella se ajustan a derecho. Este apartado analiza distintas entidades, según el tipo de control que efectúa: control político por el Congreso Nacional, control jurisdiccional por los Tribunales de Justicia, control administrativo externo por la Contraloría General de la República (como entidad fiscalizadora superior) y la Defensoría del Pueblo.



CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Es relevante comenzar con una introducción hacia algunos conceptos claves que permiten tener una mejor comprensión del trabajo que se desarrolla a continuación:

Acusación constitucional:

Es el mecanismo que faculta al Congreso a entablar un juicio político en contra de determinadas autoridades para exigirles su responsabilidad política. La consecuencia de la aprobación de una acusación constitucional es la destitución del cargo y eventualmente, la inhabilitación de ejercer cargos públicos⁵⁸³.

Control de la Administración:

Son mecanismos para la revisión de las actuaciones de la Administración del Estado, tanto materiales como jurídicas, que permiten verificar que aquellas se ajustan a la juridicidad⁵⁸⁴.

Defensoría del Pueblo:

Es una institución de gobierno autónoma creada con el fin de equilibrar los poderes del Estado y proteger “al pueblo de violaciones de derechos, abuso de poder, decisiones injustas y mala administración”⁵⁸⁵. También es conocida como *Ombudsman*, *Obudsman*, Defensoría Ciudadana, Representante del Pueblo, entre otras. En Chile no existe esta institución.

Entidades fiscalizadoras superiores:

Órganos independientes del Ejecutivo, con facultades a menudo establecidas por la Constitución, cuya finalidad es garantizar la legalidad, eficiencia, eficacia, la gestión financiera y el rendimiento en el sector público⁵⁸⁶. En Chile este rol lo cumple la Contraloría General de la República.

Tribunal contencioso administrativo:

Órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver las controversias que surgen respecto de actos y decisiones de los órganos de la Administración del Estado.

Tribunal de cuentas:

Es el competente de conocer, resolver y fallar los casos sobre la responsabilidad civil extracontractual-patrimonial de aquellas personas que tienen a su cargo el uso, custodia y/o administración de fondos públicos. Forma parte de la Contraloría General de la República.

⁵⁸³ Vargas Cárdenas, A. (2018). La acusación constitucional en el sistema político: Potenciales implicancias de su aplicación como mecanismo de control político. Asesoría técnica legislativa. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25573/1/Acusacion_Constitucional_Implicancias.pdf

⁵⁸⁴ Bermúdez Soto, J. (2011). Derecho Administrativo General. (2da Edición) Legal Publishing. Pág. 378.

⁵⁸⁵ Instituto Internacional del Ombudsman. ¿Qué es el IIIO? Disponible en: <https://www.theioi.org/es/el-iio>. En el mismo sentido: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018). The role of ombudsman institutions in open government. Disponible en línea: <https://www.oecd.org/gov/the-role-of-ombudsman-institutions-in-open-government.pdf>

⁵⁸⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2020). Manual de la OCDE sobre Integridad Pública. OECD Publishing. Disponible en <https://doi.org/10.1787/8a2fac21-es>

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

En Chile, la actividad de la Administración Pública se encuentra controlada mediante tres órganos distintos, los que se explican a continuación. Finalmente, se menciona la Defensoría del Pueblo que no está regulada en Chile.

2.1. Control de la Administración ejercido por el Congreso (control político)

El Congreso Nacional puede ejercer control sobre los actos de la Administración Pública, es decir, el Poder Ejecutivo dirigido por la Presidencia de la República. Para ello, cuenta con dos mecanismos previstos en la actual Constitución: la fiscalización de los actos de gobierno y la acusación constitucional.

La fiscalización de los actos de gobierno por la Cámara de Diputados/as, se encuentra regulada en el artículo 52 N°1 de la Constitución Política de la República. Según ello, podrá —en conformidad a los quórum establecidos—, adoptar acuerdos, sugerir observaciones y solicitar antecedentes, citar a un o una ministra de Estado, formularle preguntas e interpelar, crear comisiones especiales investigadoras a las que podrá citar a las autoridades de gobierno y demás funcionarios/as de la Administración y al personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria.

Por su parte, el control mediante la acusación constitucional tiene por fin hacer efectiva la responsabilidad de funcionarios de altos cargos públicos. Ésta ha de iniciar por parte de la Cámara de Diputadas y Diputados (artículo 52 N°2) y luego deberá ser juzgado mediante el juicio político propiamente tal, por parte del Senado (artículo 53 N°1).

El procedimiento de la acusación constitucional, tal como se menciona, contempla dos fases. La primera tiene relación con la admisibilidad de esta y el análisis de sus antecedentes por parte de la Cámara de Diputadas y Diputados y una vez aprobada, el o la funcionaria o magistrada acusada queda

suspendida de la función pública que desempeña, salvo que se trate de el o la Presidenta de la República. La segunda fase consiste en la declaración de culpabilidad o no del/a acusado/a por un ilícito constitucional frente al Senado, que actuará como jurado. La sanción será la destitución del cargo y la inhabilidad de ejercer cargos públicos, de origen jerárquico o electiva, por cinco años⁵⁸⁷.

La acusación constitucional es la herramienta de control más fuerte que tiene el Congreso para exigir la responsabilidad política y constitucional de las autoridades de los otros poderes del Estado especialmente, contra el o la Presidenta de la República.

2.2. Control de la Administración ejercida por los tribunales de justicia (control jurisdiccional)

El derecho de acceder a la justicia para invocar la protección de los derechos que se creen legítimos es un principio del Estado de Derecho.

En general, se ha entendido que los Tribunales de Justicia tienen competencia para ejercer el control jurisdiccional de los actos del Ejecutivo, en base a lo dispuesto en el artículo 38, inciso segundo de la Constitución el que señala que cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración podrá reclamar ante los tribunales de justicia que la ley determine. Esto se ha traducido en, por ejemplo, la acción de nulidad de derecho público que conocen los juzgados civiles.

Desde otra perspectiva, hay juristas que han reconocido en la acción de protección⁵⁸⁸ —cuya finalidad es restablecer la vulneración de derechos fundamentales—, un instrumento para reclamar, ante la Corte de Apelaciones respectiva, contra la ilegalidad de los actos de la Administración. Este se ha transformado en un medio de impugnación general en contra de las actuaciones del Estado, con prescindencia de la existencia o no de un derecho

⁵⁸⁷ Zúñiga Urbina, F. (2016). Responsabilidad constitucional de intendentes y gobernadores en la acusación en juicio político. Revista de Derecho Público (N°65), pág. 199. Disponible en: 10.5354/0719-5249.2016.42485

⁵⁸⁸ Ver capítulo: Acciones constitucionales.

fundamental comprometido, lo que lo ha convertido en un mecanismo de control de la legalidad o juridicidad de la actuación administrativa, afectando con ello la urgencia, excepcionalidad y esencialidad de su tutela⁵⁸⁹.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario resaltar que la actual Carta Fundamental no dispone de la existencia de tribunales contenciosos administrativos de competencia general para conocer y resolver las controversias que surjan en este ámbito, lo que ha sido una deuda histórica del derecho constitucional nacional desde la Constitución de 1925⁵⁹⁰.

Dicho escenario no ha sido resuelto por la existencia de tribunales contenciosos especializados⁵⁹¹, lo que ha configurado “un sistema atomizado e incoherente de justicia administrativa, lo que refleja una asimetría evidente en la protección jurisdiccional de los derechos e intereses de los ciudadanos”.

2.3. Control de la Administración ejercido por la Contraloría General de la República (control administrativo externo)

La Contraloría General de la República está regulada en el artículo 98, 99 y 100 de la Constitución Política de la República⁵⁹³. Esta es una entidad fiscalizadora superior de la Administración del Estado, autónoma⁵⁹⁴ y unipersonal.

La Contraloría tiene un amplio control sobre la Administración del Estado, pues cumple una función jurídica -a través del control de legalidad de las ac-

tuaciones del Ejecutivo y la toma de razón de decretos y resoluciones-, auditora, contable y jurisdiccional de cuentas, ésta última la ejerce a través del Tribunal de Cuentas.

Desde una perspectiva orgánica, la Carta Fundamental indica que tendrá un “Contralor General de la República”, que debe tener 40 años cumplidos y 10 años de ejercicio como abogado/a. Es designado/a por la Presidencia de la República con acuerdo del Senado, adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio.

2.4. Defensoría del Pueblo (*Ombudsperson*)

Es necesario evidenciar que Chile es el único país de Latinoamérica sin una institución de *Ombudsperson*⁵⁹⁵.

En general, se ha entendido que las Instituciones de *Ombudsperson* fortalecen el Estado de Derecho al efectuar un control de la Administración Pública, pues obliga que sus acciones sean transparentes y deban rendir cuentas al público. Las Defensorías del Pueblo complementan el sistema tradicional de control del gobierno y los servicios públicos en general, sean éstos desempeñados por actores privados o públicos.

Es necesario analizar el establecimiento de una Defensoría del Pueblo en Chile, entendiendo la intensidad del sistema presidencialista⁵⁹⁶ actual y los poderes que la Presidencia de la República tiene sobre los demás poderes del Estado.

⁵⁸⁹ Ferrada Bórquez, J., Bordalí Salamanca, A., Cazor Aliste, K. (2003). El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho (Nº14), pág. 68. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2718>

⁵⁹⁰ Explica Cristián Román que “esta ha sido la decisión adoptada por el Constituyente de 1925 y 1980, más remitieron el desarrollo de dicha judicatura a una ley, que nunca vio la luz, y que el Constituyente derivado, en 1989, modificó (confiriendo competencia a los tribunales ordinarios sobre tales materias) solo para evitar la desprotección en la que quedaron los particulares bajo el amparo de la Constitución de 1925, conforme fue la jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia de entonces”. En: Román Cordero, C. (2014). Revisión constitucional y Administración del Estado. En Chia Ramírez, E. y Quezada Rodríguez, F. (Eds.), Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia), pág. 488-489. Disponible en: <https://institutoigualdad.cl/wp-content/uploads/2018/09/propuestas-nueva-constitucion-en-democracia-2014.pdf>

⁵⁹¹ Estos son el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los Tribunales Tributarios y Aduaneros, el Tribunal de Compras y Contratación Pública, el Tribunal de Propiedad Industrial y los Tribunales Ambientales. No forman parte del poder judicial.

⁵⁹² Ibidem, pág. 468.

⁵⁹³ La Contraloría General de la República surge en 1927, luego de las recomendaciones de la Comisión Kremmerer. En 1947, luego de la reforma a la Constitución Política de 1925, se le otorga rango constitucional y en el año 1953 se dicta la Ley Orgánica N° 10.336 -de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República-, la cual en 1964 fue sistematizada en texto refundido y coordinado.

⁵⁹⁴ “El carácter de autónomo que le atribuye la norma constitucional supone algo más que una simple independencia, en cuanto la CGR no está sometida ni a la supervigilancia ni tutela ni mucho menos al control jerárquico del Presidente de la República”. En: Bermúdez Soto, J. (2011). op. cit., Pág. 389.

⁵⁹⁵ Díaz Fuenzalida, J. P. (2019). Un año más, qué más da: Chile sigue sin un Ombudsman. El Mercurio Legal. <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/01/21/Un-ano-mas-que-mas-da-Chile-sigue-sin-un-Ombudsman.aspx>

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

La Administración Pública tiene el deber de actuar conforme a la ley⁵⁹⁷ para verificar que efectivamente existan mecanismos de control⁵⁹⁸. Lo cierto es que la institucionalidad establecida por la Constitución chilena para supervisar las actuaciones del Poder Ejecutivo, no han sido suficientes para asegurar que los actos emanados desde la Administración se ajusten a derecho, ni tampoco ha establecido un sistema de responsabilidad que actúe oportunamente.

En la actual Constitución de 1980, coexisten distintos órganos con competencia para pronunciarse sobre los problemas que surjan entre la Administración y la ciudadanía, con la consecuente superposición de controles administrativos, políticos y jurisdiccionales.

La falta de delimitación en las atribuciones y ámbitos de control de cada uno puede dar lugar a una colisión de competencias, lo que resulta evidente respecto de la superposición de controles que realizan los Tribunales de Justicia y la CGR. Así, la Constitución de 1980 ha demostrado que no posee un sistema coherente e integrado para ejercer un control efectivo y claro sobre los actos administrativos, siendo necesario revisar el modelo.

Los Tribunales de Justicia, en virtud del artículo 32 de la Constitución, tienen la competencia para conocer los conflictos de los particulares con la Administración. Sin embargo, en la práctica la Contraloría ejerce su competencia dictaminadora como forma de control de legalidad sobre todos aquellos asuntos relativos al funcionamiento de la administración del Estado, siempre que la materia no haya sido entregada a otra institución estatal (por ejemplo, las superintendencias), lo que ha causado que se desarrolle una especie de tribunal contencioso

administrativo no establecido por ley. Esto provoca que haya dos sistemas de control en paralelo.

Lo anterior es sumamente grave, pues una justicia administrativa articulada y coherente es un presupuesto para la configuración del Estado de Derecho, lo que impone la necesidad de construir un sistema apropiado de tribunales y procedimientos judiciales que hagan efectivo este resguardo de los derechos de los ciudadanos frente al poder público⁵⁹⁹.

Otro aspecto necesario para analizar es el rol que juega el control político que ejerce el Congreso, como parte del sistema de “frenos y contrapesos” entre los poderes/funciones del Estado que, en un sistema presidencial exacerbado como el chileno, tiene muy pocos efectos prácticos.

Según advierte la experta constitucional Ana María García, en ningún caso su fiscalización afecta la responsabilidad política de los y las Ministras de Estado, ya que la obligación del gobierno consiste en dar respuesta por el ministerio que corresponda en el plazo indicado. Los acuerdos o sugerencias que formule la Cámara de Diputadas y Diputados no son vinculantes para el gobierno, sin perjuicio que eventualmente puedan servir de fundamento a una posterior acusación constitucional⁶⁰⁰. En realidad, el único efecto relevante que puede generar esta forma de control es visibilizar los actos del Poder Ejecutivo para la discusión pública.

Respecto de la acusación Constitucional, se ha señalado que “la Constitución exige, normalmente, para la destitución de los presidentes, quórum bastantes altos que hacen prácticamente ilusoria dicha responsabilidad, como es el caso chileno, donde tanto bajo la Constitución de 1925 como de

⁵⁹⁶ Ver capítulo: Funciones del Estado.

⁵⁹⁷ Ver capítulo: Principios de la buena administración.

⁵⁹⁸ Sobre su importancia, Jorge Bermúdez explica que “la existencia y pervivencia de un Estado de Derecho quedará sólo asegurada a través del sometimiento del poder, de toda forma de poder, al Derecho”. Ver: Bermúdez Soto, J. (2011). op. cit., pág. 378.

⁵⁹⁹ Ferrada Bórquez, J. (2014). Las reformas constitucionales en materia de Administración del Estado: su necesaria reconfiguración organizativa y del control en un nuevo modelo de estado. En Chia Ramírez, E. y Quezada Rodríguez, F. (Eds.), Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia), pág. 466.

⁶⁰⁰ García Barzelatto, A. (2015). Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno. Revista de Derecho Público (Nº75), pág. 49.

1980, se establece que la declaración de culpabilidad debe ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio⁶⁰¹. Así entonces, no existe un verdadero contrapeso⁶⁰².

Respecto del diseño institucional de la Contraloría, es importante señalar que gran parte de las reformas que requiere este organismo de control pueden efectuarse mediante modificaciones legales. En este sentido, se evidencia como un punto crítico en el diseño institucional de la Carta Fundamental, sus excesivas atribuciones, especialmente en cuanto al control jurídico.

La toma de razón, regulada en el artículo 99 de la Constitución, opera como control preventivo de la legalidad de algunos de los actos de la administración y se la ha cuestionado por su excesiva burocracia que ralentiza los procedimientos administrativos.

A su vez, se critica que la Contraloría tenga la atribución de examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, lo que efectúa mediante el Tribunal de Cuentas. En sus dos instancias, está enclavada en la estructura orgánica interna de la Contraloría, situación que debilita su independencia⁶⁰³.

Desde una perspectiva orgánica, se ha debatido que su autoridad sea únicamente un abogado⁶⁰⁴, teniendo en consideración que las atribuciones que ejerce de auditoría y contabilidad pueden requerir otros perfiles profesionales. Además, se discute su sistema de nombramiento, ya que es designado por la Presidencia de la República⁶⁰⁵. Es posible

pensar en la discusión constitucional en una nueva Contraloría como órgano colegiado paritario.

El proceso constituyente puede ser una oportunidad para establecer una autoridad autónoma e independiente de los demás poderes del Estado, como es el caso de la Defensoría del Pueblo. Esta no sólo servirá como institución de tutela para casos puntuales, sino que contribuirá a aumentar el bienestar de la ciudadanía al enfrentar las limitaciones de la Administración y los abusos en forma sistemática, con propuestas de reforma de política pública. Se trata de una institución cuya labor es fundamental y es mejor administrar, permitiendo el diálogo con la ciudadanía y mejorar la gestión del Estado.

Se ha intentado caracterizar al INDH⁶⁰⁶ como una entidad equivalente⁶⁰⁷. Sin embargo, el Instituto Internacional del Ombudsman no reconoce a esta institución la naturaleza propia de una Defensoría del Pueblo, principalmente porque su mandato es restringido en extremo y carece de autonomía⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹. En efecto, el ámbito de acción del INDH no considera la protección y promoción de derechos ciudadanos (sino que sólo los derechos humanos) ante la Administración Pública y respecto del funcionamiento de servicios públicos necesarios para el bienestar de la ciudadanía.

Por otro lado, si bien el INDH es una corporación autónoma (con personalidad jurídica y patrimonio propio), no hay garantías de independencia de la Presidencia de la República, quien debe aprobar sus estatutos internos, nombrar a sus integrantes

⁶⁰¹ Nogueira Alcalá, H. (2008). Consideraciones sobre los tipos de gobierno presidencialista y semipresidencial en la reforma constitucional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1(Número Conmemorativo), 711-791. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/4070/5229> pág. 724.

⁶⁰² Desde la vigencia de la Constitución de 1980 se han presentado 22 acusaciones constitucionales, de las cuales 3 han terminado con la destitución de una autoridad. Para más información, ver Cámara de Diputadas y Diputados de Chile. Acusaciones Constitucionales. Recuperado el 29 de agosto de 2021 de https://www.camara.cl/fiscalizacion/acusaciones_constitucionales.aspx

⁶⁰³ Esto se da principalmente porque el/la Subcontralor/a y el/la Contralor/a General desarrollan, por una parte, funciones administrativas y, por la otra, funciones jurisdiccionales, en cuanto presiden el Juzgado de Cuentas y el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, respectivamente. A mayor abundamiento: García Barzelatto, A. M. (2012). El Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República. En La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012), pág. 483.

⁶⁰⁴ En la historia de la Contraloría General de la República ha habido 17 Contralores Generales, todos varones.

⁶⁰⁵ Según el artículo 99 de la CPR, el o la Contralora será designada por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio.

⁶⁰⁶ El INDH es una institución destinada a la protección y educación de los derechos humanos, que adquiere existencia legal mediante la Ley N° 20.405.

⁶⁰⁷ La Federación Iberoamericana del Ombudsman ("FIO") enlista al INDH entre los Ombudsman nacionales de sus miembros. Información disponible en: http://www.portal-fio.org/miembros_regiones/nacionales/

⁶⁰⁸ Información disponible en: <https://www.theioi.org/ioi-members#anchor-index-1704>

⁶⁰⁹ Esto sí lo hace respecto de otros países. Por ejemplo, en el caso de Sudáfrica, reconoce como Instituciones de Ombudsman, las Defensorías Militares, de la Salud, y aquellas organizadas regionalmente. En el caso LATAM, reconoce como Instituciones de Ombudsman, las Defensorías de Derechos Humanos de Guatemala y México, y todas las organizadas temática y territorialmente en Argentina.

y puede removerlos. Además, el órgano colegiado que dirige el INDH no cuenta con representación de la sociedad civil en la forma prevista en los Principios de París⁶¹⁰.

610 El órgano colegiado que lo dirige no representa fuerzas sociales en la forma prevista en los Principios de Parí, puesto que seis de los o las once integrantes son definidas en base a criterios políticos y la participa-

En general, la nueva Constitución es una oportunidad para articular un nuevo sistema de control administrativo, mediante mecanismos que fortalezcan la posición de la ciudadanía frente al poder de la Administración.

ción de la sociedad civil está limitada a organizaciones registradas en el INDH. Ver: Principios Relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales, reafirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas con la Resolución 48/134 de 1993.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

La institucionalidad existente en Chile ha puesto en evidencia su incapacidad para proteger a las mujeres ante la violencia individual y sistemática a la que están expuestas cada día.

En un país donde los órganos del Estado fallan en su obligación de proteger, garantizar y promover los derechos y libertades de las mujeres y diversidades, es fundamental contar con un sistema de control de los actos de la administración que permita llevar adelante la legalidad y la justicia con perspectiva de género y conforme a estándares de derecho internacional. Además, que sirva para someter toda forma de poder que opera con prescindencia de los impactos que sus acciones u omisiones tienen para las mujeres.

Los tribunales contenciosos administrativos —y cualquier organismo jurisdiccional—, deberían estar obligados a incorporar la perspectiva de género en el control que ejercen sobre la Administración del Estado. En el caso colombiano, se ha señalado que: “En su rol de juez de la administración pública, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha concedido a la equidad de género una labor tripartita —que se desprende del estudio de las providencias que profiere en su tarea de fallador constitucional u ordinario— en las que la perspectiva de

género es, a la vez, parámetro de corrección del actuar administrativo, fuente de medidas afirmativas de origen judicial y sustrato de libertades”⁶¹¹.

A pesar de ello, en el diseño institucional chileno no existen garantías de que tales órganos jurisdiccionales van a actuar bajo estándares con perspectiva de género, pues no existen orientaciones y obligaciones al respecto, por lo que queda al arbitrio de la judicatura de turno.

Una situación similar ocurre respecto de la Contraloría General de la República, la cual no tiene la obligación de observar la equidad de género en las actuaciones de la administración, así como tampoco debe orientar su propio actuar a ello. No existen registros de que se estén efectuando auditorías con perspectiva de género. Los dictámenes, por su parte, dependen de la opinión que tenga el o la Contralora de turno. Un caso que sirve de ejemplo son las últimas variaciones en materia de fúero maternal, beneficio que era denegado para funcionarias suplentes o de reemplazo y contratadas a honorarios, las cuales a partir de 2018 y 2019 respectivamente, han sido amparadas por esa prerrogativa.

En el caso de la Defensoría del Pueblo, que no está regulada en Chile, se presenta una oportunidad

611 Bermúdez Bermúdez, L. (2019) Avances y transformaciones de los criterios de equidad de género en el precedente del Consejo de Estado. Disponible en: <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2017/10/20190509A-VANCESYTRANSFORMACIONESDEOSCRITERIOSDEEQUIDADENELPRECEDENTEDELCONSEJODEESTADO.pdf>

dado que se puede incorporar perspectivas especializadas que se hagan cargo de la interseccionalidad y que definan la realidad de las mujeres que habitan este país, lo que otras instituciones tradicionales han sido incapaces de aplicar.

Así, mujeres migrantes, minorías raciales y étnicas, disidencias sexuales, niños, niñas y adolescentes, mujeres que viven con discapacidad, mujeres de la tercera edad, entre otras, podrían encontrar en la Defensoría del Pueblo un espacio

de protección y promoción de sus derechos sin precedentes en Chile.

Finalmente, es importante mencionar que la orgánica de todas estas entidades creadas por la Constitución, para la promoción de la equidad, debieran ser diseñadas como órganos paritarios. Por ejemplo, en el caso de la CGR, su estructura unipersonal del órgano contralor es decisiva en este aspecto, pues la circunstancia de que exista una sola persona que pueda acceder al cargo, en una cultura patriarcal, hace que necesariamente el elegido sea varón.

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

CONTROL POLÍTICO

País: URUGUAY

¿Por qué es buen ejemplo?

Uruguay es un sistema presidencialista al igual que Chile. Sin embargo, el Poder Ejecutivo cogobierna junto al Congreso, el cual tiene amplias facultades para interpelar a las autoridades ministeriales.

El Poder Ejecutivo en Uruguay se ejerce por la Presidencia en conjunto con los y las ministros/as. Las resoluciones de el o la Presidenta requieren de la firma de la respectiva autoridad ministerial para que sean obligatorias.

Por su parte, los y las ministras necesitan del apoyo parlamentario para asegurar su permanencia en sus cargos. La Presidencia de la República podrá requerir de la Asamblea General un voto de confianza expreso para el Consejo de Ministros. El juicio político se encuentra regulado expresamente en la Sección VIII.

Regulación Constitucional:

Artículo 85 -

A la Asamblea General compete: 19) Juzgar políticamente la conducta de los Ministros de Estado, de acuerdo a lo dispuesto en la Sección VIII.

Artículo 93 -

Compete a la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros de ambas Cámaras, al Presidente y el Vicepresidente de la República, a los Ministros de

Estado, [...], por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa.

Artículo 118 -

Todo Legislador puede pedir a los Ministros de Estado, [...] los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido [...]

Artículo 119 -

Cada una de las Cámaras tiene facultad, por resolución de un tercio de votos del total de sus componentes, de hacer venir a Sala a los Ministros de Estado para pedirles y recibir los informes que estime convenientes, ya sea con fines legislativos, de inspección o de fiscalización, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección VIII. [...]

Artículo 120 -

Las Cámaras podrán nombrar comisiones parlamentarias de investigación o para suministrar datos con fines legislativos.

Artículo 121 -

En los casos previstos en los tres artículos anteriores, cualquiera de las Cámaras podrá formular declaraciones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección VIII.

Sección VIII**Artículo 147 -**

Cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la gestión de los Ministros de Estado, proponiendo que la Asamblea General, en sesión de ambas Cámaras, declare que se censuran sus actos de administración o de gobierno [...].

Artículo 148 -

La desaprobación podrá ser individual, plural o colectiva, debiendo ser pronunciada en cualquier caso, por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de la Asamblea General, en sesión especial y pública. Sin embargo, podrá optarse por la sesión secreta cuando así lo exijan las circunstancias.

Se entenderá por desaprobación individual la que afecte a un Ministro, por desaprobación plural la que afecte a más de un Ministro, y por desaprobación colectiva la que afecte a la mayoría del Consejo de Ministros.

La desaprobación pronunciada conforme a lo dispuesto en los incisos anteriores determinará la renuncia del Ministro, de los Ministros o del Consejo de Ministros, según los casos.

El Presidente de la República podrá observar el voto de desaprobación cuando sea pronunciado por menos de dos tercios del total de componentes del Cuerpo. [...]

Si la Asamblea General mantuviera su voto por un número inferior a los tres quintos del total de sus componentes, el Presidente de la República, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes podrá mantener por decisión expresa, al Ministro, a los Ministros o al Consejo de Ministros censurados y disolver las Cámaras.

En tal caso deberá convocar a nueva elección de Senadores y Representantes, la que se efectuará el octavo domingo siguiente a la fecha de la referida decisión. [...]

TRIBUNALES CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

País: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Es un país latinoamericano, que cuenta con un sistema de justicia administrativa que forma parte de la rama judicial. Juzga los actos de la administración, en una sala de lo contencioso administrativo separado en 5 secciones: laboral; contractual y responsabilidad estatal; tributarios y de derecho económico en general; electoral, y una que conoce todos aquellos asuntos que no sean competencia de las otras secciones. También actúa como sala en pleno.

Hay una sala de consulta y servicio civil que conoce la función consultiva y sus miembros no ejecutan actos jurisdiccionales. La sala de gobierno cumple tareas administrativas. Existen tribunales y juzgados administrativos que ejercen tales funciones a nivel territorial⁶¹².

Regulación Constitucional:

Artículo 237 -

Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

PARÁGRAFO. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.

⁶¹² Información disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>

CONTROL ADMINISTRATIVO EXTERNO

País: FINLANDIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Finlandia es uno de los países con más bajo Índice de Corrupción, según Transparency International⁶¹³. Este modelo responde a una oficina de auditoría y destaca por sus amplias facultades de fiscalización en todas aquellas entidades, sean públicas o privadas, donde el Estado haya prestado financiamiento, salvo los municipios. Es nombrado por el Parlamento⁶¹⁴.

Regulación Constitucional:

Artículo 90 - Fiscalización y auditoría de las finanzas estatales.

El Parlamento fiscaliza la gestión económica del Estado y la observancia del Presupuesto del Estado.

A tal efecto, el Parlamento deberá tener un Comité de Auditoría. El Comité de Auditoría deberá reportar cualquier fiscalización significativa al Parlamento.

Para la auditoría de la gestión económica del Estado y de la observancia del Presupuesto del Estado, funciona adjunto al Parlamento un órgano independiente, la Oficina Nacional de Auditoría. El carácter y las funciones de la Oficina Nacional de Auditoría estarán regulados más precisamente por Ley.

Los Auditores del Estado y la Oficina Nacional de Auditoría tienen derecho a recibir de las autoridades y de otros agentes que constituyan objeto de su control la información que necesiten para el ejercicio de sus funciones.

⁶¹³ Transparency International (2018). Índice de percepción de la corrupción 2018. Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf

⁶¹⁴ Tribunal de Cuentas Europeo (2020). Entidades fiscalizadoras superiores de la UE y sus estados miembros. Disponible en: <https://op.europa.eu/webpub/eca/book-state-audit/es/#h-10>

TRIBUNAL DE CUENTAS

País: FRANCIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Es una entidad de fiscalización superior colegiada que cumple una función jurisdiccional, con alrededor de 200 años de historia.

Su ejemplo es relevante para el diseño de un tribunal de cuentas, que de forma independiente de la Contraloría General de la República, juzgue las cuentas de los funcionarios obligados. Su misión principal es garantizar el uso adecuado de los fondos públicos e informar al respecto a los ciudadanos⁶¹⁵.

En cuanto a sus funciones, se encarga de: la evaluación y juzgamiento de las cuentas públicas; las auditorías de conformidad y de gestión de todas las organizaciones públicas y los fondos públicos, o sus equivalentes; la certificación de las cuentas del Estado y de la Seguridad Social; la evaluación de las políticas públicas.

El Tribunal asociado de Disciplina Presupuestaria y Financiera (Cour de discipline budgétaire et financière, CDBF) examina las irregularidades cometidas por los gestores de cualquier tipo de fondos públicos o de sus equivalentes⁶¹⁶.

Regulación Constitucional:

Artículo 47.2 -

El Tribunal de Cuentas asistirá al Parlamento en el control de la acción del Gobierno. Asistirá al Parlamento y al Gobierno en el control de la ejecución de las leyes de Presupuestos y de la aplicación de las leyes de financiación de la seguridad social, así como en la evaluación de las políticas públicas. Por sus informes públicos contribuirá a la información de los ciudadanos.

Las cuentas de las administraciones públicas serán regulares y sinceras. Darán una imagen fiel del resultado de su gestión, de su patrimonio y de su situación financiera.

⁶¹⁵ Información disponible en: <https://www.ccomptes.fr/fr/cour-des-comptes/role-et-activites>

⁶¹⁶ Tribunal de Cuentas Europeo (2020). Las Entidades Fiscalizadoras Superiores de UE y sus Estados Miembros. Disponible en: <https://op.europa.eu/webpub/eca/book-state-audit/es/>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

País: ESPAÑA

¿Por qué es buen ejemplo?

Si bien la Constitución de España no regula de forma detallada este organismo, sí lo establece explícitamente. Es una Institución autónoma e independiente de toda autoridad. Cumple funciones de control de la Administración del Estado y defensa de las personas ante abusos en casos específicos.

Regulación Constitucional:

Artículo 54 -

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.





SEXTA PARTE / LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES

ACCIONES CONSTITUCIONALES⁶¹⁷

¿Cómo puede la ciudadanía proteger sus derechos fundamentales? ¿Cómo se logra que las Cortes de Apelaciones y Suprema tomen conocimiento de alguna vulneración de los derechos de las personas? Las acciones constitucionales permiten poner en conocimiento de las Cortes las vulneraciones de los derechos, a fin de que éstas ordenen el cese inmediato de la o las transgresiones.

⁶¹⁷ El presente acápite se referirá únicamente a la acción constitucional de protección y a la acción constitucional de amparo. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad e inconstitucionalidad deberán ser revisadas en el acápite relativo al Tribunal Constitucional. Finalmente, respecto a la acción de “amparo económico” se decidió dejarla fuera de esta recopilación por estar regulada en rango legal y no en la Carta Magna.

1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para una adecuada comprensión del tema que se desarrollará se presentan algunos conceptos que permitirán a los y las lectoras tener mayor claridad sobre lo señalado:

Acciones constitucionales:

Son mecanismos jurisdiccionales contemplados en la propia Constitución para proteger derechos fundamentales que estén siendo violados, vulnerados o amenazados. Estas hacen exigible su contenido y solicitan a los tribunales de justicia conocer de sus vulneraciones.

Acción de amparo⁶¹⁸:

Acción constitucional que busca cautelar los derechos de libertad personal y seguridad individual, principalmente, cuando una persona es detenida ilegalmente.

Acción de protección

(mal llamado “recurso de protección”):

Es una acción de carácter cautelar, que busca ser una garantía rápida y eficaz para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado⁶¹⁹. En otras palabras, su finalidad es proteger la lista de derechos que se detallan en el artículo 20 de la Constitución, siendo un remedio rápido que logre detener la vulneración que está sufriendo el derecho.

Exigibilidad de los derechos:

Es la posibilidad que tienen los derechos de demandarse o hacerse exigibles a las autoridades, normalmente mediante acciones constitucionales.

Garantías constitucionales:

Son mecanismos que el propio ordenamiento jurídico establece para la protección o tutela de los derechos fundamentales. Estas garantías pueden ser jurisdiccionales o no jurisdiccionales, y estar contempladas en el derecho nacional o internacional.

Justiciabilidad de los derechos:

Posibilidad de judicializar vulneraciones de derechos fundamentales y solicitar a los tribunales de justicia que conozcan el asunto y emitan un pronunciamiento en orden a detener la vulneración denunciada.

618 Sus antecedentes se remontan a la Carta Magna inglesa de 1215, la cual fue el primer texto positivo que señala como necesario justificar la detención de un súbdito. El primer registro de su utilización contra una autoridad se llevó a cabo en el reinado de Eduardo I de Inglaterra, en virtud del cual se le exigió al rey que rindiera cuentas acerca de los motivos por los cuales la libertad de un in-

dividuo era restringida. García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2014). Diccionario constitucional chileno (1^a ed.). Cuadernos del Tribunal Constitucional (Nº55), pág. 43. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56622/1/Diccionario%20Constitucional.pdf>

619 STC 1557-09

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Es necesario tener presente ¿Cómo y dónde están reguladas las acciones constitucionales dentro de la Constitución? ¿De qué manera están contempladas? ¿Cuál es el contenido de las normas que las regulan?

2.1. Acción de Protección

La acción constitucional de protección está regulada en el artículo 20 de la Constitución de 1980. Se puede entender de esta norma lo siguiente:

- ¿Quién puede interponer esta acción? (legitimación activa) La persona afectada o cualquier otra persona en su nombre.
- ¿Respecto de quién puede interponerse? (legitimación pasiva) Tradicionalmente se ha entendido que esta acción puede interponerse contra la autoridad administrativa (el Estado), ya que se estimaba que los derechos fundamentales sólo podían ser vulnerados por la autoridad (eficacia vertical de los derechos fundamentales). Sin embargo, se ha avanzado en orden a comprender que los y las particulares pueden tener conductas que vulneren derechos, por lo que podrá ejercerse esta acción también contra privados (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).
- ¿Contra qué actos procede?
 - *Acciones*: Implica hacer algo.
 - *Omisiones*: Implica una abstención, un “no hacer” algo. Es decir, será posible recurrir cuando se ha dejado de realizar una actividad y que dicha falta implique la vulneración al derecho.
- ¿Qué tipo de acciones u omisiones son recurribles?
 - *Ilegales*: Contrario al ordenamiento jurídico.
 - *Arbitrarias*: Debe carecer de justificación suficiente.
- ¿Qué efectos debe generar la acción u omisión para que sea posible recurrir a la acción de protección? La conducta puede consistir en:
 - *Privación del derecho*: Se traduce en la imposibilidad de ejercer el derecho en todas sus dimensiones, lo que traerá como consecuencia una desnaturalización de éste.

- *Perturbación*: Es la dificultad de gozar o ejercer el derecho por obstáculos para su disfrute.
- *Amenaza*: Es la existencia de un riesgo cierto y grave de perturbación o privación futura del derecho.

2.2. Acción de Amparo

La acción de amparo se encuentra regulada en el artículo 21 de la actual Constitución y sus principales elementos son:

- ¿Qué protege la acción de amparo? Esta acción constitucional contempla dos hipótesis:
 1. Vulneración de la libertad personal: Se produciría con arrestos y detenciones.
 2. Vulneración de seguridad individual: Como consecuencia de tratos vejatorios.

En cuanto a la primera hipótesis se deberá tener en cuenta que la detención o arresto deberá haberse producido con infracción al ordenamiento jurídico, por lo que las detenciones en contextos de legitimidad estarían fuera del ámbito de protección.

- ¿Qué objetivo tiene la acción de amparo? Busca que la persona detenida o vulnerada sea puesta en presencia de la magistratura, a fin de que sea el Poder Judicial quien cautele sus derechos y pueda darle protección del abuso de la autoridad u organismo que haya realizado la detención ilegal.
- ¿Quién puede interponerla? Tiene una amplia legitimación activa, ya que puede ser interpuesta por la propia persona vulnerada o cualquiera a su nombre, y que sea capaz de comparecer en juicio.
- ¿Qué formalidades debe cumplir la acción de amparo para su interposición? El amparo, tiene pocas formalidades, pues puede interponerse, incluso, de manera verbal. Ello se debe a la premura que requiere la actuación ante la vulneración de los derechos en juego.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Los derechos fundamentales requieren mecanismos que permitan a la ciudadanía exigir su cumplimiento, ya que sin ello serían sólo declaraciones de buena voluntad.

Una forma de dar cumplimiento o hacer exigibles los derechos contemplados en una Constitución es por medio de las acciones constitucionales: mecanismos que permitan requerir a los tribunales de justicia para que se pronuncien sobre una eventual vulneración de derechos.

La Constitución de 1980 contempla 4 grandes acciones para requerir tutela a los tribunales, estos son: la inaplicabilidad por inconstitucionalidad e inconstitucionalidad, competencia del Tribunal Constitucional⁶²⁰, y las acciones de protección y de amparo, diseñadas para solicitar protección ante las Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y a la Corte Suprema, en segunda. En este capítulo se revisarán las dos últimas.

La acción de protección implica dos dimensiones: una subjetiva (otorgar protección a la persona afectada) y otra objetiva (restablecer el imperio del derecho). Sin embargo, esto no es respecto de todos los derechos fundamentales.

La Constitución de 1980 definió la protección sólo en una parte de los derechos establecidos en el artículo 19⁶¹². Esto implica una importante desprotección para aquellos derechos que quedaron fuera de la norma. Estos son:

- Libertad personal y Seguridad individual.
- Igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.
- Derecho a la protección de la salud.
- Derecho a la educación.

- Derecho de petición.
- Derecho al trabajo.
- Igualdad ante las cargas públicas.
- Seguridad Social.

Para esta exclusión se han dado diversas explicaciones, algunas de las cuales se explican a continuación:

a. El derecho de libertad personal y seguridad individual (artículo 19 N°7) no requiere estar contemplado, ya que cuenta con una acción propia: la acción de amparo.

b. La salud, la educación, el trabajo digno y la seguridad social son derechos de contenido presencial, lo que se traduce en que el Estado debe gastar recursos para permitir el goce de estos. Esta característica implicó su exclusión de la acción de protección, pues se estimó que era muy gravoso concederles protección⁶²².

Es importante señalar que estos derechos están íntimamente relacionados a la satisfacción de las necesidades básicas de la ciudadanía y su desprotección genera desigualdad social, de tal modo que el argumento del gasto público no logra derrotar el deber del Estado de cautelar y garantizarlos.

c. La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y la igualdad ante las cargas públicas resulta poco atendible como justificación. Es posible considerar que un diseño adecuado de la parte orgánica de la Constitución y la implementación de la justicia redistributiva en materia tributaria permitiría dar protección a estos derechos.

Como consecuencia, la práctica jurídica ha ingenierado diversas alternativas para dar protección a los derechos excluidos. Una alternativa ha sido “la

⁶²⁰ Ver capítulo: Tribunal Constitucional.

⁶²¹ 1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica 2. Igualdad ante la ley 3. Garantía a no ser juzgado por comisiones especiales (juez natural) 4. Protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia 5. Inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada 6. Libertad de conciencia 7. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación 8. Derecho a elegir entre sistema de salud público y privado 9. Libertad de

enseñanza 10. Libertad de expresión 11. Derecho de reunión 12. Derecho de asociación 13. Libertad de trabajo, solo en su libre elección y contratación 14. Derecho de sindicación 15. Libertad económica 16. No discriminación del Estado en materia económica 17. Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes 18. Derecho de propiedad 19. Derecho de propiedad intelectual e industrial.

⁶²² Ver capítulo: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCAs).

propietarización de los derechos”, lo que se significa estimar que las personas son dueñas de sus derechos fundamentales y por ello, su afectación implicaría una vulneración a la propiedad, derecho que sí cuenta con protección⁶²³.

El fenómeno de propietarización de los derechos ha traído importantes consecuencias de “atochamiento en las Cortes”, ya que el mayor número de casos que deben ser resueltos son los relativos a los recursos de protección por alza de Isapre. La consecuencia de esto es que casos de mayor relevancia, en los que los bienes jurídicos en juego son de mayor envergadura, deben esperar varios meses para ser resueltos. Esta problemática implica repensar la labor de las Cortes y la relación que debe tener la administración con el resguardo de los derechos.

Otra fórmula ha sido generar conexiones de derechos entre los que gozan de protección de la norma y los excluidos. En términos simples, se argumenta que los derechos están relacionados, por lo que al afectar uno (que no cuente con protección) se está necesariamente afectando otro (que sí está protegido). Por ejemplo, al impedir que se acceda a ciertos medicamentos (protección a la salud), lo que realmente se está afectado es la integridad personal o se está amenazando la vida, derechos que sí están protegidos.

Por último, también existen los derechos que se desprenden de los tratados internacionales y que pueden ser accionados en una acción de protección o amparo.

Un aspecto importante para tratar es el diseño orgánico y la priorización de revisión de la acción constitucional de protección. La Constitución dispone que las Cortes de Apelaciones conocen en primera instancia, estas acciones cautelares. El “Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales” de la Corte Suprema regula, además, plazos breves de tramitación y fallo para estas acciones,

los cuales, en la práctica, no se cumplen. Esto deja en desprotección durante meses a los vulnerados durante meses mientras esperan las decisiones de la Corte.

En cuanto a la acción de amparo, también conocida como *habeas corpus*, su ámbito de aplicación se ha ampliado significativamente en los hechos. Se ha utilizado frecuentemente para cautelar a las personas que vean afectado su derecho (por la autoridad administrativa) a transitar y residir en el territorio nacional, o el derecho de entrar o salir del país. Lo mismo sucede con quienes se encuentran privadas de libertad y resultan afectadas en el ejercicio de sus derechos, debido a las condiciones carcelarias o respecto de aquellas personas perturbadas en su libertad personal⁶²⁴.

En la historia reciente de Chile, esta acción constitucional ha sido protagonista en la protección de derechos de la ciudadanía en los estados de excepción constitucional⁶²⁵. Por ello, se genera la necesidad de mantener esta acción constitucional en la nueva Constitución, sin que ello signifique la imposibilidad de repensar su diseño para permitir una concepción más amplia de su ámbito de cautela, a fin de actualizarla a las necesidades del nuevo contexto.

Por último, cabe señalar que, una vez iniciada la discusión constitucional, es necesario poner especial atención en los mecanismos de protección a los derechos fundamentales. El examen requerirá un análisis económico y de diseño orgánico, pero también de observar las actuales necesidades de la ciudadanía.

Un primer cambio, si no el más urgente, implicará la incorporación del catálogo completo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales al ámbito de protección de esta acción constitucional. Sin perjuicio de ello, una adecuada gestión conllevará necesariamente a repensar el vínculo entre funciones estatales, para poder dibujar de manera más adecuada los campos de acción y protección de cada poder estatal⁶²⁶.

⁶²³ Un ejemplo de esto son los recursos de protección por alza de plan base de las ISAPRES en los cuales se estima vulnerada la propiedad sobre las cláusulas contractuales y no el derecho a la salud.

⁶²⁴ Henríquez Viñas, M. (2013) ¿Hacia una ampliación del *habeas corpus* por la Corte Suprema? Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, vol. 20 (Nº 2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200016>

⁶²⁵ Ver capítulo: Estados de excepción constitucional.

⁶²⁶ El ejemplo de los recursos de protección por alza de ISAPRE permite un adecuado ejercicio imaginativo toda vez que si temas como ese quedarán entregados a la administración (a saber, Superintendencia de Salud) en lo que se conoce como “el derecho administrativo de los derechos humanos” se permitirá descomprimir las Cortes para que puedan actuar con la rapidez que aquellas circunstancias que ameriten la interposición de la acción de protección.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Acompañado a las deficiencias estructurales, radicadas particularmente al limitado ámbito de protección de las acciones constitucionales mencionadas, se suman las particularidades que emanan de la revisión de éstas bajo el lente de la perspectiva de género.

Para el recurso de protección, no basta sólo con reconocer la estrecha relación entre las necesidades básicas de la ciudadanía y la obligatoriedad de protección estatal para, por ejemplo, los derechos económicos sociales y culturales⁶²⁷, sino que requiere preguntarse qué efectos particulares tiene la regulación sobre mujeres y disidencias.

El factor género es profundamente relevante en el ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales, ya que, desde la interseccionalidad, la superposición de características particulares implica mayores desafíos para el ejercicio de estos derechos.

Un ejemplo de ello es el derecho al trabajo, excluido de la protección de esta acción cautelar, puesto que evidencia (en su dimensión remuneracional) una importante desigualdad entre hombres y mujeres. Esta diferencia se agudiza si se entrelaza a otros factores como lo sería ser una mujer empobrecida, en contexto rural y/o con diversidad funcional. Por ello, urge la inclusión de estos derechos al ámbito de resguardo de la acción constitucional de protección.

Desde la óptica de la interseccionalidad, es relevante cuestionar los tiempos de conocimiento y fallo que tienen hoy las Cortes para esta acción. Para una mujer empobrecida, la velocidad y priorización que se dé por parte de la Corte a un recurso por negativa al pago de sus licencias médicas, por ejemplo, puede profundizar la vulneración a sus derechos. Si sumamos la alta posibilidad que ejerza labores de cuidado, se puede evidenciar la clara necesidad de que su requerimiento se resuelva a la brevedad, pues su precarización impactará también en quienes cuidan.

Se cuestiona también el uso del lenguaje masculino en la redacción de esta norma, dado que esta prescri-

be “el que”, lo que es incompatible con un lenguaje universal que busque desdibujar del imaginario un sujeto ideal masculino. Esto se extiende a la acción de amparo, ya que la subjetividad activa está planteada en términos masculinos. La norma establece que “todo individuo que se hallare arrestado...”.

Por lo anterior, y considerando la capacidad que tiene el lenguaje para construir realidades, la invisibilización de mujeres y disidencias en la redacción de la norma impactará también en su operatividad y efectos. Con ello, deberán privilegiarse fórmulas de género neutro para el diseño y construcción normativo, como lo sería “quien por actos u omisiones [...]”.

En relación con lo anterior, cabe cuestionar el diseño de la actual acción de amparo, la cual no incorpora las vulneraciones que podrían darse principalmente hacia mujeres y disidencias que vean afectada su seguridad individual y libertad personal, como serían vulneraciones sexuales o violencia de género que pudiese producirse con ocasión de su estadía en recintos penitenciarios.

Otro ejemplo son las órdenes de expulsión a personas migrantes, actos administrativos que afectan los derechos contemplados en el artículo 19 N°7 de la actual Constitución. En estos no se considera la especial situación de mujeres que son madres y que su eventual expulsión podría vulnerar su individualidad y los derechos de sus hijas e hijos, así como el principio de unificación familiar.

Finalmente, se debe mencionar que hay problemas a nivel normativo y otros más estructurales. En el caso del amparo, que sea una acción desformalizada es positivo porque contribuye a que mujeres (con menos tiempo, recursos, estudios o acceso a defensa jurídica) lo puedan presentar más fácilmente. No obstante, en la práctica esta desformalización no se condice con el real acceso, ya que las condiciones materiales de accesibilidad no son las adecuadas (por ejemplo, las corporaciones de asistencia judicial no dan abasto). Por lo tanto, no bastará la corrección normativa, sino que deberán incorporarse mecanismos de igualdad de oportunidades que permitan a las mujeres acceder en igualdad a la protección de sus derechos.

⁶²⁷ Ver capítulo: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

ACCIÓN DE PROTECCIÓN

País: COLOMBIA

¿Por qué es buen ejemplo?

Resulta particularmente interesante que se incorpore la posibilidad de acciones colectivas y que otorgue un trato diferenciado para estas hipótesis. Asimismo, es destacable que se señale expresamente que la vulneración puede venir tanto de la autoridad como de particulares.

Regulación Constitucional:

Artículo 86 -

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

[...] La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Artículo 87 -

Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Artículo 88 -

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

ACCIÓN DE AMPARO

País: ALEMANIA

¿Por qué es buen ejemplo?

A la luz de los acontecimientos recientes producidos por la pandemia del Covid-19, resulta interesante el vínculo que hace esta Constitución con la salubridad pública como motivo habilitante para la restricción del derecho

Regulación Constitucional:

Artículo 11 - Libertad de circulación y de residencia.

1. Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal.

2. Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley, y sólo en los casos en los que no existiesen medios suficientes de subsistencia y, por ello, surgiessen cargas especiales para la comunidad, o cuando fuese necesario para defenderse frente a un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para combatir el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos.

SEXTA PARTE / LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¿El Congreso puede dictar normas que se desliguen de la Constitución? ¿Una persona puede reclamar si es que la aplicación de una norma le resulta inconstitucional? ¿Se puede reclamar para que una norma que ya es ley sea sacada del ordenamiento por ser inconstitucional?

El derecho a poder reclamar la constitucionalidad de las normas es una de las bases democráticas. Sin embargo, han sido múltiples los modelos para determinar qué órgano es el encargado, cómo se compone y qué facultades tiene. En Chile, como en varios otros países, es el Tribunal Constitucional. No obstante, como se verá a continuación, este se ha robustecido a tal nivel que ha generado problemas de legitimidad.



CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Con el fin de tener claridad y poder comprender cabalmente las funciones y características del Tribunal Constitucional (TC), es relevante desarrollar los siguientes conceptos claves a continuación:

Acción de inaplicabilidad:

Su fin es la declaración de la inaplicabilidad de una norma por parte del Tribunal Constitucional, para un caso concreto que se encuentra pendiente de resolución. Una vez que el TC acoge esta acción, la norma en cuestión no puede ser aplicada en el caso concreto.

Acción de inconstitucionalidad:

Su objetivo es la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de una norma en el ordenamiento jurídico completo, y que ha sido declarada inaplicable de forma previa. Una vez que el TC declara inconstitucional un precepto legal, dicha norma deja de tener efecto en todo el ordenamiento jurídico.

Control de constitucionalidad:

Conjunto de procedimientos que realiza el Tribunal Constitucional, los cuales tienen por objetivo contrastar diversas normas con la Constitución. La conclusión del procedimiento anterior puede declarar la conformidad de la norma con la Constitución, la inaplicabilidad en un caso concreto o la inconstitucionalidad, lo que genera que se expulse la norma del ordenamiento jurídico.

Control de constitucionalidad preventivo:

Control de constitucionalidad que se ejerce respecto a normas que aún no ingresan al ordenamiento jurídico (leyes que no han sido promulgadas).

Control de constitucionalidad posterior:

Control de constitucionalidad que se ejerce respecto a normas vigentes, es decir, que ya ingresaron al ordenamiento jurídico. Este control se realiza por el TC mediante dos vías: acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

El Tribunal Constitucional se encuentra regulado en el Capítulo VIII de la Constitución de 1980 y sus principales elementos son los que se revisarán a continuación:

a. Integración:

- Diez ministros/as designados/as: tres por la Presidencia de la República, cuatro elegidos por el Congreso Nacional (dos nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado) y tres elegidos por la Corte Suprema.
- Durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres años.
- Serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquel que haya integrado como reemplazante o quien haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años.

- Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

b. Atribuciones:

- **Control de constitucionalidad:** el TC ejercerá el control de constitucionalidad de normas, que puede tener el carácter de preventivo (previo a que se promulgue la ley respectiva) o posterior (una vez que la norma ya ha ingresado al ordenamiento jurídico).
 - El control preventivo puede ser, a su vez, de carácter *facultativo* (eventual) u *obligatorio*. El primer caso sucederá cuando dicho control lo requiera (i) la/el Presidente/a de la República; (ii) la/el Presidente/a de las Cámaras del Congreso; o, (iii) una parte de las y los miembros en ejercicio de dichas cámaras. Por otro lado, tendrá carácter de obligatorio por la naturaleza de las normas a controlar, según se describe en el siguiente párrafo.

- Las normas que la Constitución establece que deberán ser *controladas obligatoriamente por el TC* son: (i) leyes interpretativas de la Constitución; (ii) leyes orgánicas constitucionales (LOC) o; (iii) tratados internacionales en materias de LOC. Por su parte, *las normas que pueden ser objeto de control* son: (i) proyectos de ley; (ii) reformas constitucionales o tratados internacionales no referidos a materias de LOC; (iii) las leyes; (iv) decretos con fuerza de ley; (v) decretos supremos; (vi) convocatorias a plebiscito; y, (vii) autos acordados dictados por la Corte Suprema, Corte de Apelaciones o el Tribunal Calificador de Elecciones.
- El control posterior corresponde a la revisión realizada por el TC ya sea por la vía de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (para conocer y resolver las eventuales vulneraciones que se produzcan a la Constitución por la aplicación de un precepto legal a un caso concreto) o por acciones de inconstitucionalidad (el TC puede declarar inconstitucional un precepto de rango legal que haya sido previamente declarado inaplicable en un caso concreto).
- **Reclamos:** podrá resolver los reclamos en caso de que el/la Presidente/a de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.
- **Contiendas de competencia:** Resolverá las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia.
- **Pronunciamiento sobre inhabilidades:** Podrá resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales, incompatibilidades y causales de cesación de cargos respecto al o la Presidenta de la República, los y las ministras de Estado o los y las parlamentarias.
- **Pronunciamiento sobre ilícitos constitucionales:** Declarará la inconstitucionalidad respecto a organizaciones, movimientos o partidos políticos que hubieren incurrido en ilícitos prescritos por el artículo 19 N°15, incisos 6° y siguientes de la Constitución Política de Chile.
- **Revisión de sus sentencias:** Contra las resoluciones del TC no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que el mismo Tribunal puede rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido, conforme a la ley.

3.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

El Tribunal Constitucional apareció por primera vez en Chile en la Constitución de 1925 (a partir de una modificación realizada en el año 1970 mediante la Ley N°17.284), pero con potestades bastante distintas a las que contiene actualmente. Así, a través de ciertas reformas -luego de ser suprimido y restablecido en dictadura- este órgano jurisdiccional ha ido adquiriendo más facultades que han culminado con un tribunal político excesivamente poderoso.

La mayor -y de las pocas- reformas constitucionales, corresponde a la del año 2005. Esta se concentró principalmente en los siguientes aspectos:(i) la integración, duración en el cargo⁶²⁸ y la forma de funcionamiento⁶²⁹ de los/as ministros/as; (ii) otorgación de nuevas atribuciones esenciales y (iii) la concentración del control constitucional⁶³⁰. Esto implicó una mayor politización de la judicatura, a la cual, además, se le entregó mayores herramientas y potestades para controlar la legislación bajo el pretexto de su carácter técnico (o de derecho).

⁶²⁸ Previo a la reforma, las y los ministros/as permanecían en el cargo por 8 años con derecho a reelección. Posterior a la reforma, se aumentó a 9 años sin poder ser designados de forma consecutiva.

⁶²⁹ Previo a la reforma, el TC sólo funcionaba en pleno con un quórum de 5 ministros/as. Posterior a la reforma, se puede conocer en sala o en pleno.

⁶³⁰ Antes de la reforma, una vez que una norma entrará en vigencia, el control de constitucionalidad le corresponde a la Corte Suprema.

Respecto a su integración, quedó en un total de 10 personas⁶³¹ (previamente eran 7) y dadas las modificaciones en su designación, se fortaleció el carácter político del tribunal. Al examinar las designaciones posteriores a la reforma, es posible vislumbrar que ha existido cuoteo político⁶³², esto es, que los diversos bandos políticos se han turnado las designaciones de Ministros/as.

En cuanto a sus atribuciones, se le entregó una mayor amplitud en el espectro de normas a controlar, además de la facultad de resolver conflictos entre autoridades administrativas o políticas con tribunales de justicia (que no le correspondan al Senado) y la facultad de calificar la inhabilidad de parlamentarios.

Por último, se concentraron las facultades del control constitucional en el TC⁶³³. Lo anterior, no deja de ser llamativo ni exento de conflicto, tal como se ha evidenciado en el último tiempo⁶³⁴.

Entre los casos recientes más relevantes para la opinión pública, donde el Tribunal ha revertido consensos del Congreso que implicaban avances en materias de derechos humanos, se encuentra la Ley de Educación Superior, donde se consideró inconstitucional la norma que prohibió el lucro en las Universidades; el proyecto que le otorgaba más atribuciones al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), en el que no se permitió incorporar la facultad de sancionar a los privados y, por último, el proyecto de Modernización de las Relaciones Laborales, donde se declaró inconstitucional la titularidad sindical y la extensión automática de beneficios.

Lo anterior, se encuentra directamente relacionado a las críticas más importantes que se le han realizado al TC, a saber: la falta de responsabilidad de quienes ejercen como ministros, el control preventivo facultativo, en particular, respecto a proyectos de ley y la poca eficacia de la resolución de casos en el tribunal.

Primeramente, los y las ministras del TC no tienen régimen de responsabilidad alguno. Esto implica que sus integrantes son inamovibles, a menos que cumplan los 75 años de edad⁶³⁵. Además, los y las ministras no se encuentran obligados a declarar sus inhabilidades para conocer las causas puestas a su conocimiento, la que deberá ser impugnada por alguna de las personas interesadas en el caso, debiendo tramitarse en pleno⁶³⁶.

Asimismo, como no existe control sobre sus sentencias, tampoco es posible exigirles coherencia entre sus decisiones. En esa lógica, dentro de las críticas usuales hacia el TC es que, bajo pretexto de tecnicismos, se adoptan decisiones políticas por personas que no han sido electas por la ciudadanía, muchas veces en un sentido contrario a las adoptadas por el congreso.

Por su parte, el actual sistema de control preventivo facultativo de constitucionalidad, especialmente respecto al control sobre proyectos de ley⁶³⁷, ha generado que el TC sea criticado como una institución que da lugar a una tercera cámara legislativa. Este control –comúnmente denominado– “contramayoritario”⁶³⁸, provoca una distorsión en los procesos democráticos al interferir en la apro-

631 Estos 10 miembros son designados de la siguiente forma: 3 ministros/as designados por el o la Presidente de la República; 4 ministros/as designados por el Congreso (2 por la cámara del Senado, y 2 por la cámara de Diputados y Diputadas, ratificado por el Senado); y, por último, 3 ministros/as por la Corte Suprema. A partir de la modificación en las reglas de designación de dichos ministros y ministras, la composición del tribunal pasó a ser compuesta 7/10 de origen netamente político, y 3/10 a propuesta de la Corte Suprema.

632 Noticias nacionales que dan cuenta de la situación de las cuotas políticas en la designación de ministros (as) en el TC: La lógica del ‘cuoteo político’ que también tiene al SERVEL. (19 octubre 2019). El Mostrador. Disponible en línea: <<https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/10/19/la-logica-de-cuoteo-politico-que-tambien-tiene-al-servel/>>; Tribunal Constitucional. (25 de abril de 2021). Diario Constitucional. Disponible en línea: <<https://www.diariococonstitucional.cl/cartas-al-dictador/tribunal-constitucional-2/>>.

633 Previo a la reforma, la Corte Suprema controlaba la constitucionalidad de las normas vigentes.

634 A este respecto, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional, a instancias de sentencias, han colisionado en sus ideas sobre cuál es el tribunal superior. Así, la SCS Rol N°21.027 afirmó que la autonomía del Tribunal Constitucional no implica que “todas sus actuaciones queden al margen de la revisión que pueda hacer la jurisdicción conforme a los procedimientos que la propia Carta Política contempla y de la cual no se le ha excluido en dicho ordenamiento”.

635 Los miembros no tienen un sistema de responsabilidad mediante el cual se pudiesen remover, eventualmente, por notable abandono de deberes u otras causales.

636 Las implicancias y recusaciones son causales legales que inhabilitan a un juez para conocer de un asunto por carecer de imparcialidad, siendo las primeras más graves que las segundas. En el TC, para que se aplique la inhabilidad por implicancia, los ministros han de discutirlas en pleno y votar por su procedencia (artículo 22 DFL 5 de 2010), con excepción del implicado(a) y no existe la recusación (artículo 22 DFL 5 de 2010).

637 Se destaca el control preventivo de los proyectos de ley, pues ahí es donde mayormente se vislumbra su rol como una tercera cámara.

bación de leyes que han sido aprobadas por representantes electos por la sociedad, es decir, por el Congreso Nacional.

Por último, la lentitud y poca eficiencia en el conocimiento de las causas, devela un uso inadecuado

del Tribunal Constitucional. Así, las principales razones para que ello ocurra, se deben al abuso de la acción de inaplicabilidad, que ha cooptado la atención y recursos del TC⁶³⁹ y a la excesiva concentración de potestades en el o la presidenta del tribunal⁶⁴⁰.

638 Término utilizado para dar cuenta de la falta de legitimidad para anular una decisión tomada por otro órgano, en este caso, el Congreso.

639 En los últimos años, las causas han aumentado a un promedio de 1.457 causas por año. Una de sus principales causas es su uso abusivo para congelar y/o dilatar procesos judiciales, lo cual ha suscitado conflictos respecto a la competencia del tribunal, quién puede solicitarlo, entre otros.

640 El artículo 8 del DFL 5 de 2010 establece que el o la Presidente del TC ha de presidir las sesiones y audiencias, distribuir las causas, formar las tablas, designar al Ministro redactor, atender el despacho de la cuenta diaria, dictar decretos y providencias de la mera sustanciación de las causas, abrir y cerrar las sesiones del tribunal, participar en la vista de las causas y, dirimir en casos de empate. Esto es, el ritmo de la revisión de causas queda radicada principalmente en el o la Presidente.

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Tal como se expuso previamente, no son pocos los casos en los cuales este Tribunal ha revertido decisiones mayoritarias de la deliberación democrática en el Congreso. Por sí mismo, se podría considerar que su rol “contramayoritario” no es necesariamente un problema. Sin embargo, alcanza una arista distinta al tener presente que la composición del Tribunal es designada y *esencialmente* política, lo que lo transforma en una tercera cámara.

Es por ello, que resulta aún más importante resaltar que en su integración no existen cuotas de género ni paridad⁶⁴¹, como tampoco escaños reservados para representantes indígenas.

Así, dentro de los casos más relevantes y conflictivos relativos al género, se presentan en la sentencia de la llamada “píldora del día después” y la regulación del aborto en tres causales.

En el primer caso sobre la “píldora del día después”, ante la imposibilidad de determinar dónde inicia la vida, el fallo estableció que se considera persona al nasciturus desde la concepción. Por lo que gozaría plenamente de la protección del derecho a la vida⁶⁴² y por ello, en su momento se concluyó la inconstitucionalidad de la píldora.

De modo semejante, la sentencia de control de constitucionalidad del reglamento para ejercer la objeción de conciencia en el aborto en tres causales concluyó que prevalece el derecho a la libertad de conciencia tanto individual como de grupos intermedios —en concreto, clínicas privadas— sobre el derecho de mujeres a acceder al aborto en las causales respectivas.

Estos últimos casos revelan una falta de coherencia sistemática de parte del Tribunal Constitucional respecto a la incorporación de los derechos humanos con perspectiva de género en sus sentencias, o incluso la falta de control de convencionalidad.

641 De hecho, su integración actual tiene una ratio de 2:10 de mujeres respecto a hombres.

642 “La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observar ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona”. STC Rol N°740-2007, Cº 49º.

Con todo lo anterior, cabe preguntarse entonces si es deseable o no tener un Tribunal Constitucional. Las críticas a este órgano son compartidas ampliamente por diversos sectores de la sociedad, pero no ha existido total acuerdo sobre si debe ser eliminado del sistema orgánico. Algunas propuestas apuntan a entregar sus facultades a la Corte Suprema⁶⁴³, crear una Corte Constitucional o mantener el TC, pero con ciertas reformas.

Independiente de cuál sea la conclusión en dichas opciones, una pregunta relevante a realizar es justamente ¿qué se espera que se haga mediante el control constitucional? ¿Se debe tener por fin último la protección de un *status quo* determinado por el constituyente o de los derechos fundamentales, en base a una interpretación progresiva?

Lo anterior no es una pregunta insignificante en cuanto a obviar que las decisiones mayoritarias pueden resultar vulneradoras para grupos minoritarios⁶⁴⁴ o grupos diversos a las subjetividades originales de la norma, lo que significa vulnerar derechos humanos. La interpretación en atención al respeto irrestricto de los derechos humanos significa también poder adaptar la normativa a casos que no son

contemplados en la norma y que, por ello, pueden recibir un trato distinto con tal de hacer prevalecer los derechos fundamentales de toda persona.

De esta manera, los Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales son entidades relevantes en los regímenes democráticos ya que, con el diseño adecuado, pueden tener un rol vital en la protección de quienes sean minorías circunstanciales o permanentes.

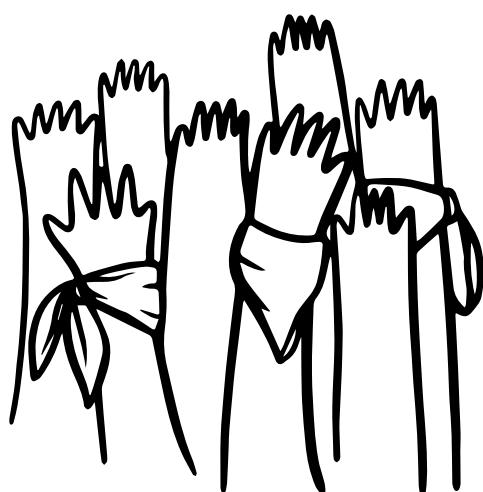
En ese contexto, es importante revisar la constitucionalidad de las normas toda vez que la actividad legislativa no es ajena a presiones de mayorías circunstanciales. Lo relevante será entonces que dicha revisión no impida o entorpezca el rol deliberativo y democrático que tiene el congreso u órgano legislativo.

Bajo esa línea, el rol del control constitucional debe ser especialmente sensible a la protección de los derechos fundamentales, donde se establezca un mandato de adecuación de la norma a los casos concretos y una adecuada formación en la materia a los y las ministras a cargo.

643 Tal como se mencionó, previo a la reforma del 2005, la Corte Suprema era quien realizaba el control posterior de constitucionalidad. Sin embargo, la CS se encuentra saturada con recursos para resolver, por lo que no agilizaría la resolución de las materias constitucionales si se le entregase dicha competencia por completo.

644 Se advierte que la alusión de minorías incluye a mujeres, dado la sub-representación en espacios de poder, como a disidencias y grupos de especial protección.

EL ROL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DEBE SER ESPECIALMENTE SENSIBLE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.



CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR⁶⁴⁵

A. INTEGRACIÓN Y RESPONSABILIDAD

País	Sistema de integración	Sistema de responsabilidad o remoción
Chile	<p>Integración: 10 ministros.</p> <p>Elegidos por: 3 por el o la Presidente, 4 por el congreso, 3 por la Corte Suprema.</p> <p>Duración: 8 años, sin reelección.</p>	Inamovilidad
Bolivia	<p>Integración: 7 magistrados titulares y 7 suplentes + al menos 2 que provengan del sistema indígena originario campesino. (Total: 9 magistrados titulares y 7 suplentes).</p> <p>Elegidos por: Elecciones judiciales por sufragio popular. La Asamblea Legislativa realiza la preselección para la nómina de 28 candidatos, en donde la mitad debe ser mujer.</p> <p>Duración: 6 años⁶⁴⁶.</p>	<p>Acusación constitucional ante la cámara de senadores por acusación de la cámara de diputados, por delitos realizados en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Acusación constitucional ante la cámara de senadores por acusación de la cámara de diputados, por delitos realizados en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Además, el Consejo de la Magistratura de Justicia podrá promover la revocatoria de mandato de los y las Magistradas cuando, en el ejercicio de sus funciones, cometan faltas gravísimas determinadas por la ley⁶⁴⁷.</p>
Ecuador	<p>Integración: 9 miembros 9 años.</p> <p>Elegidos por: Comisión calificadora de dos personas nombradas por poder legislativo, el poder ejecutivo y comisión de Transparencia y Control Social. La selección se hace a partir de candidaturas presentadas por los poderes nombrados, mediante un concurso público.</p> <p>En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.</p> <p>Ejerce en pleno y en salas.</p> <p>Duración: Ejercicio de 9 años, sin reelección inmediata⁶⁴⁸.</p>	<p>No procede juicio político.</p> <p>Responden igual que el resto de las autoridades públicas.</p> <p>Procede la destitución⁶⁴⁹.</p>

A destacar: De la exposición previa, llama la atención las exigencias paritarias en género en ambos países, además de las cuotas indígenas en Bolivia.

⁶⁴⁵ Los países seleccionados para la comparación han sido seleccionados a partir de los elementos geográficos, coincidencia en sistemas jurídicos, y elementos específicos de sus regulaciones a destacar.

⁶⁴⁶ Artículos 199, 200 y 183 de la Constitución de Bolivia.

⁶⁴⁷ Artículos 432-434 de la Constitución de Ecuador.

⁶⁴⁸ Artículos 429, 432, 433, 434 y 435 de la Constitución de Ecuador.

⁶⁴⁹ Artículo 431 de la Constitución de Ecuador.

B. COMPETENCIAS

País	Control preventivo	Acción de inaplicabilidad	Acción de inconstitucionalidad
Chile	Sí. Obligatorio y facultativo.	Sí	Sí
Colombia ⁶⁵⁰	Sí	No	Sí
Bolivia ⁶⁵¹	Si, en 3 situaciones: 1) ratificación de TTII; 2) constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la constitución; 3) Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley.	No	No
Ecuador ⁶⁵²	Sólo en los siguientes casos la Corte Constitucional, emitirá dictamen de constitucionalidad previo y vinculante: 1) Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional; 2) Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados; 3) Objecciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.	No	Sí. Además, tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de normas de oficio.

A partir de los casos mencionados, cabe destacar que el control previo de las Cortes Constitucionales se encuentra extremadamente limitado, debiendo referirse sólo a determinados casos establecidos en la ley, y no referentes a proyectos de ley, circunstancia la cual ha causado una crisis de

legitimidad en el TC actual chileno. Por su parte, la no procedencia de la acción de inaplicabilidad tal como se consagra aquí en Chile se podría explicar por la agrupación de competencia de dichas cortes en conocer acciones de protección ordinarias y extraordinarias en las mismas Cortes.

⁶⁵⁰ Artículo 214 número 6 y 241 de la Constitución de Colombia.

⁶⁵¹ Artículo 202, y 204 de la Constitución de Bolivia.

⁶⁵² Artículo 429, 430, 436, 437, 438, 439, 440 de la Constitución de Ecuador.



SEXTA PARTE / LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES

TRATADOS INTERNACIONALES

La Constitución puede determinar cómo los tratados internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico nacional y cuál es su obligatoriedad, lo que puede cobrar gran relevancia si se trata de Derechos Humanos, por el control de convencionalidad.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para introducirnos en la discusión sobre la regulación de los tratados internacionales en la Constitución, es necesario comprender los siguientes conceptos:

Bloque de constitucionalidad:

Es el conjunto de derechos fundamentales que no aparecen en la Constitución, pero que igual pueden ser invocadas ante las Cortes del país como parámetros de control. El bloque de constitucionalidad estaría integrado por los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, por las normas de *ius cogens* y por los derechos que aseguran los tratados internacionales de derechos humanos, entre otros⁶⁵³.

Control de convencionalidad:

Consiste en el deber de los y las juezas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y el derecho internacional de derechos humanos. Mediante este control, las normas nacionales son dotadas de contenido y alcance a la luz de los parámetros internacionales⁶⁵⁴.

Derecho nacional o derecho interno:

Es el conjunto de normas de un país que regulan las relaciones entre los sujetos y/o las instituciones y el Estado, o entre los sujetos y las instituciones entre sí. Lo primero, se regula a través del derecho público y lo segundo, a través del derecho privado. Existen distintos tipos de normas jurídicas: la Constitución Política, las leyes propiamente tales y los reglamentos⁶⁵⁵.

Derecho internacional:

Regula las relaciones de los Estados entre sí y con otros sujetos nacionales o internacionales (organismos internacionales, personas, entre otros). Es el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional y entre sus funciones está preservar la paz y la seguridad internacional, la cooperación entre los distintos sujetos y el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos y de las relaciones privadas internacionales.

Derecho internacional de los derechos humanos: Sistema normativo que establece las obligaciones de los Estados en la promoción, protección y garantía de los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio, a través de la disposición de normas en tratados internacionales de derechos humanos. Además, establece mecanismos de protección y procedimientos para hacer valer el pleno goce y ejercicio de aquellos derechos, mediante la creación de Cortes y organismos internacionales (por ejemplo, la Corte o Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Normas de *ius cogens*:

Según la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por ejemplo, normas que ya gozan del estatus de *ius cogens* a nivel universal son, entre otras, la prohibición de agresión, de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, las reglas básicas del derecho internacional humanitario, la prohibición de discriminación racial y apartheid, la tortura, la esclavitud y el derecho a la auto determinación⁶⁵⁶.

653 Nogueira Alcalá, H. (2006). El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, 2015, pp. 301-350. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v13n2/art11.pdf>

654 Núñez Donald, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos* (N°11), pág. 159. Disponible en: doi:10.5354/0718-2279.2015.37497

655 Biblioteca del Congreso Nacional (s/f). Guía de formación cívica: El poder legislativo. Disponible en: https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle_guia?h=10221.3/45762

656 Comisión de Derecho Internacional. Report of the International Law Commission. Seventy-First Session. A/74/10. Conclusión 23. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf>

Relación del derecho internacional con el derecho interno:

Las normas internacionales mandan la priorización del derecho internacional sobre el nacional, pero las normas constitucionales determinan el uso del derecho internacional en el derecho interno. Aun cuando esto último es una prerrogativa del Estado, en ningún caso le permitirá evadir su responsabilidad internacional, lo que emana del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Esto quiere decir que el Estado, al suscribir un tratado internacional se encuentra vinculado por él y no puede invocar su derecho interno para excusarse del cumplimiento íntegro del mismo.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

De acuerdo con el artículo 32 N°14 de la Constitución, para ratificar los tratados internacionales, lo primero que el o la Presidenta de la República debe hacer, es someterlos a consideración del Congreso, el cual los aprobará con el quórum correspondiente según la materia que traten.

De esta manera, se requiere de un acto interno para la incorporación en el plano nacional de las disposiciones internacionales contenidas en un tratado. Los Estados establecen un diseño institucional en la Constitución que establece cómo se integra el derecho internacional al derecho interno.

Se pueden encontrar dos modelos de articulación de estos ordenamientos: un método jerárquico, que busca establecer un orden de preponderancia de los tratados internacionales y un modelo de interpretación conforme, el cual busca incorporar criterios de interpretación según sea el caso concreto.

Tratados o convenciones internacionales:

Son instrumentos jurídicos que una vez suscritos y ratificados por los Estados, generan obligaciones jurídicas para ellos, entre sí o para con otros sujetos nacionales o internacionales. De acuerdo con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los tratados o convenciones internacionales son, entre otros, fuente de derecho internacional. Encontramos una diversidad de temas que son regulados por los tratados internacionales, referidos a temáticas económicas, ambientales, limítrofes, de seguridad y derechos humanos.

Por otro lado, el artículo 5° de la Constitución Política de Chile señala como límites al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos humanos, estableciendo el deber de los órganos del Estado de respetar y promover estos derechos, sea que se encuentren regulados en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁶⁵⁷.

La Constitución no contiene una norma explícita que otorgue rango supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal a los tratados internacionales. La interrogante acerca de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales ha tenido varias respuestas desde la academia y la jurisprudencia, con posiciones divergentes.

La Corte Suprema ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales⁶⁵⁸. Al respecto, ha afirmado que

657 El artículo 5° establece “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

658 “Caso Sandoval”, SCS Rol N°517-2004, 17 de noviembre de 2004. “Caso Vásquez y otros”, SCS Rol N°559-2004, 13 de diciembre de 2006. “Caso Rojas”, SCS Rol N°3125-04, C° 35, 13 de marzo de 2007. “Caso Rojo Espinoza”, SCS Rol N°2054-08, C° 1 de 18 de junio de 2008. “Caso Zapata Reyes”, SCS Rol N°3452-06, C° 66, 10 de mayo de 2007. “Caso Gómez Aguilar”, SCS Rol N°1528-06, C° 37, de 24 de enero de 2008. Citados en: NASH, Claudio. Op. cit.

“los derechos humanos asegurados en un tratado 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 desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no solo deriva del mencionado artículo 5º, sino también del artículo inciso primero y cuarto, del artículo 19 N°26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales”⁶⁵⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha mantenido posiciones divergentes. Por un lado, ha afirmado que estos derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos tienen rango legal⁶⁶⁰. Por otro lado, ha morigerado esa posición señalando que “la significación de tales derechos [humanos] en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”⁶⁶¹.

Sin entrar en el debate de fondo, es importante tener presente que una parte importante de los académicos del derecho nacional afirman que a partir del agregado inciso segundo del artículo 5º de la

Constitución Política realizado por la reforma constitucional del año 2005, los tratados internacionales de derechos humanos fueron elevados a rango constitucional⁶⁶². Parte de esta doctrina incluso sostiene que los tratados internacionales de derechos humanos que recogen normas imperativas o de *ius cogens* tienen jerarquía supraconstitucional⁶⁶³.

A su vez, se ha argumentado que la modificación que la reforma del año 2005 hizo al artículo 54 de la Constitución relativo a las atribuciones del Congreso, donde se equiparó la aprobación de los tratados a los trámites de una ley, permitiría sostener que aquellos prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía⁶⁶⁴.

Por último, el artículo 93⁶⁶⁵, establece la obligación del Tribunal Constitucional de realizar un control preventivo obligatorio de constitucionalidad únicamente de los tratados que se refieren a materias propias de ley orgánica constitucional. Respecto de otras materias, el control preventivo será facultativo⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷.

Lo anterior significa que, si existe un conflicto entre las normas constitucionales y aquellas contempladas en un tratado internacional de derechos humanos que se refieran a materias propias de ley orgánica constitucional, pueden ocurrir dos cosas: no se ratifica el tratado (pues de hacerse, se generaría una colisión normativa), o se debe modificar la disposición constitucional incompatible con éste⁶⁶⁸.

⁶⁵⁹ Corte Suprema de Chile. Caso “Ricardo Troncoso Muñoz y otros”, Sentencia de 6 de abril de 2007, Rol N° 3452-06, considerando 66º.

⁶⁶⁰ Ver: STC Rol N° 346-2002, con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional. Esto se reafirma en la STC Rol N°1288-2009, en donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad. Citados en: Nash Rojas, C. (septiembre de 2012). Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-en-Chile.pdf>

⁶⁶¹ STC Rol N° 1340-2009, C° 9º.

⁶⁶² Al respecto, ver: Nogueira Alcalá, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, año 9 (N°1), págs. 403-466. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>.

⁶⁶³ Al respecto ve los siguientes textos: Aldunate Lizana, E. (2010). La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Ius et Praxis*, año 16 (N°2), págs. 185-210. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067>

S0718-00122010000200007, y Acosta Alvarado, P. (julio de 2016). Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, vol. 14 (N°1), págs. 15-60. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>

⁶⁶⁴ Pfeffer Urquiaga, E. (2005). Reformas constitucionales 2005. Editorial Jurídica de Chile, pág. 287. Citado en: Nash Rojas, C. (septiembre de 2012). Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

⁶⁶⁵ Artículo 93 N° 1 de la Constitución Política de la República: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (1) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

⁶⁶⁶ Artículo 93 N° 3 Constitución Política de la República: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (3) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

⁶⁶⁷ Ver capítulo: Tribunal Constitucional.

⁶⁶⁸ Nash Rojas, C. (2012), op. cit., pág. 42.

¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Como se ha señalado, la Constitución Política no contempla una disposición expresa relativa a la posición de los tratados internacionales en el derecho interno⁶⁶⁹, ni tampoco la obligatoriedad de sus normas jurídicas⁶⁷⁰. Esto quiere decir, que la Constitución deja indeterminada la relación de jerarquía entre las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales, sin definir si éstos ocupan un lugar por sobre la constitución (supraconstitucional), al nivel jerárquico de ella (constitucional), bajo ella y sobre la ley (supralegal) o bien, con un rango legal. Esto ha dado lugar a una importante discusión doctrinaria.

La forma en que se integra el derecho internacional en el derecho interno resulta particularmente relevante en lo que respecta a los tratados internacionales de derechos humanos.

Entender que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen una jerarquía constitucional, trae importantes consecuencias en la protección de los derechos fundamentales⁶⁷¹, pues hace obligatoria su aplicación por los poderes públicos, además se crea la posibilidad que puedan exigirse por las personas de manera directa ante las cortes nacionales.

En efecto, otorgar un rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos hace que los órganos del Estado deban adecuar su comportamiento tanto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, como a los derechos humanos expresados en esos tratados. En caso de incumplimiento, las Cortes nacionales deberán utilizar como fuente normativa ambos ordenamientos.

En suma, dar rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos permite complementar la interpretación de los derechos que sí se encuentran consagrados constitucionalmente. Eso significa una ampliación del catálogo de derechos y su contenido, ya que en muchos casos el derecho internacional de los derechos humanos muestra mayores avances que el derecho interno en estas materias. Esto entrega un “poderoso impulso dinamizador de la protección de los derechos fundamentales, favoreciendo la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas”⁶⁷².

Lo anterior, a modo de ejemplo, se traduce en términos prácticos en que la frase “hombres y mujeres son iguales ante la ley” contenida en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política relativo a la igualdad ante la ley, puede leerse a la luz de tratados internacionales de derechos humanos que perfeccionan ese contenido reducido. Así, este derecho puede complementarse en su contenido y alcance por la Convención Americana de Derechos Humanos o por la CEDAW.

Por otro lado, la Constitución Política de Chile insaurta el control preventivo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de aquellos tratados que abordan materias propias de leyes orgánicas constitucionales.

Algunos autores consideran necesario regular que dicho control de constitucionalidad se haga respecto de todo tratado suscrito, de manera de “dotar de plena seguridad jurídica a dichos instrumentos jurídicos una vez incorporados al derecho interno y ser coherente con la obligación de los Estados Parte de los tratados de cumplirlos de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno a ello”⁶⁷³. Esto evitaría que entren al derecho interno normas que estén en contradicción con la Carta Fundamental⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ Al respecto, ver: Aldunate Lizana, E. (2010), op. cit.

⁶⁷⁰ Nogueira Alcalá, H. (2008). La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. Estudios Constitucionales, año 6 (Nº2), pág. 354. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v6n2/art11.pdf>

⁶⁷¹ Para observar una comparación entre los derechos consagrados en la Constitución Política de Chile y aquellos establecidos en los tratados internacionales, ver Nash Rojas, C. (2012), op. cit., págs. 29 y 30.

⁶⁷² Nash Rojas, C. (2012), op. cit., pág. 45.

⁶⁷³ Nogueira Alcalá, H. (2008), op. cit., pág. 353.

⁶⁷⁴ Henríquez Viñas, M. (2010). Control de constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXII, pág. 376.

En conjunto a dicha idea, se plantea eliminar el control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales que se efectúa cuando ya se han incorporado al derecho nacional vigente, a fin

de evitar posibles incumplimientos de las obligaciones internacionales cuando ya han sido asumidas por el Estado⁶⁷⁵.

675 Henríquez Viñas, M. (2007). *Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales*. Estudios Constitucionales, año 5 (Nº1), pág. 125. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82050106.pdf>

4.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

La consagración en la Constitución Política de Chile de una norma que otorgue, al menos, rango constitucional a los tratados de derechos humanos, resultaría beneficiosa a propósito de dos tratados internacionales específicos suscritos y ratificados por Chile: la Convención de Belém do Pará y la CEDAW.

Estos tratados contienen importantes lineamientos respecto al resguardo de la violencia contra la mujer y de las discriminaciones en su contra, y generan un estatuto de protección que prevalece por sobre cualquier disposición de derecho interno que contravenga aquellos estándares básicos definidos por la comunidad internacional.

Así, brindarles un rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos —y específicamente a esos tratados—, permitiría una cautela mayor de los derechos de la mujer. Esto resulta particularmente relevante considerando que en la actualidad existe una escasa regulación legal en cuanto a esta materia en Chile. La incorporación constitucional de los tratados internacionales

de derechos humanos y la jurisprudencia a la que han dado lugar resulta imprescindible para generar un mejor estatuto de protección y promoción.

Un ejemplo controvertido en torno a esta temática fue la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de un artículo de la denominada “Ley Pascua”⁶⁷⁶, la cual reduce la pena aplicable a delitos sexuales en la medida en que hubieren sido cometidos por naturales de la isla y en su territorio (artículo 13). El Tribunal Constitucional acogió la pretensión invocando a la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, lo que resultó en que no se pueda invocar esa norma para el caso concreto⁶⁷⁷.

Otro ejemplo ocurrió en el contexto de un caso de violación y de distintas agresiones sexuales, donde la diferencia entre el Juzgado de Garantía y la Corte de Apelaciones de Temuco fue sustancial respecto a la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva (esta fue interpretada en la Corte de Apelaciones según los estándares de la Convención Belém do Pará y concedida para el imputado)⁶⁷⁸.

676 Ley N°19.441 (22 de febrero de 1966) que crea el Departamento de Isla de Pascua. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28472>

677 STC Rol N°8792-2020. Resumen disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Comunicado-STC-8792_20.pdf

678 SCA de Temuco, Rol N°595-2020, c° 7, 24 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/5010/1887/1596808170.pdf>

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

País: ARGENTINA

¿Por qué es buen ejemplo?

En la Constitución de la Nación Argentina se observa un listado de tratados internacionales que, por su importancia, tienen jerarquía constitucional con prescindencia del quórum necesario para su aprobación. Aquellos tratados y convenciones sobre derechos humanos que no se encuentran en dicho listado, adquieren jerarquía constitucional previa aprobación por el Congreso con un quórum de 2/3. La regulación resulta interesante por cuanto se señala expresamente la posición que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno.

Regulación Constitucional:

Artículo 75 -

Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre

Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

País: ECUADOR

¿Por qué es buen ejemplo?

En la Constitución de Ecuador, se establece el control preventivo de constitucionalidad sólo de los instrumentos internacionales que requieran la aprobación del Congreso Nacional, entre los que se encuentran aquellos que se refieran a derechos y garantías establecidas en la Constitución. No se contempla un control represivo de constitucionalidad. Además, la Constitución de Ecuador recoge el “principio pro persona”, esto significa que establece un régimen que pondera cuál ordenamiento jurídico prevalece –Constitución o tratado– según cuál sea el que establezca derechos humanos más favorables a la persona.

Regulación Constitucional:

Artículo 419 –

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a

condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

Artículo 424 –

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 438 –

La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. [...].

SEXTA PARTE / LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONTROLES

REFORMA CONSTITUCIONAL

Los mecanismos de reforma constitucional permiten modificar el texto de la Constitución. Generalmente exigen una amplia mayoría en el Congreso, incluso la realización de referéndums o plebiscitos. Mientras más difícil es cambiar una Constitución, esta es menos adaptable a los cambios culturales y sociales de un país.



1.

CONCEPTOS ESENCIALES PARA COMPRENDER DE QUÉ SE HABLA

Para comprender mejor la Reforma Constitucional, es necesario comprender los siguientes conceptos:

Quórum:

Proporción de personas necesaria para que un órgano o cuerpo deliberante llegue válidamente a acuerdos, o bien, proporción de votos favorables para que un órgano adopte válidamente una decisión⁶⁷⁹. En la actual Constitución se utiliza este concepto para señalar el número de votos favorables que requiere una ley para su aprobación. La cantidad de votos requeridos para aprobar una ley de reforma constitucional, o quórum, es muy superior a los votos exigidos para aprobar una ley

ordinaria o común, la que requiere solo del voto favorable de la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara.

Reforma constitucional:

Es un procedimiento que permite modificar el texto de la Constitución, ya sea parcial o totalmente. En general, los mecanismos de reforma constitucional tienen requisitos exigentes: una cantidad mayor de votos que otros textos normativos para ser aprobadas, la obligación de llamar a referéndums o plebiscitos, la creación de órganos especiales como asambleas constituyentes, entre otras⁶⁸⁰.

679 Ibidem, pág. 849.

680 García Pino, G., Contreras Vásquez, P., Martínez Placencia, V. Diccionario Constitucional Chileno. (1^a ed.). Editorial Hueders, pág. 856.

2.

¿QUÉ DICE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

La actual Constitución chilena regula las reformas constitucionales en su capítulo XV⁶⁸¹, teniendo como sus principales disposiciones las siguientes:

- Establece que los proyectos de reforma pueden ser iniciados por la Presidencia de la República o cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, a través de un proyecto de ley (artículo 127).
- En general, cualquier ley de reforma debe ser aprobada por los 3/5 de diputados/as y senadores en ejercicio. Algunos capítulos exigen una ley aprobada por aprobada por 2/3 de los diputados/as y senadores en ejercicio (Art. 127)⁶⁸².

- El proyecto de reforma constitucional se rige por las mismas reglas y procedimientos que se aplican en la aprobación de cualquier ley, salvo por la exigencia de más votos. La Constitución regula especialmente qué hacer cuando hay desacuerdos entre el Ejecutivo y el Congreso, permitiendo que este último insista en su postura con los 2/3 de los votos (artículo 128). Si el desacuerdo persiste, el o la Presidenta/a puede convocar a un plebiscito y consultar a la ciudadanía (Artículo 129).

Un aspecto importante de analizar es la reforma constitucional que dio inicio al proceso constituyente. La ley N°21.200 incorporó un título nuevo al Capí-

681 A pesar de que el procedimiento de reforma es complejo y requiere amplias mayorías en el Congreso, la Constitución de 1980 ha sido modificada más de 50 veces en democracia. Una reforma especialmente importante fue la reforma constitucional de 2005, incorporada a través de la Ley N° 20.050. Esta reforma eliminó a los senadores vitalicios, eliminó la función de "garantes de la institucionalidad" de las Fuerzas Armadas, incrementó las atribuciones del Tribunal Constitucional, entre otras.

682 Capítulos I (Bases de la institucionalidad), III (Derechos y deberes constitucionales), VIII (Tribunal Constitucional), XI (Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad), XII (Consejo de Seguridad Nacional) y XV (Reforma de la Constitución).

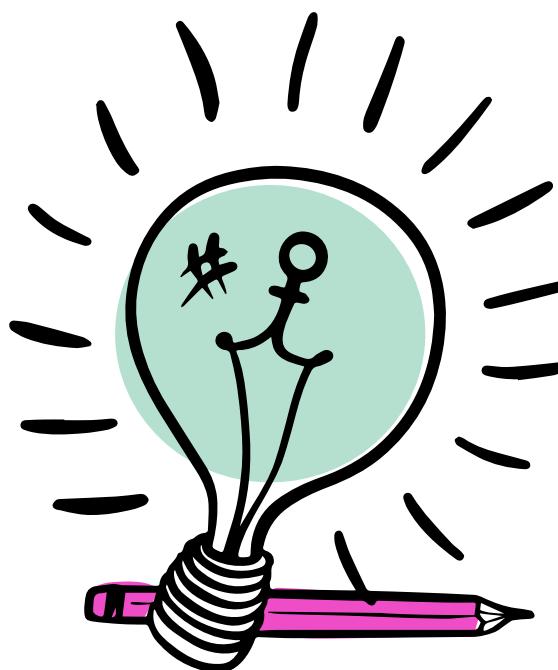
tulo XV de la Constitución sobre reformas constitucionales, donde se incluyó un procedimiento nuevo y específico para elaborar una nueva Constitución Política, cuyas disposiciones a destacar son:

- Los artículos 130 a 142 establecen los pasos del proceso constituyente: plebiscito de entrada, elección de convencionales, funcionamiento de la Convención Constitucional y plebiscito de salida.
- Previene cuáles son las leyes aplicables para las elecciones involucradas en el proceso, los requisitos e incompatibilidades para ser candidato a convencional, y los límites de funcionamiento de la Convención. Esto es relevante desde el punto de vista de la reforma a la Constitución, pues establece límites de contenido (límites sustantivos) al nuevo texto constitucional.
- El inciso final del artículo 135 dispone que la nueva Constitución debe respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y los tratados internacionales vigentes. Además, se limitan las atribuciones de la Convención Constitucional, donde se refuerza que su única función es acordar una nueva Constitución, y que no puede intervenir en las atribuciones de otros órganos del Estado ni atribuirse soberanía.

- Durante el funcionamiento de la Convención, la Corte Suprema tiene el rol de dirimir debates sobre el procedimiento, cuando $\frac{1}{4}$ de los y las miembros de la Convención presentan una reclamación (artículo 136). Sin embargo, este requerimiento sólo puede referirse a cuestiones formales, pues no puede reclamarse respecto de los límites de contenido referidos anteriormente (artículo 136 inciso final).

Finalmente, es importante indicar que las reglas que permiten la paridad también fueron incorporadas a la Constitución mediante una ley de reforma constitucional, la Ley N° 21.216. Esta ley agregó tres disposiciones transitorias (29°, 30° y 31°) que establecen en detalle las reglas electorales que garantizan la paridad de la Convención.

Para aprobar una ley de reforma constitucional es necesario contar con una gran cantidad de votos en el Congreso y, además, con la aprobación de la Presidencia de la República. El Ejecutivo tiene atribuciones para vetar un proyecto de reforma, lo cual fuerza a que el Congreso deba reunir aún más votos para aprobar un proyecto. Asimismo, la Presidencia puede llevar un asunto de reforma constitucional a plebiscito para que la ciudadanía decida.



¿CÓMO SE REFLEJA EN LA PRÁCTICA ESA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL?

Los mecanismos de reforma constitucional permiten adaptar una constitución a la realidad social y política y asegurar con ello que la Constitución sea el texto normativo más importante y ampliamente respetado⁶⁸³. La flexibilidad constitucional es un elemento fundamental para asegurar estabilidad democrática. De hecho, globalmente las reformas constitucionales son muy frecuentes, y aproximadamente 30 constituciones son reformadas todos los años⁶⁸⁴.

En el texto actual de la Constitución, con excepción de los artículos que regulan el proceso constituyente, permite reformas constitucionales sujetas a exigencias procedimentales que se traducen en leyes de reforma constitucional.

El mecanismo para aprobar estas leyes exige super mayorías para reformar algunos capítulos de la Constitución, lo que ha sido el principal obstáculo para obtener cambios relevantes. Además, sólo el Ejecutivo y el Congreso pueden proponer cambios constitucionales, sin requerir participación ciudadana en la forma de plebiscitos o iniciativa popular de ley.

Para la mayoría de la academia y jurisprudencia nacional los requisitos para reformar la Constitución son solo procedimentales. No existen en el actual texto constitucional artículos inmodificables o contenidos de mayor o menor jerarquía. Todas las normas constitucionales pueden ser modificadas a través del procedimiento descrito en la misma Constitución⁶⁸⁵.

Al mismo tiempo, la ley de reforma constitucional no es de rango legal, sino que constitucional. Esta distinción es relevante porque se ha interpretado mayoritariamente, que cuando el Tribunal Constitucional controla una ley de reforma constitucional solo puede referirse a vicios de procedimiento, no debatir sobre su contenido⁶⁸⁶⁻⁶⁸⁷.

A pesar de las dificultades para concretar reformas constitucionales, la actual Constitución chilena ha sido modificada muchas veces en democracia. Sin embargo, estas reformas, aunque necesarias, no han cambiado aspectos claves para democratizar definitivamente el texto constitucional.

Las sucesivas reformas han dejado intacto el sesgo neoliberal de los derechos constitucionales, especialmente en la satisfacción de derechos sociales y han mantenido leyes supramayoritarias (leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado) que blindan y dificultan transformar el orden político, económico y social ideado en dictadura⁶⁸⁸.

La incapacidad de reformar la Constitución y las leyes supramayoritarias que consolidan el modelo político y económico forma parte del descontento del movimiento social que inició en octubre de 2019 en Chile. El texto constitucional demarcó los límites de lo posible, lo cual impidió responder a las necesidades ciudadanas.

683 García Barzelatto, A. M. (2014). Mecanismos de Reforma Constitucional. *Revista de Derecho Público* (Nº especial marzo), pág. 50. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2014.31675>

684 Ginsburg, T. y Melton, J. (2015). Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13 (Nº3), pág. 689. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mov041>

685 Henríquez Viñas, M. (2011). El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno. *Anuario de Derecho Público UDP* (Nº1), pág. 466. https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/21_Henriquez.pdf

686 La STC Rol N°9797-2020, Cº 33º admite que cualquier reforma a la Constitución sea examinada sustancialmente por el Tribunal Constitucional y tal como afirmó el voto dirimente en la sentencia, esta nueva interpretación “exacerba el presidencialismo, disminuye el poder del Congreso, desequilibra la función arbitral del Tribunal obstaculizando los canales de la reforma política, contribuyendo el conjunto a una tensión constituyente ad-portas del proceso conducente a una nueva Constitución”.

687 Zúñiga Urbina, F. (2006) Control constitucional de la reforma constitucional. *Estudios Constitucionales*, año 4 (Nº2), pág. 417. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040118>

688 Couso Salas, J., y Coddou McManus, A. (2010). Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena. En: Fuentes, C., [Ed.] (2010). En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile. Ediciones Böll Cono Sur, pág. 196 y ss. Disponible en: https://cl.boell.org/sites/default/files/en_el_nombre_del_pueblo_1.pdf

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS SI SE ANALIZA BAJO UNA LUPA FEMINISTA?

Las reformas constitucionales realizadas en democracia no han conseguido transformar la identidad ideológica de la Constitución de 1980. La cual también contiene trabas en término de equidad de género, por ejemplo, cómo está concebido el concepto de familia y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y disidencias sexuales⁶⁸⁹.

A través de reformas constitucionales se ha logrado cierto grado de igualdad formal entre hombres y mujeres en la Constitución, además de cuotas de género para algunas candidaturas. No obstante, estos logros son insuficientes para responder adecuadamente a las necesidades y aspiraciones de las mujeres y organizaciones feministas⁶⁹⁰.

Más allá de los límites institucionales y procedimentales que han obstaculizado las reformas constitucionales en estas últimas tres décadas, lo cierto es que, hasta antes del inicio del proceso constituyente, las mujeres no habían logrado permear la agenda política constitucional.

El actual proceso constituyente abre un espacio inédito de reforma y reemplazo de la Constitución, que además garantiza una participación paritaria de hombres y mujeres.

Para consolidar esa participación, también hay que poner atención a detalles del proceso de deliberación. Por ejemplo, las reglas para tomar decisiones, la conformación de comisiones dentro de la Convención, la disposición del espacio para las discusiones, los horarios de trabajo y su compatibilidad con roles parentales, entre otros⁶⁹¹.

Este proceso, junto al contexto social y político en el que surgió, permiten presumir que la nueva Constitución será feminista, o al menos, protegerá de mejor manera a las mujeres y diversidades sexuales. Estará por verse si la presencia y amplia participación de mujeres en la Convención Constitucional producirá efectivamente una Constitución transformadora y con perspectiva de género.

689 Casas Becerra, L. (2018). *El cambio constitucional y la necesidad de proteger los derechos relativos a la autonomía reproductiva de las mujeres*. En: Casas Becerra, L. y Maira Vargas, G. [Comp.] (2018). *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N°1 de la Constitución Política: Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales (1^a ed.)*. Ediciones Universidad Diego Portales, pág. 10. Disponible en: https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Visiones_Contrapuestas_-_El_Cambio_Constitucional.pdf

690 Ibidem, pág. 15.

691 Rubio-Marín, R. (2020). *Women and participatory constitutionalism*. International Journal of Constitutional Law, vol. 18 (Nº1), pág. 243. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moa005>

5.

CONSTITUCIONES DE OTRAS PARTES DEL MUNDO QUE ES ÚTIL CONSIDERAR

Los mecanismos de reforma constitucional son elementos muy importantes del diseño constitucional. Por lo tanto, son específicos a una realidad institucional, política y constitucional particular. No existen mecanismos ideales o más o menos deseables, sino que hay vías adecuadas para otorgar estabilidad y flexibilidad a una constitución determinada.

La mayoría de las constituciones exige múltiples pasos para lograr una reforma a la Carta Fundamental: aprobación de ambas cámaras del parlamento, aprobación del Ejecutivo, ratificación popular, control judicial, etc.⁶⁹².

692 Ginsburg, T. y Melton, J. (2015), op. cit., pág. 692.

REFORMA CONSTITUCIONAL

País: COSTA RICA

¿Por qué es buen ejemplo?

Este caso diferencia claramente entre reforma parcial y total de la Constitución, previendo mecanismos para cada opción. Un proyecto de reforma parcial puede ser presentada ante la Asamblea Legislativa y seguir un procedimiento agravado de aprobación, es decir, con más requisitos y votos favorables que en la aprobación de una ley ordinaria⁶⁹³. O bien, una reforma parcial puede aprobarse mediante referéndum, donde la mayoría de la ciudadanía debe aprobar la reforma propuesta. Este referéndum debe ser convocado por el Parlamento. La reforma total de la Constitución sólo puede llevarse a cabo, a través de una Asamblea Constituyente convocada en una ley aprobada por 2/3 de los parlamentarios, sin necesidad de aprobación del Ejecutivo. Además, incorpora la participación ciudadana, a través de referéndums.

Regulación Constitucional:

Artículo 195 -

La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

1. La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.
2. Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;
3. En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.
4. Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la forma-

ción de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;

5. Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;
6. El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;
7. La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprueba por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.
8. De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Artículo 196

La reforma general de esta Constitución sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁶⁹³ Robles Leal, A. (2016). *La reforma constitucional por la vía referendaria en Costa Rica: Su tramitación y el ejercicio de control de constitucionalidad* (1^a ed.). Instituto de Formación y Estudios en Democracia, pág. 15.



ABOFEM
ASOCIACIÓN DE ABOGADAS
FEMINISTAS

PODER CONSTITUIDO, PODER DECONSTRUIDO

**La Constitución de 1980
bajo la lupa feminista**

