

CONSIDERACIONES PARA UN DEBATE CONSTITUCIONAL

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

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 aquel 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. Proceso que ya ha comenzado y que continuará su marcha, sin perjuicio del resultado del plebiscito del próximo 25 de octubre próximo.

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 responsabilidad 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.

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”.

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 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

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 cereza 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 aquel 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 vengan 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) Respeto a los derechos fundamentales.

La Constitución Política de una nación no puede entenderse cabalmente si no considera como uno de sus pilares la consagración y respeto de los derechos fundamentales que su tiempo y lugar muestran como elementos indispensables de la vida en sociedad.

Consciente de lo anterior, la CNC ha promovido, promueve y seguirá promoviendo el más estricto respeto por los derechos fundamentales de las personas, cualquiera sea el ámbito en que ellos tengan aplicación, teniendo siempre presente que la dignidad de la persona humana es la razón de ser y fin del Estado.

Dicho lo anterior, atendida la vocación y objeto de la CNC resulta pertinente expresar una opinión con especial atención en aquellas garantías que inciden en la actividad económica del país.

En este sentido, y, en primer lugar, se valora positivamente el rol que han jugado los derechos fundamentales de orden económico al alero de la Constitución actual. Ello, no supone postular su inmutabilidad, se reconoce la importancia y necesidad de revisar las razones existentes en su época de consagración y confrontarlas con la realidad y desafíos del presente y de los años venideros. Es decir, desde la premisa que la sociedad chilena ha cambiado substantivamente en las últimas décadas y que una Constitución Política pone a prueba su legitimidad en tanto es capaz de responder y adaptarse a dichos cambios, la invitación es a discutir sobre la mejor manera de proveernos de un catálogo de garantías que, atendida la realidad y las posibilidades, sea reflejo del *ser y querer ser* nacional.

Fiel a su razón de ser, se hace una defensa a la función de tutela que revisten los derechos fundamentales tratándose de valores como la libertad y la igualdad. Así, en la relación Estado y persona, se es partícipe de un sistema que ubica, en primer lugar, al ser humano, su capacidad de agruparse y de desarrollar sus actividades en la búsqueda de su mayor bienestar personal y, con ello, social posible. Luego, en materia económica los derechos fundamentales deben servir como un adecuado instrumento de la finalidad mencionada, ayudando en el siempre sensible y evolutivo límite entre el respeto y promoción a la iniciativa privada y la necesidad de intervención estatal.

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 un 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.

IV. CONCLUSIONES

En resumen, la CNC hace un llamado a todos sus miembros a participar del debate público sobre el futuro del entramado constitucional, dentro del cual todos se convierten en actores relevantes y con el derecho de presentar sus opiniones, observaciones, consideraciones e, inclusive, inquietudes, puesto que la Constitución Política responde a aquellos valores, principios y normas que todos los ciudadanos consideran fundamentales para la construcción de una convivencia sana entre los distintos actores de la sociedad.

Y lo dicho es relevante, puesto que, a pesar de que el proceso constituyente podría concluir en el primer plebiscito, en caso de ganar la opción “rechazo”, es innegable que la cuestión constitucional no culminará allí, pudiendo avanzarse en reformas al actual texto constitucional, en miras de mejorar las deficiencias que se puedan apreciar en la estructura social actual.

Por ello, la CNC no puede quedarse al margen, y debe defender públicamente las siguientes posturas a las que ha arribado mediante un trabajo participativo con todos sus miembros, concluyendo lo siguiente:

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, entendiendo 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.*

Es importante mencionar que este informe no se agota en si mismo ya que se trata de un documento preliminar, enfocado en aspectos vinculados esencialmente con el orden público económico. En la medida que se vaya avanzando en el debate constitucional a nivel país y del gremio, se incorporarán nuevos capítulos en los cuales se analizará más profundamente otros temas relevantes a objeto de ser incorporados a este documento y la Constitución.