

CNC CONSTITUYENTE

*Propuestas del Comercio, los Servicios y el Turismo de Chile
para el debate constitucional*

I. Índice.

• INTRODUCCIÓN.	PÁG. 3
• CONSIDERACIONES PARA UN DEBATE CONSTITUCIONAL.	PÁG. 5
• REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.	PÁG. 29
• DERECHOS DIGITALES Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA.	PÁG. 48
• DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y NUEVA CONSTITUCIÓN.	PÁG. 63
• DIÁLOGO SOCIAL PARA EL NUEVO Y FUTURO MUNDO DEL TRABAJO.	PÁG. 80
• PROPUESTAS PARA GENERAR UN MARCO JURÍDICO-TRIBUTARIO QUE FOMENTE EL EMPRENDIMIENTO.	PÁG. 99

I. Introducción.

La Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo (CNC) ha sido históricamente, en atención a los sectores de la economía que representa, un actor relevante en el quehacer público, en especial en aquellas materias y decisiones que suponen cambios para el desarrollo y funcionamiento de la empresa y, por ende, en su relación con el resto de la sociedad.

Teniendo eso en cuenta, la construcción de posiciones y propuestas gremiales siempre se han gestado desde las bases, a través de procesos internos de reflexión y consulta a los socios que integran la Cámara y velando porque sus legítimas inquietudes queden representadas de la mejor manera.

El camino que nos lleva a este documento comienza en marzo del 2019, el que consistió en un trabajo de análisis y generación de propuestas de cara al proceso constituyente, realizando conversatorios con expertos en la materia y preparando una guía para facilitar el proceso de reflexión del gremio.

El trabajo se sostuvo durante todo ese año y desde marzo de 2020 se contó con el soporte técnico de los abogados asesores Diego Miranda, Gaspar Jenkins y Rodrigo Azócar para profundizar aun más en el análisis para la elaboración de propuestas en torno a los temas definidos como de mayor relevancia por los socios. Paralelamente se conformó una Comisión Constitucional integrada por consejeros de la Cámara, la que se abocó a trabajar teniendo como marco los temas y comentarios definidos y desarrollados por las bases.

Podemos resumir el trabajo de la siguiente manera:

- **Informe N° 1**, denominado “Consideraciones para un Debate Constitucional”, el cual se enfoca principalmente en aspectos vinculados con el quehacer empresarial, temas que forman parte del concepto de orden público económico, ya que en él se abordan materias relacionadas con el rol del Estado en materia económica, el rol de los actores privados en la economía, la institucionalidad ligada a la actividad económica y los derechos fundamentales que guardan relación directa con la actividad económica como lo es por ejemplo, el derecho de propiedad o la libertad de emprendimiento económico.
- **Informe N° 2**, denominado “Reglamento de funcionamiento de la Convención Constitucional”, el cual propone una serie de ideas y defensas de principios que, como gremio, estimamos de la mayor importancia ya que permiten asegurar que el proceso constituyente se lleve adelante respetando las reglas que impone el estado de derecho, asegurando que el fruto de la discusión sean propuestas consensuadas, a las cuales se pudo arribar de forma democrática, transparente y con la necesaria participación ciudadana.
- **Informe N° 3**, denominado “Derechos digitales y Constitución Política”, el cual plantea que la Constitución debe reconocer de manera amplia, la existencia de un nuevo ambiente en que se desarrolla la vida humana, dentro del cual se deben garantizar los mismos derechos que en el entorno físico, haciéndose un llamado a que sea el legislador quien dé concreción a tales derechos y garantías. Asimismo, se promueven los mecanismos de auto regulación y de solución alternativa de conflictos dentro de este ámbito.

- **Informe N° 4**, denominado “Derechos del consumidor y nueva Constitución”, el cual sugiere la necesidad de que la Constitución contenga una mención expresa al derecho del consumidor y a la protección de la libre competencia, consagrándose valores o principios fundamentales para fijar la base jurídico-social de las relaciones entre proveedores competidores y entre estos y sus consumidores. En este informe también se concluye que debiera dejarse al legislador el desarrollo concreto de los derechos y garantías y de los instrumentos institucionales de fiscalización y supervigilancia.
- **Informe N° 5**, denominado “Diálogo social para el nuevo y futuro mundo del trabajo: Una nueva mirada para las relaciones colectivas del trabajo”, en el que se aborda la necesidad de que el ordenamiento jurídico laboral responda a los constantes cambios que experimenta el mundo del trabajo para lo cual, se sugiere que la Constitución regule los aspectos básicos y mínimos que deben regir la relación laboral como, asimismo, incorporando un catálogo de derechos fundamentales de los trabajadores y promoción del diálogo social permanente al interior de las empresas. La Constitución debiera también incentivar la formalidad, especialmente en el ámbito laboral, el cumplimiento estricto de la ley, promover un sindicalismo profesional e independiente de toda injerencia externa, incentivar negociaciones ajustadas a la realidad y condiciones de las relaciones laborales en los distintos sectores, a los distintos tamaños de las empresas, entre otros factores y, finalmente, asegurar los derechos de ambas partes en el ejercicio de la huelga como herramienta de “última ratio”.
- **Informe N° 6**, denominado “Propuestas para generar un marco jurídico-tributario que fomente el emprendimiento”, el cual fue elaborado por la Comisión Tributaria de la CNC, presidida por el abogado Christian Aste M., y en el cual se plantean propuestas cuya finalidad consiste en promover un marco jurídico que fomente el emprendimiento, en base a reglas que sean estables, certeras, simples, y que generen empleo, ya que esos factores son la base del crecimiento.

Como se aprecia, se trató de un largo camino para llegar a un documento único, el que tuvo siempre presente la rigurosidad técnica de los asesores y la participación democrática del gremio. Como CNC fuimos una de las primeras asociaciones empresariales en realizar un ejercicio que se anticipara al trabajo de la Convención. Muy temprano entendimos que nos enfrentábamos a un tema de importancia trascendental, ya no únicamente desde el punto de vista de las consideraciones jurídicas, sino que, sobre todo, desde sus efectos en la empresa y en la sociedad. Sabemos que no hay recetas probadas ni caminos fáciles, sin embargo, entendemos la responsabilidad que nos corresponde y, es por ello, que hemos querido ser parte de este proceso único en la historia del país.

El trabajo de construir los nuevos cimientos políticos de Chile es labor de todos, no es exclusivo de los 155 constituyentes. Nadie debiera quedar fuera y, como se señaló en el informe que abordó el reglamento de funcionamiento de la Convención Constituyente, la participación ciudadana y de las organizaciones de la sociedad civil resultará clave para que el proceso sea exitoso.

Para finalizar, expresar nuestro profundo agradecimiento a los hombres y mujeres, dirigentes de la Cámara, que fueron un aporte invaluable en la elaboración de este documento, exhibiendo toda la diversidad de nuestro gremio: miradas regionales, empresas de todos los tamaños, representantes del comercio, los servicios y el turismo. Nuestro afán es que este informe sea un verdadero aporte para los Constituyentes, para el debate al interior de nuestros gremios asociados y para público en general. Como tantas otras veces a lo largo de la historia de la CNC, hemos querido ser parte a través de propuestas concretas y constructivas.

CONSIDERACIONES PARA UN DEBATE CONSTITUCIONAL

*Informe N°1 de la Comisión Constitucional Cámara Nacional
de Comercio, Servicios y Turismo de Chile*



RESUMEN EJECUTIVO

En relación a los aspectos estructurales del Estado y de nuestra sociedad, creemos importante defender el principio de subsidiariedad como piedra angular del sistema económico nacional, puesto que gracias a él se ha logrado la consolidación de un mercado estable, en donde el Estado actúa como un garante y protector de los distintos actores relevantes, así como también como un socio estratégico en el impulso de alianzas público-privadas. Sin embargo, ello no implica olvidar la faceta solidaria que debe impregnar en nuestra sociedad, debiendo asumir el Estado un mayor protagonismo en defensa y apoyo de aquellos miembros de la comunidad que estén en una posición de desventaja para alcanzar por sí mismos y en igualdad de oportunidades ciertos derechos y presupuestos básicos para una vida digna.

Por ello, también creemos importante defender la existencia de un Estado desplegado en órganos con competencias suficientes, dotados de las adecuadas autonomías, capaces de velar desde una perspectiva técnica por el buen funcionamiento de aspectos relevantes de la economía (como es función del Banco Central) como de los mercados específicos más relevantes (labor generalmente entregadas a las Superintendencias).

Desde una perspectiva de los derechos y garantías fundamentales, la CNC reconoce la importancia de su reconocimiento y consagración constitucional como elemento fundamental para la seguridad jurídica de las personas. Por ello, creemos importante mantener en la Carta Fundamental la mención expresa a derechos como la propiedad, la libre empresa, la igualdad en las cargas públicas o

la proporcionalidad de los tributos, los que han servido de base elemental para el emprendimiento y el desarrollo de actividades económicas que sean concordantes con la legalidad vigente.

Ello no implica desconocer que la consagración actual de determinados derechos fundamentales no pueda ser mejorada, entendiéndose por “mejorar” un cambio que no implique menor protección, sino la discusión de adecuaciones entre distintos derechos que, sin ser contradictorios, podrían parecer superpuestos entre sí. Un ejemplo de ello se encuentra en el derecho de propiedad y su relación con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación o con la explotación de recursos naturales, en donde, reconociendo la importancia de ambos derechos, debe avanzarse en un estatuto claro sobre cómo podrán ejercerse, habilitando al legislador a debatir, democráticamente, los alcances y límites de cada uno, pero siempre respetando el núcleo esencial de los mismos.

Así, en definitiva, como CNC declaramos:

- La importancia de mantener una sólida consagración del principio de subsidiariedad del Estado en la Constitución, pero avanzando en materia de solidaridad, en miras de mejorar los principales problemas sociales.
- La necesidad de que la Constitución defienda los principios básicos del Estado de Derecho, especialmente el control a la autoridad y el ejercicio abusivo del poder (accountability) y el principio de certeza jurídica.

- La relevancia de mantener la autonomía constitucional del Banco Central y de avanzar en un mismo sentido con las Superintendencias, consolidando un Estado con competencias suficientes para servir de garante y protector del mercado.
- La relevancia de resguardar y promover los derechos fundamentales en la Constitución, como elemento central de la organización social.
- La mantención de la defensa del derecho de propiedad en la Constitución, mejorando su regulación respecto de las hipótesis que permitan su restricción o privación.
- La concepción del derecho a la libertad económica y al libre emprendimiento como fundamental dentro de nuestra sociedad, debiendo protegerse su ejercicio, así como la autonomía adecuada de los cuerpos intermedios que la invoquen.
- La importancia de crear (o mejorar) un entramado normativo de carácter constitucional que permita proteger acorde a los nuevos tiempos el derecho al medio ambiente libre de contaminación, sin que ello implique una conclusión arbitraria o abusiva a los demás derechos fundamentales.



I. INTRODUCCIÓN

I. Introducción.

Como ya es de público conocimiento, desde el mes de octubre del año 2019, Chile ha comenzado un debate público respecto de la suficiencia de sus normas constitucionales, impulsados por la existencia de un sentimiento de deslegitimación del sistema político imperante. La “demanda ciudadana” dio cuenta de un reclamo, más o menos generalizado, respecto de ciertas disconformidades de la ciudadanía con instituciones y servicios, principalmente graficados en el sistema de seguridad social (por ejemplo, la calidad de las pensiones, o el costo de los remedios) y satisfacción de ciertos derechos (como la salud o la educación).

El “estallido social” provocó, al cabo de unas semanas, un acuerdo arribado por gran parte de los actores políticos, a través del cual se daba inicio a un proceso de carácter constitucional, destinado a reflexionar sobre la pertinencia o no de cambiar -en su totalidad- el texto constitucional imperante. De esta forma, se habilitó un canal inédito en la historia constitucional chilena, mediante el cual se preguntará -de forma vinculante- a cada ciudadano su opinión respecto de la Constitución Política, permitiéndose así dirimir la pregunta sobre si Chile quiere o no una nueva Carta Fundamental.

La cuestión constitucional es, tal vez, uno de los asuntos más importantes sobre los cuales puede discutir una sociedad, por lo que los distintos actores que la integran -dentro de los cuales se haya sin lugar a dudas la Cámara Nacional del Comercio, Servicios y Turismo (en adelante, la “CNC”)-, han de sentirse invitados a participar de ella, defendiendo sus ideas, intereses y propuestas, para así aportar y permitir que, al final del día, Chile logre consolidar una norma fundamental que supere las deficiencias que podría detentar el sistema actual, permitiendo a cada uno de los habitantes de la República sentirse participe de la decisión fundamental.

Esta discusión ciudadana posee distintas implicancias al orden jurídico-económico imperante, puesto que aquél reconoce como piedra angular al entramado constitucional y su configuración del denominado “orden público económico”, entendido como un conjunto de principios y garantías que dan forma a los cimientos de la economía nacional. Esto último hace necesario que la CNC sea parte del debate público sobre los contenidos económico-constitucionales que le son más relevantes, ya sea realizando sus propuestas para un nuevo texto constitucional, o impulsando reformas al texto vigente, en caso de que la opinión ciudadana opte por mantener la Carta Fundamental actual.

La arista económica del debate constitucional incluye el reconocimiento de determinados valores y principios de organización estatal frente al modelo económico (como ocurre, por ejemplo, con la rigidez que se ha de entregar al principio de subsidiariedad del Estado, o al principio de solidaridad social), el grado de reconocimiento y protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales (como el derecho de propiedad, la libertad de empresa, o la igualdad en las cargas públicas), o, inclusive, la consagración de órganos estatales con potestades relevantes en materia económica (como hoy en día lo son el Banco Central o las Superintendencias).

Como principal representante nacional del comercio, los servicios y el turismo, la CNC tiene un rol insustituible en el proceso constitucional que vive el país. La representación de sus sectores es una de las labores esenciales de un gremio, por lo que no puede estar ajeno ni restarse de la construcción de la Carta Fundamental que reflejará el acuerdo social que se alcance como país en los próximos meses.

Por lo anterior, el presidente de la CNC instruyó la constitución de una comisión especial –“Comisión Constitucional CNC”- que cuenta con la participación de destacados constitucionalistas y miembros de esta asociación para abocarse únicamente a la confección de un documento que refleje las consideraciones que el gremio estima fundamentales para el debate constitucional.

La primera tarea de dicha Comisión -nada fácil por lo demás- fue establecer los temas que deberían ser abordados por el documento, ya que abarcar cada una de las diversas materias que recoge una Constitución tiene una doble complejidad, la primera de ellas, que el documento pudiera no representar a la totalidad del gremio y, la segunda, que se transformara en un trabajo interminable.

Luego de un extenso y enriquecedor debate, la Comisión acordó enfocarse en los temas inherentes a sus sectores, siendo estos esencialmente los que tienen implicancias en el llamado “orden público económico” y que se traducen en todas aquellas normas jurídico- económicas que rigen la actividad económica nacional.

La segunda tarea fue acordar el nivel de análisis y la postura que tendría la CNC en cada uno de estos temas, para lo cual también fue necesario alcanzar ese fino equilibrio entre celeridad/representatividad y profundidad/universalidad. Así, se generaron propuestas en materias tan relevantes para el comercio, los servicios y el turismo como son: el rol del Estado en materia económica; la certeza jurídica y el Estado de Derecho; propuestas respecto de los órganos del Estado que, de una u otra medida, tienen injerencia en la actividad económica nacional; y, obviamente, un análisis detallado de derechos fundamentales en materia económica, considerando especialmente el derecho de propiedad, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la no discriminación arbitraria y la protección del medio ambiente.

Con todo esto, la CNC busca consolidar una postura sobre cada una de estas temáticas, a través del diálogo con todos sus miembros, con el objeto de arribar a conclusiones comunes que puedan convertirse en la voz oficial de la CNC ¹.

¹ Este diálogo ha comprendido dos reuniones abiertas a todo el gremio, reuniones de Comisión especialmente designada asesorada por abogados externos, elaboración de informe preliminar y su circulación con las bases del gremio. Todas las opiniones y aportes de las bases fueron consideradas en este Informe.



II. ROL DEL ESTADO Y ECONOMÍA

II. A) Rol del Estado en materia económica: principios de servicialidad, de subsidiariedad y de solidaridad.

Una Constitución Política puede ser vista como un Contrato Social en el cual los miembros de una comunidad, detentadora de un Poder Soberano, pactan determinados límites para el ejercicio de ese Poder, evitando que alguien se adueñe del mismo y pueda oprimir a sus conciudadanos, o que los más fuertes puedan imponerse a los más débiles. De esta forma, los ciudadanos optan por celebrar un acuerdo para alcanzar, en conjunto, la satisfacción de necesidades generales y una sana convivencia.

El resultado de este acuerdo será la creación del Estado, cuyo principal fundamento de existencia será el denominado principio de servicialidad, entendido como aquel objetivo consistente en servir de apoyo y sustento para que los miembros de la sociedad puedan alcanzar su máximo desarrollo personal y espiritual posible, asumiendo, por ende, la creación de soluciones (mediante leyes y políticas públicas) a todos los problemas colectivos, incluyendo la defensa del orden interno y la seguridad internacional. Actualmente, este principio se encuentra reconocido en la Constitución Política vigente, tal como se lee en su artículo 1°.

El principio de servicialidad marcará, por ende, el primer vínculo entre las personas y el Estado, pero no será el único, ya que la Constitución Política también deberá reflejar cómo el Estado asumirá y enfrentará las necesidades colectivas. Este punto es de la mayor relevancia, especialmente si se considera que, en materia económica, la búsqueda del bien común debe estar en concordancia y coherencia con los derechos fundamentales de las personas, incluyendo entre ellos el derecho a la libertad y el derecho de asociación (este último comúnmente manifestado en la creación de los denominados “cuerpos intermedios”).

Es en esta consideración que se construye la base teórica de un segundo axioma de estructuración constitucional: el principio de subsidiariedad. Este segundo principio se suele entender como una forma de relación entre el Estado y las personas, para efecto de satisfacer los problemas que les son comunes. Así, este principio busca establecer un equilibrio para garantizar que ninguna sociedad mayor (por ejemplo, el Estado) pueda intervenir o absorber el campo de actuación propio de una sociedad menor (como una empresa) o de las personas individualmente consideradas, entendiendo que las sociedades mayores nacen por la necesidad de hacer lo que las menores no logran por sí mismas.

Así, este principio suele ser entendido con dos “caras”: una primera, de carácter pasiva, que busca que las asociaciones mayores se abstengan en intervenir en aquellas áreas de la economía que puedan ser explotadas y desarrolladas adecuadamente por los cuerpos intermedios autónomamente; y una segunda faceta, de carácter activa, que obliga al Estado a actuar frente a aquellas necesidades de interés público que los cuerpos intermedios o los individuos no logran resolver por sí mismos, o cuando lo hacen deficientemente. En este segundo caso, la forma de actuación del Estado varía desde la creación de incentivos para que los privados opten por desarrollar dicha actividad, hasta la creación de empresas estatales que las asuman directamente (esto último, conocido como el “rol empresario del Estado”).

De esta manera, el principio de subsidiariedad se manifestará en garantías concretas que, tradicionalmente, han funcionado de forma adecuada en el país. Un ejemplo de ello es el resguardo a la adecuada autonomía de los cuerpos intermedios (o sea, agrupaciones y asociaciones), permitiéndoles a las personas reunirse bajo proyectos comunes de carácter económico que desean impulsar; las asociaciones público-privadas como mecanismos útiles para conseguir fines colectivos (como ocurre con las concesiones); o la prohibición de que las empresas del Estado participen de mercados económicos dotados de privilegios o beneficios, obligándosele a actuar, en caso excepcional, y siempre de acuerdo a las reglas que se le imponen a los actores privados de dicho mercado.

Ahora bien, en todos los países de tradición europeo-continental (como lo es el caso de Chile), las Constituciones suelen reconocer la importancia del principio de subsidiariedad, siendo muy poco común que un texto constitucional no contemple reglas al respecto. Sin embargo, ello no implica que en todos los países exista un mismo nivel de rigidez o de intensidad, siendo éste el punto sobre el cual debatir. El matiz que se dará al principio de subsidiariedad provendrá, por regla general, de la relación que tenga con el principio de bienestar social o de solidaridad. El principio de solidaridad no es un valor “antagónico” al principio de subsidiariedad, sino que, por el contrario, son complementarios, pues ambos darán forma al rol que debe asumir el Estado ante las distintas necesidades que puedan tener los miembros de la sociedad.

Así, por un lado, entre más sólido se contemple un fin solidario, mayores atribuciones podrá detentar el Estado para ejercer una función mediadora, de articulador social, y de administrador de recursos para efectos de resolver algunas necesidades que sean consideradas “elementales”. Pero, por el otro lado, entre más robusto esté contemplado el principio de subsidiariedad, más deferencia tendrá que tener el Estado al momento de participar, fiscalizar o intervenir en un mercado específico vinculado a una necesidad pública.

De esta forma, el debate sobre el rol del Estado en materia económica deambula entre su posición de garante y defensor de los derechos fundamentales de carácter económico (donde el principio de subsidiariedad es relevante), y los derechos fundamentales de carácter social (donde el principio de solidaridad tiene mucho que aportar).

Postura de la CNC

Sobre este debate en especial, la CNC reconoce que el Estado posee una posición importante dentro de la economía de un país, especialmente por ser un garante tanto del buen funcionamiento de los mercados, como de los derechos individuales de los actores económicos.

Por ello, se promueve avanzar hacia un sistema constitucional que permita al Estado adoptar medidas necesarias para observar y fiscalizar el funcionamiento de la economía en general, y de ciertos mercados de relevancia pública, en específico.

Sin embargo, se estima sano que la Constitución Política no impida un debate político sobre las opciones que pueda utilizar el Estado para enfrentar los distintos problemas colectivos, como desigualdades sociales, permitiendo, de esta forma, que sea la democracia, a través de la legislación y la participación política, los que vayan diseñando, poco a poco, las políticas públicas que sean necesarias.

II. B) Importancia de la certeza jurídica y del Estado de Derecho.

La expresión “Estado de Derecho” es utilizada comúnmente para graficar la importancia de las normas jurídicas dentro de un país y su carácter obligatorio. De esta forma, estamos en presencia de un adecuado “Estado de Derecho” cuando todas las personas, grupos y, especialmente, los órganos del Estado (integrantes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) actúan y ejercen sus potestades en conformidad a las reglas jurídicas vigentes. Este es uno de los pilares de la estructura jurídico-económica del país, resultante de una larga tradición constitucional heredera de los distintos problemas sociales que se han producido en Chile desde su nacimiento.

Sin embargo, el Estado de Derecho es un resultado derivado del respeto y de la operatividad de distintas reglas que lo van nutriendo poco a poco. Actualmente, el artículo 6° de la Constitución vigente consagra sus primeros elementos, conocidos como el principio de supremacía constitucional y el principio de legalidad, que ordenan a todos los órganos del Estado y a todos los ciudadanos a someter su acción conforme a los postulados de la Carta Fundamental y de las leyes que se dicten en conformidad a ella, consolidando así a la Constitución Política como la norma máxima del país, y reafirmando que las normas jurídicas que sean dictadas por los procedimientos previamente establecidos, como leyes o reglamentos, poseen fuerza obligatoria o vinculante, capaz de ser impuestas -inclusive- mediante el ejercicio de la fuerza policial.

El artículo 7° de la actual Constitución Política, por su parte, añade dos reglas fundamentales dirigidas especialmente contra el Estado. La primera de ellas establece que los mandatos que den los órganos del Estado solo serán obligatorios y oficiales si ellos son dictados por una autoridad designada o electa válidamente, y siempre que actúe exclusivamente dentro del ámbito de las potestades que el Derecho ha establecido. De esta forma, todo acto que no cumpla con estas características será considerado “nulo”, y, por ende, no será obligatorio.

La segunda regla relevante sobre el Estado de Derecho reconoce que nadie, ni los particulares ni las autoridades, tienen más derechos o poderes que aquellos que expresamente les ha reconocido o asignado el ordenamiento jurídico, situación que no admite excepción alguna, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias. Con ello, la Constitución Política está repudiando, desde un inicio, cualquier tipo de abuso de poder o abuso de derechos, bajo apercibimiento de que se dé pie a responsabilidades y sanciones legales (como penas, multas, indemnizaciones de perjuicio, nulidades, etc.).

La estructura básica del Estado de Derecho anteriormente explicada, produce como efecto la idea de certeza jurídica, esto es, la comprensión que tiene la ciudadanía de que los órganos del Estado no actuarán arbitrariamente, ni cambiarán con facilidad las reglas jurídicas que regulen determinados de la vida, como lo son, entre otros, las distintas áreas de la economía. De esta forma, las personas pueden saber con seguridad qué normas jurídicas le serán aplicables y planificar, conforme a ellas, las acciones y decisiones que adoptará para su desenvolvimiento personal, profesional o comercial².

² Cabe señalar, eso sí, que lo dicho no significa un “congelamiento” o “estancamiento” del Derecho. Las normas jurídicas son “entes vivos” que evolucionan junto con la sociedad y, por ello, son susceptibles de mutar o ser modificadas cuando la autoridad o la sociedad lo estimen pertinente. Sin embargo, el cambio normativo no puede ser fruto de un simple acto voluntarista de la autoridad, sino que debe ser fruto de una deliberación pública realizada por los representantes políticos, de acuerdo a los procedimientos previamente establecidos. Así, por ejemplo, si una ley debe ser actualizada o rectificadas, no bastará con que un parlamentario así lo quiera, sino que deberá proponer su idea a los demás congresistas, quienes, siguiendo el procedimiento parlamentario y los quórums de aprobación, discutirán y votarán por su pertinencia. Solo habiendo superado esta instancia (que muchas veces dura años) la norma propuesta será ley nueva.

El principio de certeza jurídica, así como el de Estado de Derecho, se ven potenciados, además, por los postulados democráticos y republicanos que rigen la estructura estatal en la actualidad (resguardados ambos ante un eventual proceso constituyente, conforme al tenor del artículo 135 de la Constitución Política). Para este caso, es especialmente relevante el principio republicano, ya que de él derivan dos garantías importantes para la certeza jurídica y el Estado de Derecho: por un lado, la responsabilidad del Estado, o sea, en caso de que el actuar del Estado sea causante de un daño, éste deberá reparar al particular injustamente afectado; y, por otro lado, el control, puesto que el Estado se estructurará con poderes independientes y separados, destinados a controlarse entre sí, de acuerdo a los denominados “pesos y contrapesos”.

Postura de la CNC

Para la CNC estas garantías revisten la mayor de las importancias para la construcción de un sistema económico sano y robusto, capaz de limitar el ejercicio abusivo del poder del Estado, e incluso impedirle su acción con infracción o desconocimiento de la norma jurídica, transformando a la sentencia judicial en una garantía del particular.

Por lo mismo, la CNC promueve y defiende que estas reglas estructuradoras del Estado de Derecho y de la certeza jurídica se mantengan en el texto constitucional, avanzando en mejorar algunas de sus falencias, especialmente encontradas en las sanciones que se deben imponer al Estado cuando aquél actúa en contra de ellas (que, actualmente, es un asunto entregado a la nulidad de derecho público consolidada, principalmente, por un desarrollo escueto dado por la jurisprudencia).

Por ello, para la CNC resulta de vital importancia consolidar el principio de separación de poderes y, consecuencialmente, el sistema de pesos y contrapesos entre los actores públicos, potenciando, a su vez, el control ciudadano de las autoridades (principio de accountability), velando por la estructuración de un sistema capaz de combatir el abuso de poder o el ejercicio ilegítimo del mismo.

Por último, y en vinculación directa con las garantías de responsabilidad y control recién mencionadas, la CNC considera de vital importancia que la actividad desarrollada por el poder legislativo cuente con el apoyo de una instancia que, con carácter consultivo, se encargue de analizar la viabilidad técnica y presupuestaria de las iniciativas legislativas (sean de iniciativa presidencial, parlamentaria o ciudadana), de tal manera que la consecución de las aspiraciones nacionales vengán acompañadas de una política pública responsable y sostenible en el tiempo.

II. C) Órganos del Estado con participación en la actividad económica.

El Estado puede ser diseñado y estructurado de acuerdo a la decisión que adopte el Poder Constituyente al momento de redactar su Constitución. Sin embargo, las Constituciones también suelen estructurar órganos autónomos o independientes de los tres Poderes estatales clásicos, como aquellos dedicados a velar por el proceso electoral, el acceso a la información pública, organismos de defensa de derechos, superintendencias, entre tantos otros posibles.

En Chile, los órganos autónomos poseen gran importancia, ya que entre ellos existen dos con directa participación en asuntos económicos. El primero de ellos es la Contraloría General de la República, encargado especialmente de controlar la constitucionalidad y la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo (incluyendo al Presidente de la República), y servir como ente auditor de las cuentas fiscales. Sin embargo, puede considerarse como el organismo constitucional de mayor relevancia al Banco Central.

El Banco Central es un órgano constitucional, de carácter técnico, cuyo objeto es velar por la estabilidad de la moneda nacional y por el normal funcionamiento de los pagos internos y externos, cosa que logra a través del control sobre emisión del dinero y la regulación del crédito, del circulante, del sistema financiero y del mercado de capitales en general, así como de las operaciones de cambio internacional y la estabilidad financiera en general (artículo 108 de la Constitución Política), para lo cual está dotado de potestades de carácter funcional, regulatorias, y sancionadoras.

Es por la relevancia de estas materias que el Banco Central ha sido dotado de una protección especial conocida como la “autonomía”, esto es un velo protector que busca evitar que el sistema político contingente (especialmente el Presidente de la República o los parlamentarios) pueda entrometerse o intervenir en sus labores. Esta “autonomía”, garantizada por la propia Constitución, se refleja en una independencia del Banco Central tanto en sus tareas como en su administración interna, contando, así, con patrimonio propio y consejeros nombrados por dos Poderes del Estado.

Los beneficios de la autonomía garantizada al Banco Central han influido en la creación de otros órganos del Estado, y, por ello, desde los años ochenta, se ha seguido un modelo similar para estructurar nuevos órganos administrativos, llamados Superintendencias, capaces de intervenir en los mercados de mayor relevancia pública, debiendo, por ello, resguardarse de las manipulaciones de la política contingente.

Las Superintendencias fueron creadas siguiendo la lógica de las Agencias norteamericanas, para dar respuestas oportunas que permitieran la consolidación de mercados públicamente relevantes de una manera sana, debiendo, por ello, enfrentar sus distintas fallas e imperfecciones. Así, ellas fueron creadas como órganos autónomos, altamente técnicos, dotados de potestades para dar instrucciones obligatorias, fiscalizar a los actores del mercado, sancionarlos, y resolver controversias. En palabras sencillas, una Superintendencia es un órgano de la Administración del Estado, encargado de una labor de policía respecto de un determinado o determinados mercados relevantes, actividades económicas, o servicios públicos especialmente sensibles, velando por que los actores privados actúen dentro de los parámetros fijados por el Derecho y no incurran en abusos o infracciones a la ley.

Actualmente, en Chile existen 11 Superintendencias, encargadas de mercados de importancia, como la salud, los servicios sanitarios, las pensiones, el mercado eléctrico y de combustible, entre otros, destacando, por su robustez, la Comisión de Mercado Financiero, que fusionó en una entidad a las antiguas Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras.

Pero, una de las características más llamativas de las Superintendencias es que la Constitución Política vigente no hace referencia a ellas, siendo organismos de creación meramente legal. Así las cosas, en Chile existirán dos tipos de “autonomías”: una de carácter “constitucional” como la que tiene el Banco Central, que lo separa totalmente de las decisiones que puedan tomar los demás órganos del Estado; y una segunda, de carácter legal, como la que se entrega a las Superintendencias, y que deja a decisión del Congreso la intensidad de la separación con los demás poderes del Estado.

Por ello, la diferencia entre estos tipos de autonomía se encontrará en el grado de relación orgánica que tienen los entes dotados de autonomía legal respecto del Gobierno, ya que ellos, a diferencia de los órganos autónomos constitucionales, se encuentran ligados al Poder Ejecutivo generalmente a través de los Ministerios bajo los cuales se ordenan, cosa que, muchas veces, se traduce en una supervigilancia y control respecto de la labor del Superintendente por parte del Gobierno, que se reserva el poder de su designación y de su remoción. De esta forma, diversos académicos han presentado observaciones y críticas, debido a que el Presidente de la República contaría con los instrumentos jurídicos adecuados para, inclusive, asegurar el rumbo o dirección que deben tomar estas entidades, situación que separa a las Superintendencias de las Agencias norteamericanas.

Postura de la CNC

La CNC, sobre este punto, hace un llamado a defender la autonomía constitucional, tanto del Banco Central como de la Contraloría General de la República, debido al importante rol que desempeñan en la sociedad y, especialmente, en el mundo económico, cosa que no puede quedar entregada a los embates de los políticos temporales (como ocurre, por ejemplo, en Argentina).

Por lo mismo, la CNC también postulará asegurar un mismo nivel de autonomía en las Superintendencias, puesto que ellas solo pueden ejercer su labor adecuadamente cuando las fuerzas políticas y las autoridades no puedan ejercer sus presiones para influenciar su labor, cosa que puede ser trascendental para la estabilidad de un mercado relevante.

Ahora bien, además, la CNC estima relevante una revisión de la estructura de los principales órganos públicos con participación política (dentro de los que se pueden encontrar algunas Superintendencias o la propia Contraloría General de la República), especialmente respecto de la posibilidad de que ellos estén dirigidos por órganos colegiados (evitando la figura de un director unipersonal, como un Contralor General de la República). Se estima que el funcionamiento del Banco Central (con directores) o de la Comisión de Mercado Financiero da cuenta de una buena experiencia que podría replicarse como contrapeso a la creación de órganos con potestades robustas, cosa que garantizaría un ejercicio razonable y proporcional de las mismas.



III. DERECHOS FUNDAMENTALES, ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

III. A) Órganos del Estado con participación en la actividad económica.

El Estado puede ser diseñado y estructurado de acuerdo a la decisión que adopte el Poder Constituyente al momento de redactar su Constitución. Sin embargo, las Constituciones también suelen estructurar órganos autónomos o independientes de los tres Poderes estatales clásicos, como aquellos dedicados a velar por el proceso electoral, el acceso a la información pública, organismos de defensa de derechos, superintendencias, entre tantos otros posibles.

En Chile, los órganos autónomos poseen gran importancia, ya que entre ellos existen dos con directa participación en asuntos económicos. El primero de ellos es la Contraloría General de la República, encargado especialmente de controlar la constitucionalidad y la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo (incluyendo al Presidente de la República), y servir como ente auditor de las cuentas fiscales. Sin embargo, puede considerarse como el organismo constitucional de mayor relevancia al Banco Central.

El Banco Central es un órgano constitucional, de carácter técnico, cuyo objeto es velar por la estabilidad de la moneda nacional y por el normal funcionamiento de los pagos internos y externos, cosa que logra a través del control sobre emisión del dinero y la regulación del crédito, del circulante, del sistema financiero y del mercado de capitales en general, así como de las operaciones de cambio internacional y la estabilidad financiera en general (artículo 108 de la Constitución Política), para lo cual está dotado de potestades de carácter funcional, regulatorias, y sancionadoras.

Es por la relevancia de estas materias que el Banco Central ha sido dotado de una protección especial conocida como la “autonomía”, esto es un velo protector que busca evitar que el sistema político contingente (especialmente el Presidente de la República o los parlamentarios) pueda entrometerse o intervenir en sus labores. Esta “autonomía”, garantizada por la propia Constitución, se refleja en una independencia del Banco Central tanto en sus tareas como en su administración interna, contando, así, con patrimonio propio y consejeros nombrados por dos Poderes del Estado.

Los beneficios de la autonomía garantizada al Banco Central han influido en la creación de otros órganos del Estado, y, por ello, desde los años ochenta, se ha seguido un modelo similar para estructurar nuevos órganos administrativos, llamados Superintendencias, capaces de intervenir en los mercados de mayor relevancia pública, debiendo, por ello, resguardarse de las manipulaciones de la política contingente.

Las Superintendencias fueron creadas siguiendo la lógica de las Agencias norteamericanas, para dar respuestas oportunas que permitieran la consolidación de mercados públicamente relevantes de una manera sana, debiendo, por ello, enfrentar sus distintas fallas e imperfecciones. Así, ellas fueron creadas como órganos autónomos, altamente técnicos, dotados de potestades para dar instrucciones obligatorias, fiscalizar a los actores del mercado, sancionarlos, y resolver controversias. En palabras sencillas, una Superintendencia es un órgano de la Administración del Estado, encargado de una labor de policía respecto de un determinado o determinados mercados relevantes, actividades económicas, o servicios públicos especialmente sensibles, velando por que los actores privados actúen dentro de los parámetros fijados por el Derecho y no incurran en abusos o infracciones a la ley.

Postura de la CNC

En la tarea anterior, se reconoce que la mejor fórmula para el progreso nacional pasa por reconocer ambos roles, no pudiendo prescindirse de ninguno de ellos y debiendo la tarea pasar por precisar de la mejor manera posible los ámbitos que son propios y legítimos a cada uno de ellos.

De esta manera, la CNC entiende como rol del Estado en materia económica su función de apoyar y complementar la actividad económica, como también el de resguardar el buen funcionamiento de los mercados. Sólo así se podrá alcanzar un adecuado desarrollo social, político y económico.

En el mismo camino, junto con otros mecanismos institucionales, los derechos fundamentales deben servir como herramienta contra el abuso, provenga éste del actuar estatal o del quehacer privado. Así, por ejemplo, y haciéndose cargo de la historia latinoamericana, el ideario económico que se consagre en la Constitución Política debe ser lo suficientemente maduro y previsor de forma tal que permita servir de defensa o de “barrera infranqueable” ante algunos de los fenómenos más dañinos para una democracia, como lo es el populismo. Para esto resulta especialmente importante contemplar un sistema de contrapesos que impida el avance de políticas que terminen cercenando la estabilidad democrática y el bienestar nacional.

III. B) Derecho de propiedad.

Esta garantía de larga raigambre en la historia constitucional chilena es decisiva a la hora de proyectar la sociedad que se desea construir. En este sentido, de poco servirá postular que la actividad económica tiene su motor principal en la actividad privada, si no se reconoce un derecho sobre el producto de dicha actividad.

Reconociendo su fuerte vinculación a la Constitución Política de 1980 y su estructuración con un nivel de desarrollo poco común en el concierto internacional, en términos generales, se valora positivamente la solidez dogmática de esta garantía y su protección en los años de vigencia de la actual Constitución.

En esta dirección, la CNC es de la opinión que el actual texto del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución es el producto de la historia constitucional y ha estado a la altura de las presiones que sobre dicho derecho han existido durante sus décadas de existencia.

Así, por un lado, ha demostrado su robustez al tiempo de conferir defensa al derecho de propiedad adquirido y, por el otro, no ha sido obstáculo para que el legislador haya establecido restricciones a su ejercicio con fundamento en la función social que está llamado a cumplir este derecho.

Postura de la CNC

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo presente las discusiones que se han presentado en el plano constitucional con ocasión de esta garantía, se estima oportuno un esfuerzo adicional del Poder Constituyente en orden a conferir mayor claridad respecto a los conceptos de privación y limitación del derecho de propiedad. Es decir, se destaca la importancia de su calificación, toda vez que lejos de ser un asunto meramente teórico, supone importantes efectos, dentro de ellos, el principal es el relativo a la necesidad de indemnizar.

En efecto, respecto a lo último, se reafirma la importancia que la Constitución prescriba que nadie podrá ser privado de este derecho sino en virtud de una ley que autorice su expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional y a cambio de una indemnización correspondiente al daño patrimonial efectivamente causado.

Mención aparte merece otra garantía que le sirve de presupuesto: la libertad para adquirir bienes (artículo 19 numeral 23), conforme a la cual la Constitución aseguraría que todos los bienes (corporales e incorporales) pueden ser objeto de propiedad. Su sencillez y profundo contenido invita a mantener su existencia y contenido. Así, se entienden como suficientes las excepciones contempladas en su texto relativas a aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o aquellos que deban pertenecer a la Nación toda, y, en ambos casos, sólo en la medida que una ley lo declare así.

De esta manera, la garantía mencionada continuaría cumpliendo los que son sus dos propósitos principales: el impedir el establecimiento de impedimentos abusivos o excesivos para adquirir todo tipo de bienes (y, por esta vía proscribir la existencia de reservas de bienes estatales), y el relativo a la posibilidad de establecer incentivos para adquirir la propiedad de bienes o derechos.

En definitiva, se rescatan como elementos esenciales y que deben perdurar en un eventual nuevo texto constitucional: la libertad para adquirir toda clase de bienes, la amplitud en las facultades que confiere este derecho, la reserva legal para delimitarlo, la función social como fundamento para establecer restricciones y como elemento inherente a su concepto y la existencia constitucional de los lineamientos generales de la posibilidad expropiatoria del Estado.

III. C) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

La discusión de un nuevo texto constitucional constituye una inmejorable oportunidad para reafirmar la confianza en que la actividad económica del país debe encontrar en su base a la iniciativa privada. Así, el ethos que debe imperar en materia económica debe descansar en reconocer que la persona humana, individual o grupalmente considerada, es el mejor camino para conseguir progresivamente un mayor nivel bienestar y desarrollo social.

Igualmente, resulta relevante aclarar que esta reafirmación de principio no debe obedecer a un ejercicio ciego o simplemente conceptual. Es decir, se insiste sobre él con la enseñanza que han dejado los años de vigencia de la Constitución actual.

Así, se vuelve sobre lo mencionado anteriormente relativo al límite que debe existir entre libertad individual y resguardo del interés social, pues solo una Constitución Política que sea igualmente categórica al tiempo de postular la primacía de la persona humana por sobre la actividad estatal y que no se transforme en impedimento en la labor de los órganos del Estado de proscribir conductas que atentan contra el bien común (finalmente, contra el mismo valor) en el ámbito económico, será una dotada de la legitimidad que necesita un instrumento de esta categoría e importancia.

Postura de la CNC

Con relación a la configuración actual de esta garantía, resulta conveniente conservar como limitación a su ejercicio el que se realice con respeto a “las normas legales que lo regulan”.

Ahora bien, en el seno de una eventual discusión constitucional debe adecuarse y sincerarse la respuesta frente a cuál será el instrumento por medio del cual pueden establecerse estas restricciones. Se menciona lo anterior, porque la carga regulatoria de las actividades económicas proviene cada día con mayor fuerza de la función administrativa del Estado que de la desarrollada por el Poder Legislativo.

Así, será necesario precisar de mejor manera cuándo y hasta qué punto una normativa emanada de un órgano de la Administración puede imponer restricciones al ejercicio de esta garantía o, bien, precisar de cuánta libertad dispone el legislador al tiempo de habilitar para dicha tarea a la Administración.

Respecto a la posibilidad de que el Estado pueda desarrollar directamente actividades económicas, la CNC estima, según se dijo, que debe primar como principio la iniciativa privada, luego, la actividad estatal en este ámbito debe ser excepcional. Por lo mismo, esta decisión debe ser fruto de un acuerdo político democrático lo más representativo posible.

La técnica para lograr dicho propósito (por ejemplo, por medio de la exigencia de un quórum diferenciado) es algo que deberá discutirse en una idea de conjunto en el seno de una eventual convención constitucional, sin perjuicio de lo cual se reitera que como ejes centrales de dicha reforma: por un lado, defender la conveniencia que una decisión de esta naturaleza deba contar con un elevado apoyo político; y por otro lado, insistir en que la actividad del Estado en el ámbito económico debe ser de carácter excepcional.

Por último, se defiende la pertinencia de la regla constitucional de que el Estado, si asume una actividad económica, debe hacerlo con arreglo a la misma normativa aplicable a los particulares.

III. D) No discriminación arbitraria en materia económica.

Esta aplicación particular del principio general de igualdad ante la ley (artículo 19, N°2 de la Constitución) en el ámbito económico ha significado un reforzamiento del espíritu del constituyente de priorizar el empuje privado en la actividad económica. En esta dirección, se aprecia la existencia de una prohibición estatal de efectuar diferenciaciones o distinciones que no tengan como fundamento una justificación razonable en este ámbito.

Por su parte, respecto al inciso segundo del numeral 22 del artículo 19 de la Constitución actual, que establece lo que se ha denominado el “estatuto constitucional de los beneficios y gravámenes económicos estatales”, y que posibilita una excepción al régimen general respecto de un determinado “sector, actividad o zona geográfica”, simplemente se repara en la conveniencia de revisar dichas categorías con el propósito que por su intermedio no se termine por impedir el establecimiento de diferenciaciones que encuentren pleno respaldo y justificación en los años venideros.

Postura de la CNC

Respecto a la pertinencia de mantener una disposición como la comentada en un eventual nuevo texto constitucional, la respuesta pasa de manera substantiva por determinar cuál es el rol que quiere asignársele a la Constitución Política en la regulación de la Economía.

Junto con lo anterior, es relevante destacar que la operatividad que tendría esta garantía vendrá condicionada por la noción de igualdad sobre la cual se trabaje. Así, no será lo mismo al tiempo de juzgar una regulación económica que vaya en beneficio de un sector determinado (por ejemplo, pymes) cuando se analice desde una visión clásica de igualdad, a que se lo haga a la luz de una visión más cercana a la igualdad de facto. Por lo mismo, en caso de mantenerse su articulado, se advierte la conveniencia de precisar el concepto de igualdad (no discriminación arbitraria) que imperara en la Carta Política.

III. E) Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Tal como su nombre lo sugiere, esta garantía, inédita en la historia constitucional chilena previa, busca resguardar la existencia de condiciones objetivas para el buen desarrollo de la salud pública, la preservación de la naturaleza, y la conservación del patrimonio ambiental.

En este sentido, se defiende que la Constitución Política vigente haya instaurado un deber del Estado, encomendándole el resguardo de las condiciones de vida de las personas y la protección del medio ambiente, como también el contemplar como una de sus funciones el servir de elemento delimitador de otras garantías (por ejemplo, propiedad - elemento de la función social).

Sin perjuicio de lo anterior, se entiende que un proceso constituyente es una instancia idónea para revisar los aspectos que puedan mejorarse en la consagración de esta garantía.

En dicha dirección, se considera oportuno, por un lado, establecer con mayor claridad sus elementos distintivos, de manera tal, que permitan diferenciarlo de otras garantías con las cuales se ha asimilado, como es el caso del derecho a la vida (concepto restringido). Por otro lado, resulta importante analizar esta garantía con su estatuto protector, especialmente en su vinculación con la acción constitucional de protección que hoy la limita en su procedencia exclusivamente para impugnar actos u omisiones ilegales, dejando fuera de amparo aquellas conductas que puedan calificarse como arbitrarias.

Por último, se invita a estudiar esta garantía de tercera generación en el ámbito que le resulta propio, esto es, con arreglo a las nuevas exigencias y realidad en que se desenvuelve la vida social moderna y que responde a un esquema que escapa a la simple lógica del Estado-nación y a la naturaleza clásica de derechos de corte individual.

Postura de la CNC

Con relación a esta garantía, junto con reconocerle su legítimo rol habilitante para delimitar, conforme a las reglas establecidas, el ejercicio de otros derechos fundamentales, entre ellos, los económicos, se insta a perseverar en la necesidad de contar con un derecho a un medio ambiente sano, que en lo posible se disocie de su marcado carácter antropocéntrico y que le reconozca su dimensión de bien colectivo. Destacando, por lo demás, su naturaleza y contenido obligacional, en primer lugar, respecto del Estado y, también, de las organizaciones privadas y de las personas individualmente consideradas.

III. F) Ideas finales sobre los derechos fundamentales.

La defensa de estas garantías orientadas a entregar bases claras y duraderas con arreglo a las cuales debe tener lugar la actividad económica y empresarial del país no deben entenderse en clave de obstáculo o en dirección opuesta a aquellas que procuran la obtención de un mayor desarrollo e igualdad social, ambiental o cultural.

Al contrario, sólo un concepto de progreso que implique un esfuerzo por comprender estas y otras consideraciones relevantes para la vida nacional, puede conducir a una mejora real y sustentable de la vida nacional.

En la misma dirección, se destaca la importancia de no confundir el origen con el contenido de la Constitución actual, queriendo significar lo relevante que resulta al tiempo de discutir una nueva Carta Política, el analizar, discutir y, sobre todo, valorar la tradición e historia constitucional, haciéndonos cargo de las razones que han justificado la letra de los artículos que la componen y reconociendo los contenidos que han significado un aporte para el desarrollo social.

Postura de la CNC

En definitiva, la invitación es a abordar, en un contexto de libertad y de responsabilidad cívica, una sana discusión en la que prime un espíritu de honestidad intelectual y política. Solo en dicho evento se podrá, en un mismo tiempo, conservar lo que ostente una buena evaluación -donde las razones que lo justificaron en su tiempo subsistan en la actualidad y pueda proyectarse razonablemente su vigencia en el tiempo-, como también propiciar una mirada que, sin egoísmos actuales, promueva hacerse cargo de las exigencias del mañana.

Todo ello, con el propósito final de consensuar una Constitución Política que, vista con los ojos del pasado, permita reconocer en ella la historia republicana chilena, que aplicada a la actualidad, se presente como un instrumento legítimo de modelación de este tiempo y que, proyectada al futuro, se valore como un mecanismo eficaz, pacífico y generalmente compartido de cambio social.

REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

*Informe N°2 de la Comisión Constitucional Cámara Nacional
de Comercio, Servicios y Turismo de Chile*



RESUMEN EJECUTIVO

La CNC destaca la importancia de una sana discusión, que se dé en contextos de libertad y responsabilidad cívica, y que recoja de manera democrática y atenta los planteamientos y demandas de la sociedad, dejando de lado las consideraciones individualistas, respetando las diferencias y logrando consensos que reconozcan la tradición republicana del país, proyectándola acorde al avance y desarrollo de nuestra nación.

Sin embargo, cabe hacer presente que, si bien se trata de una nueva Constitución, esta no debe dejar de lado la institucionalidad vigente y el pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas. Además, y sobre todo considerando el vínculo y rol especial que cumple la CNC en la economía del país, es de especial consideración la regulación que acarreará la nueva Constitución, especialmente en vistas de las libertades económicas imperantes hoy en día, que, sin intención de querer prorrogar su inmutabilidad, debe contar con una estabilidad que impida una alteración que suponga un cambio sustancial en las condiciones económicas del país.

El desafío político social que significa elaborar una nueva constitución inclusiva es de alta responsabilidad para los convencionales, ya que

será la norma básica y fundamental que regirá al país, por lo menos, dentro de los próximos 30 o 40 años. Por lo tanto, este no puede ser asumido por cualquier agente, sino por personas comprometidas, responsables, con altura de miras y de recto obrar, pues son importantes las consecuencias que tendrá nuestra -posible-nueva Carta Fundamental, en la que se ve reflejada los pilares fundamentales de la sociedad en todos sus aspectos.

Además, también es importante el establecimiento de mecanismos de participación ciudadana que sirvan de contrapeso a la función de la Convención Constituyente, toda vez que esta será elegida y, en definitiva, representará a sus electores, los que, sin lugar a dudas, deberán rendir cuenta de sus actuaciones, para lograr otorgarle la legitimidad que caracteriza a este instrumento y que, en todo caso, será sometida al respectivo plebiscito de salida para que entre en plena vigencia. En relación a este último punto, también es importante la instauración del voto obligatorio para el plebiscito de salida, pues asegura la mayor participación posible de los ciudadanos con derecho a voto, de manera que la nueva Constitución, en caso de ser aprobada, sea efectivamente representativa de los intereses de la ciudadanía.



I. INTRODUCCIÓN

I. Introducción.

Como ya es de público conocimiento, el 25 de octubre recién pasado ocurrió un momento histórico para el país, en el que millones de personas se abocaron a los centros de votación establecidos a lo largo y ancho de Chile, a decidir su futuro y el de todos los chilenos, mediante la elección de una nueva Constitución, y el mecanismo que se encargará de llevarla a cabo.

Este proceso se erige como el punto cúlmine de una serie de cambios que se vienen desarrollando desde el 18 de octubre del año 2019, fecha en que miles de personas salieron a las calles con diferentes consignas sociales, a mostrar su disconformidad con el sistema institucional vigente y exigiendo a sus representantes tomar cartas en el asunto. De acá, nació la idea de que Chile necesitaba una nueva Constitución, idea que poco a poco se fue gestando mediante el pacto de gran parte de los actores políticos, en orden a recoger las demandas ciudadanas y materializándose en el plebiscito constitucional recién vivido.

Este nuevo proceso es histórico desde varios puntos de vista. Primero, porque significa la expresión de la soberanía por quien la detenta, esto es, el pueblo. Así, el resultado de la participación ciudadana es esperanzador para los procesos futuros, en cuanto a la gran cantidad de votantes –cuantitativamente hablando– que asistió a las urnas, convirtiéndose de esta manera en un hecho histórico. Según datos informados por el SERVEL, se registraron 7.529.459 votos, siendo esta entonces la votación con mayor participación en la historia de Chile, desde que el voto es voluntario, y además considerando la situación en la que se vivió, esto es, en plena pandemia.

También, por la importancia que reviste en sí mismo el proceso, pues supone que múltiples actores de diversos ámbitos de la sociedad se sienten a dialogar sobre lo que serán las bases del futuro del país, entendiendo la Carta Fundamental como el marco sobre el que descansa la regulación de la nación.

Dada la importancia que en este contexto adquiere el Reglamento de funcionamiento de la Convención Constitucional, en el presente documento se pretende realizar un análisis de este Reglamento que regulará el proceso venidero, tanto desde su contenido, como también de los límites, garantías y condiciones mínimas que deben resguardar los agentes involucrados, esto es, los denominados convencionales. Por último, se analizará la importancia de dos aspectos fundamentales, estos son: la transparencia y la participación ciudadana. Todo lo anterior, en miras a que el proceso se dé en pleno respeto del Estado de Derecho y contenga la legitimidad necesaria en atención al papel trascendental que juega la Constitución Política de la República para la nación.



II. CONDICIONES MÍNIMAS PARA GARANTIZAR EL ESTADO DE DERECHO Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

Uno de los puntos más relevantes del proceso constituyente que se ha iniciado en Chile, tiene que ver con la vigencia del Estado de Derecho y la certeza jurídica durante el periodo de discusión y elaboración del borrador de la nueva Constitución. Este aspecto, de relevancia para la ciudadanía, no es algo que ha quedado omitido del proceso, pudiendo revisarse una serie de regulaciones e instituciones que buscan proteger o resguardar el funcionamiento normal del país.

Estas garantías pueden ser observadas desde dos perspectivas: (i) En relación a las reglas mínimas que debe respetar la Convención Constitucional al momento de trabajar en un texto de nueva Constitución (tópico conocido como las “garantías del proceso constituyente”); y, (ii) las reglas jurídicas imperantes durante el tiempo en que se elabora el borrador (lo que podemos denominar como “ámbito de vigencia de la Constitución actual”).

II. a) De las garantías del proceso constituyente: los límites de actuación de la Convención Constitucional.

Una de las características novedosas del proceso constituyente chileno -en comparación a procesos similares ocurridos en los últimos cincuenta años-, es la implementación de distintas “garantías” o “resguardos” destinados a asegurar que la construcción de los contenidos que integrarán a una nueva Constitución, sean fruto de un verdadero debate democrático, cosa que solo es posible si, además del sano intercambio de ideas, se defiende un adecuado funcionamiento del órgano redactor como presupuesto de legitimidad del proceso constitucional.

A un primer grupo de estas garantías las podemos denominar como “jurídicas” o “democráticas” propiamente tal, puesto que ellas se centran en asegurar el cumplimiento de un procedimiento adecuadamente sustanciado, centrado en la libre deliberación y en la implementación de instancias de profundización, contando para ello con un mecanismo de resguardo externo materializado en distintas sanciones impuestas por un Tribunal o supervisor. En Chile, este tipo de garantías se encuentran contenidas -especialmente- en los artículos 133, 134 y 135 de la Constitución Política vigente.

El artículo 133 de la Constitución determina la existencia de limitaciones formales que debe respetar la Convención al sesionar, y que se traducen en la existencia de reglas de procedimiento (sobre el funcionamiento en convención y de las fases de discusión a las que se deben ceñir las futuras normas de la Constitución) y de quórums de votación. Como bien se sabe, el límite establece que, una vez acordadas las normas de funcionamiento, “la Convención no podrá alterar los quórums ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos”¹.

A esta limitación formal debe sumarse aquella contemplada en los primeros incisos del artículo 135 de la Carta Fundamental, y que impide a los miembros de la Convención abusar de su posición de poder, ejerciendo otras funciones que aquellas que la ciudadanía expresamente les ha confiado (esto es, solamente redactar una nueva Constitución). De esta forma, “la Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o las leyes”², las que se mantendrán erradicadas en la institucionalidad vigente

¹ Artículo 133, inciso cuarto, de la Constitución Política.

² Artículo 135, inciso primero, de la Constitución Política. A esta se debe sumar la limitación contenida en el inciso tercero del artículo 135, que establece: “En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funcionamiento la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución”.

(como la función legislativa, que se mantendrá en el Congreso Nacional; la dirección política en el Presidente de la República; o la resolución de conflictos en los Tribunales de Justicia, por ejemplo)³. De esta manera, los representantes deben reconocer que en ellos se ha depositado un mandato por parte de la ciudadanía restringido funcionalmente, por lo que toda extralimitación a él podrá ser visto como una transgresión a la representación democrática que se les ha conferido, configurando una “apropiación” de un poder que, ineludiblemente, implicaría un quiebre a la institucionalidad.

Estas dos barreras del funcionamiento de la Convención (los artículos 133 y 135 de la Constitución Política) poseen como característica común que la Corte Suprema estará facultada para velar por su estricto acatamiento. El artículo 136 de la Constitución Política ha implementado un mecanismo denominado como “reclamación”, a través del cual se ha dotado al Máximo Tribunal de la potestad de anular toda decisión general que adopte la Convención cuando ella vaya en contradicción a las reglas procedimentales, infrinja los quórums de votación, o signifique una apropiación de las funciones de los demás órganos del Estado. La Corte Suprema, así, adquiere un rol relevante dentro del proceso constituyente, como garante del adecuado funcionamiento de la Convención, y del respeto de las normas procedimentales.

De esta manera, se debe reconocer que los actuales artículos 133 y 135 de la Constitución Política establecen una serie de límites -resguardados por la Corte Suprema- para la forma en que debe actuar la Convención, los que pueden ser clasificados en dos grupos: (i) Límites de carácter formal, entendiendo por ellos a las reglas de procedimiento, ya sean aquellas encontradas en la propia Constitución Política (como el quórum de dos tercios para la aprobación de las normas que se incluirán en el borrador de nueva Constitución), como en el futuro Reglamento de Funcionamiento Interno que debe definir la propia Convención (que regulará materias como la existencia de comisiones y la forma de trabajo, la manera en que se definirán las tablas de discusión, o, incluso, mecanismos de participación ciudadana), y; (ii) Límites de carácter competencial, que tienen que ver con aquello que puede hacer la Convención y aquello que no (por ejemplo, como se ha mencionado, según el artículo 135 de la Constitución, la Convención no podrá modificar la Constitución actual o ejercer funciones de otros órganos públicos, como el Congreso Nacional).

Ahora bien, a los límites mencionados se suma un segundo grupo de resguardos, que no miran a la Convención como órgano colegiado, sino a los “convencionales” como autoridades individuales y que apuntan, directamente, a la sana deliberación democrática de los contenidos constitucionales.

El artículo 134, inciso cuarto, de la Constitución Política hace aplicable a los miembros de la Convención las normas vigentes sobre probidad de la función pública, prevención de los conflictos de interés, así como aquellas que regulan el lobby y las gestiones de intereses privados⁴, instaurando de esta forma un marco regulatorio mínimo destinado a evitar la corrupción, la cooptación de intereses, la compra de votos, o el uso indebido del cargo de “convencional”.

Desde la perspectiva de la probidad, se exigirá que los “convencionales” deban actuar siempre de acuerdo a una conducta intachable, honesta y leal, conforme al mandato político-representativo que se le ha entregado, el que deben

³ Norma que es una manifestación de los límites generales del Estado de Derecho chileno contempladas en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política.

⁴ Artículo 134, inciso cuarto, de la Constitución Política: “Los Convencionales Constituyentes estarán afectos a las normas de la Ley N°20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, aplicables a los diputados, y a la Ley N°20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios”.

desempeñar de forma eficiente y eficaz, obligándoles a tomar decisiones en miras del interés público por sobre los beneficios personales o individuales. A esto se suman las normas que buscan evitar la existencia de conflictos de interés, sean reales y actuales o potenciales, producto del riesgo que estos implican contra la debida imparcialidad que se espera de los “convencionales” al momento de adoptar sus decisiones, prohibiéndoseles, de esta forma, recibir regalos, beneficios o donativos por particulares, o representar interés de terceros, obligándoseles a suscribir una declaración de intereses y de patrimonio personal destinadas a incrementar las reglas de transparencia de actuación, tal cual como le son exigibles, hoy en día, a los diputados.

La inobservancia de las normas de probidad o de prevención del conflicto de interés traerá aparejada distintas sanciones de carácter legal. Por ejemplo, en caso de que no se realice una declaración de intereses o ella sea incompleta, podrá sancionarse al convencional con una multa que varía entre las 5 a 50 UTM por cada mes en que se mantenga el incumplimiento (aspecto relevante, si consideramos que la remuneración mensual de los convencionales asciende al monto de 50 UTM).

Ahora bien, respecto de la normativa del lobby y de la gestión de intereses privados dentro de la Convención, la Constitución obliga a los convencionales a evitar el tráfico de influencias, la opacidad en la toma de decisiones, y el financiamiento irregular que puedan amenazar el debate democrático. Por ello, se les prohibirá recibir cualquier tipo de remuneración o beneficio distinto de la dieta que se les pagará mensualmente, gestionar intereses de terceros -aunque sea de forma gratuita-, recibir instrucciones o redacciones de normas de manera privada o no institucional, y, en contrapartida, les serán plenamente aplicables las normas de publicidad, obligándolos a llevar agendas públicas en las que se registren todas sus audiencias y reuniones con particulares (independiente del número de asistentes) y sus viajes. El incumplimiento a esta normativa también podrá ser sancionada con multas que van entre 10 a 50 UTM (según cuál sea la infracción).

II. B) De las garantías del proceso constituyente: de los límites “programáticos”.

Cabe mencionar que a los límites mencionados se suma el denominado “límite programático” o “sustantivo” encontrado en el inciso final del artículo 135 de la Constitución Política, que fija un marco mínimo de contenidos al eventual nuevo texto constitucional. Así, según esta norma, *“el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Como se ve, el acuerdo político que dio inicio al proceso constituyente desde una perspectiva institucional, sin querer reducir el debate sobre los contenidos que deberán integrar la nueva Constitución, fijó un margen sustancial mínimo que se debe respetar, el cual está construido sobre cuatro pilares:

- i)** El respeto al principio republicano, lo cual se traduce en el reconocimiento de que Chile es un país que no posee reyes, monarcas o títulos nobiliarios, sino que, por el contrario, se estructura sobre la base de la separación de poderes y funciones que aseguran que el poder político será detentado por distintas autoridades cuyas voluntades deben concurrir en la construcción de políticas públicas, bajo una lógica de distribución de competencias, tareas y, a su vez, equilibrios, los cuales dan forma al principio de control al Poder, tanto entre órganos del Estado, como por los propios ciudadanos.

- ii) El principio democrático, que, complementando al principio republicano, establece una doble influencia en la configuración del país: una perspectiva formal, que implica que las decisiones relevantes del país -desde una perspectiva político-social- serán adoptadas con participación de los propios ciudadanos, tanto a través de elecciones o plebiscitos directos, como a través de instancias de definición de los ciudadanos que estarán mandatados a tomar decisiones en su representación (como elegir a un Presidente, a un congresista, o los demás cargos de autoridad). Este punto es de máxima importancia, dado que la esencia de la verdadera Democracia es la que está en crisis no solo en Chile, sino que también a nivel global, estableciéndose actuaciones que generan privilegios para ciertos habitantes y por otro lado permiten abusos en muchos casos.

Mientras que, una segunda perspectiva, revestirá un carácter sustancial, que implica reconocer como valores fundamentales básicos del país el respeto de los derechos fundamentales de las personas, así como la posibilidad de que los ciudadanos participen activamente en la vida pública, proponiendo ideas, debatiendo e intercambiando opiniones, e, incluso, controlando la actividad de sus autoridades. La Democracia sustancial debe estar presente no solo en los derechos, sino que también en las obligaciones de todos los ciudadanos con un sentido de igualdad. Asimismo, los convencionales que serán elegidos bajo un sistema democrático, tendrán el mandato de redactar una Constitución democrática, por lo que no pueden decidir opciones que se aparten de ello, según el mandato que recibieron.

- iii) Las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, esto es, las resoluciones judiciales emitidas por un Tribunal de Justicia, cuyos procesos hayan concluido. De esta manera, la nueva Constitución no podrá afectar las situaciones jurídicas que se hayan consolidado y declarado como tal de forma previa a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, buscando, con ello, resguardar la seguridad jurídica y la adecuada transición entre regímenes constitucionales, evitando rupturismos o desconocimientos a los derechos de las personas.
- iv) Y, finalmente, los Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile. Debido al tenor de la normativa, al día de hoy existe un acuerdo en entender dentro de ellos tanto a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales), como aquellos de carácter comercial, ambiental, alianzas político-económicas, pactos regionales, entre otros.

Este presupuesto material es coherente con la historia constitucional chilena, caracterizada por un estándar alto en el respeto a los compromisos internacionales pactados por el país, entendidos siempre como el cumplimiento de una voluntad del Estado; pero también responde a las exigencias del Derecho Internacional contemporáneo, que reconoce a la responsabilidad jurídico-internacional como un elemento de relevancia para medir la confiabilidad de los países en diversos órdenes e índices, como aquellos de carácter económico vinculados a la confiabilidad de la inversión o a la calidad de los mercados, los índices sociales, que miden la desigualdad, el estándar de vida o el vigor de las reglas jurídicas imperantes, o, inclusive, aquellos relacionados al nivel de respeto de los Derechos Humanos por el Estado respecto de los miembros de la sociedad.

Estos Pactos que ha suscrito Chile deberían tener en la nueva Constitución una aplicación práctica en el sentido de establecer un equilibrio entre los derechos y obligaciones que se consignan en dichos acuerdos para todos los habitantes del país, y destacar en concordancia las necesarias prerrogativas de los poderes del Estado para mantener la gobernabilidad y el Estado de Derecho.

De esta manera, es posible afirmar que en estos cuatro presupuestos sustanciales existe un factor que debe ser tomado en cuenta -con cierto grado de obligatoriedad derivado del mandato político-democrático del sistema

representativo- al momento de debatir los contenidos de una nueva Constitución. Sin embargo, estos límites no revisten un carácter jurídico como sí lo revisten aquellos comentados en el acápite anterior, puesto que estos implican un mandamiento de la ciudadanía hacia el órgano redactor cuya inobservancia no conlleva una sanción jurídica contra la decisión que vaya en un sentido contrario (como lo sería la nulidad derivada de la reclamación que conoce la Corte Suprema), sino que solo implicará una responsabilidad política de los miembros de la Convención, que será controlada por el resto de la ciudadanía mediante el plebiscito nacional (conocido coloquialmente como “plebiscito de salida”).

Sin embargo, cabe mencionar que esta característica de los límites programáticos, que parecieran demostrar una “falta de control” sobre el actuar de la Convención, responde realmente al espíritu democrático que debe imperar en el debate constituyente, en donde no existen materias vedadas de conversación ni censuras deliberativas previas, pero que, a la vez, buscan establecer lineamientos mínimos sobre lo que puede ser reconocido como el “núcleo de la tradición constitucional chilena”, puesto que los cuatro principios revisados pueden ser encontrados en los textos constitucionales que han regido en el país anteriormente, incluyendo la Carta actual, demostrando ser, realmente, el sustento mínimo sobre el que ha trascurrido la historia constitucional nacional.

II. C) Del ámbito de vigencia de la Constitución actual.

El segundo ámbito que se debe considerar, según se adelantó, hace relación a la vigencia del Estado de Derecho chileno durante el periodo en que se redacta una nueva Constitución. Como bien se sabe, el trabajo constituyente tendrá una duración mínima de nueve meses desde la primera sesión de la Convención (ampliable por tres meses más), cosa que nos obliga a preguntarnos qué ha de ocurrir con el ordenamiento jurídico chileno durante aquel periodo de trabajo.

Y la primera idea que debemos mencionar al respecto la encontraremos en el artículo 135, inciso segundo, de la Constitución vigente, cuando dictamina que *“mientras no entre en vigencia la nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla”*. Esta normativa nos da luces sobre la vigencia del ordenamiento jurídico nacional durante la tramitación del texto constitucional, puesto que establece un imperativo de continuidad y mantención, pudiéndose concluir, desde ya, que el proceso constituyente reconoce la validez y vigencia de las leyes actualmente imperantes, consolidando con ello las situaciones jurídicas en las que estén involucradas todas las personas hoy en día.

Esto se ve ratificado por lo postulado por el artículo 142 de la Carta Fundamental, cuando, al definir el momento en que comenzaría a operar la nueva Constitución, determina que ella solo entrará en vigor luego de su promulgación y publicación, momento en el cual, recién, se entenderá derogada la Constitución vigente⁵, estableciendo de esta forma una fecha cierta en la que ocurrirá el cambio de normativa constitucional.

⁵ Artículo 142, inciso décimo, de la Constitución Política: “Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito nacional constitucional fuere aprobada, el Presidente de la República deberá, dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de la sentencia referida en el inciso anterior, convocar al Congreso Pleno para que, en un acto público y solemne, se promulgue y se jure o prometa respetar y acatar la Nueva Constitución Política de la República. Dicho texto será publicado en el Diario Oficial dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha. A partir de esta fecha, quedará derogada la presente Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra establecido en el decreto supremo N°100, de 17 de septiembre de 2005”.

De esta manera, el proceso constituyente busca separar -a lo menos jurídicamente- la actividad de la Convención Constitucional del resto de las normas jurídicas vigentes, no solo impidiéndosele ejercer un rol legislativo o modificar la Constitución actual, sino que, también estableciendo oportunidades temporalmente identificadas para la sucesión constitucional, priorizando con eso brindar la mayor claridad posible a la ciudadanía respecto de las reglas jurídicas que le serán exigibles.

Lo dicho nos permite entender que, hasta la fecha en que corresponda la entrada en vigencia de la nueva Constitución, seguirán rigiendo dentro de la institucionalidad nacional los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental actual, consideradas las dos normas jurídicas que dan vida al Estado de Derecho chileno, puesto que, a través de ella, se diseñan dos grandes principios: nadie puede ejercer más derechos o potestades que las reconocidas por el Derecho nacional, ni aún a pretexto de existir circunstancias extraordinarias (incluyendo, en este principio, a la propia Convención Constitucional); y nadie puede excusarse de cumplir las leyes y normas imperantes.

Estos principios consolidan una de las bases del Estado de Derecho, circunscrita en la idea de que ninguna autoridad, sea cual sea, podrá imponer al resto del país normas o decisiones que no sean resultantes de un procedimiento tramitado en conformidad a la ley (sea este procedimiento uno de carácter administrativo, como una sanción de una Superintendencia; legislativo, como se sigue al momento de elaborar leyes; o judiciales, dirigidos a la emisión de una sentencia judicial). De esta forma se mantiene vigente el repudio que el sistema tiene de la posibilidad de que el poder sea ejercido de forma “abusiva” o caprichosa, priorizando, a su vez, el actuar “juridificado”, o sea, canalizado a través de los cauces institucionales.

Así las cosas, durante el periodo en que esté sesionando la Convención Constitucional, las leyes, reglamentos, circulares y decretos se mantendrán produciendo efectos con normalidad, manteniendo su imperiosidad y la posibilidad de actuación de los Tribunales de Justicia en caso de su incumplimiento o contravención. Estas normas jurídicas no cambiarán su tenor o sentido salvo en caso de que, siguiéndose el procedimiento establecido para el efecto, la autoridad competente estime necesaria su modificación, fundamentando explícitamente sus motivaciones, como ocurriría, por ejemplo, si quisiéramos cambiar o derogar una ley, caso en el que no bastará la mera voluntad de un parlamentario o de un Partido Político, sino que la iniciativa deberá transitar por el procedimiento legislativo completo (incluyendo las votaciones en las cámaras parlamentarias y la fase de promulgación presidencial).

Este planteamiento da forma a la estructura básica del Estado de Derecho que se mantendrá vigente, sustentada sobre la idea de certeza jurídica (las normas no cambiarán de forma imprevista o rupturista, sino que mediante deliberaciones y procedimientos formales), que mira entregar a la ciudadanía la mayor información posible sobre las conductas que son socialmente aceptadas y aquellas que serán penalizadas, permitiéndole conocer cuando exista la necesidad de modificar alguna de estas reglas, permitiéndole planificar las adecuaciones que sean pertinentes para adoptar la eventual nueva realidad normativa⁶.

⁶ Cabe señalar, eso sí, que lo dicho no significa un “congelamiento” o “estancamiento” del Derecho. Las normas jurídicas son “entes vivos” que evolucionan junto con la sociedad y, por ello, son susceptibles de mutar o ser modificadas cuando la autoridad o la sociedad lo estimen pertinente. Sin embargo, el cambio normativo no puede ser fruto de un simple acto voluntarista de la autoridad, sino que debe ser fruto de una deliberación pública realizada por los representantes políticos, de acuerdo a los procedimientos previamente establecidos. Así, por ejemplo, si una ley debe ser actualizada o rectificadora, no bastará con que un parlamentario así lo quiera, sino que deberá proponer su idea a los demás congresistas, quienes, siguiendo el procedimiento parlamentario y los quórum de aprobación, discutirán y votarán por su pertinencia. Solo habiendo superado esta instancia (que muchas veces dura años) la norma propuesta será ley nueva.

Postura de la CNC

La CNC considera que el proceso de redacción de nuestra nueva Carta Fundamental debe respetar las reglas del pacto político-social que ha dado forma al proceso constituyente, cuyo tenor se encuentra contenido en nuestra actual Constitución, haciéndose un especial énfasis en la importancia de que todos los órganos del Estado respeten sus competencias y procedimientos de actuación.

En vistas de lo anterior, es de suma importancia el respeto a las normas establecidas con arreglo a las cuales se deberá llevar a cabo el proceso de redacción de la nueva Constitución, sobre todo considerando el pilar fundamental que significa aquel instrumento jurídico para estructurar nuestra sociedad, y las consecuencias que tendrá la Carta Fundamental en el futuro nacional, tanto a nivel social, político y económico.

De esta manera, si bien se pretende que la Convención Constitucional goce de plena independencia, esto no puede significar una absoluta discrecionalidad en la toma de decisiones, sino más bien, que el fruto de la discusión sea producto de consensos arribados de forma democrática y transparente, y no producto de intervenciones de terceros con intereses particulares o individuales. Así, el establecimiento de un proceso que tenga pesos y contrapesos y una deliberación civilizada, se erige como el principal método a través del cual la decisión de nuestros convencionales resulte acorde a los objetivos que se persiguen, y no se conviertan en la satisfacción de aspiraciones de unos pocos.

Esto obliga defender dos grandes ideas: que la Convención Constitucional actúe con independencia, pero en respeto a sus reglas de procedimiento, pues solo ellas garantizan un debate a la altura del importante desafío que es redactar una nueva Constitución; y, que la Convención Constitucional solo se enfoque en aquello que se le ha mandado, evitando caer en la tentación de ejercer las funciones de otros órganos del Estado, o desconocer los límites programáticos, esto es, el principio republicano, el principio democrático, las sentencias judiciales y los Tratados Internacionales.

Esto debe ser complementado con los esfuerzos realizados en orden a garantizar la máxima representatividad en la Convención y un sistema de elecciones que, es de esperar, permita que entre nuestros convencionales provengan de todos los sectores, sin consideración a si pertenecen o no a un partido político. Esto sin duda ayudará a tener un debate democrático serio y responsable.



III. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Es por todos conocido que nuestro país se encuentra viviendo un proceso de trascendental importancia, por medio del cual se apresta a repensar y establecer las reglas con arreglo a las cuales desea se estructure la vida en sociedad para las siguientes décadas. En este camino, un tema que no puede estar ausente es el de su transparencia y el de los caminos de comunicación que establecerá el órgano constituyente con la ciudadanía.

La propia génesis de este cambio constitucional, así como la elevada participación y resultado del último plebiscito, se muestran como claros indicios de un querer nacional de ser parte de este proceso. Por lo demás, esta parece ser la tendencia en derecho comparado, donde, más allá del tipo de institución utilizada para redactar una constitución (Convención Constituyente), “la inmensa mayoría de procesos constituyentes estudiados utilizaron algún tipo de mecanismos consultivo o deliberativo con diferentes grados de participación en complemento a las reglas formales de funcionamiento y representación de las Asambleas”⁷.

Dicho lo anterior, esta materia, así como cualquier otra, debe ser analizada desde el contexto al que adscribe, y, por lo mismo, lo que digamos respecto a las bondades de la transparencia y participación ciudadana debe hacerse teniendo igualmente presente las dificultades a que debe enfrentarse. Dentro de ellas, tal vez la mayor, se encuentra el acotado tiempo que tiene asignado la Convención Constituyente para llevar a cabo su labor (9 meses, prorrogable por 3 más). De esta manera, se muestra relevante que las propuestas que se ofrezcan en la materia sean conscientes del criterio temporal mencionado con el propósito que las mismas tengan viabilidad y no se transformen en simples declaraciones de principios que, en los hechos, poco aportarían a la finalidad proclamada.

III. A) Transparencia y tecnología, aliados para la legitimidad del proceso.

Teniendo la legitimidad del proceso en la mira, una comunicación fluida y sincera entre la Convención Constituyente y la ciudadanía resulta indispensable, encontrando en la transparencia su ingrediente básico. Ello cumple diversas finalidades, entre ellas, poner en pleno conocimiento de la sociedad los contenidos discutidos para un nuevo texto constitucional. Además, contribuye a sincerar el verdadero alcance y posibilidad de transformación social que ofrece un nuevo texto constitucional, cuestión del todo importante al objetivo de que exista un adecuado manejo de las expectativas nacionales depositadas en el proceso vivido. En suma, la existencia de mayor transparencia se muestra como un aliado para el éxito y sustentabilidad del proceso constituyente.

Con mérito en lo dicho, algunas propuestas en este sentido son:

- i)** La difusión de las sesiones plenarias a través de distintas plataformas y medios de comunicación. En esta dirección, puede utilizarse la capacidad instalada de los canales de televisión del Congreso Nacional.
- ii)** Generación de informes periódicos de la actividad desarrollada por la Convención y sus comisiones especiales, respecto a los avances del trabajo constituyente.
- iii)** Contemplar mecanismos concretos de transparencia activa, como puede ser publicar las declaraciones de intereses y de patrimonio de los constituyentes.
- iv)** Creación de un sistema que, con debido resguardo de los datos personales, permita el registro de medios electrónicos (e.g. correo electrónico) al que deba enviarse los informes periódicos de actividad de la Convención y sus comisiones.

⁷ PNUD (2015): Mecanismos de cambio constitucional en el mundo Análisis desde la experiencia comparada. p.50.

Como vemos, la utilización de las tecnologías probablemente ocupará un lugar protagónico en el proceso constituyente. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, las irrefutables ventajas que ofrece la tecnología actual para difundir masivamente la información no debe cegarnos de, igualmente, ver sus limitantes para el caso chileno. En efecto, si lo que se busca es un proceso con el mayor grado de información ciudadana posible, es necesario visibilizar los grupos que tradicionalmente se encuentran más sustraídos de este tipo de avances. Así, si bien nuestro país se muestra como líder a nivel regional en lo que a acceso a internet se refiere⁸, donde casi 9 de cada 10 hogares dispone de conectividad, es igualmente claro que acceso no es sinónimo de calidad y conocimiento digital, haciendo necesario que factores tales como la edad, el territorio y los ingresos económicos, sean considerados al tiempo de resolver las vías de comunicación e información que se estimen como idóneas.

Por otra parte, habiendo reafirmado la importancia de un alto grado de transparencia y acceso a la información a lo largo del proceso constituyente, como CNC entendemos que el logro de lo anterior no debe llamar a la condescendencia, sino que, por el contrario, invita a analizar y a adoptar instancias que hagan posible una nutrida interacción en el proceso de deliberación del nuevo texto constitucional de la ciudadanía que no ha sido elegida como miembro de la asamblea constituyente.

Las razones para ello también abundan. Mencionemos, de momento, una de carácter local, cuál es considerar que Chile observa una acusada desconexión entre el mundo político y la ciudadanía, que impactan en “(...) bajos niveles de confianza, junto con un débil sentido de comunidad y una tasa decreciente de inscripción y participación de los votantes, (...)”⁹. En la misma dirección, un informe del Centro de Estudios Públicos del año 2017, nos señaló que sólo el 11% de los ciudadanos cree que la democracia funciona o funciona bien en Chile, frente al ya bajo 26% reportado en octubre de 2010¹⁰.

III. B) Mecanismos de participación ciudadana. Análisis y propuestas.

En línea con lo mencionado en el apartado anterior, desde un punto de vista internacional, la experiencia comparada nos muestra que la inmensa mayoría de las naciones que se han propuesto generar un nuevo texto constitucional lo han hecho contemplando mecanismos de participación. En especial, por supuesto, aquellos que han elegido la vía de una Asamblea Constituyente para este propósito. En efecto, salvo contados casos, como India (1950) o Portugal (1976), es posible advertir en los procedimientos ideados la existencia de algún o algunos mecanismos consultivos o deliberativos al alero de la Asamblea llamada institucionalmente a fijar el nuevo texto constitucional.

Considerando lo anterior, y reconociendo la importancia que tienen los mecanismos de participación ciudadana, es que entendemos que un objetivo que debe contemplarse en el Reglamento es el relativo a la determinación de las acciones, iniciativas y/o mecanismos a través de los cuales la ciudadanía podrá intervenir en el proceso de cambio constitucional. Aquí la gama de opciones es variada y pasaremos a mencionar algunas modalidades que podrían ser de utilidad a nuestro proceso constituyente:

⁸ Según informe elaborado por la OCDE un 87% de los hogares chilenos dispone de conexión a internet: OECD (2019), *How's Life in the Digital Age?: Opportunities and Risks of the Digital Transformation for People's Well-being*. OECD Publishing, Paris.

⁹ OCDE (2017): *Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE*. Chile: Informe. La participación ciudadana en el proceso constituyente. p.6.

¹⁰ Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170601/asocfile/20170601155007/encuestacep_abr_may2017.pdf. En la misma dirección encuesta Ipsos (2019), *Latinobarómetro* (2018), *Estudio Nacional de Transparencia* (2019) y *Auditoría a la Democracia* (2016).

- i)** Al interior de la Convención, una de las comisiones que se forme debería estar especialmente dedicada a gestionar y canalizar los procesos de transparencia y participación.
- ii)** Contemplar instancias donde los delegados convencionales comuniquen a los ciudadanos de su distrito los avances del proceso. Esto, a través de medios locales de comunicación.
Realización de asambleas distritales de discusión con la comunidad.
- iii)** Creación de un sistema de recepción en las oficinas locales de los delegados de las opiniones y propuestas que presenten los ciudadanos. Aquí, es importante contemplar las debidas garantías de recepción y entrega de ellas a la Convención.
- iv)** En línea con lo mencionado a propósito de la transparencia del proceso y del eventual envío de informes o boletines a la ciudadanía que lo desee, puede pensarse en la inclusión, a dichas comunicaciones informativas, de cuestionarios en los que se consulte a la ciudadanía respecto a las materias que son estudiadas por la Convención Constituyente. Generar una instancia institucional al respecto puede ser un modo de encauzar el uso de esta herramienta que, por lo demás, encuentra precedentes en la experiencia comparada (e.g. en el proceso constituyente de Hungría del año 2010 se enviaron cuestionarios a los ciudadanos).
- v)**

Igualmente puede resultar útil recordar los mecanismos empleados durante el proceso seguido en Chile durante el mandato de la ex Presidente, Michelle Bachelet, donde sobre tres ejes temáticos el proceso de consulta se desarrolló a través de dos modalidades: (i) un formulario digital al que se respondía de manera individual y (ii) uno de deliberación colectiva presencial.

Por su parte, como apuntamos anteriormente, las instancias de participación que se contemplen deben ser razonables al contexto de nuestro proceso constituyente, queriendo significar con ello que deben responder a nuestro tiempo y lugar. Así: deberán ser compatibles con el periodo de elaboración encomendado a la Convención; deberán asumir las asimetrías de acceso a la información existente en nuestro país, con el fin de aminorarlas, y; deberá lidiar con la alicaída cultura de participación política existente en Chile, por nombrar algunos.

Postura de la CNC

Con arreglo a lo anterior, la CNC es de la opinión que un elemento esencial del proceso constituyente, y que debe permear todas sus aristas, es la transparencia del mismo. Es decir, que se trate de un espacio de cara a la ciudadanía en el que existan diversos mecanismos por medio de los cuales ella puede conocer y, en la medida de lo posible, participar de la deliberación de contenidos que tiene lugar al interior de la Convención.

Las razones que conducen a esta conclusión son diversas. Por una parte, el proceso de cambio constitucional chileno ha visto y, posteriormente, contemplado la participación ciudadana en varios de las etapas que lo constituyen. Siguiendo al PNUD, los roles de la ciudadanía pueden sintetizarse en 5 momentos o etapas, a saber, (i) iniciadores del proceso, (ii) electores de los individuos que escribirán la Constitución, (iii) aprobadores del cambio constitucional, (iv) consejeros/asesores en consultas públicas y, (v) autores del nuevo texto/cambio constitucional. De ellos, podemos apreciar que la participación ciudadana ha sido institucionalmente contemplada en estas etapas, quedando solo pendiente de definición al punto (iv), labor que, precisamente, deberá ser abordada por la Convención Constituyente al tiempo de elaborar su Reglamento.

Desde aquí y bajo la premisa que la transparencia resulta decisiva al objeto de permitir una decisión informada, es que se propicia su fortalecimiento, al permitirse de esta manera un mejor ejercicio del derecho de participación de la ciudadanía en los diversos espacios institucionales contemplados al efecto.

Por otro lado, altos niveles de transparencia del trabajo constituyente, sumado a la existencia de espacios institucionales de participación (e.g. ratificación del texto propuesto), constituyen una gran oportunidad para iniciar un camino de recomposición en la confianza de la institucionalidad democrática del país. Ello, pues participación no se opone a la lógica representativa de nuestro modelo democrático, si no que ambas formas están llamadas a complementarse en la labor conjunta que supone la actividad política del país.

En estrecha conexión con los párrafos anteriores, en el objetivo de propiciar una participación de la ciudadanía que disponga de la mayor y mejor información posible, la CNC destaca la importancia del rol que jugarán los medios de comunicación social en el proceso que vivimos. Por lo mismo, su responsabilidad se expresa en propiciar una discusión abierta y pluralista, donde se respeten los cánones éticos y profesionales que informan esta actividad.

A su vez, tal como dijimos, el presente proceso constituyente es una oportunidad de reconstrucción de confianzas entre la ciudadanía y la institucionalidad. Así, este demandaría, por un lado, participación en los asuntos públicos, y, por el otro, debería también requerir el reconocimiento de un adecuado espacio y autonomía al órgano representativo creado (Convención Constituyente) para llevar a cabo su misión. Un efecto de esta lógica bidireccional

es fomentar la información y participación en los términos que venimos comentando y, al mismo tiempo, entender que estos insumos ciudadanos no reemplazan la función constituyente de los asambleístas o, dicho en otras palabras, reconocer en ellas opiniones de naturaleza consultiva, en el sentido de nutrir la discusión constitucional, pero sin que lleguen a ser vinculantes para la institucionalidad instalada (como ocurrió, por ejemplo, en la asamblea constituyente sorteada en Islandia).

Por último, la transparencia y publicidad del proceso constituyente se defiende como principio, en tanto primera aproximación a la discusión constitucional, pero sin que su defensa suponga amparar situaciones que puedan paralizarla o viciarla, o bien, entorpecer la adopción de acuerdos, así como la independencia, libertad y seguridad de los asambleístas. Como resguardo a estos riesgos, estimamos que un buen punto de partida es nuestra legislación actual en materia de acceso a la información pública, en tanto, permite atribuirle un carácter secreto o reservado a las deliberaciones que tienen lugar de forma previa a la adopción de un acuerdo cuando se estime que su publicidad pueda afectar el normal desenvolvimiento de la función, en este caso, constituyente. Ahora bien, dichas deliberaciones deberán ser públicas una aprobado el texto constitucional definitivo. Respecto al quórum necesario para elevar a la categoría de secreto o reservado un debate al interior de la Asamblea o de sus comisiones, somos de la idea que debe ser, a lo menos, de la mayoría absoluta de sus miembros, respectivamente.

Por su parte, la CNC advierte que junto con los mecanismos de participación específicos que se implementen, resulta de igual importancia el hecho que ellos no terminen transformándose en un mero instrumento simbólico sin correlato o consideración en el producto final. Dicho de otro modo, los mecanismos que se instauren deben ser expresión de un procedimiento justo, competitivo y democrático¹¹, para lo que debe cumplir con ciertos parámetros mínimos (e.g. trazabilidad, incidencia, vínculo con la elaboración constitucional¹²) que indiquen la forma en que la información recibida será considerada. Esto no supone, como se mencionó, conferirle a éstos contenidos un carácter vinculante para la Asamblea, pero sí de su consideración, dándole significación a la participación.

Lo anterior se destaca para el caso chileno como una manera de aprender de la experiencia comparada, precaviendo los problemas o defectos observados en los procesos de igual naturaleza desarrollados en otras latitudes. En efecto, podemos notar que muchos de los procesos constitucionales vividos en las últimas décadas en Latinoamérica han sido impulsado con un fuerte componente de participación ciudadana, sin embargo, no existió mayor claridad sobre los procedimientos formales de sistematización y tratamiento de esa participación, provocando lo que alguna doctrina denomina “desborde participativo”¹³. Este ha sido el caso de países como Venezuela (1999), Ecuador (2008) o Bolivia (2006-2009).

En definitiva, la transparencia y la participación ciudadana son materias insoslayables en el actual proceso constituyente que vive el país y, en opinión de la CNC, ellas deben incorporarse al trabajo que realice la Convención Constituyente al tiempo de elaborar su Reglamento de funcionamiento.

¹¹ Yanina Welp y Francisco Soto (2019): “Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales”, Revista Española de Ciencia Política, Núm. 50, pp. 13-41.

¹² Op. cit., pp. 13-41.

¹³ Op. cit., pp. 13-41.

DERECHOS DIGITALES Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

*Informe N°3 de la Comisión Constitucional Cámara Nacional
de Comercio, Servicios y Turismo de Chile*



RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución debiera reconocer que en la era de la información se ha gestado un nuevo ambiente en que tiene lugar la vida humana y respecto del cual se deben garantizar los mismos derechos que en el entorno físico. Su reconocimiento debe tener como principio, tanto el proteger frente a los peligros que emanan del propio entorno digital, como a su vez, propiciar el alcance de sus beneficios a toda la nación. El legislador y el ejecutivo deben ser los llamados a concretar esta misión. Las definiciones que se realicen dentro de la Constitución deben ser lo suficientemente flexibles dado el carácter evolutivo del entorno digital. Tanto las garantías constitucionales como la normativa que se dicte conforme a ella, deben responder a la naturaleza transfronteriza de la información y de los datos, sirviendo de aliado a su desarrollo y cuidando también que no se vulneren derechos de las

personas en ese ámbito digital. También deben permitir que el sistema no pierda competitividad respecto de otros sistemas de tratamiento de la información. La libertad de empresa en los entornos digitales es muy relevante.

Es importante también que en este ámbito, la Constitución promueva mecanismos de auto regulación y procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

El centro de la regulación constitucional debe ser el respeto a la dignidad de la persona.

Es importante que la Constitución establezca el derecho universal de acceso a internet ya que ello implica poder realizar de mejor forma el derecho a igualdad de oportunidades en el concierto nacional.



I. INTRODUCCIÓN

I. Introducción.

Es bien sabido que la versión primera de la Constitución Política de 1980 no se situó ni consagró derechos especialmente destinados a proteger a las personas en un ambiente digital. Ello, difícilmente puede conducirnos a imputar falta de previsión a la Comisión de Estudios y, más bien, se muestra como reflejo de, al menos, dos consideraciones relevantes para los efectos de este trabajo. Por una parte, que el mundo en que vivimos, incluido, por cierto, nuestro país, ha variado sustantivamente en las últimas cuatro décadas, encontrando en el avance de las tecnologías uno de sus hitos más relevantes y, por el otro, que la gestación de una nueva Carta Política resulta ser una instancia idónea en el propósito de hacernos cargo de esos principales cambios en los que transita la vida de hoy y, presumiblemente, la de mañana.

A fin de contextualizar el estado actual de nuestra sociedad, puede resultar ilustrativo pensar como durante la Era de la Industrialización el mundo vivió importantes procesos migratorios desde las áreas rurales a las urbanas, forzando un complejo proceso de adaptación social, espacio en el que se observó una profundización de la necesidad de dar respuesta a un conjunto de demandas respecto a la calidad de vida de las personas, muchas de las cuales dieron fuerza y cabida a los que hoy conocemos como derechos sociales o de segunda generación.

Por su parte, en la actualidad y al alero de la Era de la Información es posible postular la existencia de un tercer “ambiente” en el que tendría lugar la vida humana, junto al rural y urbano, cuál sería el entorno digital. Este nuevo espacio de interacción humano ha demostrado una evolución sin precedentes y unas características que le permiten distinguirse de sus compañeros análogos. Dichas particularidades son las que hacen necesario su examen y análisis en un contexto constitucional como el que vivimos.

Desde el punto de vista enunciado, analizar los derechos digitales en un plano constitucional invita de forma inmediata a plantearse ciertas preguntas clásicas al tiempo de discutir la posibilidad de elevar un derecho a la máxima categoría de nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas, el cuestionarnos por la necesidad y utilidad de su consagración en la Carta Política, o el determinar cuál sería el nivel de detalle o densidad normativa que resultaría adecuado incluir en su reconocimiento. Así las cosas, por medio del presente trabajo la CNC pretende aportar a la discusión constitucional que vive el país y, en esta ocasión, respecto de una de las materias que se vislumbran como fundamentales en el desarrollo presente y futuro de nuestra sociedad.



II. DERECHOS DIGITALES Y SU REGULACIÓN

II. Derechos digitales y su regulación.

Cuando hablamos de derechos digitales estamos haciendo alusión a las acciones, defensas, atributos y demás posibilidades que se procura reconocer a las personas que se desenvuelven en un entorno de esta naturaleza. Pues bien, el ambiente en que ellos encuentran su razón de ser y donde ocurre este conjunto de interacciones es lo que se ha denominado tradicionalmente como Ciberespacio.

Pues bien, la conjugación de este último término con la posibilidad de su regulación puede resultar incómoda, incluso contradictoria, si tenemos presente sus orígenes y el ideario que nació a su alero. En dicha lógica se entiende, por ejemplo, la “Declaración de Independencia del Ciberespacio” de 1996 escrita por John Perry Barlow como una respuesta a la aprobación en el mismo año de la Telecommunication Act en los Estados Unidos y en la que se defiende el carácter soberano del espacio digital, así como el desconocimiento a la legitimidad en el actuar de ningún gobierno que pretenda regularlo.

Dicho lo anterior, el ruterio que ha seguido la evolución tecnológica, y sus usos, han dado muestra que, junto con todos los beneficios que pueden atribuírsele, existen ciertos riesgos y abusos que lejos de reivindicar el carácter libertario y autorregulado que se pronosticaba, dan lugar a la razonable necesidad de su regulación.

En la categoría anterior podemos mencionar la situación vivida en Egipto durante los años 2010 y 2012 en la llamada “Primavera Árabe” donde se observó un “bloqueo completo de servicios de Internet, y un bloqueo parcial de los sistemas de telefonía celular con motivo de las protestas civiles que se desarrollaban en el país”. Otro ejemplo icónico de vulneración de derechos fundamentales en el espacio digital lo encontramos en Turquía donde por medio de la modificación a su ley de telecomunicaciones se terminó “prohibiendo el acceso a algunas redes sociales por la negativa de cumplir ciertas sentencias judiciales, pero evidentemente orientado a silenciar las crecientes críticas a la gestión del presidente Erdogan y los casos de corrupción conocidos en dicho país”.

Por su parte, conviene señalar que con la denominación de derechos digitales se engloba un conjunto de situaciones y desafíos que enfrenta la vida moderna, muchos de los cuales son adaptaciones de derechos preexistentes que toman características especiales en el ámbito digital, mientras que otros son expresión de los nuevos avances y realidad que se construye al alero de la sociedad moderna. La lista puede ser extensa. Pensemos en la propuesta de Carta de Derechos Digitales española que contempla más de una veintena de derechos y libertades, los que se entienden como nota de los principales retos a los que deben adaptarse los derechos actuales en el entorno digital.

Por nuestra parte, estimamos que algunos de los aspectos centrales a ser considerados en el contexto actual del ciberespacio son los relativos a: derecho de acceso a Internet, la adaptación de los derechos laborales al entorno digital, lo propio respecto al derecho a la privacidad y la libertad de expresión, la debida protección de menores en Internet, los problemas derivados de la ciberseguridad y de las nuevas aplicaciones de la Inteligencia Artificial. Todas ellas, en conjunto a las temáticas que ya han sido reconocidas en nuestro ordenamiento, como es el caso de la protección de datos personales. Respecto a ellos, desde ya digamos que el acuerdo que arribemos sobre la necesidad de su regulación no es sinónimo de defender la consagración constitucional de todos ellos, pero si estimamos necesario que las bases que se contemplen en la Carta Política permitan su desarrollo por parte de los órganos o personas habilitadas para dicha tarea.

En conexión con lo anterior, debemos apreciar que estas y otras materias vinculadas con los derechos digitales no son enteramente novedosas a nuestro ordenamiento jurídico y se observa un interés incipiente (aunque inorgánico) sobre su tratamiento. Tal es el caso, por ejemplo, de la normativa laboral que actualmente regula el derecho a la desconexión

digital (artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, incorporado el año 2020), siendo pionera en latinoamérica a este respecto o el derecho a la neutralidad en la red incorporado el año 2010 a la Ley de Telecomunicaciones. En la misma categoría podemos mencionar el proyecto de ley que busca reconocer el acceso a internet como un servicio público de telecomunicaciones (Boletín 11.632-15).

En suma, tal vez la principal razón para regular las tecnologías y sus manifestaciones radica en la constatación de cómo ellas han permeado los cimientos mismos de nuestra sociedad, incluyendo en ello nuevos riesgos para una de las mayores conquistas de las sociedades modernas, cuál es el debido reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas, según pasamos a detallar.



II. DERECHOS DIGITALES DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

III. Derechos digitales desde los derechos fundamentales.

Más allá de la hipótesis planteada al final del párrafo anterior, teniendo presente las ideas expuestas respecto a la actual conveniencia de regular algunos aspectos de las interacciones que tienen lugar en el espacio digital, resulta conveniente preguntarse el por qué hacerlo desde la Constitución Política y, en específico, a propósito de los derechos fundamentales de que son titulares las personas.

Frente a lo anterior, podemos recordar que una de las funciones clásicas que se le ha reconocido a los derechos fundamentales es el de constituir límites indisponibles e inquebrantables a la actividad estatal, es decir, con la mirada centrada ante un eventual abuso que pueda acometer el Estado contra sus ciudadanos. Conforme a esta mirada, de tintes negativos, los derechos digitales buscan prevenir la ocurrencia de excesos por parte del Estado. Como veremos, este diagnóstico si bien cierto corresponde sólo a una de sus posibles funciones y legitimaciones, toda vez que, ahora desde una mirada igualmente garantista, pero teniendo al Estado ya no solo como eventual opresor de libertades y derechos, se convierte en promotor de ellos. Es decir, confluyen aquí las miradas de los derechos fundamentales desde una filosofía individual junto con los de vocación económico, social y cultural.

En la misma dirección, frente a la pregunta planteada siempre resultará útil visitar la situación que pueda existir en la experiencia comparada. En términos generales, de ella podemos observar que el tratamiento constitucional con mención expresa al entorno digital es comparativamente escaso¹⁴ y que los casos en que ello ocurre dice relación con constituciones (o modificaciones de las existentes) que se sitúan preferentemente en el siglo XXI.¹⁵ Otro aspecto destacable es que dentro de este reducido universo, la presencia latina es sustantiva.¹⁶

Siempre desde el punto de vista comparado, podemos igualmente apreciar que las menciones son más bien puntuales y donde su tratamiento y énfasis pueden entenderse explicados en las necesidades y historia de las respectivas naciones. Tal es el caso, por ejemplo, de Egipto,¹⁷ que más allá de una mención programática en materia de alfabetización digital, centra su preocupación en garantizar la libertad de prensa y de los medios de comunicación en este espacio, lo que encuentra directa vinculación con la experiencia, ya comentada, de la “Primavera Árabe”.

¹⁴ Distinta es la situación de las telecomunicaciones que encuentran una mayor consagración en las constituciones políticas del mundo. Ello se vincula con los derechos digitales si el respectivo ordenamiento jurídico entiende dentro de esta categoría el acceso a Internet, como se pretende en nuestro país con el proyecto de ley que busca reconocer el acceso a internet como un servicio público de telecomunicaciones (Boletín 11.632-15).

¹⁵ Dentro de las excepciones a esta afirmación destaca el caso de Portugal, cuya Constitución Política de 1976 consagra en su artículo 35, una regulación expresamente referida a la “Utilización de la informática”.

¹⁶ Entre ellos encontramos los casos de las constituciones políticas de: Ecuador 2008 (revisada el año 2015); República Dominicana 2015; México 1917 (revisada el año 2015); Venezuela 1999 (revisada el año 2009); Paraguay 1992 (revisada el año 2011).

¹⁷ La Constitución Política de Egipto de 2014 (revisada el año 2019), prescribe en el inciso primero de su artículo 71 que: “Está prohibido censurar, confiscar, suspender o cerrar de cualquier modo los periódicos o los proveedores de información digital egipcios. Excepcionalmente, en tiempos de guerra o de movilización general, estos pueden ser objeto de una censura limitada”.

Por su parte, contempla un capítulo 10 que regula el “Consejo Supremo de Regulación de los Medios”, que tiene como responsabilidad el garantizar y proteger la libertad de prensa y de medios en los términos estipulados en la Constitución, y que conforme al artículo 211: “tendrá competencia para regular los asuntos relativos a los medios audiovisuales, regulará la prensa digital e impresa, y otros medios”.

Un enfoque diverso puede apreciarse en la Constitución de México 1917 (revisada el año 2015).⁵ En ella, por una parte, a propósito de la libertad de opinión y del derecho a la información declara en su artículo 6 que: “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”. Por el otro, más adelante en su artículo 28 regula a los órganos encargados de asegurar la libre competencia (Comisión Federal de Competencia Económica) y el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones (Instituto Federal de Telecomunicaciones), sosteniendo que las leyes que los normen deberán promover “la transparencia gubernamental bajo principios de gobierno digital y datos abiertos”, es decir, en este caso las tecnologías se aprecian en servicio de la mejora del sistema político.

Por su parte, otras constituciones han priorizado la importancia de la alfabetización digital (Ecuador 2008), la inviolabilidad de las comunicaciones (República Dominicana 2015), la protección de datos personales (Portugal 1976), el honor y la intimidad personal y familiar (España 1978, Venezuela 1999) o la han establecido con un carácter más autónomo y aplicable a todas las garantías constitucionales (Paraguay 1992).

Dejando de lado las menciones a ordenamientos jurídicos de otras naciones, resulta adecuado apreciar que el tratamiento de los derechos digitales con un enfoque en los derechos fundamentales es la posición que se defiende en el ámbito internacional por organizaciones como las Naciones Unidas. En efecto, podemos encontrar la Resolución 32/13 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. En ella, entre sus consideraciones se lee aquella que afirma: “(...) 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”.¹⁸

Lo propio ocurriría en el plano continental cuando, por ejemplo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nos indica en su Informe “Libertad de Expresión e Internet” que el artículo 13 de la Convención, relativo a esta garantía: “(...) se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet”.¹⁹

Por su parte, desde el punto de vista nacional parece seguirse un camino que se encontraría en línea con estas recomendaciones y acciones internacionales. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo cuando en el año 2018 se incorporó al listado de garantías del artículo 19 en su numeral cuarto, el derecho a la protección de los datos personales. Este resulta ser un antecedente importante si tenemos presente que alcanzar un acuerdo respecto a la necesidad de consagrar un derecho fundamental en una Constitución Política es algo que resulta altamente complejo de lograr. En efecto, la Constitución de 1980 durante toda su vigencia solo ha visto incorporado a su texto dos nuevos derechos y ya sabemos que uno de ellos (junto a libertad de creación artística), dice directa relación con los derechos digitales.

Otras menciones a las tecnologías pueden apreciarse en esta Constitución a raíz de la igualdad de oportunidades de los indígenas (artículo 2, letra b); deber del Estado de propiciar la investigación científica y tecnológica (artículo 3); libertad de difundir opiniones (artículo 7), y respecto a las facultades legislativas del Congreso (artículo 73).

¹⁸ Resolución 32/13 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2013): Libertad de Expresión e Internet, p.1.

Por otro lado, pero siempre en la búsqueda de las razones (o la ausencia de ellas) que justificarían incorporar a nuestra nueva Carta Política una visión que comprenda e incorpore derechos que den cuenta de lo que hemos denominado ambiente digital, podemos mencionar como motivo de su necesidad una constatación. Ella sería, tal como menciona la doctrina nacional, que: “En las redes sociales, en los medios de comunicación en Internet y en la interacción con otros, se ejercen muchos de los derechos fundamentales enumerados en la Constitución y consagrados en tratados internacionales. En tal sentido, debe entenderse que los mismos derechos que las personas gozan ordinariamente pueden encontrar ejercicio en cualquier tecnología o plataforma de comunicación o interacción, sin que ello deba significar un ejercicio menoscabado o restringido”.²⁰

Otra razón descansaría en la consideración de cuáles serían los principales sujetos obligados por estos derechos. Frente a ellas, parece atendible la necesidad de acudir a nuestra norma jurídica más importante con la finalidad de propiciar su efectividad. En esta dirección, se mitigaría el riesgo de encontrarse vulnerable a las mayorías circunstanciales que puedan existir en un momento dado, igualmente, presentaría la ventaja de servir de guía vinculante a los órganos del Estado al tiempo de convenir tratados y acuerdos internacionales que inciden en la materia, como, a su vez, respecto al desempeño de sus tareas domésticas. Estimamos que la experiencia comparada refuerza esta precaución si tenemos presente episodios internacionales como los ya comentados.

La consagración constitucional de las ideas matrices y de algunos derechos en el ámbito digital resultan ser un técnica que permite, si es bien ejecutada, ayudar en la labor de delimitar el contenido de los derechos que se establezcan, lo que, junto con dar testimonio de la importancia que la sociedad les atribuye, colabora en la misión de evitar confusión o colusión con otros derechos y libertades constitucionales (e.g. protección de datos personales e intimidad y vida privada). Suma a ello, que le permite acceder a un estatuto de garantías y protección que sólo se activan en atención a su naturaleza de derecho fundamental.

En definitiva, el propósito de su consagración a nivel constitucional es el de reconocer una realidad ya existente y que, hasta donde se puede avizorar, solo se potenciará con el transcurso del tiempo. Es decir, con eje en la Constitución Política, se establecerán las principales directrices del ejercicio de los derechos fundamentales en un ambiente digital, direccionando e intencionando la labor de los demás órganos del Estado, quienes de acuerdo con la distribución de competencias que se establezca en el nuevo texto, deberán dar concreción local y procurar su éxito y respeto en el plano global.

²⁰ Paula Jaramillo & J- Carlos Lara (2014): Derechos fundamentales en Internet y su defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- ONG Derechos Digitales- N°7, p.12.



IV. PROPUESTAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

IV. Propuestas para la nueva Constitución Política.

Desde la premisa que la transformación digital que ha vivido nuestra sociedad ha tenido, tiene y tendrá la posibilidad real de afectar los derechos fundamentales de las personas, la CNC propone y defiende la idea de que en la elaboración de una nueva Constitución Política para Chile la consideración del entorno digital, con sus ventajas y riesgos, debe formar parte de las preocupaciones del poder constituyente.

En esta dirección, se postula que un lugar adecuado, no así excluyente, para analizar y consagrar esta mirada, es en el capítulo de los derechos fundamentales. De esta manera, reconociendo que en la Era de la Información se ha gestado un nuevo ambiente en que tiene lugar la vida humana, la idea matriz es que a partir de los postulados que pueda incluir el nuevo texto constitucional se busque garantizar en el entorno digital los mismos derechos que en el físico.

Dicha tarea, debe suponer una mirada que comprenda a los derechos fundamentales tanto en su faz subjetiva como objetiva. Es decir, tanto en el resguardo de las situaciones que puedan afectar a las personas individualmente considerados (e.g. privacidad, datos personales), proveyendo de los instrumentos jurídicos necesarios a fin de proteger tales derechos, como también entendiendo a los derechos digitales como elemento integrante de nuestro ordenamiento jurídico, con una importante función en el cumplimiento de objetivos colectivos que posibiliten un desarrollo igualitario y sustentable de todos los sectores de la sociedad. Por tanto, el reconocimiento constitucional de los derechos digitales debe tener como principio tanto el proteger frente a los peligros que emanan en este entorno, como, a su vez, propiciar el alcance de sus beneficios a la nación toda, lo que supondrá asumir un rol activo en materias como acceso a Internet o alfabetización digital, entre otros.

Por su parte, será labor primordial del poder legislativo y ejecutivo dar concreción a la protección de los derechos digitales, debiendo contemplarse en la normativa constitucional un adecuado reenvío a las posibilidades normativas y de ejecución de los distintos órganos del Estado. Todavía más, entendiendo las particularidades y ritmo de evolución de esta clase de derechos, estimamos que la participación del sector privado en la materia será de la mayor importancia. Las técnicas por medio de las cuales se incorpore este aporte serán diversas (e.g. participación ciudadana, autorregulación regulada, etc.), según los casos.

Por ejemplo, adaptándose a la actividad que se realiza y a la realidad de su entorno particular, puede pensarse para el mundo laboral la conveniencia de una regulación adoptada de común acuerdo entre empleador y trabajadores, quienes conocerán mejor que nadie las exigencias y posibilidades del trabajo específico que se realiza en un entorno digital. Ahora bien, teniendo en cuenta las asimetrías existentes en el contexto de la relación laboral puede pensarse en el establecimiento de un piso mínimo de derechos y deberes establecido mediante regulación estatal.

Tengamos presente que estas técnicas colaborativas de regulación del mundo digital ya han sido evaluadas positivamente tanto en el plano comparado como en el local. Respecto a lo primero, podemos acudir a la propuesta de Carta de Derechos Digitales española, la que en su capítulo XXV de “Garantía de los derechos en los entornos digitales” nos indica que: “Se promoverán mecanismos de autorregulación regulada y procedimientos de resolución alternativa de conflictos”. Para el caso chileno podemos mencionar el proyecto de ley que busca instaurar una nueva normativa en materia de protección de datos personales, en la que se contempla la promoción de modelos de prevención de infracciones y de técnicas de autorregulación.

Estrechamente vinculado con lo anterior, se defiende la idea que la regulación de los derechos digitales no debe entenderse en clave de limitación exclusiva a la acción de los órganos estatales y, por ende, excluyente del accionar de agentes privados. En efecto, ya hemos comentado las fuentes principales de amenaza a las libertades y derechos en el ámbito digital y, por lo mismo, la regulación existente deberá procurar ordenar los derechos, deberes y obligaciones de la actividad o industria en cuestión. De esta manera, reconociéndole un rol activo al sector privado, él se puede ver involucrado tanto en la gestación de la norma como en destinatario de la misma.

Otro elemento que la CNC estima necesario dejar expuesto, dice relación con entender que el entorno digital encuentra entre sus elementos constituyentes su marcado carácter evolutivo. Con base a ello, precave que cualquier definición constitucional a su respecto deberá cuidar que sea lo suficientemente flexible a fin permitir una adecuada adaptabilidad en el tiempo.

Junto con lo anterior, el nuevo texto constitucional deberá procurar reconocer las diferencias existentes entre el ejercicio de derechos pensados en un ambiente análogo respecto de aquellos que tienen lugar preferente en uno digital. Un ejemplo de ello y que resulta clarificador para nuestro medio, al recibir ambas consagración expresa en la Constitución de 1980, es la relación entre las garantías de derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales.

Lo propio puede decirse respecto a la relación laboral en un ambiente digital. Sin perjuicio que esta materia será objeto de otro informe, simplemente advirtamos algunas diferencias que presenta con su variante análoga. Aquí, temas como la desconexión digital (hoy consagrada con rango legal), la conciliación del trabajo con la intimidad individual y familiar o la determinación de cuáles son las medidas legítimas que podrá utilizar el empleador con el fin de hacer efectivo su poder de control (pensemos, en lo controversial de medidas como sistemas de videovigilancia, grabación de sonidos o geolocalización) son todos aspectos de suma relevancia y donde la Constitución puede aportar desde sus ideas matrices.

Un asunto que resulta de la mayor importancia tener presente en un mundo profundamente interconectado como el actual, es que los derechos fundamentales y su protección exceden la simple lógica Estado-nación y se proyectan por sobre sus fronteras. Esta afirmación solo se acentúa cuando nos referimos a derechos en un entorno digital.²¹ Tomemos como referencia los datos personales, donde el tratamiento que debe darse al tráfico transfronterizo de ellos ha ocupado parte importante de la agenda de las naciones, entre ellas Chile (e.g. proyecto de ley que reforma normativa de protección de datos personales), y de los organismos internacionales (e.g. Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales).

En efecto, el intercambio de información a través de tecnologías digitales es una realidad significativa en el presente y observa elevados niveles de crecimiento con el transcurso de los años. Ello de la mano de la expansión del comercio electrónico y del auge de la economía digital fuerzan un entendimiento global de la materia y, en dicha dimensión, las garantías constitucionales y la normativa que se dicte bajo su alero debe responder a dicha naturaleza transfronteriza, sirviendo de aliado a su desarrollo, siempre cuidando que en dicho camino no se vulneren los derechos de las personas.

²¹ En esta dirección cuando la Resolución ^{32/13} del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, señala que: “Reconoce la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, incluido el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”.

Reforzando lo anterior, la naturaleza transfronteriza del ámbito digital obliga a que los lineamientos que se establezcan en la Constitución Política, y que se desarrollen en la restante normativa nacional, impliquen un esfuerzo adicional en orden a resguardar que las obligaciones y exigencias imperantes en la materia en otros lugares del mundo no impliquen, por un lado, dejar en una posición desmejorada, comparativamente hablando, la normativa nacional, como, por el otro, en que no se termine, en los hechos, adoptando una regulación foránea como consecuencia de la ausencia, insuficiencia o desactualización de la existente en Chile.

Por último, atendiendo el carácter integral que presentan los derechos digitales, en tanto se muestran como un ambiente en que tienen lugar un conjunto creciente de interacciones y que ellas evidencian, según los casos, ciertos rasgos característicos y diferenciados de aquellos presentes en el mundo análogo, resultará igualmente importante considerar, desde el punto de vista constitucional, la existencia de una adecuada institucionalidad que tenga como misión prioritaria comprender esta visión y colaborar en la implementación y mejoramiento de las políticas públicas que se establezcan por las distintas reparticiones públicas en el mundo digital.

Sin perjuicio de todo lo anterior, en opinión de la CNC el reconocimiento que nuestra nueva Constitución Política pueda realizar respecto de los derechos digitales debe fundarse en las siguientes ideas matrices:

- La importancia de las nuevas tecnologías como motor de desarrollo, crecimiento y de transformación digital, cuya promoción es esencial para lograr la inclusión social del ser humano, con igualdad de oportunidades.
- En una declaración que reconozca que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política tienen aplicación y protección en el ambiente digital, siendo responsabilidad del legislador, y/o otros órganos del Estado, definir las particularidades y, por tanto, especial tratamiento que deben recibir en dicho espacio. Atendida la vocación de esta Cámara, incluimos y valoramos en esta premisa el reconocimiento a la libertad de empresa en los entornos digitales en el contexto de la economía nacional e internacional.
- En que en la regulación de los derechos digitales debe entenderse como elemento esencial de ellos el respeto a la dignidad de la persona. El ser humano debe seguir siendo el centro de la regulación constitucional, rechazando cualquier intento tendiente a su instrumentalización con vista en objetivos colectivos. Lo anterior, tendrá especial importancia en la regulación que se establezca en áreas como la protección de menores, la seguridad o la educación en un espacio digital.
- Contemplar el derecho universal de acceso a internet como un principio que debe guiar la actividad de los órganos del Estado en su labor legislativa o en la determinación de políticas públicas, al entenderlo como un derecho básico y de acceso a los restantes y que se entiende como necesario en el contexto actual, siendo exigencia particular de un adecuado cumplimiento de la garantía de igualdad de oportunidades en el concierto nacional.

DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y NUEVA CONSTITUCIÓN

*Informe N°4 de la Comisión Constitucional Cámara Nacional
de Comercio, Servicios y Turismo de Chile*



RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución debe hacer mención expresa en materia de derecho del consumidor y protección de la libre competencia para así superar la mirada de “tutela o garantías implícitas” respecto de estas materias a nivel constitucional. La Constitución debiera consagrar valores o principios fundamentales para fijar la base jurídico-social de las relaciones entre proveedores competidores y entre estos y sus consumidores (derecho a la adecuada información y a la no discriminación arbitraria; resguardar la libre competencia y el trato igualitario a los proveedores por parte del Estado). También podría avanzarse en regular la forma en que el Estado operará como proveedor, decretando expresamente su vinculación hacia la normativa general de protección de los derechos del consumidor. En este ámbito, también se sugiere que sea el legislador el responsable de desarrollar la forma, derechos y garantías y los instrumentos institucionales de fiscalización y supervigilancia. La creación de órganos

especializados no debiera abordarse a nivel constitucional sino que legal. Este ámbito, al igual que el abordado en el Informe N° 3, se caracteriza por ser muy cambiante y dinámico, lo que obliga a dejar las definiciones más específicas a la política contingente.

La CNC estima que el sistema actual de protección de los derechos del consumidor y de la libre competencia a través de 2 entidades especializadas como lo son el Sernac y la Fiscalía Nacional Económica, separando sus roles más bien ligados a la educación, información y fiscalización de los roles de sanción, el cual queda entregado a los Juzgados de Policía Local y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respectivamente, pareciera ser adecuado. No obstante lo anterior, la Cámara opina que se puede perfeccionar y modernizar, potenciando la importancia de la información y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.



I. INTRODUCCIÓN

I. Introducción

Los últimos procesos constituyentes vividos en los últimos 60 años -especialmente en países iberoamericanos- se han caracterizado por la constitucionalización de diversas problemáticas que, anteriormente, eran consideradas materias reservadas a la discusión contingente de la política nacional, la que normalmente se traduce en la implementación de sistemas sustentados en la legislación y en la reglamentación administrativa. Una de estas materias es, justamente, aquella centrada en la relación jurídica existente entre “consumidores” y “proveedores”.

El “derecho del consumo” o de “protección de los consumidores” nació como un asunto de contratación especial y, por lo mismo, los primeros encargados de analizar sus efectos y sus implicancias fueron los actores privados, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de una eventual protección a la “parte más débil” inherente a todo contrato de “adhesión”. Sin embargo, el devenir del tiempo ha permitido una evolución del concepto, haciéndose presente una igualdad entre los contratantes, pero no desde una perspectiva de la posición idéntica, sino desde una mirada equivalente, que permitía vincular la materia más a un ámbito público-económico por sus alcances, superándose una perspectiva meramente centrada en lo contractual-individual.

Es justamente este nuevo ámbito, ligado al orden público-económico de un país, el que ha abierto la discusión sobre las implicancias constitucionales de la materia, siendo cada vez más común encontrar textos constitucionales que dedican palabras o normas completas a este asunto, así como reglas sobre el rol que puede advertir el Estado en ella, pasando de ser un mero espectador de la relación contractual, para convertirse en un actor relevante desde la perspectiva regulatoria como fiscalizadora, no solo respecto de la adecuada implementación de la normativa dirigida a proteger a los consumidores o regular la publicidad, sino también para normar la relación entre proveedores, surgiendo una faz encargada de resguardar la “libre competencia”.

Es este contexto el que nos obliga a proponer al debate público nuestras consideraciones al respecto, especialmente en consideración de que los distintos miembros de la Cámara Nacional del Comercio, Servicio y Turismo revisten un rol importante dentro de estas materias, en las que son actores directos y, por ende, cuentan con una experiencia que puede significar un verdadero aporte al debate constitucional imperante, tanto en relación a su contacto con sus usuarios y consumidores, como respecto al trato que hay entre sus pares al momento de construir juntos un libre mercado. En el presente informe, por ende, se podrán encontrar las propuestas y reflexiones de la CNC sobre esta materia, tanto desde la perspectiva normativa como institucional.



II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

II. Sobre la constitucionalización de los derechos de los consumidores

El fenómeno de la constitucionalización del derecho tiene como idea matriz el rol fundamental que la Constitución Política de un país adquiere dentro de todo su sistema jurídico. Como bien sabemos, el texto constitucional no solo busca consagrar ciertos derechos y deberes de máxima importancia para una sociedad, o crear las principales instituciones estatales, sino que también busca constituir límites para el Poder, estableciendo valores, principios y ámbitos que se excluirán de la discusión coyuntural de los actores políticos, transformándose en un núcleo de contenidos que el Estado deberá respetar, regular, promover, y asegurar.

De esta manera, elevar un derecho o una materia a la regulación constitucional implica extraer de la discusión parlamentaria ese asunto, sometiendo al Congreso Nacional y a los Tribunales de Justicia a respetar y promover el nuevo valor o principio constitucional, enmarcando su actuar a él desde todas las perspectivas imaginables. Así ocurre, por ejemplo, con el actual artículo 19 N°6 de la Constitución chilena que, al asegurar la libertad de culto, libera a los templos de toda clase de contribuciones, impidiendo, de esta forma, que posteriormente una ley pueda imponer un tributo de esta naturaleza a una iglesia, por ejemplo, aun cuando dicha ley sea aprobada por las máximas mayorías en el Congreso Nacional.

Por lo tanto, una sana reflexión sobre aquellos valores, principios y derechos que han de constar en la Constitución Política debe tomarse con la mayor importancia, puesto que él se convertirá en la base sobre la que se construirá el resto de la normativa sectorial.

Actualmente, la Constitución Política pareciera no decir nada -de forma directa- sobre la relación “consumidor-proveedor”, entregando la materia a la construcción legislativa, encontrada principalmente en la Ley N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Sin embargo, un análisis más pausado sobre el texto constitucional nos permitirá apreciar la existencia de ciertos valores y principios que, revestidos de un ámbito de acción general, podrán tener implicancias en el derecho del consumo.

Así ocurre con el artículo 19 N°2 de Constitución, cuando prohíbe la posibilidad de que una “autoridad” (entendido como todo aquel que posee un mayor poder de decisión en un determinado ámbito de la vida) pueda establecer diferencias arbitrarias o sin justificación razonable, consagrándose así una obligación de tratar de forma igualitaria a todos aquellos que se encuentran en una misma posición. De esta forma, un proveedor que ofrece un bien mediante publicidad, por ejemplo, no podrá desconocer o alterar, posteriormente, las condiciones prometidas para la adquisición de un bien en consideración a determinada persona, sin mayor justificación razonable.

Algo similar puede desprenderse de las garantías contenidas en los artículos 19 N°22 de la Carta, cuando consagra el principio de no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado a las entidades privadas -proveedores-, fomentando de esta forma la libre competencia entre ellos mediante el establecimiento de reglas igualitarias para los actores de un mismo sector económico; o en el artículo 19 N°21 del texto constitucional, cuando reconoce el derecho al libre emprendimiento, siempre que la actividad económica no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. Como se ve, ninguna de estas garantías se refiere directamente a la relación de consumo, sin embargo, poseen influencia directa en ella al establecer cierto encuadre mínimo en los vínculos entre particulares (entre proveedores y entre ellos y sus consumidores).

Esto ha permitido sustentar la idea de que en Chile, actualmente, existe una “regulación constitucional implícita” en materia de consumo y de libre competencia, mediante interpretaciones de las normas de carácter general, que serían la base para, por ejemplo, el estatuto legal de derechos del consumidor, entre los que se incluyen el derecho a la libre elección del bien o servicio (materialización del principio de libertad general constitucional), el derecho a la información oportuna y veraz (concreción del derecho a la libertad de opinión, entre otros), no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor (derivado del principio de igualdad y no discriminación general), el derecho a la seguridad en el consumo (construido, entre otros, por el derecho a la salud), o el derecho a una reparación o compensación oportuna (también derivado de la libertad constitucional), entre otros.

Sin embargo, la tesis de las “garantías implícitas” sobre las que se podría construir el sistema jurídico del consumo ha comenzado a ser objeto de críticas, debido a considerarse una mirada sustentada en el subjetivismo, en donde la única figura relevante será el pacto entre individuos (el contrato de consumo) tal como pensaba la doctrina jurídica durante la segunda mitad del siglo XX, pensamiento que hoy en día no logra abrazar y comprender las implicancias económico-sociales de las relaciones de consumo masivas, distintivas del siglo XXI. La evolución de este entendimiento ha permitido, poco a poco, comprender el comportamiento de los distintos actores del mercado y crear -por ahora, mediante legislación- herramientas que buscan consolidar una sana relación entre proveedores y consumidores, entendiendo que en ello se sustenta un pilar de la economía del país. Así, en 1997 se lograría promulgar la Ley N°19.496 sobre protección de derechos del consumidor que, regulando la relación de consumo desde una perspectiva subjetiva, también crea una institución pública encargada de velar por el cumplimiento de dicha Ley, difundir los derechos y deberes del consumidor, y realizar acciones de información y educación: el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC).

De esta manera, el rol de la Administración Pública empieza a configurarse dentro del sistema nacional, fiscalizando, interpretando la regulación, proponiendo modificaciones legislativas, mediando entre consumidores y proveedores para la resolución de conflictos, informando y educando a la sociedad, reunir información sobre el funcionamiento del mercado, e, inclusive, participar en procedimientos judiciales. Este rol administrativo sería profundizado con la creación de un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y una Fiscalía Nacional Económica, concentradas en la fiscalización y control de las relaciones entre proveedores y sus consecuencias en los consumidores; así como con el surgimiento de legislaciones especiales destinadas a regular relaciones de consumo especiales (como ocurre con la actividad bancaria, las compañías de seguros, la industria de las telecomunicaciones, servicios sanitarios, entre otras), incluso aquellas en las que el Estado pudiera convertirse en el proveedor directo (como pudiera ser a través de sus empresas o sociedades).

Pero, a pesar de estos avances, la importancia que ha adquirido la temática tanto en el país, así como en el contexto internacional, es que se ha motivado una discusión sobre la necesidad de establecer parámetros valóricos y axiomáticos básicos y directos (ya no “implícitos”) en el texto constitucional, que sirvan de lineamientos fundamentales para la consolidación de los estatutos jurídicos e instituciones estatales sectoriales, que vayan de la mano con las pautas que se han ido construyendo por el derecho internacional (como ocurre con las Directrices para la Protección del Consumidor elaboradas por la ONU). De esta forma, las Constituciones Políticas comienzan a consagrar valores y directrices superiores, que informan y ordenan el sistema económico de un país, tanto desde la perspectiva del mercado, la competencia, la productividad e, inclusive, la integración social.

Sin embargo, el reconocimiento de esta materia en el ámbito constitucional no es uniforme en la experiencia de los demás países, pudiendo distinguirse dos clases o modalidades de reconocimiento constitucional:

(i) Una de ellas hace relación a entender los derechos del consumidor como un mandato de optimización o deber genérico del Estado, para efecto de impulsarlo a la creación de las debidas políticas públicas (mediante leyes, reglamentos, circulares y similares) que aborden la materia. De esta forma, el constituyente opta por una regulación genérica o indeterminada, dirigida a implementar simplemente un patrón de acción para la autoridad estatal

Ejemplo de lo anterior es el artículo 51 de la Constitución española, cuando establece que: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”. Como se ve en este caso, la Constitución no busca dar una protección directa a los derechos de los consumidores, sino que confiere un mandato a los órganos estatales para que sean ellos los que creen procedimientos y mecanismos eficaces de protección, bajo el estándar mínimo de la promoción, información y educación, complementado por un mandato expreso al Parlamento para regular el comercio interior.

En una misma línea, pero con mayor densidad, el artículo 28 de la Constitución mexicana, en sus tres primeros incisos, consagra: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Como se ve, nuevamente esta Constitución impone sólo al Estado (en este caso, al Congreso de la nación mexicana) a fijar las bases del modelo económico vinculado al consumo, sus garantías y las prácticas que se deben entender repudiadas por la sociedad. La diferencia con el ejemplo español es su mayor grado de densidad¹, con lo cual se extrae de la discusión democrática las definiciones o conceptos, limitándolos en la Carta Fundamental, todo lo contrario a lo que ocurre con el artículo 65 de la Constitución de Perú, que, de forma escueta pero profunda, dictamina: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

²² Otro ejemplo en este sentido son los artículos 52 y siguientes de la Constitución de Ecuador cuando regula aspectos como el control de calidad de los productos, el derecho a elección, la implementación de sistemas de satisfacción de consumidores o la definición de responsabilidades jurídicas, entre otras.

(ii) Pero otras experiencias constitucionales han optado por avanzar hacia un resguardo mucho más intenso de los derechos del consumidor, dotando al Estado no solo de un mandato de regular y velar por la sana relación entre consumidores y proveedores como los anteriormente revisados, sino que también se crean mecanismos de tutela directa a través de la regulación constitucional. Tal vez el ejemplo más emblemático de ello lo encontraremos en la Constitución de Portugal, donde su artículo 60 regula expresamente algunos derechos individuales de los consumidores, los que son resguardados por un mecanismo judicial especial denominado “acción popular” contemplado en su artículo 52.3, por el cual: “3. Todos tienen el derecho a ejercer la acción popular, incluyendo el derecho a recurrir por la compensación apropiada para las partes agraviadas, en los casos y términos establecidos por la ley, bien personalmente o por medio de asociaciones que apoyen la defensa de los intereses en cuestión. Tal derecho será ejercido, particularmente, en orden a: a) Promover la prevención, cese o procedimiento judicial de delitos contra la salud pública, los derechos de los consumidores, la calidad de vida, o la preservación del medio ambiente y la herencia cultural. b) Salvaguardar la propiedad del Estado, las Regiones autónomas o las Corporaciones locales”.²³

De esta manera, la Constitución crea un mecanismo de tutela jurisdiccional (o sea, da la posibilidad de demandar) y lo entrega a todo ciudadano, independiente de ser o no una parte afectada por un delito que haya afectado a los consumidores, considerados como una generalidad o cuerpo colectivo.

Algo similar se aprecia en la Constitución colombiana, cuyo artículo 78 crea ciertos derechos de los consumidores y decreta ciertas responsabilidades jurídicas expresas²⁴, para luego consagrar una acción en favor de las personas, permitiéndoles acudir ante Tribunales de Justicia para combatir toda falta o abuso. Así se desprende del artículo 88 de la Constitución de Colombia, que ordena al legislador dar forma a esta acción popular mediante una adecuada regulación de su procedimiento²⁵. De igual modo ocurre con el amparo estructurado en la Constitución de Argentina²⁶.

²³ Artículo 60 de la Constitución de Portugal: “1. Los consumidores tendrán el derecho a la buena calidad de los bienes y servicios de consumo, a ser orientados e informados, a la protección de la salud, a la seguridad, y a sus intereses económicos, así como a la reparación por daños.

²³ La publicidad será regulada por ley y todas las formas de publicidad indirecta, fraudulenta o encubierta serán prohibidas.

²⁴ Las asociaciones de consumidores y cooperativas de consumo tendrán el derecho de conformidad con la Ley, a recibir apoyo del Estado y ser oídas en relación a las cuestiones de protección de los consumidores, y tendrán legitimación procesal para la defensa de los intereses de sus miembros o de cualquier interés general o colectivo”.

²⁴ Artículo 78 de la Constitución de Colombia: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

²⁵ Artículo 88 de la Constitución de Colombia: “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.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

²⁶ Artículo 43 de la Constitución de Argentina: “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. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. [...]”.

En Chile, como se ha mencionado, no existen normas constitucionales que directamente se refieran a esta materia, sosteniéndose por ello la tesis de “garantías implícitas” sustentadas en derechos constitucionales generales. Sin embargo, ello no significa que no hayan existido intentos de abordar esta temática desde una perspectiva constitucional, permitiéndonos destacar los siguientes proyectos de reforma constitucional intentados años anteriores (y no aprobados, claro está):

- a) El año 2000 se presentó el Boletín N°2536-03, cuyo propósito era constitucionalizar la “*protección [al ciudadano] de todos sus derechos derivados de la adquisición de toda clase de bienes y servicios*”. Como se ve, este primer intento buscaba ser un complemento para la Ley N°19.496, y, por ello, no utilizaba conceptos como “consumo” o “consumidor”, ya que ellos aún eran recientes para la realidad jurídica del país.
- b) Un segundo intento de reforma constitucional se encuentra en el Boletín N°2963-07 del año 2002. Este intento se fundaba en un interés de proteger la libre competencia y consagrar una protección al “*derecho de los consumidores y usuarios a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a la reparación de los daños sufridos así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses*”. Esta reforma añadía, además, un mandato al Congreso Nacional dirigido a dictar las leyes pertinentes para regular los procedimientos y mecanismos de defensa de estos derechos.
- c) Un tercer proyecto de reforma constitucional fue presentado el año 2011, bajo el Boletín N°7563-07, cuyo objeto era incluir en la Constitución Política una nueva norma del siguiente tenor: “Es deber del Estado fomentar la protección de los derechos de los consumidores, la libre elección de los bienes y servicios, una información suficiente, veraz y oportuna, como su derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a ser reparados de los daños sufridos, en conformidad a la ley”.
- d) Un último intento digno de destacar se encuentra en el Boletín legislativo N°9463-03 que, a diferencia de los proyectos anteriores, optó por crear un principio de interpretación al cual el Estado debía acomodar su actuación, con una técnica normativa de mayor densidad, que establece de forma expresa al “consumidor” como un sujeto digno de protección. Según este boletín, se intentó introducir al texto constitucional la siguiente normativa: “Establézcase el principio pro consumidor, como principio rector de la legislación nacional, estableciéndose que en la hermenéutica legal o contractual de los diferentes actos o convenciones que se suscriban o se verifiquen por consumidores, ya sea en el análisis de normas o cláusulas que merezcan dudas o problemas en su interpretación, siempre primará la que establezca la condición más benigna para el consumidor. Establézcase además, que es deber del Estado y sus instituciones proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de los consumidores, ya sea en forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios, así como el reconocimiento y fortalecimiento de las asociaciones de consumidores que se creen para tales efectos”.

Como se puede apreciar, la historia chilena ha impulsado la discusión constitucional sobre esta materia en miras de superar la visión actual sustentada en la tesis de las “garantías implícitas” de protección constitucional del consumidor y la libre competencia, sin lograr arribar a un resultado concreto. Ello, de todas formas, no implica desconocer la relevancia del debate y obliga a la CNC a tomar una postura al respecto, dentro de aquellas que hemos ido revisando a lo largo de este apartado descriptivo.

Postura de la CNC

La CNC considera que el proceso de redacción de nuestra nueva Carta Fundamental debe hacer una mención en materia de derechos del consumidor y protección de la libre competencia de forma expresa, para así superar la mirada de “tutela o garantías implícitas” respecto de estas materias.

Sin embargo, el avanzar en este sentido no debe entenderse como un ánimo de crear una regulación constitucional extensa, sino que, por el contrario, bastará que solo sean consagrados aquellos valores o principios que sean fundamentales para crear la base jurídico-social de las relaciones entre proveedores competidores de un mismo mercado, y entre ellos y sus consumidores.

En vistas de lo anterior, parece recomendado defender dos grandes principios en estas materias: Uno dirigido a tutelar a los consumidores, cuyo objeto sea incluir como base de la relación de consumo el derecho a la adecuada información y a evitar el trato discriminatorio arbitrario; y otro destinado a resguardar la libre competencia y el trato igualitario a los proveedores de bienes y servicios por parte del Estado, evitando generar políticas o legislaciones traducidas en cargas económicas desiguales o que impliquen privilegios para solo algunos competidores. Inclusive, se podría avanzar para regular al Estado en su rol de “proveedor”, evitándose que aquél adquiera prerrogativas que puedan afectar la libre competencia de un mercado, y decretando expresamente su vinculación con la normativa general de protección de derechos de los consumidores. La consagración de estos valores y principios servirán, al mismo tiempo, como focos que deberán perseguir las legislaciones y políticas públicas posteriores.

Esto permite entregar a la ley la responsabilidad de desarrollar la forma, derechos y garantías que estructuraran, en concreto, los derechos de los consumidores, las garantías de protección, las formas de contravenir los actos monopólicos o atentatorios a la libre competencia, y los instrumentos institucionales dirigidos a fiscalizar y supervigilar el funcionamiento del consumo y la libre competencia en Chile.



III. SOBRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE CONSUMO

III. Sobre las instituciones públicas en materia de consumo

Un ámbito importante dentro del derecho del consumo hace relación al rol que juega el Estado, más allá de su obligación como regulador o creador de la legislación aplicable. En este sentido, desde la consolidación de normativas específicas para la protección de derechos de los consumidores o de la libre competencia, una alternativa más o menos constante en la experiencia de distintos países ha sido la creación, además, de instituciones -más o menos robustas- dirigidas a fiscalizar, regular y velar por el respeto de las normas sectoriales. Estos organismos pueden revestir una naturaleza meramente administrativa (como ocurre en el caso del SERNAC o la Fiscalía Nacional Económica) o, inclusive, de carácter jurisdiccional (como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

Una de las primeras experiencias en este sentido se encuentra en Estados Unidos, en donde se creó la Comisión de Intercambio Federal (FTC), agencia de carácter administrativo que surgió como una autoridad fiscalizadora de las prácticas anticompetitivas ocurridas en el país. Este organismo, posteriormente, sería reforzado mediante la otorgación de mayores potestades para adoptar la protección de prácticas o actos injustos o engañosos que afectasen a los consumidores. Hoy en día, la FTC funciona mediante una Oficina de Protección al Consumidor, enfocado en la fiscalización de malas prácticas tanto de manera pasiva (recolectando informes y denuncias), como de manera activa (conduciendo investigaciones, interponiendo demandas judiciales, implementando normativa para mantener un mercado justo y educando a consumidores y empresas). Si bien es el Congreso norteamericano, junto con la FTC, quienes desarrollan la legislación y otras normas referentes a esta materia, es la Oficina quien ejecuta efectivamente los mandatos establecidos por ellas. Las principales funciones del FTC se encuentran en la *Acta de la Comisión de Intercambio Federal*, la que es complementada por actas sectoriales que regulan aspectos específicos.

En Canadá, por su parte, existe la Oficina de Asuntos del Consumidor (OCA), organismo dependiente del Ministerio de Industria encargado de la promoción de intereses y la protección de los consumidores canadienses, organizado en la forma de “foro” constituido a nivel federal como provincial. Esta Oficina trabaja en paralelo a la OCDE, organizaciones de consumidores canadienses comunitarios y el Comité de Medidas del Consumidor (CMC), creado en 1995. Entre sus principales tareas se encuentra la realización de políticas de investigación y análisis; elaboración de instrumentos y políticas destinadas a velar que los consumidores dispongan de la información e instrumentos necesarios para la protección de sus intereses y aportar a una economía más eficiente y productiva; desarrollar colaborativamente con las empresas, prácticas y protocolos confiables -y de adopción voluntaria- para mejorar la relación entre consumidores y proveedores; asesorar y colaborar con grupos de consumidores y organizaciones no gubernamentales; promover y proponer modificaciones o nuevas regulaciones y legislaciones de las provincias y de la Federación; entre otras.

Al otro lado del Atlántico, en concordancia con el esquema organizacional establecido para el continente europeo, existe el European Consumer Centres Network (ECC), creado por la Comisión Europea el año 2005. De acuerdo con su establecimiento, existe un Centro del Consumidor Europeo en cada país miembro de la Unión Europea, así como en Noruega, Islandia y el Reino Unido. La función de esta red responde a la colaboración en la resolución de conflictos que surgen entre consumidores y empresas y ofrecer, asimismo, una asistencia y asesoría gratuita para los consumidores, asumiendo un rol trascendental dentro de la tarea educativa. Actualmente, los centros en Alemania y Francia son los centros del consumidor más grandes en Europa y se involucran en más del 50% de los conflictos resueltos dentro de la red.

En paralelo a estos centros, existe el Consumer Protection Cooperation Network (CPC-Net), red de las autoridades responsables para el cumplimiento de las leyes de protección al consumidor que rigen en la Unión Europea. Esta red busca facilitar la fiscalización y persecución judicial a nivel transfronterizo. De acuerdo a la regulación del CPC-Net, cada país miembro de la Unión Europea debe designar al menos una autoridad competente responsable por el cumplimiento de la ley de la Unión. Cada estado miembro debe además tener una Oficina de Enlace Única, encargada de coordinar la investigación y fiscalización de las autoridades competentes y otros actores dentro del CPC-Net (como puede ser el ECC, por ejemplo). En su mayoría, estas autoridades competentes designadas son entidades independientes dedicadas a la protección del consumidor o bien, unidades dentro de los ministerios de economía o mercado. Lo anterior, sin perjuicio de que varios países incorporan otras oficinas y ministerios en su red de cooperación.

En Latinoamérica la consagración de órganos no es muy común. Uno de los casos es México, que cuenta con uno de los organismos encargados de la protección al consumidor más antiguos. En 1976, se promulgó la Ley Federal de Protección al Consumidor, que creó la Procuraduría Federal del Consumidor, la que, en su actual artículo 20, define a la institución como: “La Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en esta ley, los reglamentos de ésta y su estatuto”. La labor entregada a este organismo se complementa con las funciones desempeñadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial mexicana, quien puede emitir normas oficiales previstas por la ley, debiendo la Procuraduría vigilar que se cumpla con dicha legislación y sancionar su incumplimiento. Supletoriamente, las autoridades federales, estatales y municipales cumplen un rol auxiliar en la aplicación y vigencia de la Ley Federal de Protección al Consumidor. De esta manera, México consagra un modelo de resguardo principalmente administrativo, con agencias dotadas de potestades fiscalizadoras y sancionatorias cuando se constata la inobservancia a la regulación.

Por otro lado, el caso brasileño refleja una realidad distinta, caracterizada por gozar de una normativa numerosa y detallada. En primer lugar, la Constitución Brasileña de 1988 establece la defensa del consumidor como uno de los deberes del Estado, cuya traducción legislativa se encontrará en el Código de Defensa del Consumidor, dictado en 1991. A partir de esta legislación, se crea el organismo encargado de la coordinación de la política nacional de protección al consumidor, denominado Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC), dependiente del Ministerio de Justicia. A su vez, la ejecución de estas políticas públicas adoptadas se ejecuta por una serie de organismos públicos a nivel nacional, estatal y municipal, y estos, junto con el DPDC, forman parte del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor (SNDC). Esta compleja sistematización se preocupa no sólo de la defensa de los consumidores, sino también de la vigilancia de varias actividades de los sectores primarios, secundarios y terciarios, en materias que pueden afectar o dicen relación con la protección de consumidores.

La experiencia nacional, por su parte, se caracteriza por la estructuración del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), que comenzó originalmente como el Comisariato General de Subsistencia y Precios, en el año 1932. El SERNAC se nombró propiamente tal el año 1990, consolidándose como un servicio propiamente tal gracias a la Ley N°19.496, actualmente vigente, y con la Ley N°21.081, a través de las cuales se fortalecieron sus facultades, las que, hoy en día, le permiten fiscalizar empresas, iniciar procedimientos voluntarios colectivos para resolver conflictos sustantivos entre la relación de proveedores y consumidores, e incluso presentar demandas colectivas en casos de vulneraciones masivas a la ley de protección a los derechos del consumidor.

La composición y funcionamiento del SERNAC se regula en la Ley N°19.496 (modificada y actualizada por las Leyes N°s 20.555 y 21.081), cuyo artículo 57 define al organismo como: “El Servicio Nacional del Consumidor será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo”. En otras palabras, el SERNAC se muestra con un órgano dotado de cierta autonomía funcional, solamente mermada por un grado de control que tendrá el Poder central, materializado principalmente por la designación que debe realizar del Director Nacional del organismo. Este servicio, además, se organiza territorialmente en direcciones regionales.

Entre las tareas que actualmente la legislación le entrega al SERNAC se encuentran: (a) la fiscalización del cumplimiento de la legislación destinada a la protección de los consumidores; (b) proponer modificaciones de leyes y reglamentos sobre la materia; (c) colaborar con las autoridades políticas en materias de derechos del consumidor; (d) participar en los procedimientos voluntarios para la protección de intereses colectivos de los consumidores; (e) hacerse parte en las demandas judiciales en las que esté comprometido el intereses general de los consumidores; (f) elaborar programas de información y educación del consumidor; entre otras.

Pero, a diferencia de la institucionalidad anterior, en materia de libre competencia el sistema se sustentará en base a una dualidad: por un lado, la creación de una agencia administrativa denominada “Fiscalía Nacional Económica”, que tendrá como función principal la fiscalización de los distintos mercados y sectores productivos a efectos de comprobar la existencia de prácticas anticompetitivas. Para lograr su tarea, la legislación otorga a la Fiscalía la posibilidad de investigar hechos que revistan prácticas colusorias, abusos de posición monopólica y concentraciones, para que, en el caso de que se compruebe la comisión de alguna de estas prácticas, ejerza la acción judicial correspondiente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Tribunal de la Libre Competencia, por el otro lado, es un organismo dotado de potestades jurisdiccionales, permitiéndole conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la libre competencia.

De esta manera, la institucionalidad chilena reviste una doble naturaleza, puesto que en materia de protección de derechos del consumidor, el Estado se manifestará en un órgano de carácter administrativo centrado, principalmente, en la fiscalización de los proveedores y su respeto a la legislación; mientras que, en el resguardo de la libre competencia, el Estado asumirá el rol de fiscalización e investigación de las prácticas anticompetitivas mediante la Fiscalía Nacional Económica, para luego, respetando el principio de que el juez no sea parte a la vez, entregar la función de conocer las causas judiciales sobre la materia a un Tribunal especializado (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), que, en su integración, cuenta con Ministros de profesión “abogados” como “economistas”.

Claramente, de la revisión anterior, podemos dilucidar que existen fundamentalmente dos sistemas organizacionales de protección al consumidor en la experiencia internacional y nacional. Por un lado, una estructura vertical, con una unidad u oficina central dependiente de algún otro órgano gubernamental. Estos por lo general se dedican simplemente a las labores educativas, de cooperación, de mediación o fiscalizadoras, mientras que las labores de creación de normativa y de adopción de política pública las realiza directamente el órgano del Gobierno a cargo. Por otro lado, un segundo modelo se caracteriza por contar con entidades independientes, en su mayoría descentralizadas, quienes pueden realizar todas o casi todas las facultades descritas anteriormente por sí solas (salvo, claro está, la dictación de leyes, función encomendada exclusivamente al Congreso u órgano legislativo), incluyendo, en algunos casos, la posibilidad de sancionar directamente las infracciones a la legislación que puedan pesquisar. Estas entidades, además cuentan, en su gran mayoría, con el apoyo de otras entidades o instituciones, públicas o privadas, que le colaboran en algunas de las tareas más sencillas, como acceso o divulgación de información entre entes encargados o educación de los consumidores y las compañías.

Pero, como también se habrá podido inferir de lo hasta acá descrito, ninguno de los organismos observados cuenta con una consagración constitucional directa, siendo común el silencio de las Constituciones Políticas al momento de contemplar en el texto constitucional la existencia de un organismo especial para estas materias. Así, lo normal será encontrar normas que postulen mandatos de protección al Estado, entendido como entidad general, pero no a instituciones específicas (distintas del Congreso Nacional), como si ocurre en otros ámbitos (como se da en Chile con el control de las elecciones, para lo cual la Constitución Política crea a un órgano específico denominado Servicio Electoral). Esto nos permite concluir, a priori, que la creación de organismos estatales destinados a proteger los derechos de los consumidores o la libre competencia, suele ser un asunto entregado a la legislación, principalmente.

Sin embargo, lo anterior cuenta con un matiz. Durante las últimas décadas, las Constituciones Políticas contemporáneas han comenzado a reconocer una nueva institución denominada “Defensor del Pueblo” (Ombudsman), la cual puede ser entendida como una entidad gubernamental dirigida a velar y tutelar por derechos colectivos de distintas magnitudes, especialmente cuando ellos son afectados por la legislación o por prácticas y acciones particulares de efectos generales. Entre las materias en las que el Defensor del Pueblo suele tener injerencia se encuentra la protección del medioambiente, derechos humanos, patrimonio cultural, la salubridad pública, y, en algunos casos, los derechos de los consumidores.

En la actualidad es posible pesquisar la existencia de más de veinte Defensores del Pueblo con reconocimiento constitucional a nivel mundial, destacando para estos efectos aquellos reconocidos en las Constituciones de Argentina (artículo 86), y España (artículo 54), quienes entregan competencias de fiscalización y de sanción -incluyendo la posibilidad de presentar acciones colectivas ante Tribunales de Justicia- en miras de defender los derechos de los consumidores, entendidos como un interés colectivo de carácter difuso, esto es, que no solo importa a los consumidores afectados, sino a la sociedad toda, por comprender los efectos generales de este tipo de relación para la economía de un país y para la estabilidad de los mercados.

De esta forma, éste se muestra como un tercer modelo, que descansa en la existencia de un organismo de carácter general y no especializado en materia de consumo o libre competencia para su protección.

Postura de la CNC

Frente al rol del Estado en la protección de derechos de los consumidores y de la libre competencia, creemos importante reconocer la experiencia internacional en la materia, comentada especialmente en el apartado anterior de este informe, en donde se da cuenta de una función reguladora, dirigida a dictar y establecer las bases normativas sobre las cuales se deben construir las relaciones entre proveedores como competidores, y entre ellos y sus consumidores, siempre inspirados en principios y valores como la igualdad de trato, el fomento a la información y educación, la libertad de elección, y la conducta empresarial ética.

Sin embargo, desde la perspectiva institucional propiamente tal, se estima pertinente comprender que la creación de órganos especializados no debiese ser algo tratado directamente en la Constitución Política, reservando su parte orgánica para aquellos organismos encargados de ejercer directamente la soberanía nacional en sus máximas facetas. Ello no significa, eso sí, que no se crea importante la existencia de órganos que participen activamente y con competencias claramente establecidas.

Al respecto, estimamos importante mencionar que la eventual creación de un Defensor del Pueblo que, entre sus atribuciones, pueda ejercer un rol de fiscalización o denuncia por supuestas inobservancias a la legislación sobre protección a los derechos de los consumidores o de la libre competencia, no es coherente con la historia de la materia en la legislación nacional, e incluso podría significar un retroceso en estas temáticas, cuyo ámbito ha estado caracterizado por dos agencias administrativas altamente especializadas (y no órganos de competencia general), dotadas de cuotas de autonomía respecto del Poder político, y centradas en la fiscalización del cumplimiento normativo, informar a los involucrados adecuadamente, recabar información y antecedentes para apoyar la elaboración de políticas públicas y velar por el buen funcionamiento del sistema (SERNAC y Fiscalía Nacional Económica), complementada por la instauración de órganos distintos e independientes, encargados de ejercer las potestades sancionatorias de carácter jurisdiccional conforme a estándares de un debido proceso (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los Tribunales de Justicia). Con esto no se está en contra de que pueda crearse un Defensor del Pueblo para velar por distintos intereses colectivos, sino que se estima innecesario entregar estas competencias en específico.

Por ello se propone modernizar el sistema chileno, el que con seguridad podrá ser perfeccionado, potenciado la importancia de la información y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (como mediaciones) que pueden ser mucho más útiles para asuntos de cuantías menores. Sin embargo, estimamos que la Convención Constitucional no debiera emitir mayor pronunciamiento sobre la creación de un órgano específico, para resguardar que este asunto sea tratado, posteriormente, por la política contingente mediante la legislación elaborada democráticamente por el Congreso Nacional, de forma coherente a como se ha de tratar una temática en constante evolución y dinamismo como lo son los derechos de los consumidores y la libre competencia.

DIÁLOGO SOCIAL PARA EL NUEVO Y FUTURO MUNDO DEL TRABAJO

*Informe N°5 de la Comisión Constitucional Cámara Nacional
de Comercio, Servicios y Turismo de Chile*



RESUMEN EJECUTIVO

Debido a los rápidos cambios que va experimentando la sociedad, es necesario que el ordenamiento jurídico nacional se vaya adecuando a ellos con el fin de ir solucionando los dilemas que pueda conllevar la existencia de una normativa obsoleta y que no se condice con la realidad.

Es por esto que consideramos que la nueva Constitución debe contener los aspectos básicos y mínimos que deban regir la relación laboral, pero pueda mantener la flexibilidad necesaria para adaptarse a los rápidos cambios que va sufriendo la sociedad a lo largo del tiempo y que afectan también al ámbito laboral.

Por eso, una nueva Constitución debe respetar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, incluyendo a los trabajadores. También debe incentivar la formalidad a todo nivel, especialmente la laboral y el cumplimiento estricto a la legislación vigente. Sólo de esta forma se reconoce el valioso aporte que los trabajadores y las empresas representan para la sociedad, donde el Estado debe generar condiciones para el mayor desarrollo espiritual y material posible.

Es así como la nueva Constitución debe considerar especialmente los grandes desafíos que se presentan para el nuevo y futuro mundo del trabajo de las próximas décadas. Para ello se requiere una nueva mirada al trabajo humano a partir de un análisis de la situación actual, de manera de identificar aquellos elementos positivos y negativos, y proyectarlos hacia el futuro ya sea manteniendo,

reinterpretando, modificando o creando nuevas figuras o instituciones, con el fin de elaborar normas que se adecúen a las necesidades de los agentes de la sociedad y, finalmente, creando escenarios óptimos en que tanto los empleadores como trabajadores puedan desarrollar sus actividades en un escenario próspero.

En este contexto, urge incentivar el diálogo social para el nuevo y futuro mundo del trabajo.

Así, una nueva Constitución debe asegurar una serie de libertades que hagan posible el ejercicio de la libertad sindical, como lo es el derecho a la vida y la seguridad personal, el derecho a la libertad y la seguridad contra la detención y el arresto arbitrario, la libertad de expresión y de opinión, la libertad de reunión, el derecho a un proceso justo por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones de trabajadores y empleadores.

Por otro lado, una nueva Constitución debe promover el sindicalismo robusto, profesional e independiente de toda injerencia externa de terceros y del Estado, con tal que fomente y defienda los derechos de sus asociados.

En línea con lo anterior, una nueva Carta Fundamental debe incentivar las negociaciones en el ámbito laboral, concretando el diálogo social. Ello, en un contexto en que se propicie la participación y comunicación de buena fe de los actores en plano de igualdad, y con las condiciones sociales, económicas, políticas y de

seguridad óptimas para lograr consensos, la que debe mantenerse durante todo el proceso de negociación. Además, es primordial que el contenido de un proceso de negociación colectiva y el acuerdo al que se arribe se ajusten a la realidad y condiciones de las relaciones laborales en los distintos sectores, al tamaño de las empresas, a su ubicación, entre otros aspectos que permitan su verdadera y adecuada aplicación.

En cuanto a la huelga, en la Constitución se deben garantizar los derechos de ambas partes involucradas, tanto de los trabajadores a hacer efectivo sus intereses en el contexto de la negociación colectiva, como del empleador a desarrollar sus actividades económicas. Esto puede consensuarse con el ejercicio de la huelga

en circunstancias razonables y debidamente justificadas, donde se presente como una herramienta de última ratio, ante el fracaso de otras herramientas brindadas por el legislador. También debe plantearse como un derecho no absoluto, que debe convivir y vincularse con otros, dinámica que es propia de una sociedad democrática.

Finalmente, en este proceso constitucional, debe tenerse siempre como piedra fundamental el derecho de todos los actores de la sociedad a velar por sus intereses -trabajadores y empleadores- respetando siempre los derechos de los demás, de manera que podamos vivir todos -hoy y en el futuro- en una sociedad que base sus acuerdos en el diálogo y el respeto.



I. INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Es de conocimiento general que hoy en día el mundo está en constante cambio y evolución, y que la tecnología y la globalización han influido en todos los ámbitos de la vida moderna, incluida la relación que existe entre los trabajadores y empleadores. De esta forma, el descubrimiento de nuevas tecnologías, la automatización de los procesos, los cambios demográficos y medioambientales y el surgimiento de nuevas formas de trabajo -como el teletrabajo, incentivado aún más producto de la pandemia por Coronavirus-, han puesto en la palestra la necesidad de repensar las legislaciones y relaciones laborales, así como los derechos y obligaciones de los trabajadores y el funcionamiento al interior de las empresas.

En este contexto mundial, en que los últimos años se ha venido discutiendo el *Futuro del Trabajo*²⁷, se inicia el proceso constitucional que se avecina en nuestro país, presentándose como una oportunidad para modernizar las relaciones laborales y adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los desafíos de la sociedad.

Uno de los instrumentos que se ha incentivado desde la Organización Internacional del Trabajo es el Diálogo Social²⁸ entre trabajadores, empleadores y el gobierno, que analizaremos en esta presentación, y que se erige como una alternativa para lograr acuerdos equitativos y justos entre los distintos actores de la sociedad, en un proceso en que el intercambio de ideas desde los distintos frentes, aporte nuevos puntos de vista, y en que todos tengan la oportunidad de participar en igualdad de condiciones.

Por otro lado, es menester además poner en el epicentro de la discusión la importancia de las relaciones laborales en un contexto de respeto a los derechos fundamentales, de incentivo a la formalidad laboral y de cumplimiento estricto a la legislación vigente, todo lo cual constituye la piedra angular sobre la cual deben estructurarse el resto de las consideraciones en relación a la regulación del derecho del trabajo y de las relaciones laborales, pues de esta forma se reconoce el valioso aporte que los trabajadores y las empresas significan para la sociedad.

Es por lo anterior que como CNC, creemos importante hacer un llamado al Diálogo Social para el nuevo y futuro mundo del trabajo, del cual debemos ser partícipes y aportar nuestra visión y experiencia, teniendo como punto central en la discusión a la persona, su dignidad y valor intrínseco, así como la necesidad de generar condiciones para su mayor desarrollo espiritual y material posible. Por lo mismo, en el presente informe se analizará en particular el nuevo y futuro mundo del trabajo, y las relaciones colectivas del trabajo, en el entendido que es donde se propician de mejor forma las instancias de diálogo.

²⁷ Entre otros, véase: “Trabajar para un futuro más prometedor” (2019). Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo OIT, y; “Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo” (2019). Conferencia Internacional del Trabajo.

²⁸ Para más información, véase: <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--es/index.html>



II. EL NUEVO Y FUTURO MUNDO DEL TRABAJO

II. EL NUEVO Y FUTURO MUNDO DEL TRABAJO.

En el escenario global, durante los últimos años ha ido cambiando la forma en la que se desarrollan las relaciones laborales, realizándose una serie de proyecciones sobre el Futuro del Trabajo. Desde la OIT se ha planteado que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente, cuyo impulso ha sido dado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático, la globalización y las desigualdades persistentes, todas las cuales tienen importantes repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo, así como en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto.²⁹

En la actualidad, algunos de estos cambios que se avizoraban para las próximas décadas, han quedado bruscamente en evidencia sobre todo a razón de la pandemia, escenario en el cual se ha visto necesario considerar o crear nuevas modalidades de trabajo que se adapten a las necesidades tanto de los trabajadores como de los empleadores, y en general de la sociedad.

Es así, que la tecnología ha surgido como un gran aliado y generó un fuerte impacto en las relaciones laborales, incentivando figuras como el teletrabajo y acrecentando el trabajo a través de plataformas. Por si la llegada de la pandemia no fuese suficiente, también han influido otros agentes en esta mutación constante, como el fenómeno de la migración, que trae consigo grandes desafíos que deben ser abordados teniendo en el centro de la discusión a la persona como sujeto de derechos y merecedora de un trato digno.

Desde este punto de vista, urge también entregar protección a todo tipo de trabajo humano que se desarrolle, independiente del vínculo contractual que exista (laboral, honorarios, etc.), de manera de dar una mayor cobertura desde el comienzo de cualquier relación de trabajo.

A raíz de lo anterior, podemos darnos cuenta de que además se presentan grandes desafíos para el mundo del trabajo, entre ellos: aprovechar el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, encauzando la tecnología en favor del trabajo decente; formular políticas eficaces destinadas a avanzar en la formalidad laboral y en la creación de empleo pleno y productivo, concretando el trabajo decente, sostenible y seguro, así como una economía sustentable y eficiente; promover la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para todos los trabajadores a lo largo de la vida laboral, así como apoyar a las personas en la adaptabilidad laboral y a lo largo de las transiciones que entraña el futuro del trabajo; flexibilizar los horarios de trabajo para compatibilizar las actividades personales y familiares, así como gozar del derecho a desconexión de manera efectiva; mejorar la cobertura y acceso al sistema de seguridad social que protege a las personas frente a las contingencias sociales; establecer una Garantía Laboral Universal o una renta mínima garantizada que permita a los trabajadores y sus familias mantener una vida digna; definir la participación que tienen los trabajadores en las empresas y en sus utilidades, de manera de que también sean partícipes del crecimiento que generan; lograr la igualdad de género en el trabajo en materia de oportunidades y de trato; asegurar la igualdad de oportunidades y de trato en el mundo del trabajo para las personas en situación de discapacidad, así como para otras personas en situación de vulnerabilidad; generar una política nacional migratoria transversal que, aprovechando la potencialidad que tiene la movilidad laboral internacional y reconociendo los derechos de las personas migrantes, también establezca sus deberes y obligaciones; apoyar el papel del sector privado como fuente principal de crecimiento económico y creación de empleo, promoviendo un entorno favorable; apoyar el papel del sector público, como empleador relevante y proveedor de servicios públicos de calidad.

²⁹ “Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo” (2019). Conferencia Internacional del Trabajo.

En este contexto, es necesario dar una nueva mirada al trabajo humano a partir de un análisis de la situación actual, de manera de identificar aquellos elementos positivos y negativos, y proyectarlos hacia el futuro ya sea manteniendo, reinterpretando, modificando o creando nuevas figuras o instituciones, con el fin de elaborar normas que se adecúen a las necesidades de los agentes de la sociedad y, finalmente, creando escenarios óptimos en que tanto los empleadores como trabajadores puedan desarrollar sus actividades en un escenario próspero.

Desde esta perspectiva, y siguiendo lo recomendado por la OIT, resulta imprescindible actuar urgentemente para aprovechar las oportunidades y afrontar los retos del Futuro del Trabajo a fin de construir un mundo del trabajo decente, justo, inclusivo y seguro, con empleo pleno, productivo y libremente elegido para todos.³⁰

Por lo anterior, es necesario que este tránsito desde el anterior al nuevo y futuro mundo del trabajo se genere a través del diálogo social. Desde este punto de vista, la necesaria organización de los sujetos colectivos y la negociación colectiva resultan ser propicios para generar este cambio como un proceso social, en que los distintos agentes relacionados con el mundo del trabajo puedan participar en igualdad de condiciones, con el objetivo de poner sobre la mesa cada uno de sus intereses, en una postura de conciliación y mirada hacia el futuro que permita poner en el centro de la discusión a la persona humana como sujeto de derechos y obligaciones, y los desafíos laborales que se presentan para las próximas décadas, aprovechando la creación de nuevas tecnologías a nuestro favor y mirando al futuro con ojos de esperanza.

³⁰ “Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo” (2019). Conferencia Internacional del Trabajo.



III. LA LIBERTAD SINDICAL

III. LA LIBERTAD SINDICAL.

La libertad sindical es un derecho humano reconocido y protegido universalmente. Está comprendida como un derecho fundamental que puede verse desde dos puntos de vista: individual y colectivo. Desde lo individual, consiste en que los trabajadores son libres para formar y disolver sindicatos, para afiliarse o no a ellos, establecer sus normas internas (estatutos) y elegir sus representantes (dirigentes sindicales). Desde lo colectivo, tradicionalmente se ha planteado que se manifiesta en la libertad de constitución, de afiliación, para establecer sus propios estatutos, para elegir a sus representantes, para disolver sus organizaciones, para estructurar su propio plan de actuación, entre otras.

En el ámbito internacional, distintos Tratados y Convenios contemplan la libertad sindical, obligando a los Estados adherentes a reconocerla y protegerla. Como ejemplo de lo anterior existen los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto San José de Costa Rica”), la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

En Chile, actualmente está protegido a nivel constitucional, en el primer inciso del artículo 19 N° 19 de la Carta Fundamental, al establecer: “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 19°.- El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.” De esta forma, se reconoce a nivel constitucional tanto el aspecto positivo (derecho de los trabajadores de constituir sindicatos y afiliarse) como negativo (derecho de los trabajadores a desasociarse y a no afiliarse a un sindicato) de la libertad sindical, en la forma explicada.

Siguiendo con lo anterior, en nuestro Código del Trabajo este derecho está reconocido en el Libro III, denominado “De las organizaciones sindicales”, y en el Libro IV, llamado “De la negociación colectiva”, en distintos aspectos: libertad de constitución, de afiliación y desafiliación, libertad colectiva de reglamentación, de representación, actuación sindical, de disolución y de federación.

Al ser un derecho reconocido por el Estado chileno tanto en la normativa nacional como también en los diferentes Convenios y Tratados que ha suscrito y de los cuales es parte, debe dirigir sus acciones hacia la efectiva tutela y reconocimiento de la libertad sindical para todos los integrantes de la sociedad, especialmente para los trabajadores. Sin embargo, la garantía de este derecho requiere la adopción de decisiones concretas sobre la materia, tendientes a crear las condiciones propicias para su efectivo ejercicio, de manera que los trabajadores y empleadores tengan la posibilidad cierta de materializar esta libertad.

Dicho lo anterior, para el adecuado y normal ejercicio de la libertad sindical, es necesario que concurren con ella otras libertades:

- a)** Derecho a la vida y la seguridad personal.
- b)** Derecho a la libertad y la seguridad contra la detención y el arresto arbitrario.
- c)** Libertad de expresión y de opinión.
- d)** Libertad de reunión.
- e)** Derecho a un proceso justo por un tribunal independiente e imparcial.
- f)** Derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones de trabajadores y empleadores.

De esta forma, si bien puede analizarse individualmente, no es sino bajo el supuesto de estos otros derechos -que a su vez deben estar reconocidos y garantizados- que la libertad sindical puede ser efectivamente ejercida. En definitiva, deben concurrir otras condiciones para que se pueda hablar de una libertad sindical correctamente reconocida y protegida.

Cabe mencionar, por último, que a la vez que la libertad sindical requiere de otras libertades y derechos para concretarse, ésta también es el sustento de otro importante derecho: la negociación colectiva.

Como se aprecia, la libertad sindical es parte de un entramado de derechos y libertades que se requieren unas de otras para existir, y para que puedan ser ejercidas. De esta forma, para tomar decisiones respecto a la libertad sindical, también es necesario poner atención en otros aspectos, como los derechos y libertades mencionadas anteriormente.



IV. ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES: IMPORTANCIA E INDEPENDENCIA

IV. ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES: IMPORTANCIA E INDEPENDENCIA.

El ser humano, desde sus inicios ha sido entendido como una especie social, que se genera y desarrolla en virtud de la relación que genera con sus pares, estando siempre en la necesidad de dialogar con otros para satisfacer sus propias necesidades y lograr sus propios fines. Es así como hasta el día de hoy, ha debido crear organizaciones en diversas escalas y en todos los ámbitos de su vida, con el fin de conseguir aquellos objetivos que no puede alcanzar por sí solo. Un ejemplo de ello es la familia, la creación de juntas de vecinos y, a mayor escala, el surgimiento de los Estados. El aspecto laboral no ha quedado ajeno a ello, donde existen organizaciones de trabajadores y de empleadores.

La Organización Internacional del Trabajo define, en el artículo 10 del Convenio 87, a una “organización” como toda organización de trabajadores o empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores. Las organizaciones de trabajadores, en particular, tienen su origen en la libertad de sindicalización, supuesto base para que los trabajadores puedan constituirse como un colectivo organizado.

En Chile, la Constitución actual garantiza a los trabajadores el derecho a constituir sindicatos, ya sea a los trabajadores del sector público y privado, sin otras limitaciones que cumplir los requisitos y formalidades establecidas en la ley y sus propios estatutos. Establece, además, que la afiliación a un sindicato debe ser siempre voluntaria, no pudiendo ser obligado un trabajador a pertenecer o no a una organización sindical. Por otro lado, en caso de optar por la afiliación, esta solo puede ser a una organización sindical, no pudiendo entonces figurar en más de un colectivo, salvo que sea en razón de distintos empleos. Por último, la afiliación es personal, intransferible e indelegable.

A nivel legal, el artículo 220 del Código del Trabajo enumera los principales fines de las organizaciones sindicales, destacando entre ellos:

- a)** La representación de sus afiliados en las diversas instancias de la negociación colectiva, suscribir instrumentos colectivos que le correspondan, velar por el cumplimiento de dichos instrumentos y hacer valer los derechos que de ellos nazcan.
- b)** La representación de los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados;
- c)** Velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ya sea ante las autoridades administrativas o judiciales, actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones;
- d)** Actuar como parte en los juicios o reclamaciones, de carácter judicial o administrativo, que tengan por objeto denunciar prácticas desleales;
- e)** Promover la educación gremial, técnica y general de sus asociados;
- f)** Canalizar inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo;
- g)** Propender al mejoramiento de sistemas de prevención de riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales;

Como se aprecia, uno de los principales objetivos de una organización sindical se refiere a la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores. Además, se erige como la figura propicia para canalizar las necesidades de sus afiliados, desde que sus representantes nacen desde los mismos pares, por lo que en principio conocen las características, carencias, recursos y capacidades de sus integrantes de primera fuente.

Al respecto, cabe recalcar la importancia que tiene para el adecuado funcionamiento y consecución de los fines de la organización sindical, la independencia de la que debe gozar. Así, es la misma Constitución actual la que se dedica a posicionar a nivel constitucional esta característica, en el artículo 19 N°19, inciso tercero: “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas.”

En este sentido, una organización sindical independiente, sin injerencia de terceros ni del Estado, que solo mire a sus fines propios y no intente satisfacer otras necesidades que no sean las de sus propios afiliados colectivamente considerados, será una organización que cumplirá con el fin para lo cual ha sido constituida, y no se verá entorpecida por los cambios políticos que puedan devenir en el país.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que una organización de trabajadores deba ser independiente no quiere decir que esta debe prescindir de otros para llevar a cabo sus fines. Esto, pues siempre requerirá de otra parte para lograr entablar el diálogo y arribar a consensos, desde que también existe como contrapartida del empleador o el Estado.

Así las cosas, la independencia del sindicato debe observarse al momento de realizar un examen de sus miembros para identificar sus necesidades, aptitudes y características para lograr de la mejor manera la determinación de sus propios fines que lo llevarán en definitiva a tomar decisiones y a actuar. Si lo que se persigue, en cambio, son los intereses de un tercero, entonces no cumplirá con sus objetivos y dejará de tener una razón para existir, pues una organización sindical existe sólo en cuanto existen y se observan a sus propios integrantes.



V. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, EL DIÁLOGO SOCIAL Y SU IMPORTANCIA

V. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, EL DIÁLOGO SOCIAL Y SU IMPORTANCIA.

Como ya expusimos, el ser humano solo puede lograr sus fines en cuanto se organiza con sus pares. Además, para lograr estos fines es necesario la creación de instancias para lograr consensos y arribar a acuerdos. El ámbito laboral no está ajeno a esta necesidad.

En nuestra legislación nacional, la negociación colectiva está regulada como un procedimiento, pero además se le debe considerar como un derecho fundamental.

La negociación colectiva puede ser entendida, tal como lo define el Convenio N° 154 de la Organización Internacional del Trabajo, “como todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

En relación a la negociación colectiva, una de las herramientas que ha sido impulsada por la Organización Internacional del Trabajo es el diálogo social.

Podemos definir el diálogo social, tal como lo ha hecho tal entidad, señalando que es “todo tipo de negociaciones y consultas o, simplemente, el mero intercambio de información entre los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, sobre cuestiones de interés común relativas a las políticas económicas y sociales.”³¹

Es importante que en una relación laboral existan instancias de participación y comunicación entre los distintos actores que la conforman, para que puedan desarrollarse de forma sana y eficiente, así como que todo acuerdo se adecúe a la realidad interna de la empresa.

Es por esto que “a través del diálogo social y de la negociación colectiva, los trabajadores y sus organizaciones mejoran sus condiciones de trabajo y sus salarios y, en muchos casos, han ampliado con éxito el alcance de la negociación colectiva, al incluir cuestiones relativas a la protección de los trabajadores, tales como la salud y la seguridad en el trabajo, y programas de seguridad social, la educación y la formación de los trabajadores, e incluso la participación de estos últimos en la gestión de las empresas.”³²

A pesar de que pueda considerarse utópico el pensamiento que plantea que todas las instancias de negociación llegarán o deben llegar a buen puerto, lo cierto es que el hecho de sentarse a conversar ya es de por sí una buena señal y debe ser considerado un avance. Esto pues, aunque no se logren acuerdos, a través del diálogo social se “facilita el camino para alcanzar futuros acuerdos y para aumentar el grado de consenso en la sociedad y, consecuentemente, reducir el campo de los disensos.”³³ Lo anterior, especialmente considerando los desafíos que se presentan para el *nuevo y futuro mundo del trabajo*.

³¹ “Diálogo social y políticas públicas”, Documento de Trabajo para el Taller Nacional “Diálogo Social en Chile”, Santiago, noviembre de 2006.

³² “Diálogo social. En busca de una voz común”, Oficina Internacional del Trabajo.

³³ “América: El diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos”, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

IV. ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES: IMPORTANCIA E INDEPENDENCIA.

Además, “no obstante lo fallido del diálogo, éste no debería ser desestimado como instrumento de participación democrática, si la decisión inicial de recurrir al diálogo participativo ha obedecido al reconocimiento de su deseabilidad, conveniencia y necesidad. Por el contrario, cada fracaso o resultado insuficiente debe conducir a la decisión de remover los obstáculos y factores que lo frustraron. En tal sentido, toda experiencia de diálogo -aún en las no exitosas- constituye un ejercicio recomendable y útil para la pedagogía y aprendizaje de la participación dialogante y concertante.”³⁴

A pesar de lo anterior, cabe hacer presente que a pesar de que el diálogo social se posiciona como una buena herramienta en sí, siempre debe tenerse presente que en su inicio debe existir una intención real de lograr acuerdos, pues de lo contrario solo resultará en un gasto de energía para las partes, pudiendo aun crearse más disenso del que existía al momento de comenzar las negociaciones. En definitiva, “el diálogo supone la existencia de la intención de negociar y, en lo posible, convenir. Por lo tanto, los acuerdos y sus contenidos son el resultado posible, pero no obligatorio, del diálogo.”³⁵

Siguiendo en la línea anterior, además es necesario que aquellos actores que intervengan en el diálogo tengan cierta legitimidad, que es dada por sus propios pares. De lo contrario, se podría dar la situación en que los acuerdos a que se arriben en la instancia no comprometan al resto de la organización. En este sentido, “para que el diálogo sea eficaz, los sujetos deben ser representantes socialmente legítimos, representativos y suficientemente facultados para negociar y convenir. No basta su existencia formal y legal: es imprescindible que su participación sea reconocida como válida por sus representados y por los otros sujetos del diálogo.”³⁶

En este contexto, las principales condiciones que se reconocen y hacen posible el diálogo social, son:³⁷

- a) La existencia de representantes de empleadores y trabajadores, independientes, con representatividad y con acceso igualitario a la información necesaria para tomar parte en el diálogo social.
- b) Compromiso en la participación en las diversas instancias, además de voluntad real para llegar a consensos y buena fe para con los demás actores del diálogo social.
- c) Respeto a la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva como principales pilares para llevar a cabo el diálogo social.
- d) Apoyo de las diversas instituciones relacionadas, ya sean de orden público o privado.
- e) Reconocer en el otro una posición de igualdad y valorar su aporte. Desde el punto de vista del trabajador, tener presente la importancia de su aporte al diálogo, entendiendo que de esta manera puede hacer llegar las necesidades de los trabajadores a los demás protagonistas del diálogo, de manera que puedan ser escuchadas y satisfechas, en condiciones que solo se dan en la instancia de la negociación colectiva.

Finalmente, “es imprescindible asegurar la eficacia jurídica de los resultados del diálogo. Esa es una de las tareas que debe emprenderse si se quiere fortalecer el diálogo social y no convertirlo en una fuente de frustraciones.”³⁸

³⁴ “América: El diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos”, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2002. p.14.

³⁵ “América: El diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos”, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2002. p. 12.

³⁶ “América: El diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos”, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2002. p. 12.

³⁷ “Diálogo social. En busca de una voz común”, Oficina Internacional del Trabajo.

³⁸ “América: El diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos”, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2002. p.3.

Esto en relación con la intención inicial de los actores que intervienen en el diálogo, pues a su vez también debe haber una intención final, materializada en garantías, de que los acuerdos a que se arriben en esta instancia puedan en definitiva adoptarse y materializarse en la realidad, tanto de parte de los empleadores como de los trabajadores.

Para esto último, también es fundamental que el contenido de todo diálogo social se ajuste a la realidad de los sujetos que dialogan o que intervienen. Así, por ejemplo, el contenido de un proceso de negociación colectiva -y el acuerdo al que se arribe- debe considerar la realidad y condiciones de las relaciones laborales en los distintos sectores, el tamaño de las empresas, su ubicación geográfica, entre otros aspectos que permitan su verdadera y adecuada aplicación.

El derecho a huelga no está reconocido abiertamente en nuestra Constitución Política, sino solo en su ámbito negativo, para aquellos trabajadores que no pueden declararse en huelga. Así, en el último inciso del artículo 19 número 16 de nuestra actual Carta Fundamental, se dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas: No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.”

La huelga en la legislación nacional, no está definida, pero tradicionalmente se ha entendida como una suspensión de la actividad laboral, con el fin de presionar para exigir mejoras en las condiciones de trabajo o manifestarse contra disminuciones en los derechos sociales. El principal efecto que causa es la suspensión o interrupción del contrato individual del trabajo, lo que tiene como consecuencia que el trabajador no está obligado a prestar los servicios convenidos, ni el empleador se encuentra obligado a pagar la remuneración por los días no trabajados, manteniendo vigente la relación laboral, pero suspendida o interrumpida por el tiempo que ésta dure.

La huelga está comprendida y regulada solo dentro de la negociación colectiva reglada, siendo la última etapa de ésta. Al ser establecida dentro de la última etapa, puede entenderse que es entonces una herramienta de última ratio que tienen los trabajadores frente al empleador en la negociación colectiva, en aquellos casos en que las otras herramientas que procura la ley no han podido rendir frutos. En este sentido, a pesar de ser considerado un derecho fundamental, la huelga per se significa el fracaso de las instancias de diálogo anteriores, lo que se traduce en que las partes involucradas no han podido lograr acuerdos.

A pesar de establecerse como una importante herramienta que tienen los trabajadores, cabe hacer la precisión de que esta no es absoluta, sino que está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos y limitaciones, como cualquier otro derecho que se encuentre inserto en una sociedad democrática y que convive con otros derechos.

De esta forma, actualmente solo puede realizarse dentro de las condiciones y cumpliendo con el procedimiento establecido en la ley. Primero, solo dentro de una negociación colectiva reglada. Segundo, solo puede ser ejercida colectivamente por los trabajadores. Tercero, debe suceder luego de una serie de etapas que la preceden. Por otro lado, no puede afectar la libertad de trabajo de los demás trabajadores que no están involucrados en ella ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, por ejemplo, de aquellos trabajadores que no se encuentren negociando colectivamente. Además, debe tenerse en consideración la última parte del precepto constitucional que establece aquellas personas naturales o jurídicas que no pueden declararse en huelga, refiriéndose a las corporaciones o empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización puede causar grave daño a la salud, economía del país, abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Debe tenerse en consideración, además, al momento de ejercer el derecho a huelga, el impacto que esta genera en el ámbito privado. Así las cosas, su ejercicio puede poner en riesgo el derecho de otros trabajadores a realizar sus labores, perturbar el normal funcionamiento de la empresa, su compromiso para con sus proveedores, afectar el acceso a los ciudadanos y a los consumidores a los servicios o productos que la empresa presta u ofrece, y provocar un impacto negativo en la economía, poniendo incluso en riesgo la subsistencia de la empresa, cuando esta se extiende importantemente en el tiempo.

De esta manera, el establecimiento de los servicios esenciales, los servicios mínimos y los equipos de emergencia, así como las instancias de arbitraje y mediación obligatoria, resultan ser fundamentales en este equilibrio democrático entre estos derechos.

En definitiva, a la vez que la huelga puede ser entendida como un derecho fundamental de los trabajadores para posicionarse como un contrapeso en la relación de desigualdad que se encuentran frente al empleador, y como una herramienta para el ejercicio de la libertad sindical, no es menos cierto que esta debe estar sometida a ciertos límites, propios de la convivencia como sociedad en un Estado de Derecho, entendiéndose que también debe convivir con otros derechos.

Por lo anterior, el ejercicio de la huelga no puede realizarse de manera absoluta, sin tener en consideración además los otros intereses y derechos que entran en juego, tales como los de los demás trabajadores que no se encuentran negociando colectivamente, del empleador que debe procurar su permanencia y el desarrollo de sus actividades económicas y, en última instancia, la ciudadanía y los consumidores que necesitan de bienes y servicios.

**“PROPUESTAS PARA GENERAR UN
MARCO JURÍDICO-TRIBUTARIO QUE
FOMENTE EL EMPRENDIMIENTO”**
Comisión Tributaria CNC

*Informe N°6 de la Comisión Constitucional Cámara Nacional
de Comercio, Servicios y Turismo de Chile*



RESUMEN EJECUTIVO

Todos coincidimos en que el país sólo saldrá de la crisis social que le atraviesa, si todos hacemos un esfuerzo. Los constituyentes, en ponerse de acuerdo en un marco jurídico que sea estable, no impuesto por una mayoría que sólo representa al 41% del electorado. Además, los ajustes que se hicieron al sistema no apuntaron a que la mayoría estuviere representada. Por lo mismo urge reconocer eso como punto de partida, y promover un marco jurídico que fomente el emprendimiento, en base reglas que sean estables, certeras, pensadas, simples, y que generen empleo, que es la base del crecimiento.

Consideramos en concreto:

Que el texto constitucional debe incorporar lo que proponemos en el análisis de contexto, y que se resumen en:

1) Un Estado que ponga al individuo como eje; le reconozca su libertad y dignidad;

2) Un Estado que proteja a los consumidores, y a los mismos actores que operan del mercado de las desventajas de los monopolios y de las posiciones dominantes, como de cualquier práctica predatoria;

3) Reconozca en forma explícita el derecho de propiedad, el que constituye la meta del emprendedor, por lo que si ese derecho no está suficientemente garantizado no habrá un correlato con el emprendimiento;

4) Reconocer el rol de las empresas privadas y los principios que deben inspirarlas;

5) Fomentar el desarrollo sustentable, sin que eso implique imposibilidad de explotar nuestros recursos naturales. Es posible hacerlo preservando el ambiente y cumpliendo la institucionalidad;

6) Garantizar un Banco Central autónomo;

7) Establecer un Sistema fiscal que funcione, y un sistema tributario progresivo;

8) Propiciar transferencias directas que estén condicionadas al buen comportamiento ciudadano, y a la formalización.

CONTEXTO:

Sabemos que nuestro sistema necesita cambios y que la mayoría de la gente los exige. Así lo demuestran los resultados electorales. También que la mayoría de la ciudadanía no tiene simpatía con la clase política, porque considera que o ha llegado tarde con las modificaciones que el sistema necesitaba o ha hecho reformas que, aunque bien intencionadas, han terminado por hacernos más pobres de lo que éramos.

Es un hecho que resulta evidente que el país tras la pandemia requerirá recursos para financiar las demandas sociales y también que la mayoría de los constituyentes quiere introducir variables de equidad para que el país sea más igualitario y justo y por sobre todo digno. La dignidad es una demanda transversal. La gente se cansó del ninguneo y el maltrato. También del abuso. Muchos de nosotros lo hemos vivido en nuestras relaciones comerciales.

Por lo mismo hablamos desde nuestra experiencia. No necesitamos que nos digan ni nos hagan discurso de lo que significa el ser víctima del poder, porque todos en mayor o menor medida lo hemos sido. Ojo que no sólo del poder económico, sino que también del Estado, que también nos maltrata. Lo hace con intereses y multas que son excesivas, cuando incurrimos en errores o faltas o cuando nos retrasamos en nuestras obligaciones impositivas. Muchos de nosotros prefieren quebrar que pagar, porque resulta imposible que se nos exija muchas veces que todo lo que obtenemos se lo entreguemos al Estado. Emprender resulta cada vez más difícil, más todavía con leyes tributarias que son complejas y no responden al principio de que quien tiene más pague más. Al revés, los impuestos son regresivos, y las fiscalizaciones muy caras.

Para mitigar esto, algunos políticos con el apoyo de personas que se dicen especialistas porque tienen algún grado académico logrado en el extranjero o porque tienen experiencia funcionaria, han optado por promover un conjunto de leyes que ahora con el resultado electoral terminarán por sepultarnos.

Como ninguno de nosotros que damos trabajo quiere eso, porque sabemos que significará mayor pobreza para todos, es que nos permitimos en este documento instar, en base a los trabajadores que representamos, principios de orden tributario que debieran incorporarse en la constitución y ser la base de las legislaciones que conforme a esta se dicten.

PROPUESTAS CNC:

Establecer un sistema fiscal que funcione en base a los siguientes principios, los cuales se encuentran consagrados en Constituciones de Portugal, Dinamarca (Art. 43), Alemania (Arts. 105, 106), Irlanda (Arts. 21, 22), España (Art. 31), Finlandia (Arts. 71 y ss.), Francia (Arts. 13, 14), Países Bajos (Art. 104), Italia (Art. 47), Rusia (Arts. 55 y ss.), Suecia (Capítulo IX Art. 1), Suiza (Art. 127), entre otros.

1. El sistema fiscal debe aspirar a satisfacer las necesidades financieras del Estado y de otras entidades públicas y a un reparto justo de los rendimientos y de las riquezas.
2. Los impuestos serán creados por ley, la que determinará el hecho gravado, su base imponible, la tasa, el sujeto del impuesto, su incidencia, porcentaje, los beneficios fiscales, demás elementos de la obligación tributaria y las garantías de los contribuyentes.
3. Nadie puede ser obligado a pagar impuestos que no hayan sido creados de acuerdo con la Constitución, que tengan naturaleza retroactiva o cuya liquidación y cobro no haya sido fijada en los términos de la ley.
4. Todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad de pago mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad el que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
5. Salvo las excepciones contenidas en la ley sobre Impuesto Territorial, los impuestos que gravan las donaciones, y las patentes municipales, bajo condición en este último caso que la actividad se ejerza directamente por la sociedad dueña de las inversiones, se prohíbe la doble imposición y establecer tributos sobre el patrimonio.
6. Sólo pueden establecerse cargas públicas y/o tributos en sus diversas manifestaciones por medio o con arreglo a la ley.
7. Los proyectos de ley de carácter financiero serán iniciados exclusivamente por el Presidente de la República o por el Senado.
8. Todo proyecto de ley de carácter financiero promovido por el Senado será enviado al Presidente de la República para que éste formule sus recomendaciones.
9. Un proyecto de ley de carácter financiero es un proyecto de ley que contiene disposiciones relativas a todas o a algunas de las siguientes materias: establecimiento, derogación, condonación, modificación o alteración de tributos; la creación para el pago de la deuda pública u otros propósitos financieros de cargas a cuenta de los fondos públicos, o la modificación o supresión de cualquiera de esas cargas; oferta monetaria; asignación, recibo, custodia, elaboración o auditoría de cuentas de fondos públicos; la emisión o la garantía de cualquier préstamo y la amortización de los mismos, así como las cuestiones subordinadas e incidentales a las citadas o a una cualquiera de ellas.
10. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
11. Los fondos del Estado no podrán emplearse de modo distinto al acordado por el Parlamento.

- 12.** El presupuesto fiscal debe ser equilibrado. Sin ingresos provenientes de créditos. Debe prever regulaciones para la toma en consideración, de forma simétrica en expansión y recesión, de los efectos de un desarrollo coyuntural divergente de la situación normal, así como una regulación de excepción para casos de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia, que se sustraen al control del Estado y que graven considerablemente la situación financiera estatal. Para la regulación de excepción debe preverse una regulación correspondiente de amortización.
- 13.** El endeudamiento del Estado debe basarse en un consentimiento del Parlamento, en el que deben expresarse los importes máximos del nuevo endeudamiento y de la deuda estatal. La garantía del Estado y el aval del Estado pueden concederse con el consentimiento del Parlamento.
- 14.** Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.
- 15.** La República estimulará y protegerá el ahorro en todas sus formas; disciplinará y coordinará el ejercicio del crédito, promoviendo su enseñanza en la educación primaria mediante cursos diseñados por Universidades e impartidos gratuitamente por alumnos que no hayan cumplido el servicio militar.
- 16.** La República de Chile fomentará y favorecerá el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión accionaria directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país, permitiéndole a los trabajadores canjear sus indemnizaciones legales, cuando registren 10 años de permanencia en un trabajo por una participación accionaria o societaria equivalente a esos derechos.

Son parte de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile:

CÁMARAS REGIONALES:

- Cámara de Comercio, Industrias, Servicios y Turismo de Arica A.G.
- Cámara de Comercio, Industrias, Servicios y Turismo de Iquique A.G.
- Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de Antofagasta A.G.
- Corporación para el desarrollo de la Región de Atacama (CORPROA)
- Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Turismo de San Antonio A.G.
- Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de la R.M. A.G. (SIDEKO)
- Cámara de Comercio de Santiago A.G.
- Cámara Regional del Comercio y la Producción de Valparaíso A.G.
- Cámara de Comercio, Industrias, Turismo y Servicios de Chillán-Ñuble A.G.
- Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de los Ángeles A.G.
- Cámara de la Producción y del Comercio Biobío, CPC Biobío
- Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de Temuco A.G.
- Cámara de Comercio e Industrias de Valdivia A.G.
- Cámara de Comercio e Industrias, Servicios y Turismo de Osorno A.G.
- Cámara de Comercio, Industria y Turismo A.G. Puerto Montt
- Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Castro A.G.
- Cámara de Comercio y Turismo de Coyhaique A.G.
- Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de Magallanes A.G.
- Cámara de Turismo de Isla de Pascua A.G.

ASOCIACIONES ESPECIALIZADAS:

- Asociación Nacional de Importadores de Motocicletas A.G. (ANIM)
- Cámara de Comercio de Repuestos Automotrices A.G. (CAREP)
- Asociación de Distribuidores de Insumos Agrícola de Chile A.G. (ADIAC)
- Cámara Chilena del Libro A.G.
- Cámara Chilena de Relojeros y Orfebres A.G.
- Asociación Chilena de Empresas de Factoring A.G. (ACHEF)
- Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios (ACOP)
- A.G. de Productoras de Servicios de Producción Audiovisual (APSP)
- Asociación Logística de Chile (ALOG)
- Asociación de Supermercados de Chile
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile
- Asociación de Exportadores de Frutas de Chile (ASOEX)
- Cámara Aduanera de Chile
- Asociación Chilena de Líneas Áreas A.G. (ACHILA)
- Asociación de Transporte Expreso de Chile A.G. (ATREX CHILE)

- Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de RR.HH. (AGEST)
- Asociación de Empresas de Alarmas y Seguridad (ACHEA)
- Asociación Nacional de Agentes de Aduana A.G. (ANAGENA)
- A.G. Chilena de Empresarios del Transporte Internacional de Carga por Carretera (AGETICH)
- Cámara de Venta Directa
- Cámara Nacional de Comercio Automotriz A.G. (CAVEM)
- Cámara Chilena de Centros Comerciales A.G.
- Asociación Gremial de Suministradores Técnicos y de Ingeniería para la Minería e Industria (SUTMIN)
- A.G. de la Industria del Retail Financiero
- Asociación de Empresas de Seguridad Privada y de Transporte de Valores
- Asociación de Empresas de Factoring Chile A.G. (EFA)
- Asociación de Usuarios de la Zona Franca de Punta Arenas (Cámara Franca)
- Corporación del Libro y la Lectura
- Cámara de la Industria Óptica de Chile A.G.

CÁMARAS BINACIONALES:

- Cámara Chileno Belgo Luxemburguesa de Comercio (BELGOLUX)
- Cámara Chileno Holandesa de Comercio A.G.
- Cámara Chileno Ecuatoriana de Comercio
- Cámara Chileno Uruguaya de Comercio
- Cámara Chileno India de Comercio
- Cámara Chileno Irlanda de Comercio
- Cámara Chilena-Peruana de Comercio
- Cámara Asia Pacífico
- Cámara Chileno Sudafricana de Industria y Comercio A.G.
- Cámara de Comercio Chile Paraguay A.G.
- Cámara Chileno-Húngara de Comercio
- Cámara de Comercio Chileno Turca
- Cámara de Comercio y Turismo Chileno Ucraniana
- Cámara Chileno-Polaca de Comercio A.G.
- Cámara de Comercio Chile ASEAN

EMPRESAS:

- Cencosud Retail S.A.
- Bata Chile S.A.
- Comercial ECCSA S.A. (Ripley)
- Comercial KAUFMANN S.A.
- British American Tobacco Chile
- Equifax Chile
- Walmart Chile S.A.

- Entel Chile S.A.
- Falabella Retail S.A.
- KPMG Auditores Consultores Ltda.
- Parque Arauco S.A.
- SODIMAC S.A.
- Transbank S.A.
- Google Chile Ltda.
- VTR.COM Spa.
- SMU S.A.
- ENJOY S.A.
- The Singular Hotels
- Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana
- Decathlon
- Samsung
- Mastercard