

SUBCOMISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

**Sesión N° 20ª, de 9 de mayo de 2023,
de 14:12 a 18:24 horas.**

SUMARIO

Los comisionados y comisionadas continuaron analizando las enmiendas que fueron formuladas al texto aprobado en general por la Comisión Experta, en lo referido a derechos humanos, deberes constitucionales, y esencialidad de los derechos, libertades y garantías.

PRESIDENCIA

Presidió el comisionado señor Máximo Pavez Cantillano.

ASISTENCIA

Asistieron presencialmente las y los comisionados señores Máximo Pavez Cantillano y Carlos Frontaura Rivera, y señoras Magaly Fuenzalida Colombo, Catalina Lagos Tschorne, Marcela Peredo Rojas y Verónica Undurraga Valdés. Además, asistieron los comisionados Alexis Cortés Morales y Sebastián Soto Velasco.

Actuaron como Secretaría de la Subcomisión, la abogada secretaria María Soledad Fredes y los abogados asistentes Nicolás Montero y Niscia Rubio.

CUENTA

1. Presentación del Presidente de la Excma. Corte Suprema, señor Juan Eduardo Fuentes, y de la Ministra señora Ángela Vivanco y el Ministro señor Leopoldo Llanos, a propósito de las enmiendas presentadas al Capítulo VII, relativo a Poder Judicial, del texto aprobado por la Comisión Experta, remitida por la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos.

ACUERDOS

1. Se aprobó el acta correspondiente a la sesión número 12.

Por haberse cumplido con el objeto de la sesión, ésta se levantó a las 18:24 horas.



María Soledad Fredes Ruiz
Secretaria de la Subcomisión

PROCESO CONSTITUCIONAL

COMISIÓN EXPERTA

SUBCOMISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

SESIÓN 20

Celebrada en lunes 09 de mayo de 2023, de 14:12 a 18:24 horas.

I. APERTURA DE LA SESIÓN

-Se abrió la sesión a las 14:12 horas.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- En el nombre de Dios y de la Patria, se abre la sesión.

II. ACTAS

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- El acta de la sesión 12ª quedó a disposición de los señores comisionados y de las señoras comisionadas, por lo que, si no hay observaciones a su respecto, se entenderá aprobada.

III. CUENTA

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- La señora Secretaria dará lectura a la cuenta

La señora María Soledad Fredes, Secretaria, da lectura a la cuenta.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, Secretaria.

Tiene la palabra la comisionada Catalina Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Muchas gracias, Presidente.

Por su intermedio, saludo a todas y a todos los presentes.

Respecto del documento recibido, del cual acaba de dar cuenta la Secretaria, quiero consultar si es posible que recibamos a representantes de la Corte Suprema en esta Subcomisión, a propósito de que los temas abordados por la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos tienen relación con muchas de las cuestiones que estamos debatiendo en nuestra Subcomisión.

Creo que sería de mucha utilidad dialogar con representantes de la Corte Suprema, para efectos de comprender bien sus observaciones y poder llegar a las mejores redacciones posibles de las normas que estamos debatiendo.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Nosotros tenemos una lista de personas que nos han pedido venir a exponer a la Subcomisión; sin embargo, podemos buscar un minuto para recibir a representantes de la Corte Suprema en los mismos términos en que procedió la Subcomisión de Función Jurisdiccional.

Con mucho gusto podemos guardar un día y una hora para aquello. así que cuente con eso, porque así lo acordamos.

IV. ORDEN DEL DÍA

DEBATE DE ENMIENDAS PRESENTADAS A TEXTO APROBADO POR COMISIÓN EXPERTA

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Esta sesión tiene por objeto continuar el debate de las enmiendas presentadas al texto aprobado en general por la Comisión Experta. Me refiero a las enmiendas 82 y 89, que tratan sobre derechos que están pendientes y deberes constitucionales, y a las enmiendas 90 y 91, que tratan sobre la esencialidad de los derechos.

Señora Secretaria, tiene la palabra.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Gracias, Presidente.

La indicación 88, de las comisionadas y comisionados Alexis Cortes, Magaly Fuenzalida, Catalina Lagos, Domingo Lovera, Gabriel Osorio, Flavio Quezada, Antonia Rivas y Verónica Undurraga, agrega un artículo 17 bis antes del epígrafe de nacionalidad y ciudadanía, del siguiente tenor:

"Artículo 17 bis nuevo:

1. Las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la verdad respecto de tales acontecimientos, a una reparación integral y a garantías de no repetición. El Estado debe prevenir, investigar con la debida diligencia y sancionar proporcionalmente tales conductas.

2. Las graves violaciones a los derechos humanos, tales como la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial de personas, la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio son imprescriptibles e inamnistiabiles."

La indicación 89, de los mismos comisionados, agrega un nuevo artículo 17 ter nuevo, antes del epígrafe de nacionalidad y ciudadanía, del siguiente tenor:

"Artículo 17 ter:

1. Existirá una Defensoría de los Derechos Humanos, organismo colegiado de carácter autónomo, que tendrá por objeto la defensa y promoción de los derechos humanos, ante los actos u omisiones del Estado.

2. Una ley institucional regulará sus atribuciones, entre las que se incluirá la fiscalización de organismos públicos, la presentación de recomendaciones, reclamos y acciones judiciales y la educación en derechos humanos.

3. Una ley definirá su estatuto y funcionamiento, velando especialmente por su autonomía y transparencia."

Finalmente, la disposición transitoria, de los mismos comisionados, agrega el siguiente artículo transitorio nuevo:

"Artículo xx.- El organismo autónomo referido en el artículo X, se refiere al regulado en la ley N° 20.405 que Crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el que seguirá cumpliendo plenamente sus funciones hasta la modificación de dicha normativa."

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchísimas gracias, señora Secretaria.

Tiene la palabra la comisionada Magaly Fuenzalida.

La señora **MAGALY FUENZALIDA**.- Gracias, Presidente.

En la enmienda 88 estamos proponiendo aspectos básicos del derecho internacional humanitario ante la ocurrencia de violaciones graves a los derechos humanos. Estos aspectos son la garantía del derecho a la verdad sobre tales acontecimientos, entendido como la verificación de los hechos, la búsqueda de personas que pueden haber resultado desaparecidas, el conocimiento público de los hechos, entre otros; una reparación integral, comprendiendo el resarcimiento de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales en forma apropiada al daño causado, y la garantía de no repetición, que obliga al Estado a tomar las acciones pertinentes para que los hechos violatorios de derechos no vuelvan a ocurrir.

Nos parece que estas garantías son un estándar mínimo en favor de aquellas personas que hayan sufrido violaciones graves a sus derechos humanos, por lo que deben estar en nuestra Constitución como mandato para todo el Estado, es decir, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial y demás órganos autónomos que se encuentran involucrados, sin perjuicio de las normas de carácter legal necesarias para su implementación.

En ese sentido, estas normas no tienen un carácter o una sintonía política particular. Las violaciones a los derechos humanos pueden provenir en cualquier momento, lugar y autor. Es necesario que tengamos una norma clara para su defensa y reparación, más allá de las normas internacionales que ya existen y que inspiran esta indicación.

Nuestro país vivió situaciones de vulneraciones graves a los derechos humanos en la dictadura -así fue declarado por organismos nacionales e internacionales-, al igual que en el contexto del estallido social, en que se cometieron abusos, más allá de que en esta mesa haya desacuerdos sobre las motivaciones de dicha movilización social. Así, a nivel comparado, Latinoamérica ha sido escenario de situaciones de violaciones graves a los derechos humanos, y no podemos asegurar que aquello no vuelva a ocurrir en nuestro país.

Por la misma razón y descartando cualquier motivación política en particular, es una forma de tener reglas preestablecidas acordes con el derecho internacional humanitario, como las relativas a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que fue una de las primeras en establecer ese tipo de normas.

Los autores de esta enmienda consideramos esencial contar con una normativa de derechos humanos en relación con este tema, y

esperamos que así también lo acoja el resto de los comisionados.

Respecto de la imprescriptibilidad e inamnestiabilidad, no es más que un establecimiento de normas que tienen un correlato en normas internacionales, como en los Convenios de Ginebra o en conflictos armados internacionales y no internacionales, donde se establece un mandato que también rige a nuestro país.

En definitiva, lo que buscamos con constitucionalizar una norma de este tipo, aparte de lo que ya plantea su propio título, es respeto. Buscamos respeto para aquellas personas que han sufrido bastante, que ven que después de cincuenta años sus familiares aún no aparecen, mientras que personas vivas, testigos u hechores de tan brutales hechos se niegan a colaborar o a entregar información.

Cuando incluso en un poder del Estado, como la Cámara de Diputados, algunos parlamentarios se han permitido desconocer estos hechos y tratar de terroristas a todos los detenidos desaparecidos; cuando se ha buscado reparación para sus familiares o sobrevivientes; a cincuenta años lo menos que podemos hacer es esta constitucionalización, para entregarles el respeto y trato que siempre se han merecido.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Gracias, comisionada Fuenzalida.

Tiene la palabra la comisionada Lagos.

-El comisionado Alexis Cortés se incorpora a la sesión.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Muchas gracias, Presidente.

Como podrán ver, esta norma sintetiza los estándares internacionales más relevantes y que ya están bastante afianzados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también en otros organismos internacionales de protección a los derechos humanos en relación con las graves violaciones.

En esta norma se reconoce el derecho a la verdad respecto de las graves violaciones a los derechos humanos. Este es un derecho que no solo asiste a las víctimas y a sus familiares, sino que también, en concepto de la Corte Interamericana, se trata de un derecho de dimensión dual, en el sentido de que, por supuesto, asiste a quienes han padecido graves violaciones

a los derechos humanos y sus familiares, pero también a la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, este derecho a conocer la verdad, en general, ha estado vinculado al acceso a la justicia, pero no solo se circunscribe a ese derecho, ya que tiene una naturaleza amplia, que no se agota únicamente en el conocimiento y adquisición de la verdad procesal o judicial, sino que tiene una dimensión más amplia, que se vincula con otros derechos humanos, como el derecho al acceso a la información.

Además de haber establecido el reconocimiento del derecho a la verdad, se establece el derecho a una reparación integral y a garantías de no repetición. Ese es otro estándar ampliamente aceptado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, que implica comprender que las reparaciones a que den lugar este tipo de hechos no solo han de ser exclusivamente patrimoniales, sino también que los Estados están obligados a adoptar una serie de medidas, tales como de rehabilitación, satisfacción y, particularmente, de garantías de no repetición, es decir, los Estados deben adoptar todo tipo de medidas para -como diría la Corte Interamericana cuando describe el significado de la *restitutio in integrum*, que es la reparación integral- poner a la víctima en el lugar anterior a la ocurrencia de los hechos y, en este caso, además prevenir la ocurrencia de hechos de esta naturaleza en el futuro.

Adicionalmente, hemos establecido como deber del Estado prevenir, investigar y sancionar estas conductas a la luz de los estándares internacionales, de manera que la investigación deba hacerse con la debida diligencia, esto es, el Estado ha de conducir investigaciones de oficio, que sean serias e imparciales y con una serie de características que den cuenta de procesos judiciales que se orienten a la determinación de la verdad.

Asimismo, hemos establecido el deber de sancionar proporcionalmente tales conductas -que también es un estándar ampliamente desarrollado y acogido por el derecho internacional de los derechos humanos-, en el sentido de que las sanciones que se impongan, tanto legislativa como judicialmente, digan relación con la gravedad de los hechos cometidos, debiendo su ejecución estar orientada a evitar la impunidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se refiere al deber de los Estados de evitar la impunidad de estos hechos, ha dado cuenta de que este es un deber primordial de los Estados, a propósito de que la impunidad de estos hechos propicia la repetición crónica, de modo tal que para

prevenirlos y ponerles un freno es importante que no gocen de impunidad.

Esta norma, asimismo, en su inciso segundo, señala el carácter de imprescriptibles e inamnistiabiles de las graves violaciones a los derechos humanos. Esto, por supuesto, como ustedes bien sabrán, es una norma de *ius cogens*, es decir, es una norma imperativa de derecho internacional. Y ya se ha alcanzado el consenso universal en torno a que las graves violaciones a los derechos humanos no pueden ser objeto de amnistías, de perdones, debiendo ser sancionadas en todo tiempo y lugar.

Esta norma es particularmente relevante. A casi cincuenta años del golpe de Estado, y según las cifras entregadas por el ministro coordinador nacional de la Corte Suprema sobre causas de violaciones a los derechos humanos entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, ha dado cuenta de que existen, hasta diciembre de 2022, 1.462 causas en tramitación, 1.462 causas que a casi cincuenta años del golpe siguen en tramitación.

Esa cifra, creo, habla por sí sola y da cuenta de la ineffectividad del Estado para hacer frente a estas graves violaciones a los derechos humanos y para entregar verdad y justicia a las víctimas y sus familiares, de modo que esta norma es absolutamente necesaria para asegurar la conducción de procesos en tiempos oportunos y, de acuerdo a los estándares internacionales, como señalaba, con el deber de debida diligencia para efectos de que en Chile nunca más vuelvan a ocurrir este tipo de graves violaciones a los derechos humanos.

De acuerdo con las distintas comisiones de verdad que se han desarrollado en nuestro país, la cifra total de víctimas, calificadas oficialmente, es de 40.175 personas, que incluye a detenidos desaparecidos, a ejecutados políticos y a víctimas de prisión política y tortura.

Como exlitigante en casos de graves violaciones a los derechos humanos y familiar de víctimas de prisión política y tortura, considero que una norma como esta no solo es simbólicamente relevante, sobre todo en una fecha tan crucial como la que estamos enfrentando este año, a propósito de los cincuenta años, sino que además jurídicamente va a permitir hacer frente de mejor manera a los procesos judiciales que se siguen desarrollando.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Tiene la palabra el comisionado Cortés.

El señor **ALEXIS CORTÉS**.- Muchas gracias, Presidente.

Saludo a los miembros de esta Subcomisión y a todos los presentes. Agradezco la oportunidad de estar aquí fundamentando esta importante enmienda.

La consagración de estos derechos refuerza el reconocimiento de lo que el sociólogo francés Luc Boltanski define como "común humanidad", o sea, el establecimiento de una igualdad fundamental entre los seres humanos que no admite vulneración en su dignidad.

Sin embargo, tal como lo ha afirmado la historiadora de la Universidad de California, Lynn Hunt, los derechos humanos tienen una paradoja, porque, a pesar de que todas las declaraciones los han positivizado, reconocen su autoevidencia y universalidad, aunque históricamente la principal evidencia de su existencia ha sido más bien su negación y violación.

¿Por qué consagrar explícitamente estas normas sobre violaciones de los derechos humanos en el anteproyecto de Constitución? Por lo que ha señalado Wolfgang Hoffmann-Riem, las constituciones son una autobiografía nacional. Sus redacciones contienen nuestros dolores y cicatrices, además de nuestros anhelos. Y ciertamente el Estado no ha cumplido con el más básico y universal de los mandatos: el respeto a los derechos humanos y la garantía de no repetición por sus violaciones.

¿En qué consiste cada uno de estos derechos? Quiero reforzar algunas de las ideas que han planteado las comisionadas respecto del derecho a la verdad.

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, ha consagrado expresamente este derecho en su artículo 24.2: "Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida..."

El derecho a la reparación y garantía de no repetición.

Este derecho ha sido consagrado en los principales tratados internacionales de derechos humanos, tanto en el sistema universal como regionales de protección.

De acuerdo con la interpretación del Comité de Derechos Humanos, el derecho a la reparación tiene fundamento en el derecho al recurso efectivo, consagrado en la letra a) del

artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El principio rector en materia de reparaciones consiste en devolver a la víctima a la posición que tenía antes de que la violación fuera cometida.

Las garantías de no repetición son medidas que buscan evitar que no vuelvan a ocurrir. En muchas ocasiones buscan resolver problemas estructurales, beneficiando no solo a las víctimas, sino también a otros grupos de la sociedad.

Deber de prevención, investigación y sanción.

En relación con la responsabilidad del Estado -que tiene que ver con estos delitos-, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido la obligación de los Estados de proveer un recurso efectivo a favor de las víctimas frente a graves violaciones a los derechos humanos. Así sucede, por ejemplo, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En relación a la desaparición forzada, ha sido regulada principalmente a través de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La constitucionalización del derecho a no ser víctima de desaparición forzada no es una novedad constitucional, de hecho, así ocurre, por ejemplo, en la Constitución de Colombia.

Tortura.

La prohibición de la tortura, el sometimiento a tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha sido objeto de intensa regulación en el derecho internacional de los derechos humanos, siendo consagrada en varios tratados generales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, ha sido regulada en instrumentos específicos, como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En el sistema interamericano, la tortura se encuentra prohibida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su regulación más detallada está contenida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Prescripción.

La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad está consagrada universalmente en la Convención sobre Imprescriptibilidad de dichos crímenes, que es aplicada por la Corte Suprema, y por el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional.

Amnistía.

El mandato de prevenir, investigar y sancionar apropiadamente las violaciones a los derechos humanos se puede ver obstaculizado a través de la utilización de distintas instituciones jurídicas o mediante determinadas prácticas, configurando lo que Naciones Unidas ha catalogado como "impunidad".

Dicho esto, quisiera traer a colación un mito, una tragedia griega, que es el mito de Antígona, que describe como, ante una traición al Estado, el rey Creonte termina por sancionar el no entierro de uno de los hermanos de Antígona, quien se rebela y aun así lo hace, reivindicando el derecho a enterrar a los muertos, argumentando que existía una ley de origen divino o natural que estaba por sobre la ley de las personas, en este caso, del rey.

Y traigo a colación esto para graficar uno de los aspectos que probablemente sea el más impactante de las violaciones descritas: la desaparición forzada.

Y digo esto no solo como comisionado, sino también como nieto de un detenido desaparecido. Y lo digo porque mi abuela cumplió hace pocos días 90 años sin saber el paradero de mi abuelo, Víctor Hugo Morales, quien fue hecho desaparecer un 9 de agosto de 1976.

Hay noches en que mi abuela sueña con que mi abuelo vuelve a casa. ¿Y por qué se produce esto? Por el duelo inconcluso, y por el mismo derecho que reivindica Antígona en la tragedia griega.

Tenemos el derecho a enterrar a nuestros muertos, a saber dónde están, a tener un lugar donde depositar una flor, algo que nosotros, nuestra familia, lamentablemente no ha podido hacer. Pero digo esto no por mí y mi familia, sino por el convencimiento -y ese es el espíritu de los derechos humanos- de que ningún ser humano puede ser sometido a este tipo de tratos. Ningún ser humano ha de pasar por esta tragedia.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionado Cortés.

Tiene la palabra el comisionado Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Muchas gracias, Presidente.

No solo está esa referencia a la ley natural, como decía el comisionado Cortés, sino que también es uno de los pasajes más bellos de la literatura contemporánea o moderna. Está en Moby Dick. Antes de que el personaje principal se suba al barco hay un sermón. Él entra a una iglesia y hay un sermón, uno de los sermones más bellos a mi juicio y más fuertes que se han escritos sobre la desaparición, este caso, de una persona en altamar, y como la familia necesita eso, así que, en primer lugar, mi solidaridad con tu familia, Alexis, y con todas las familias de los detenidos desaparecidos, porque, naturalmente, lo que usted ha expresado es un dolor que la sociedad y que todos nosotros nunca seremos capaces de compensar adecuadamente. Estoy hablando en términos morales, no materiales ni económicos, por supuesto.

Ahora, la pregunta que nos trae aquí es la incorporación, o no, de un derecho de estas características. Esa es la primera pregunta. Y la reflexión que he hecho al respecto es en tres niveles.

El primero tiene que ver con la lógica de la incorporación de lo que especialmente está en el inciso segundo. Ahí hay ciertas cosas: "las graves violaciones" y la "tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Eso ya lo tenemos contemplado en el número 2 del artículo 17. O sea, hay cuestiones que de algún modo estamos replicando en esta norma y que están en otras que ya aprobamos en general.

Luego, varios de estos delitos o acciones que implican una grave violación a los derechos humanos están también en varios tratados internacionales, tal como se ha recordado acá, y, en particular, en el tratado de la Corte Penal Internacional, que evidentemente hace que esto signifique replicar algunas de las cosas que ya están en esos tratados.

Entonces, uno se pregunta si tiene gran fundamento volver a replicar algo que ya está reconocido en esos tratados. Incluso el TPI, como recordarán, en su minuto pasó por el Tribunal Constitucional porque se necesitó de una reforma constitucional para incorporarlo formalmente, ya que suponía el reconocimiento de una jurisdicción exterior y otros elementos que ahí estaban.

Esa es una primera dimensión de reflexión.

La segunda tiene que ver con algo que señaló la comisionada Lagos respecto de la ineffectividad del Estado en este ámbito.

Y, claro, la pregunta natural que surge es si su incorporación, con estas características constitucionales, realmente cambiará en algo esa efectividad, con la cual, el Estado hasta la fecha ha demostrado poca capacidad, por decirlo de alguna manera. Y creo que eso es discutible. Lo sabemos, las normas constitucionales establecen ciertos criterios, ciertos principios, ciertos valores, ciertos derechos, pero eso no necesariamente implica que ellos se concreten como se aspiraría.

Entonces, ahí hay segunda cuestión.

Y la tercera reflexión que quiero hacer en esta ocasión -ya entrando derechamente a este derecho, al derecho a la verdad, reparación, justicia y garantías de no repetición- es que me parece que este es un derecho, como bien decían los comisionados que me antecedieron, que de alguna manera está consolidado en el derecho internacional de los derechos humanos, y no existe hoy la necesidad de una incorporación, que además está en movimiento.

Normalmente esto corresponde a lo que se conoce como justicia transicional y sus elementos propios. Hoy, por ejemplo, en justicia transicional también se ha hablado -por parte de la doctrina y algo de la jurisprudencia- sobre agregar otro elemento más, la necesidad de cambios institucionales, o sea, verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y cambios institucionales.

Es más, hay otros autores y jurisprudencia menos consolidada que también hablan de que esto tiene que ver con la necesidad del establecimiento de la paz, de la reconciliación, y de otras ideas, elementos o principios que debieran formar parte de la justicia de transición. Entonces, mi inquietud es que, al fijar alguno de estos criterios, de algún modo dificultemos el despliegue de otros elementos en una cuestión que está tan viva.

Esa es una primera cuestión sobre este punto en concreto.

La segunda tiene que ver con algo que el profesor Michele Taruffo -probablemente uno de los procesalistas vigentes más importantes- ha señalado a propósito de este derecho a la verdad. Él se ha preguntado, en alguna parte, si este derecho a la verdad tiene un carácter incierto, es decir, tiene variaciones y diferencias según las situaciones históricas y políticas, según los mismos contextos.

Cuando se pregunta qué es este derecho a la verdad, dice que la verdad puede ser reconocimiento, que es lo que normalmente

hacen las comisiones de verdad; es decir, esa idea de que hay una especie de reconocimiento público. Y es un tipo de verdad.

Pero también dice que está la verdad como conocimiento de hechos; ya no tiene que ver con el carácter de reconocimiento, sino más bien con un carácter individual. En ese campo de la verdad como hecho individual aparece, por una parte, la verdad fáctica o forense -judicial, podríamos decir nosotros-, la verdad personal o narrativa, que es otra dimensión de la verdad; la verdad social o dialógica, otra distinta; y también la verdad curativa o restaurativa, una cuarta o quinta dimensión. Entonces, cuando uno dice derecho a la verdad puede implicar varias cosas.

En ese sentido, aparece como algo indeterminado, incierto. Él mismo dice, a propósito de la verdad como reconocimiento real de lo que sucedió, que a veces no es tan así. Porque esa verdad puede ser imparcial, puede ser incompleta o, incluso, hasta falsa; a veces, en esa verdad de reconocimiento puede haber intermediaciones cuyo objetivo sea esconder la verdadera responsabilidad detrás de los hechos.

Entonces, cuando uno habla del derecho a la verdad, ¿de qué verdad estamos hablando? ¿De cuál de estos tipos de verdades?

La verdad fáctica, forense o judicial está garantizada por los derechos que existen sobre debido proceso, por el orden jurídico en general. La verdad personal o narrativa -que, diríamos, son las memorias- está garantizada por la libertad de expresión; lo mismo que la social o dialógica. Y la curativa o restaurativa está, al igual que la de reconocimiento, garantizada por las tareas propias que tiene que cumplir el Estado.

En síntesis, para hacer un resumen de mi planteamiento al respecto, me genera dudas la existencia de un derecho especial y particular, en este caso, por una parte porque entra a detallar conductas concretas y específicas que están reconocidas en tratados como delitos, de modo que elevamos a rango constitucional ciertos delitos, y me parece que no es la técnica adecuada.

Por otra parte, porque algunas de las garantías que aquí están señaladas están en movimiento. Insisto, hoy en justicia de transición no se habla solo de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, sino también de cambios institucionales y de otros elementos en menor medida, pero que van creciendo. Este tema lo he seguido hace mucho tiempo, doctrinaria y jurisprudencialmente, y he visto cómo ha ido fortaleciéndose, creciendo y consolidándose en distintas ideas.

Y, en tercer lugar, porque la consagración de un derecho a la verdad genera un problema sobre qué tipo de verdad estamos consagrand. Insisto, verdades como la dialógica o la narrativa y personal están garantizadas por la libertad de expresión; verdades como la fáctica, forense o judicial están garantizadas por las normas y por el ordenamiento jurídico; y las de reconocimiento y reparación o curativas tienen una dimensión distinta y están garantizadas por la acción que el Estado debe tomar en su tarea general de procurar el bien común.

En ese sentido, consagrar una garantía particular dotada de una acción específica como es la cautelar, en un contexto como este, así tal como está, me genera las dudas que ya he señalado. Señor Presidente, muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionado Fronta.ura.

Tiene la palabra, comisionada Peredo.

La señora **MARCELA PEREDO**.- Gracias, Presidente.

Es complejo hablar de estos temas en términos tan jurídicos. Voy a ser muy honesta esta vez. Siempre he sido honesta, pero seré más honesta.

Hay un asunto delicado que, evidentemente, es un problema que el país ha intentado zanjar con distintas medidas, por algo estamos nosotros aquí.

Me parece que las violaciones a los derechos humanos de cualquier persona, en general, es algo que evidentemente atenta contra el derecho. Eso es de sentido común, ni siquiera estoy diciendo algo con contenido político. Porque uno eventualmente podría decir dictadura, totalitarismo, de izquierda, de derecha, y no se trata de empatar; esa es una forma facilista de cómo se resuelven las cosas y este es un tema mucho más profundo. En ese sentido, toda mi solidaridad con los queridos comisionados que están hoy con nosotros.

Entiendo que hay circunstancias históricas que nos superan, en las cuales ni siquiera tuve la oportunidad de nacer, así que es difícil que uno se haga cargo de cuestiones que escapan a lo que pueda pasar en un país. Lo que no escapa es nuestra responsabilidad histórica aquí y ahora, en términos de llegar a acuerdos, de hacer valer la democracia, de no perder el sentido.

Me parece que esta enmienda permite reflexionar sobre el valor de la esencia de la democracia y lo valioso que es mantener el diálogo en todo momento en democracia, aun cuando pensamos muy distinto, aun valorando todo lo que hemos vivido; incluso nosotros como Comisión, con pensamientos tan diversos. Yo valoro la diversidad, el diálogo, el pluralismo político, el pluralismo jurídico, el pluralismo religioso, el pluralismo en general como un valor de la democracia y del respeto. Eso quiero relevar.

Respecto de la enmienda, en términos más concretos, me parece que hay una especie de regulación -que uno siempre dice en clases- que dice relación con la integridad física y síquica. No sé si estoy en lo correcto, pero, normalmente, cuando uno está revisando o enseñando Derecho Constitucional en la universidad, explica, en materias de integridad física y síquica, aquella responsabilidad patrimonial del Estado que tiene que ver con esa idea de algún tipo de reparación pecuniaria en razón de aquellas personas que han sufrido delitos de lesa humanidad.

En ese contexto, el inciso segundo de la propuesta podría tener algún asidero en algo así como la integridad, para efectos de que esto quedase, de algún modo, mandatado al Estado. Respecto de la aplicación del derecho me parece que es más complejo, porque dice relación con los jueces.

Entonces, esto puede ser revisado a la luz de la integridad del ser humano y a la luz de esa proscripción que, obviamente, ya está en todas las convenciones contra las torturas, contra los tratos inhumanos y degradantes, que Chile ya ha suscrito.

A lo mejor en esa línea podemos avanzar en un término que el día de mañana se pueda hacer justiciable, y no sea solamente esta idea de una reparación económica que, de pronto, me parece un poco mezquina en estos casos.

Eso por mi parte.

Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Peredo.

Tiene la palabra la comisionada Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Muchas gracias, señor Presidente.

Yo patrociné esta enmienda y soy la única entre las comisionadas Fuenzalida y Lagos, y el comisionado Cortés, que no tenga familiares que hayan sufrido violación a derechos humanos en la dictadura, y me parece especialmente importante patrocinarla porque este no es un tema solo de las familias, sino un tema sagrado para las familias que merece nuestro más absoluto y delicado respeto.

Sin embargo, creo que es muy importante que personas que no hayamos sufrido cercanamente estos delitos y estas violaciones de derechos humanos en nuestras familias tengamos un compromiso por el "nunca más".

Es que cuando uno habla del "nunca más", por supuesto que está pensando en el pasado, está pensando en personas concretas que son las que están siguiendo esas mil y tantas causas que están abiertas, personas como la abuela del comisionado Cortés que todavía está soñando con sus familiares para que pueda volver.

El "nunca más" se refiere también a mirar hacia el futuro y el mundo está muy convulsionado y pueden venir dictaduras de distinto tipo como la que se refería la comisionada Peredo y creo que nos tiene que pillar bien parados en el sentido de tener una convicción muy profunda en estos derechos y un compromiso muy profundo con estos derechos.

Qué bueno que el derecho a la verdad tenga cuatro o cinco connotaciones, si pudiéramos con una norma como esta generar una conversación social sobre todas las dimensiones del derecho a la verdad creo que sería un avance gigantesco en humanidad, en la formación de nuestras nuevas generaciones.

Hace poco salió una noticia -curiosamente, la viralizó una persona que era crítica con esto- sobre una actividad en el Colegio Alemán de Santiago; fue una actividad en que hacían que los estudiantes conocieran la historia de las graves violaciones a los derechos humanos durante el régimen nazi.

En ese sentido, admiro el compromiso, por ejemplo, que ha tenido la sociedad alemana, de mirar de frente un horror que realmente es como imposible de mirar esos dolores como inconmensurables y comprometerse a mantener esa memoria viva y traspasarlo de generación en generación, de manera de asegurar y nunca perder la brújula en esta materia y educar a nuestros hijos en el compromiso por el absoluto respeto a los derechos humanos, y para que situaciones como la vivida en Alemania y la vivida en nuestro país hace cincuenta años y los años siguientes, los años de la dictadura, no vuelvan a repetirse.

Me parece que si la norma es incompleta abre un diálogo, abre una invitación, como vamos a seguir -ojalá- profundizando en

estas materias qué bueno que en el futuro podamos tener reformas a la Constitución si esta Constitución se aprueba, en el que sigamos reforzando los estándares; qué bueno que podamos tener discusiones sobre las distintas dimensiones que esta norma implica, pero creo que lo más importante independientemente de los términos de la norma, que a mí me parecen impecables en el sentido de que recogen naturalmente todo el esfuerzo de miles y miles de personas que han trabajado en la elaboración de estos derechos a partir de las realidades. Detrás de cada una de estas palabras: del derecho a la verdad, de garantía de no repetición, reparación integral ha habido miles de personas comprometidas; profesores, doctrina, tribunales, familiares de víctimas, comisiones de paz y verdad, etcétera.

Aquí hay como una especie de destilado de un aprendizaje humanitario, entonces realmente apoyo esta enmienda de todo corazón y creo que uno nunca sabe cuándo una enmienda, porque alguien comentó, y dijo: pero como siguen con esto de nuevo, pero sí estamos hablando de una Constitución de futuro. Una nunca sabe, a lo mejor esta es una norma que vamos a necesitar en el futuro y sería importante tenerla.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Undurraga.

Tiene la palabra el comisionado Cortés.

El señor **ALEXIS CORTÉS**.- Muchas gracias, señor Presidente.

Quiero agradecer a las comisionadas y comisionados por la solidaridad aquí manifestada.

Solo quiero entregar un par de observaciones a lo que también aquí se ha dicho respecto de las observaciones y respecto de las enmiendas.

Quiero traer a colación la discusión que tuvimos ayer en la Subcomisión 4 respecto del derecho de propiedad, donde tuvimos un pequeño debate para tratar de explicar el contexto que explica por qué extensión de dicho derecho en el texto vigente, y por qué tendría sentido que nosotros mantuviéramos esa característica, que es bien particular en nuestra Constitución y en el proyecto que estamos elaborando.

El argumento que daba el comisionado Arancibia es que dicha extensión respondía también a nuestra propia historia, a la existencia de violaciones respecto de ese derecho, lo que me

parece algo atendible, y por eso estuvimos de acuerdo con que mantuviera esas características.

Esto lo digo, porque el derecho de propiedad, es un derecho que también está debidamente consagrado en los tratados internacionales; o sea, no sería necesaria esa extensión. Sin embargo, una Constitución que necesita mirar al futuro, pero también necesita mirar su propia historia, y es justamente la experiencia de violación de los derechos humanos algo que ha ocurrido en nuestra historia y que sería fundamental, creo, reconocer y consagrar debidamente en este texto constitucional.

Además, la Constitución como aquello que nos constituye debe contener los aspectos en los que estamos fundamentalmente de acuerdo, y este es uno de ellos, porque, si la humanidad se ha puesto de acuerdo en que estos aspectos no solo son constitutivos de la normativa, sino que es aquello que nos define como humanidad, debería quedar fuera de un texto constitucional, sobre todo y reitero, si estamos de acuerdo en ello, si estamos de acuerdo que son fundamentales.

Respecto del derecho a la verdad, en relación con las violaciones sistemáticas o graves o generalizadas a los derechos humanos, el derecho a la verdad puede definirse como aquel que -estoy citando la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas- faculta a la víctima, a sus familiares y -refuerzo esto- al público en general, a la sociedad -como dijo la comisionada Undurraga- a buscar y obtener toda la información pertinente relativa a la comisión de la presunta violación, la suerte y el paradero de la víctima, y cuando procede el proceso mediante el cual se autorizó oficialmente dicha violación.

Creo que, bajo esa definición, se justifica realizar una especificación en relación con la verdad, que no estaría suficientemente cubierta por la participación de otras normativas que se han ido consagrande a lo largo de la elaboración de este anteproyecto.

Respecto de la eventual rigidización de la norma ante la evolución de la misma por los procesos que se van dando a nivel de la discusión general, a través de la experiencia internacional, nosotros tenemos las herramientas para producir las actualizaciones, no solo a través de eventuales reformas sino también a través de la firma de nuevos tratados que eventualmente podrían contener esas modificaciones en la dinámica de estos derechos.

Nuestra sociedad, a través del Congreso Nacional, podría ser signataria de esos eventuales tratados que incorporarían esos elementos, que dotarían a estos derechos de ese dinamismo.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la comisionada Fuenzalida.

La señora **MAGALY FUENZALIDA**.- Presidente, quiero saludar a todos los presentes y, por cierto, agradecer la presencia del comisionado Alexis Cortés; muchas gracias por acompañarnos.

Quiero hacer algunas acotaciones con respecto principalmente a las palabras del comisionado Frontaura.

Si no me equivoco, él planteó que esto está en movimiento, que el derecho internacional está siempre en movimiento. Pero estos criterios en el fondo son parte de un estándar mínimo que más que una materia en constante cambio lo que ocurre es que más bien están en profundización, con reconocimiento en fallos de tribunales internacionales.

Asimismo, habla de verdad como un tema indeterminado -y ahí me sumo a las palabras del comisionado Cortés-, pero la Constitución tiene muchos términos indeterminados, y corresponde al legislador su concreción y esta puede ser una de ellas.

El término "verdad" se verá tanto a nivel legislativo, pero también en materia de aplicación de las normas y fallos internacionales; y al contrario de querer consagrar un solo término de "verdad" en los ámbitos mencionados esto lo haría muy rígido.

También se refirió al inciso segundo de esta enmienda señalando que también se encuentra en el artículo 17, numeral 2, de Integridad. Dice: "Nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Sin embargo, esa plantea una protección *ex ante*, o sea, antes de que suceda, y eventualmente la posibilidad de exigir en tribunales el fin de su vulneración. En cambio, lo que nosotros estamos planteando en el 88 numeral 2 es una norma *ex post*, después de sucedido, como una reparación y mandato de establecer medidas efectivas de reparación y no repetición; medidas que van desde la reparación concreta a la víctima, como también concientización social y cambios institucionales concretos: reforma a las policías; vuelta a la democracia si corresponde; instituciones de prevención; reformas legales, etcétera.

Esta enmienda me interesa mucho en un punto que planteó la comisionada Undurraga respecto del futuro, del "nunca más". Yo

no lo viví, pero creo que no es necesario haberlo vivido para saber qué significó la dictadura en este país. Lo aprendí, lo leí y lo hice carne con mis suegros. Mi suegro tiene hoy 83 años. Fue torturado durante 48 horas, en Valparaíso, casi sin posibilidades de sobrevivir, y después estuvo prisionero político en el buque Lebu durante tres meses en condiciones paupérrimas, por decirlo de alguna manera.

Yo tengo un hijo de seis años. Mi suegro nunca ha sido muy dado a hablar de estas cosas. Sin embargo, como a mí me gusta conversar, he logrado que me cuente esa historia. Probablemente, cuando mi hijo tenga quince años el tata ya no va a estar, y es necesario que él se entere de quién fue, de lo que ocurrió. Para eso, yo he ido dejando mis apuntes, pero esta Constitución también es para él, para mi hijo, para los hijos de todos y para el futuro.

Es importante que enmiendas o medidas como esta queden, que nos recuerden -como dijo el comisionado Cortés- las heridas que acarreamos que son necesarias para el "nunca más".

Entonces, cuando me hablan desde la legislación que no es necesario repetirlas en este punto en particular, así como el otro día en términos del derecho a la vida se planteaban temas más filosóficos, creo que aquí se tiene que poner un poco más de conciencia y corazón para legislar estos temas tan sentidos, que hoy todavía nos emocionan. Hoy en la mañana yo misma preguntaba que cómo era posible que a 50 años todavía tengamos que estar hablando de esto, no porque no nos interese, sino porque no hemos sido capaces de reparar.

La paz y la reconciliación sobre todo no es que no se puedan alcanzar, pero no se van a alcanzar si es que seguimos negando una parte de nuestra historia.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra el comisionado Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Quiero señalar que mis reflexiones o mis dudas las he planteado o he intentado plantear desde una lógica respetuosa, en absoluto para negar la gravedad de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile, jamás en mi vida -porque también era chico cuando ocurrieron estas cosas, aunque no lo parezca-, y tampoco creo que sean casos de los cuales uno no deba hacerse cargo.

Creo que debemos hacernos cargo de nuestra historia, cualquiera sea el momento en el que haya nacido o hayamos nacido. Es parte de nuestra realidad de la patria.

Solo para aclarar eso, entiendo, acojo las reflexiones que ustedes señalan desde lo testimonial, pero no desde lo simbólico.

Entiendo el valor que eso tiene. Mis reflexiones solo apuntan a eso, y también a cómo uno recoge estas maneras o todos estos temas desde una perspectiva que también tiene que ser el texto, no un texto narrativo, sino un texto jurídico que debe hacerse cargo de esas realidades, pero desde esa perspectiva.

Solo para precisar ese punto, por si acaso alguien...

Yo sé que la comisionada Fuenzalida no dijo eso, pero, por si acaso alguien pensara que yo hubiera dicho una cosa tan tremenda como esa.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la comisionada Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Debo señalar al comisionado Frontaura que nadie lo pensó.

Jurídicamente, quiero hacerme cargo de algunas de las cuestiones que se han planteado.

Se señaló que el punto 2 de la enmienda estaría replicando lo señalado en el artículo 17, numeral 2, referido al derecho a la integridad personal.

Lo único similar entre ambas normas es que se hace referencia a la tortura y otras penas o tratos crueles inhumanos y degradantes.

En el artículo 17, numeral 2, se hace referencia a la proscripción o prohibición de la tortura, es decir, se señala que la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes son conductas especialmente prohibidas en relación con el derecho a la integridad personal.

En cambio, en nuestra enmienda, en el inciso segundo o en el punto 2, se señala que la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes tienen la característica de ser una grave violación a los derechos humanos y se asigna como consecuencia de la comisión de hechos de esa naturaleza la imprescriptibilidad e inamnestiabilidad, es decir, son cuestiones distintas, una alude a la prohibición de una conducta, y esta, en cambio, asigna consecuencias específicas

que tienen que ver con imprescriptibilidad, es decir, que estos hechos no pueden prescribir y, por lo tanto, pueden ser perseguidos en todo tiempo; y la inamnistia bialidad, que no pueden ser objeto de perdón.

Tanto la imprescriptibilidad como la inamnistia bialidad son normas de *ius cogens*, de derecho imperativo, que estaríamos reconociendo a nivel constitucional a propósito de la relevancia para la sociedad de la no ocurrencia de este tipo de hechos. Una norma de esta naturaleza refleja un compromiso contra la impunidad.

Si estamos haciendo un pacto social, me parece relevante que podamos incluir dentro de ese pacto el repudio a hechos de esta naturaleza y un compromiso social a que sean sancionados y que se evite su posterior ocurrencia.

Luego, en cuanto a que esta norma estaría relacionada con el derecho a la integridad personal, a la integridad física y psíquica -como señalaba la comisionada Peredo-, debo decir que las graves violaciones a los derechos humanos son por regla general vulneraciones o delitos que son pluriofensivos, es decir, que no solo afectan un derecho, como podría ser la integridad personal, sino que además afectan un catálogo amplio de derechos.

En el caso de la desaparición forzada, por ejemplo, además se afecta el derecho a la vida; en el caso de la ejecución extrajudicial, se afectan las garantías del debido proceso, el derecho a un recurso, etcétera, etcétera; es decir, cada una de estas graves violaciones a los derechos humanos dan cuenta de la vulneración de distintos derechos, de distintos bienes jurídicos, y sobre todo tienen la característica de que no solo son afectaciones individuales a derechos de las personas que lo padecen, sino que, además, se trata de violaciones a los derechos humanos que afectan a la sociedad toda.

Esa ha sido la definición que sistemáticamente se ha dado por todos los organismos internacionales, incluso ha sido recogida por la jurisprudencia nacional. Son afectaciones que tienen un impacto en la sociedad toda.

Creo que ya se han referido los otros comisionados firmantes a la relevancia de incorporar esta norma, pese a la existencia de normas de tratados internacionales que regulan algunos de los aspectos y suscribo esas respuestas. También se han dado ciertas respuestas respecto de la inquietud, muy razonable, de todas maneras, de cristalizar un derecho vivo, evolutivo; pero yo creo que eso ocurre y es extrapolable, ambas observaciones, a todos los derechos que estamos reconociendo en el catálogo de derechos fundamentales, ya que, si no todos, la gran mayoría

tiene su recepción en tratados internacionales de derechos humanos, y nosotros no regulamos de manera exhaustiva los derechos. Incorporamos referencias, normas que aluden al núcleo fundamental del derecho, dejando también a la jurisprudencia y a la doctrina que puedan seguir complementando el sentido y alcance de estos derechos. Y en este caso, si nosotros miramos los componentes de la norma que hemos propuesto a través de esta enmienda, se recogen conceptos que ya, desde la sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras, que es la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1988, hay varios de estos conceptos que fueron acuñados en esa sentencia y que han ido evolucionando junto con la jurisprudencia de la Corte. Por lo tanto, no veo ahí un obstáculo, ya que estos conceptos van a seguir siendo precisados y alimentados, a propósito de la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos.

Quiero agradecer, Presidente, las reflexiones que hemos hecho a propósito de la discusión de esta norma. Creo que todos y todas nos hemos emocionado muchísimo, y también me llena de mucha emoción que nos sigamos conmoviendo con estos temas, que no permanezcamos indiferentes, porque esa es una señal de humanidad muy profunda, y espero que ese gesto de humanidad lo podamos recoger en este anteproyecto de nueva Constitución.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Ofrezco la palabra.

Quiero hacer un par de planteamientos en relación con esta enmienda.

En verdad, he señalado públicamente -en privado, también- que este comisionado, aunque sé que a todos, pero, al menos, a mí me mueve un ánimo real y sincero de trabajar por la reconciliación institucional de nuestro país, y la reconciliación institucional, en sede constitucional, dice relación con poder encontrarnos, al menos, en instituciones que sean comunes, como una forma de dar cuenta al país y a nuestra sociedad que, a 50 años del quiebre institucional, que se conmemoran este año; a más de 30 años de la entrada en vigencia del actual texto constitucional, hay un ciclo completo, político y social, que requiere la reevaluación y la evaluación de aquellas cosas que institucionalmente han funcionado bien, de aquellas que institucionalmente han funcionado mal, de aquellas nuevas que no fueron parte en la

época, de la discusión y, por lo tanto, mi ánimo es muy sincero en ese sentido.

Yo soy una persona que votó en contra del plebiscito de entrada, voté rechazo el 4 septiembre; sin embargo, tengo un compromiso decisivo y fundamental con el nuevo texto constitucional por razones personales, políticas y, también, académicas muy sinceras, que he expresado públicamente. Por lo tanto, cada vez que voto o promuevo un debate, mi análisis es si sinceramente las normas que estamos incorporando contribuyen a esa reconciliación institucional, que es una forma analógica de señalar, por cierto, porque es una cosa... -se entiende que es un concepto, porque las instituciones no se pelean-, pero se entiende el concepto, que volvamos a encontrar una institución al margen de las divisiones que ha habido en el pasado por razones políticas que en el país son públicas y son notorias. A veces, pierdo la esperanza de que exista en verdad reconciliación definitiva en Chile. Entonces, cada vez que trabajamos estas normas, me pregunto si las normas que estamos aprobando permiten esa reconciliación institucional.

¿Por qué hago esta introducción? Porque me parece que es de justicia señalar que la forma en que uno enfrenta los debates constitucionales no necesariamente da cuenta o, más bien, no significan que uno no reconozca ciertas realidades históricas, ciertas dificultades o ciertas vulneraciones de derechos que están acreditadas por los tribunales de justicia.

Por lo tanto, el derrotero que tenga esta norma, en opinión del comisionado que habla, no necesariamente tiene que ver o no está en directa relación con la convicción que me asiste respecto de los hechos que motivan esta indicación. Dicho de otra forma, si apoyo o no esta indicación, yo espero que nadie, intelectualmente honesto, pueda sostener que, *a contrario sensu*, por apoyarla o por no apoyarla, uno esté justificando o negando los hechos que motivan la presentación de la indicación. La pregunta, por lo tanto, es si esta es una norma que permite cumplir su objetivo político y que permite cumplir su objetivo jurídico.

La comisionada Lagos señaló que esta es una norma absolutamente necesaria para orientar los procesos judiciales. Lo dijo en su intervención, yo tomé nota. Yo tengo una diferencia respecto de eso, una diferencia respetuosa, porque en el fondo los procesos judiciales que buscan esclarecer, sancionar, castigar y eventualmente reparar las violaciones a los derechos humanos han podido llevarse adelante sin una norma de este tipo. Por consiguiente, yo tengo una diferencia en el texto, en el fundamento y en la finalidad de la norma.

Yo estoy de acuerdo con que, a veces, hay que avanzar en normas simbólicamente relevantes. Yo quiero decir que, como subsecretario de Estado, apoyamos una norma, que no sé si ustedes advirtieron, pero, en el padrón electoral, las personas que están sindicadas como miembros o que están determinadas como personas que han sufrido detenciones o las persona que han sido calificadas como detenidos-desparecidos están en el padrón electoral, y uno puede advertir, como no consta que esas personas han fallecido. Respetuosamente, un grupo de parlamentarios de la legislatura pasada propuso esta norma, a propósito de las decenas de modificaciones a las normas electorales que tuvimos, y el gobierno los apoyó. No hubo ninguna objeción.

Por lo tanto, tengo muy claro que hay veces en las cuales hay que concurrir con ciertas normas simbólicas.

La pregunta es si una norma de rango constitucional, en esta Comisión Experta, en este proceso constitucional, permite avanzar en los propósitos que he señalado.

En Chile están vigentes normas de reparación, hay sentencias firmes y ejecutoriadas, hay una doctrina clara y un compromiso sobre los derechos humanos. De hecho, a mí me llama la atención que se haya podido avanzar todo eso con la Constitución vigente y, de hecho, no recuerdo que se haya promovido una reforma constitucional de este tipo en la Constitución vigente, a pesar de todo el consenso judicial y político que ha existido por los sucesos que dan origen a esta enmienda. Entonces, no me gustaría que la Comisión Experta fuera el lugar donde nosotros pretendamos, aunque sea de la mejor buena fe, zanjar disputas históricas, disputas que evidentemente tienen un camino, porque tengo una diferencia con el hecho de que se considere que, sin esta norma, no se puede avanzar en justicia, no se puede avanzar en reparación y no se puede avanzar en no repetición. Creo que eso no es así.

Entonces, yo creo que una norma de este tipo en sí misma, tengo una legítima duda de si contribuye en los hechos y en el derecho a aquellos propósitos que, por supuesto, considero absolutamente legítimos de los autores y, por lo tanto, yo la miro con distancia.

Además, yo quisiera contar como anécdota, el punto de vista del texto mismo, el derecho a la verdad. En la legislatura, durante el gobierno de la Presidenta Bachelet, se abrió un tremendo debate, a propósito de un proyecto de ley, que lo que buscaba era, por las razones que inspiran esta enmienda de derecho a la verdad, hacer públicos los nombres, los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las

víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, las Comisiones Valech I y II. En ese minuto, se consideró que no era conveniente.

El ex-Presidente... Esto fue durante el gobierno de la entonces Presidenta Bachelet. Yo trabajaba en la Fundación Jaime Guzmán y fui a exponer sobre este proyecto, a avalar que, por las víctimas, por la no repetición, o más bien por no volver a victimizar a las personas, no estábamos a favor del proyecto. Finalmente, el proyecto se rechazó. Se rechazó la idea de legislar. El gobierno no lo apoyó. Entonces, también estas discusiones respecto de elementos como el acceso a cierta información y verdad, muchas veces pugnan con otros bienes jurídicos que también se han discutido en sede democrática; por lo tanto, hay aplicaciones concretas de este derecho que se han discutido. Tengo la convicción de que esta es una materia que Chile ha ido encauzando, a mi juicio, de manera razonable, tanto en la reparación como en la vertiente judicial, y, por lo tanto, yo no estoy de acuerdo con esta enmienda. Lo digo muy respetuosamente a los autores firmantes de la misma.

Tiene la palabra la comisionada Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Señor Presidente, a propósito de la afirmación que usted realizó respecto de que, de todas maneras, han podido llevarse adelante este tipo de procesos, sin necesidad de una norma de este tipo, yo quiero señalar que no ha sido un camino fácil.

Se tuvo que esperar hasta 1998 recién para empezar a tener movimiento en los procesos judiciales. Yo ya señalaba que, a casi cincuenta años del golpe de Estado, hay todavía 1.462 procesos abiertos, que no es, además, el universo completo de procesos judiciales seguidos adelante por graves violaciones a los derechos humanos.

Hay una serie de víctimas: desaparecidos, ejecutados, víctimas de prisión política y tortura, que no impulsaron procesos judiciales, a propósito, sobre todo en el caso de las víctimas de tortura, de que el Estado no presta asesoría jurídica, a diferencia de lo que ocurre con los familiares de víctimas de desaparecidos y ejecutados; es decir, es un universo incompleto, no tengo las cifras acá, pero es un universo incompleto de casos que, además, en un número importante siguen abiertos.

Eso da cuenta de los obstáculos que ha habido en la tramitación de estos procesos. Yo quiero dar ciertos ejemplos: en relación con la amnistía, tenemos una sentencia condenatoria respecto

del Estado de Chile, en el caso Almonacid Arellano, en el que justamente se nos sancionó, a propósito de la aplicación del decreto ley de amnistía.

Entonces, ahí ya tenemos un ejemplo de un obstáculo que efectivamente hemos vivenciado en la tramitación de estas causas.

Otro ejemplo, señalando solamente los casos que se han elevado al sistema interamericano de protección, más allá de todos los casos que puntualmente podríamos mencionar a nivel nacional, tenemos una sentencia en contra del Estado de Chile, que es el caso Órdenes Guerra y otros, de 2018, relativo a consejos de guerra.

Ahí también hemos tenido obstáculos e impedimentos, a propósito de la existencia de sentencias que debieron haber sido anuladas, desconocidas por el Estado de Chile, que seguían vigentes, generando impedimentos y efectos nocivos respecto de las personas a las que les afectaba, y hubo que esperar tramitaciones de décadas: de diez años, ocho años, doce años, para efectos de obtener una respuesta favorable de un organismo internacional, para que pudiéramos recién, a nivel nacional, enmendar los efectos de esas sentencias de consejos de guerra, de esas resoluciones de consejos de guerra.

Otro manifiesto obstáculo que han sufrido estos procedimientos tiene que ver con la aplicación de la media prescripción. La media prescripción es una atenuante incompleta que permite rebajar la pena de este tipo de hechos y que, como dice su nombre, es una especie de prescripción que, sin perjuicio de que son delitos imprescriptibles, se aplican igual a los casos, permitiendo que, quienes son condenados por la aplicación de esa norma que está en el Código Penal, tengan penas que no son penas efectivas, y terminen sin cumplimiento de penas proporcionales, como lo señala la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera tal que ha habido procesos judiciales, gracias a las interpretaciones que ha hecho la Corte Suprema respecto de los tratados internacionales de derecho humanitario y de haber seguido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero no en todos los casos. Sí, ha habido casos de ineficacia, de ineficiencia estatal, de negación de este tipo de derechos que estamos reconociendo en la enmienda. Por lo tanto, me parece, Presidente, que es una norma del todo necesaria para evitar que las personas enfrenten estos obstáculos y poder facilitar la tramitación de los mismos, obtener justicia y la reparación debida.

Insisto en que, efectivamente, miramos al pasado para construir esta norma, al pasado reciente, la experiencia de nuestro país;

pero, señalo una vez más, que estamos mirando hacia el futuro, queremos construir futuro, que queremos sanar heridas, y la propia Corte Interamericana -usted hablaba de reconciliación, Presidente- se ha referido a eso y ha señalado "que el deber de los Estados de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, como en el caso en el que está fallando, que es el caso Flores Bedregal y otras versus Bolivia, configura no solo una obligación internacional, sino que provee elementos imprescindibles para consolidar una política integral en materia de derecho a la verdad, acceso a la justicia, medidas efectivas de reparación y garantías de no repetición. Así, los procesos judiciales dirigidos a esclarecer lo sucedido en contexto de violaciones sistemáticas a los derechos humanos pueden propiciar un espacio de denuncia pública y rendición de cuentas por las arbitrariedades cometidas; fomentan la confianza de la sociedad en el régimen de legalidad y en la labor de sus autoridades, legitimando su actuación -y acá hago énfasis-, permiten procesos de reconciliación social sobre la base del reconocimiento de la verdad de lo sucedido y de la dignificación de las víctimas y, en definitiva, fortalecen la cohesión colectiva y del Estado de derecho.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias a usted, comisionada Lagos.

Tiene la palabra el comisionado Alexis Cortés.

El señor **ALEXIS CORTÉS**.- Muchas gracias, Presidente.

Quisiera reforzar los argumentos presentados recién por la comisionada Lagos y hacer referencia a un concepto que han acuñado las organizaciones de víctimas de las violaciones a los derechos humanos, que es el concepto de impunidad biológica, que hace referencia al hecho de que los victimarios han ido falleciendo sin que hubiera aplicación oportuna de justicia, y que, al mismo tiempo, muchas de las víctimas, familiares, madres, hermanos de ellas, han ido falleciendo sin que sus familias pudieran tener acceso a la verdad y a la justicia en estos casos.

Yo creo que Chile ha avanzado en materia de justicia transicional, en materia de justicia de derechos humanos, pero no lo suficiente, y creo que la incorporación de esta enmienda sería un gesto reconciliatorio muy potente y, asimismo, sería

un reconocimiento reparatorio, que contribuiría a la sanación de las heridas que, en alguna medida, siguen abiertas.

Considerando que la Constitución es el pacto político-social que nos constituye por cuanto sociedad, el reconocimiento de estos derechos que, por lo demás, son ampliamente aceptados por la ciudadanía, creo que sería un reforzamiento y una renovación de un compromiso del Estado, por un lado, y de la sociedad como un todo, por otro, con estos valores que consideramos absolutamente universales.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Gracias, comisionado Cortés.

Con su intervención, hemos terminado la discusión de esta enmienda.

Tiene usted la palabra, señora Secretaria.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Señor Presidente, a continuación abordaremos las enmiendas sobre deberes, que están en la página 47 del comparado.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Perdón, señora Secretaria. Antes de continuar, vamos a hacer un receso de diez minutos. Se suspende la sesión.

-Transcurrido el tiempo de suspensión:

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Se reanuda la sesión.

Iniciaremos la discusión de la enmienda 89, cuya lectura ya fue efectuada por la Secretaría.

Tiene la palabra la comisionada Magaly Fuenzalida.

La señora **MAGALY FUENZALIDA**.- Señor Presidente, quiero señalar que con esta indicación buscamos aumentar el estándar de autonomía para un organismo estatal que se preocupe de la defensa y promoción de los derechos humanos ante actos u omisiones del Estado.

La importancia de una defensoría se encuentra en que las personas ante una situación de vulneración de sus derechos

humanos, por parte del mismo Estado, se ven especialmente desamparadas y en un estado de vulneración tal que no siempre realizan las denuncias, o cuando lo hacen son ignoradas por los órganos del Estado.

Por ello, ante violaciones a los derechos humanos y para garantizar un acceso efectivo a la justicia a las víctimas, asegurar la investigación y cumplir con un estándar de verdad, reparación y no repetición, es necesario contar con un órgano especializado que proteja a las personas.

Ese es el enfoque que le queremos dar a este órgano y no necesariamente estamos hablando de un nuevo costo para el Estado o de desarmar nuestro sistema de defensa de las personas en materia de derechos humanos, sino que, como se puede observar con el artículo transitorio, queremos aprovechar una institucionalidad ya existente y dotarla de una autonomía constitucional, aumentando no solo su jerarquía normativa, sino también la relevancia de un organismo de este tipo en la interacción con los demás órganos del Estado.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Fuenzalida.

Tiene la palabra comisionada Catalina Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Señor Presidente, consideramos que este es un órgano relevante para la democracia, es meritorio de autonomía constitucional, ya que cumpliría una función de contrapeso al Estado y, por supuesto, constituye una garantía institucional que consideramos relevante incorporar en este Capítulo II, de Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales.

Hace un rato, Presidente, usted hablaba de la importancia de dar cuenta de instituciones comunes. En esa línea, creemos que una institución como esta, encargada del resguardo y la protección de los derechos humanos, permitiría consagrar constitucionalmente una institución común para hacerse cargo de algo que hemos declarado en el seno de esta Subcomisión, como un interés común relevante.

Por lo tanto, quisiera precisar alguno de los componentes de esta propuesta de enmienda.

En este caso, estamos proponiendo un órgano de carácter colegiado, que permite hacer frente a algunas de las críticas que han sufrido los órganos que detentan modelos unipersonales,

de manera de fortalecer la orgánica de un mecanismo de protección a los derechos humanos como este.

Asimismo, creemos que será relevante delegar a la deliberación democrática, la delimitación de los contornos de esta institucionalidad, a efectos de que se defina claramente cuál va hacer su estatuto y funcionamiento.

Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Tiene la palabra el comisionado Alexis Cortés.

El señor **ALEXIS CORTÉS**.- Señor Presidente, quiero recordar, para la fundamentación de esta enmienda, que para este anteproyecto el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, de manera unánime, con toda la diversidad de su composición, publicó un texto en el que se sugiere que una nueva Constitución debe profundizar el compromiso en materia de promoción, protección y garantía de los derechos humanos, y aconseja que eso se dé a través de una institucionalidad autónoma única, colegiada y de rango constitucional, que es lo que esta enmienda propone.

Su reconocimiento tiene un sentido claro: proteger los derechos humanos frente a cualquier órgano. El objeto es dar garantía de estabilidad e independencia.

Si no podemos brindar esa especial protección, la institución no será capaz de cumplir adecuadamente su rol. Por otra parte, si hay dependencia de la institución de protección de derechos humanos a la entidad vulneradora, por ejemplo, es poco probable que se cumpla el objetivo de protección.

Finalmente, esta autonomía permitirá también la implementación efectiva de los compromisos internacionales de derechos humanos que ha adoptado nuestro país ante la comunidad internacional.

La Defensoría supone un renovado compromiso con los derechos humanos y con la democracia, pues no estamos solo consagrando derechos, sino que buscamos estructurar una institucionalidad que haga que esos derechos no sean definiciones únicamente en el papel, y, por lo tanto, que eso posibilite aún más el cumplimiento de estos compromisos.

Este tipo de instituciones tiene un origen histórico; en Suecia, por ejemplo, con el *ombudsman*, o incluso en Aragón, a fines del siglo XII después de Cristo e inicios del siglo XIII,

y encuentra su consagración constitucional de diversas maneras y en distintas latitudes.

Hay países con instituciones análogas, sea con el *ombudsman* o con el *ombudsperson*, en las constituciones políticas de Croacia, Finlandia, Francia, Grecia, Israel, Polonia, Portugal, España, Suecia, donde tiene su origen, Turquía, Países Bajos, Reino Unido; en América Latina, en Bolivia, Colombia y Argentina, solo por mencionar algunos, pero hay una decena de ellos.

Señalo esto, no solo porque es importante considerar la respuesta que han dado otros países a problemas similares, sino porque está en consonancia con lo que reivindica Oliver Kozlarek, sociólogo alemán vecindado en México, en su definición de modernidad, basada en las ideas humboldtianas, que entiende la modernidad como la conciencia global de los asuntos humanos, todo aquello que nos resulta común en cuanto humanidad.

Bajo esa definición, lo no moderno no es lo tradicional, sino más bien el provincianismo o el localismo, y, en ese sentido, creo que sería importante incorporar en nuestra máxima normativa una institucionalidad que se encuentra ampliamente consagrada en otros países y que pueden servir como una buena referencia para abordar un desafío que tenemos como sociedad y, sobre todo, en materia constitucional, que es hacer efectivo el respeto de los derechos que se buscan consagrar y establecer, por lo tanto, que estos no sean apenas definiciones formales, sino que tengan una materialización en la realidad, a través de una institucionalidad que permita su defensa plena. Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionado Alexis Cortés.

Quiero decir que me declaro escéptico de esta enmienda, por una razón técnica.

En primer lugar, este tipo de organismos, que existen en muchas partes del mundo, y que también han cumplido un rol en Chile...

No en todos lados existe consagración constitucional; aquí estamos en una discusión en la Comisión Experta en aquellas materias que requieren o no pertinencia constitucional, sobre todo cuando -voy a decir algo en clave técnica, no en clave política- cuyos objetivos son más bien difusos. ¿Y por qué me pasa esto? Porque, en el fondo, nosotros tenemos una Constitución vigente y un anteproyecto de Constitución que

establecen bastantes derechos fundamentales. Por lo tanto, la pregunta es si contribuye o no a que exista una especie de órgano, de rango constitucional, que pareciera ser el encargado concentrado de defensa y promoción de los derechos humanos ante actos u omisiones del Estado.

Cuando nosotros tenemos la existencia de tribunales de justicia, cuando nosotros concebimos la existencia de otros órganos que también hacen control de constitucionalidad, también de derechos fundamentales, como es en algunos casos el Tribunal Constitucional o la Contraloría, creo que por una razón orgánica cuando existen elementos descriptivos de la función tan amplios como están descritos acá, desde el punto de vista constitucional, puede significar equívocos.

Una institucionalidad de este tipo, en primer lugar, sería de rango Constitucional, pero no sabemos si sería un organismo autónomo, tal cual como existen los otros, como el Ministerio Público, el Banco Central, los tribunales de justicia, los poderes del Estado, por cierto. Entonces, Si introducimos o no esta redacción, ¿contribuye o no a generar un orden, o sea, una arquitectura institucional ordenada en torno a cuáles son las atribuciones precisas, determinadas y de rango constitucional que tendría a su cargo un órgano de esta naturaleza? Por lo tanto, mi escepticismo es desde el punto de vista de la técnica constitucional.

Tiene la palabra la comisionada Peredo.

La señora **MARCELA PEREDO**.- Gracias, Presidente.

En el mismo sentido, hago mía su intervención y sus palabras, porque me parece que induce a error, ya que hay otra defensoría que está también en la enmienda 52, y que fue presentada en razón de materias de derechos humanos, pero en el entendido de los procesos participativos.

Me voy a permitir leer la enmienda 52, porque, en definitiva, podría haber un problema de competencia en razón de que esto está radicado en la Subcomisión 1, dice: "La Defensoría de la Ciudadanía es un órgano autónomo, con personalidad jurídica... Para estos efectos, la Defensoría tendrá por función la protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados en dichos procesos participativos y en su labor podrá proponer la reforma de la normativa correspondiente". Ahí dice cómo se constituye ese órgano.

Me parece que en sí mismo establecer, en términos de técnica constitucional, distintas defensorías en cada capítulo del anteproyecto de la Constitución no armonizan la protección de

los derechos, sino que, al contrario, dispersa la idea de la protección de los derechos. Yo creo que nosotros hemos estado trabajando en algunos mecanismos nuevos y también en los mecanismos tradicionales, en razón de fortalecer el Estado social y democrático de derecho. Por ende, me parece que estos órganos autónomos -que, a lo mejor, vienen a recoger distintos mecanismos de protección de derechos humanos- lo que hacen es que en distintos espacios o, en términos reglamentarios, en distintas Subcomisiones, finalmente, uno puede decir que, en realidad, el anteproyecto que se redacte es uno solo. Entonces, a mi juicio, técnicamente, no parece bueno dispersar distintas defensorías en materia de derechos humanos, sobre un rol participativo, otra más bien ciudadana, otra más bien con contenidos en razón de las omisiones o no del Estado.

Yo creo que, en el fondo, no parece coherente y uniforme una institucionalidad que pueda hacer que los derechos se debiliten en vez de fortalecerlos, si es que esto no está de algún modo armonizado, y esa es mi preocupación.

Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Peredo.

Se ofrece la palabra.

Señora Secretaria, continuemos.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Presidente, seguimos con los deberes.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Perfecto.

Vamos a los deberes constitucionales.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Están en las indicaciones 282 y siguientes.

La indicación 282, de los comisionados y comisionadas Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, es para añadir, a continuación del actual artículo 27, bajo el epígrafe "Deberes Constitucionales", un nuevo artículo, del siguiente tenor, pasando el actual artículo 28 a ser 29 y así sucesivamente: "Artículo 28) Todos los habitantes de la República deben comportarse fraternalmente los unos con los otros y observar fiel y lealmente la Constitución y la ley."

¿Sigo leyendo?

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Señora Secretaria, leamos todas las enmiendas que tienen que ver con los deberes, para que podamos tener una discusión.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Perfecto.

La enmienda 283, de los mismos comisionados, es para sustituir el actual artículo 28 por dos artículos consecutivos del siguiente tenor: "Artículo X) Todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales.

2. Los chilenos tienen el deber de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y el patrimonio ambiental, cultural e histórico de Chile.

Artículo X)

1. Todos los ciudadanos tienen el deber de desempeñar fiel y honradamente los cargos públicos para los que sean designados en virtud de lo dispuesto por la Constitución y la ley, dando cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

2. Defender la paz y usar métodos pacíficos de acción política son deberes de todo habitante de la República."

La enmienda 284, de los comisionados y comisionadas Anastasiadis, Arancibia, Martorell, Ossa y Ribera, es para agregar en el artículo 28 un nuevo inciso segundo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero, del siguiente tenor: "La calidad de ciudadano obliga al respeto a las autoridades e instituciones que esta Constitución establece y al cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, especialmente en materia de sufragio, orden público, seguridad, probidad y actividades económicas."

La enmienda 285, de los comisionados y comisionadas Krauss, Lagos, Lovera, Quezada, Rivas, Sánchez y Undurraga, es para modificar el artículo 28 agregando un encabezado del siguiente tenor: "Son deberes de todas las personas:".

Luego, la enmienda 286, de los comisionados y comisionadas Fuenzalida, Krauss, Lagos, Quezada y Rivas, para incorporar un nuevo literal a) al artículo 28, en el siguiente tenor: "a. Defender y preservar la democracia, honrar la tradición republicana y actuar con solidaridad y respeto hacia los demás."

La enmienda 287, de los comisionados y comisionadas Fuenzalida, Krauss, Lagos, Quezada y Rivas, para incorporar un nuevo literal b), al artículo 28, en el siguiente tenor: "b. Defender la paz y usar métodos pacíficos de acción política."

La enmienda 288, de los comisionados y comisionadas Fuenzalida, Krauss, Lagos, Lovera, Quezada y Rivas, es para incorporar un nuevo literal c) al artículo 28, en el siguiente tenor: "c. Respetar a Chile y a sus emblemas nacionales."

La enmienda 289, de los comisionados y comisionadas Fuenzalida, Krauss, Lagos, Lovera, Quezada y Rivas, es para incorporar un nuevo literal d) al artículo 28, en el siguiente tenor: "d. Desempeñar fiel y honradamente los cargos públicos para los que sean designadas en virtud de lo dispuesto por la Constitución y la ley, dando cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Combatir la corrupción es un deber de todos los habitantes de la República."

La enmienda 290, de los comisionados y comisionadas Krauss, Lagos, Lovera, Quezada y Rivas, es para incorporar un nuevo literal e) al artículo 28, en el siguiente tenor: "e. Contribuir al financiamiento del gasto público mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad, solidaridad y progresividad. Toda acción u omisión encaminada a contribuir menos que lo establecido en la ley, será sancionada conforme a esta."

La enmienda 291, de los comisionados y comisionadas Krauss, Lagos, Lovera, Quezada, Rivas y Undurraga, es para incorporar un nuevo literal f) al artículo 28, en el siguiente tenor: "f. Asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijas e hijos. Por su parte, ellos tendrán el deber de asistir, alimentar y amparar a sus ascendientes cuando éstos los necesiten."

La enmienda 292, de los comisionados y comisionadas Fuenzalida, Krauss, Lagos, Lovera, Quezada, Rivas y Undurraga, es para incorporar un nuevo literal g) al artículo 28, en el siguiente tenor: "g. Preservar, conservar, proteger y restaurar el medio ambiente; prevenir daños ambientales; y si causan estos daños, el de contribuir a su reparación, en la forma que determine la ley."

La indicación 293, de los comisionados y comisionadas Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, es para añadir, a continuación del artículo 28 actual, un artículo nuevo del siguiente tenor: "Artículo X) Los habitantes de la República tienen el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos. Los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y ascendientes, y el de asistirlos, alimentarlos y socorrerlos cuando éstos lo necesiten".

La enmienda 294, de los comisionados y comisionadas Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, es para añadir, a continuación del artículo 28 actual, un artículo nuevo del siguiente tenor: "Artículo X) Los habitantes de la República tienen el deber de cumplir con las cargas públicas, tributar en proporción a su capacidad económica, y de votar en las elecciones y referendos, todo de conformidad a la Constitución y la ley."

La enmienda 295, de los comisionados y comisionadas Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, es para añadir, a continuación del artículo 28 actual, un artículo nuevo del siguiente tenor: "Artículo X) La protección del medio ambiente, con especial consideración por las generaciones futuras, es un deber de todos los habitantes de la República."

Y, finalmente, la enmienda 296, que se discutió ayer, de los comisionados y comisionadas Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, es para añadir, a continuación del artículo 28 actual, un artículo nuevo del siguiente tenor: "Artículo X) El Estado y toda persona, institución o grupo están especialmente obligados a velar por el respeto de la dignidad de los niños. El bien superior del niño, que consiste en el respeto irrestricto de su dignidad y su mayor perfección espiritual y bienestar material, debe ser el principio rector de la protección estatal de la infancia. El Estado resguardará el rol preferente de la familia para la consecución de dicho fin."

2. Los padres tienen el derecho preferente y deber de criar a sus hijos, de formarlos según sus creencias y valores y de elegir la educación que quieran para ellos."

Eso es, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, señora Secretaria.

Tiene la palabra el comisionado Carlos Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Muchas gracias, Presidente.

Quiero expresar la justificación a estas indicaciones, y especialmente a este subcapítulo relativo a los deberes.

La concepción individualista liberal de los derechos ha hecho que olvidemos que las personas no solo somos sujetos de derechos, sino también sujetos de deberes; esa concepción pretende hacernos creer que las personas nos realizamos solo en cuanto somos titulares de derechos, que se nos reconocen y

garantizan: la verdad es que no. Los seres humanos nos realizamos también y, sobre todo, con relación a los demás, lo cual implica el cumplimiento de ciertos deberes.

Es imposible entender de otra manera la justicia; la justicia no es exigir, es dar; evidentemente la exigencia viene como contrapartida inevitable del reconocimiento de un derecho, pero quien vive en función solo de reclamar y exigir derechos, de ejercerlos, se termina convirtiendo en un tirano más que en parte de una comunidad.

Esta concepción liberal de los derechos se funda en un reduccionismo de la libertad humana, entendida como inmunidad de coacción; soy libre mientras hago lo que quiero, en aquel espacio donde nadie interviene.

Como dice el jurista francés Grégor Puppink, en un libro que se llama "Mi deseo es la ley", dice: "Los derechos humanos así entendidos deberían llamarse "los derechos del individuo contra todos", porque funcionan según el principio liberal e individualista de la primacía del bien particular sobre el bien común. Su propósito es defender por principio la libertad individual indeterminada contra los obstáculos sociales. Estos obstáculos son cualquier cosa que limite la capacidad de los individuos para actuar desde el exterior: no solo los reglamentos públicos y su aplicación por las autoridades, sino también las normas religiosas, sociales y culturales. La familia, con las normas sociales que la definen, se considera el primer impedimento a la libertad individual porque educa y, por tanto, condiciona a la persona.".

Nótese, además, la siguiente paradoja que conlleva este elenco de derechos junto al sistema para promoverlo y garantizarlo; el sujeto autónomo depende cada vez más del Estado garante, que es quien decide cuáles son esos derechos, cómo deben entenderse, ejercerse, reclamarse y protegerse. Este fenómeno de realzamiento de los derechos en desmedro de los deberes ha tenido eco, a veces, en tratados internacionales que inicialmente les daban un estatus superior a los deberes; por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, parte en su artículo 1º estableciendo un deber de fraternidad entre todos los seres humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -se llama así, Derechos y Deberes del Hombre- firmada en Bogotá, también en 1948, contiene un amplio catálogo de deberes. En su preámbulo, dicha Declaración señala que: "Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1976, señala en su preámbulo que: "... el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto". Con esto reconoce que los derechos fundamentales se justifican precisamente en deberes que tenemos los seres humanos, se vinculan más que se justifican para con los otros; sin embargo, no ofrece tal catálogo.

Pese al retroceso reciente en los catálogos de deberes, en constituciones vigentes de países tan diversos, como Italia, España, Mongolia o Bolivia se contemplan deberes constitucionales expresos, muchos de ellos claramente inspirados en lo dispuesto en la Declaración de Derechos Humanos ya mencionada. En dichos catálogos se suele encontrar deberes respecto de la familia, como asistir y educar a los hijos y socorrer a los padres; deberes de convivencia y deberes respecto de toda la comunidad, como sufragar, tributar o proteger el medio ambiente.

Creo que parte del sentimiento de desafección que vive nuestra sociedad, que dificulta muchas veces encontrar solución a los problemas públicos, se explica por esta concepción reduccionista que viene primando en las últimas décadas.

Si queremos que en Chile sus habitantes se respeten, respeten su patrimonio cultural y ambiental, sus tradiciones culturales necesitamos realzar el concepto de los deberes.

Por último, este proceso es una oportunidad para mejorar y actualizar nuestra tradición constitucional, y si hay algo en que nuestra Constitución vigente está de algún modo coja, es en esto; contiene solo un par de artículos que hablan sobre el respeto a los emblemas nacionales y el servicio militar.

Hay aquí una oportunidad no solo de mejorar nuestra Carta Fundamental vigente, sino de enviar una señal potente: el habitante de la república no es solo un titular de derecho, no es solo un consumidor de libertades y prestaciones, sino que debe comprometerse a cumplir con ciertos mínimos, sin los cuales su relación con la comunidad se torna injusta.

Ya en la votación, en general, algunos deberes fueron aprobados, como el respeto a los emblemas nacionales; se añadió el deber de desempeñar fiel y honradamente los cargos públicos; combatir la corrupción; defender la paz y usar métodos pacíficos de acción política. Creo que es un buen comienzo, pero hay que avanzar más; en nuestras indicaciones lo hacemos en esa línea, y forman un todo integral.

En la indicación 282 pretendemos establecer un deber general de comportarse fraternalmente con los demás y de observar fiel y lealmente la Constitución y la ley; esto se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero añade un deber general de observancia al ordenamiento jurídico, de buena fe; es la visión que explicaba el profesor y comisionado Arancibia el viernes pasado.

La indicación 283 agrega a lo ya aprobado el respeto a Chile y a sus emblemas, la de contribuir a preservar su seguridad, su patrimonio ambiental, cultural e histórico.

Nos parece importante establecer un deber de los habitantes para con nuestro medio ambiente, descartando que sea solo un deber del Estado, y también con nuestro patrimonio cultural e histórico, sobre todo con las graves afrentas que han recibido los monumentos históricos nacionales los últimos años; por supuesto, no vamos a resolver con una norma los problemas, pero impulsar este cambio cultural creemos que es importante.

La indicación 293 establece los deberes respecto de la familia. Esos deberes aparecen en varias constituciones comparadas y en tratados, y nos parece clave incorporarlos, a la luz de los dramas sociales que discutimos ayer, a propósito del derecho a los cuidados. Además, es en la familia donde aprendemos a ser responsables entre nosotros y cumplimos nuestras responsabilidades no al reclamar los derechos, sino darnos al vivir la amistad, muchas veces renunciando al ejercicio de tal o cual derecho.

La indicación 294 establece un deber general de cumplir con los deberes que nos impone el Estado, tributar proporcionalmente, votar y cumplir con las cargas públicas.

La 295 incorpora un deber especial de protección del medio ambiente. En un contexto en el que hay una necesidad transversalmente reconocida de proteger el medio ambiente, se hace importante declarar que este deber no le corresponde únicamente al Estado; este tiene un rol importante en la prevención y en la sanción, pero es a todos los habitantes de la república a quienes nos corresponde cuidar nuestro entorno, nuestra casa. Para ello se agrega un criterio de solidaridad intergeneracional que nos parece importante. No podemos pensar en la protección del medio solo en el corto plazo, sino también en los que vendrán.

Por último, termino diciendo que veo con esperanza y con alegría en esta materia, que también otros comisionados y comisionadas presentes han presentado indicaciones, en muchas de las cuales tenemos bastantes puntos en común y, por lo tanto, veo con esperanza la posibilidad de que encontremos un

camino que refuerce una idea central para la justicia; esta se da con derechos y con deberes.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionado Frontaura.

Tiene la palabra la comisionada Verónica Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Muchas gracias, señor Presidente.

No voy a ser tan ordenada como el comisionado Frontaura, a quien agradezco su exposición, porque de verdad ayuda a entender en conjunto el listado de deberes, y comparto la alegría que manifiesta y la observación que hace sobre que tenemos bastantes coincidencias.

Creo que aquí se pueden trabajar enmiendas en conjunto, por ejemplo, la enmienda 286, presentada por las comisionadas y comisionados Fuenzalida, Krauss, Lagos, Quezada y Rivas, en que se propone que son deberes de las personas: "Defender y preservar la democracia, honrar la tradición republicana y actuar con solidaridad y respeto hacia los demás.". Podría estar en uno de los incisos de una nueva norma junto con un texto basado en la enmienda 282, presentada por los comisionados Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco.

Tenemos total coincidencia en las enmiendas 288 y 283, sobre el respeto a Chile y a los emblemas nacionales.

También están las enmiendas 283 y 289, que se refieren a la norma originalmente aprobada que dice: "Todos los ciudadanos tienen el deber de desempeñar fiel y honradamente los cargos públicos para los que sean designados en virtud de lo dispuesto por la Constitución y la ley, dando cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

Esa norma original tenía una oración final que decía: "Combatir la corrupción es un deber de todos los habitantes de la República". Como esto no aparece en la enmienda 283, pregunto si esa mención a la corrupción se trasladó a otro artículo, o si no se incluyó por olvido.

Quería hacer esa pregunta respecto de la 283.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- La enmienda 283...

¿Cuál es la pregunta, comisionada Undurraga?

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Que elimina -no sé si eso es lo que buscaba- la última oración que dice: "Combatir la corrupción es un deber de todos los habitantes de la República".

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Lo que pasa es que entiendo eso, comisionada Undurraga...

Disculpe que la interrumpa en su intervención, pero, como usted hizo la pregunta...

Entiendo que acordamos eso en el principio de probidad, y creo que esa es un...

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Lo pasaron al otro lado.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Voy a buscar, porque estoy mirando mi texto y entiendo que en el artículo 12 aprobado en general dice, a propósito del principio de probidad: "La corrupción es contraria al bien común y su erradicación es un especial objetivo de los órganos del Estado".

Entonces, está puesto acá.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Ya, pero no como un deber para las personas.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- No, porque en el fondo, la corrupción se entiende que está asociada a la función pública.

Entonces, creo que está bien que lo hayamos dejado en el artículo 12.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Okey.

Después, las enmiendas 287 y 283 son parecidas.

Defender la paz... nosotros poníamos como deberes defender la paz y usar métodos pacíficos de acción política. En el fondo es lo mismo, lo que pasa es que nosotros pusimos en el encabezado que son deberes de los habitantes de la República.

Entonces, ahí tenemos una enmienda en la que hay total coincidencia.

Respecto de la 284: "La calidad de ciudadano obliga al respeto de las autoridades e instituciones que esta Constitución establece y al cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, especialmente en materia de derecho a sufragio, orden público, seguridad, probidad y actividades económicas".

Me gustaría que se explicara un poco más cuáles son los deberes de los ciudadanos en relación... porque se entienden el de sufragio y el de probidad, pero los de orden público, seguridad y actividades económicas... o sea, el de actividad económica no comprendo cómo se entiende como deber, y de orden público y seguridad tendría la duda, si no son deberes del Estado también. Me refiero a la enmienda 284.

Esa es una pregunta respecto de ella.

Y en la enmienda 284, cuando se habla de deberes en materia de sufragio, hay como una repetición en relación con las enmiendas 294 y 290, que se refieren específicamente a los deberes en relación con los impuestos.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra el comisionado Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Comisionada Undurraga, la enmienda 284 es de comisionados distintos de quienes presentamos la 294. Entonces, probablemente ahí se produce el cruce.

De hecho, la 284 fue presentada por los comisionados Anastasiadis, Arancibia, Martorell, Ossa y Ribera.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Entonces, tendríamos que ordenarlo.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Efectivamente.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Si quiere interviene, o sea... Perdón, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Por favor, por favor.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- No, es que la comisionada Peredo estaba pidiendo la palabra y no tengo inconveniente, si quiere...

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- ¿Pero terminó usted? Termine su intervención y después con mucho gusto los demás comisionados...

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Ya, perfecto.

Podemos trabajar una enmienda en conjunto a partir de las 290 y 294, que se refieren al tema tributario; y de la 291 y la 293, que es muy parecida, la que está presentada por los comisionados Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, agrega: "El honrar siempre a sus padres y ascendientes", que es un deber muy bonito, pero quizás es un deber moral, a diferencia de los otros, que son deberes jurídicos.

No sé si se puede poner, pero los otros son deberes jurídicos, claramente. Ojalá siempre se cumpliera el deber de honrar, pero a veces depende mucho de si los padres generan esa posibilidad de que los hijos los honren, ¿no es cierto?

También podemos trabajar una enmienda conjunta entre la 292 y la 295, en relación con el medio ambiente.

Especialmente quiero recalcar que me gusta mucho la referencia a las generaciones futuras en la enmienda 295. Creo que sería muy bueno que en una enmienda conjunta que trabajáramos se dejara esa referencia, y yo voy a apoyar esa esa idea.

Ahí termino, porque la enmienda 296 la comentamos ayer.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Gracias, comisionada Undurraga.

Tiene la palabra la comisionada Peredo.

La señora **MARCELA PEREDO**.- Gracias, Presidente.

Comparto lo señalado por el comisionado Frontaura respecto de la importancia de los deberes.

En general, siempre todo derecho supone un deber; creo que, en el fondo, intrínsecamente aquello que para uno es una facultad, para el otro supone una abstención o la colaboración, etcétera; creo que eso es parte del núcleo de un derecho.

También comparto lo que dice la comisionada Undurraga respecto de que creo que hay varias coincidencias. Alcancé a apuntar que, si uno pudiera clasificar todos los deberes presentados, tendríamos algo así como aquellos relacionados con cuestiones cívicas, es decir, que todos los habitantes de la República deben comportarse fielmente unos con otros, y lealmente con la Constitución, etcétera; deberes que yo llamaría de calidad ciudadana, que también podemos encontrar en las enmiendas 285 y 286 -que no son presentadas por esta parte, sino por otros comisionados-, donde se dice: "defender y preservar la democracia, honrar la tradición republicana, actuar con solidaridad y respeto hacia los demás".

Me parece que son deberes que se podrían llamar deberes cívicos.

En un segundo grupo, y sin pretender ser exhaustiva, sino para efectos de una posible enmienda amistosa o de unidad de propósitos, yo establecería la idea de aquellos que dicen relación con el medio ambiente, porque en la enmienda 292 uno puede encontrar una enmienda en razón de medio ambiente, y también puede encontrar, en el mismo sentido, otra enmienda de medio ambiente propuesta por nosotros.

Luego de eso, también me parece que, aparte de los llamados ciudadanos, uno podría hacer un tercer grupo en razón de aquellos deberes que dicen relación con desempeñar fielmente cargos públicos, que también están en la misma línea.

Me parece que coinciden plenamente aquellos deberes morales y jurídicos que dicen relación... Uno podría decir: "ayer usamos el derecho al cuidado", pero pensaba en términos de sistematización, para efectos de orden, que también uno podría llamar "derechos de cuidado" porque significa asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos, y los hijos también honrar a sus padres y ascendientes; y asistirlos, socorrerlos y alimentarlos.

Creo que ahí hay tres líneas de clasificación abstractas que me parece que van en el mismo sentido, y, por tanto, podríamos acordar una redacción.

En materia de niñez ello no ocurre, pero creo que en esta Subcomisión no hay duda de que el tema de niñez será importante y bien abordado como un deber.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Peredo.

Tiene la palabra la comisionada Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.— Muchas gracias, Presidente.

Agradezco el ejercicio sistematizador de la comisionada Peredo, creo que yo también me había aproximado desde esa perspectiva para identificar cuáles de las enmiendas persiguen los mismos fines: las referidas a cargos públicos, las enmiendas 283 y 289; las referidas a medio ambiente, 292 y 295; las referidas a las contribuciones en el ámbito tributario, que son las enmiendas 294 y 290; las referidas a los deberes de hijos y ascendientes, correlativas en las enmiendas 291 y 293.

Más allá de llamar la atención respecto de este grupo de enmiendas, que sería deseable revisar, de manera tal de identificar los aspectos comunes para plantear enmiendas de unidad de propósitos, quiero llamar la atención respecto de que utilizamos indistintamente distintos términos como destinatarios de estos deberes, los que en algunos casos pueden justificarse y en otros no.

Por lo tanto, quiero llamar la atención de esta Subcomisión para que veamos bien cómo regularemos estas disposiciones.

Nos referimos a habitantes, a ciudadanos, a personas y al Estado, y a toda persona, institución, o grupo, de manera tal que tendremos que ver cuándo es pertinente utilizar una u otra de manera muy razonada.

Para sistematizar un poco la presentación de los deberes constitucionales propusimos establecer un artículo para la regulación de los deberes con numerales, tal como lo estamos haciendo en el artículo 17 respecto de los derechos, para que queden todos en un mismo artículo. Esa es otra propuesta de sistematización que sería interesante evaluar como Subcomisión.

En cuanto a las enmiendas referidas al desempeño de los cargos públicos, tanto en la enmienda presentada por algunas de las comisionadas -dentro de las cuales estoy yo-, como en otra enmienda presentada por otros comisionados, quiero observar que señalamos, siguiendo el texto aprobado, la referencia a desempeñar fiel y honradamente los cargos públicos, algo que habíamos aprobado y que discutimos en conjunto.

Quiero llamar la atención sobre el hecho de que el estatuto administrativo y la jurisprudencia de la Contraloría en general hacen referencia para la determinación y la conceptualización del principio de probidad lo establecido en el Estatuto Administrativo a través del DFL N° 29, que hace referencia a

la entrega honesta y leal al desempeño del cargo, y no honrada, para que veamos ahí la posibilidad de armonizar, para que luego no haya dificultades interpretativas de la norma y utilizar lenguaje que hemos venido utilizando por muchos años, y que ha tenido un buen resultado a nivel interno.

Asimismo, quiero referirme particularmente a la enmienda 290, que señala el deber de todas las personas de "contribuir al financiamiento del gasto público mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad, solidaridad y progresividad. Toda acción u omisión encaminada a contribuir menos que lo establecido en la ley será sancionada conforme a esta."

Quiero señalar que el deber de contribuir es una fórmula constitucional común y coherente utilizada en las democracias constitucionales. Se puede rastrear el origen de algunos componentes de esta norma en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 1º, sección 8 del párrafo primero de la Constitución de Estados Unidos, que es una muestra del constitucionalismo liberal.

Dentro del constitucionalismo social, particularmente, podemos mencionar los casos del artículo 31, punto 1, de la Constitución española; el artículo 53 de la Constitución italiana; y en nuestra historia nacional encontramos referencias en el artículo 3º del Capítulo II del Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818; en el artículo 8º de la Constitución Política del Estado de Chile de 1822; y en el artículo 7º de la Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de diciembre de 1823.

También quiero señalar como antecedente que la inclusión de este deber se discutió en la Comisión Ortúzar, aun cuando fue eliminado por el Consejo de Estado.

Las razones que justifican la constitucionalización de este deber son, en primer lugar, establecer un elemento esencial para la regulación de las bases del sistema tributario y de la actividad financiera y fiscal del Estado, permitiendo justicia para el reparto de la carga fiscal y para el ejercicio de los derechos de los contribuyentes, esto desde una perspectiva de igualdad formal, pero también cumplir los diversos objetivos que permitan el cumplimiento del desarrollo del Estado social y democrático de derecho de manera sostenible desde una perspectiva financiera en el tiempo, esto desde una dimensión de igualdad material.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Quiero retomar el planteamiento que hizo el comisionado Frontaura al inicio de su intervención, en orden a que vivimos en una época en la cual se exacerba el concepto de los derechos, y eso no está mal en sí mismo.

Por supuesto que siempre hay que hacer una reflexión en torno a que, el deber principal, o uno de los deberes principales de la democracia, es asegurar y promover los derechos.

A propósito de la redacción del anteproyecto de nueva Constitución, también es importante actualizar la reflexión en torno a los deberes, y estas, a mi juicio, son normas que yo denomino de pacto político, que robustecen el contenido doctrinario de nuestra Constitución, o de la propuesta de Constitución que estamos intentando trabajar y ofrecer al país y al Consejo Constitucional.

Personalmente, nunca he sido partidario de Constituciones solo orgánicas, que solamente contengan reglas para administrar la integración de órganos, adoptar acuerdos, sino que también creo fundamental que la Constitución sea un espacio de acuerdo en torno a ciertos bienes jurídicos -a mí, personalmente, no me gusta hablar de valores- que se erijan como bienes fundamentales del espectro político, sin que necesariamente signifiquen una prestación directa o un elemento del cual se desprenda una acción procesal, sino también encontrar en nuestra Constitución algunos elementos que nos permitan ser un fiel reflejo de lo que aspiramos construir como sociedad política actual, en el momento actual en que discutimos este anteproyecto de Constitución.

A modo de anécdota, la norma vigente de deberes, que, además de ser breve, como lo señaló el comisionado Frontaura, nunca ha sido modificada. No hubo proyectos de reforma constitucional en virtud de los cuales ni el Ejecutivo ni el constituyente, derivado en el Congreso, hayan actualizado la reflexión en torno a los deberes.

Por lo tanto, me parece muy interesante que tengamos un estatuto robusto de deberes, que represente no solamente deberes de respeto institucional o simbólico institucional, como son los emblemas nacionales, que, además, por cierto, yo estoy de acuerdo con eso, su vulneración constituye, en algunos casos delitos contra la seguridad interior del Estado. Distinto es que muchas veces los distintos gobiernos no deciden invocar esa ley, pero están constituidos como delitos, eventualmente.

Acá encontramos deberes de distinto tipo, y creo que es importante que aquí haya enmiendas, de distintos comisionados y comisionadas, que apuntan a aspectos de justicia general, lo que me parece interesante.

No solo tenemos una redacción distinta, pero la comisionada Lagos, ¿no?

El deber de tributar es un deber, es un deber político desde el punto de vista de la comunidad política, y es un deber de justicia, o la protección del medio ambiente es un deber de justicia desde el punto de vista de la justicia general.

Pero también hay deberes de justicia conmutativa, de justicia que va entre las personas. Por ejemplo, el deber de asistir, cuidar, alimentar a los hijos o cuidar de los padres.

Por lo tanto, me parece que estas distintas dimensiones...

Incluso, puedo encontrar en la inquietud que tenía la comisionada Lagos, de la unificación del lenguaje...

Bueno, quizás, incluso estoy disponible para que no unifiquemos el lenguaje. Hay deberes que son para toda persona, que son para todo habitante de la República, hay deberes que son inherentes a la ciudadanía.

Hoy nosotros sabemos que la ciudadanía, desde el punto de vista técnico, establece los derechos a sufragio, a participar en cargos de elección popular, pero también tienen que haber deberes. El derecho a sufragio, por supuesto, es un derecho, una libertad clásica, pero también es un deber político, es un deber político en su dimensión moral.

Por lo tanto, celebro que nos abramos, pero no a un catálogo interminable de deberes ni a normas que solo sean simbólicas, sino, de prosperar este anteproyecto de nueva Constitución, a decir que el Chile del inicio de la era del 2020 -considerando todos los sucesos que dieron origen a la discusión constitucional, que lleva bastante tiempo- fue capaz de reflexionar en torno a la necesidad de que la ciudadanía se encuentre en un espacio de deberes de todo tipo, aunque las normas que van llenado el contenido doctrinario sean de pacto político.

De prosperar este anteproyecto -esperamos que así sea-, ojalá en el futuro se pueda generar una reflexión, ya que ha sido muy diversa la forma en que las constituciones en Chile han recogido esta materia.

Tiene la palabra la comisionada Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Gracias, Presidente.

Solo quiero señalar que mi observación en relación con el uso del lenguaje, a propósito de los destinatarios de los deberes, no fue un llamado a armonizar, sino a razonar detalladamente sobre cuándo vamos a utilizar uno u otro, para efectos de que se justifique. Por ejemplo, en el caso del derecho a sufragio, la ciudadanía es un buen uso para la expresión "ciudadano", pero no aplica así en todos los deberes. Entonces, para que tengamos muy claro cuando lo vamos a estar utilizando y queden bien establecidos los deberes.

Asimismo, en relación con los deberes relativos a hijos y ascendientes, se me quedó en el tintero mencionar que sería muy relevante que pudiésemos avanzar en el reconocimiento de las labores de cuidado y trabajo doméstico no remunerado, para efecto de reconocer estos deberes como una condición para su establecimiento, con el objeto de que su abordaje en estas materias sea íntegro.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Quiero hacer una pregunta, para ir tomando acuerdos globales. ¿Alguien no está de acuerdo con alguno de los deberes incorporados acá? Entiendo que podríamos incorporarlos todos, entonces.

Tiene la palabra la comisionada Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Señor Presidente, a propósito de la reflexión que hizo la comisionada Undurraga, no me queda tan claro que algunos deberes sean para las personas o los habitantes, que me parecen más propios del Estado. Ahí tendría alguna distancia, por ejemplo, con la defensa de la soberanía y la contribución a la preservación de la seguridad nacional.

Creo que habría que ver cuál es el sustrato de esas referencias para buscar un lenguaje que pudiera ser acogido por mi parte.

Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Comisionada Lagos, así lo tendremos presente.

Terminamos esta parte de los deberes.

Señora Secretaria, ¿qué nos corresponde ver ahora?

Para poder tener esta discusión hasta el final de la sesión, vamos a hacer un receso de cinco minutos y luego la retomaremos hasta el final.

Se suspende la sesión.

-Transcurrido el tiempo de suspensión:

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Continúa la sesión.

La última parte de esta sesión tiene por objeto analizar diferentes propuestas para una norma de cierre, cláusula, esencialidad u otras.

Señora Secretaria, tiene la palabra.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Señor Presidente, voy a iniciar con la indicación 90, de las comisionadas y comisionados Arancibia, Frontaura, Martorell, Pavez, Peredo y Soto Velasco, para agregar un nuevo artículo 18, del siguiente tenor.

"Artículo 18.- Los preceptos legales que regulen o complementen los derechos, libertades y garantías que esta Constitución establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Las prestaciones que se deriven de la protección de los derechos garantizados en la Constitución serán únicamente determinadas por la ley, y su extensión y contenido no podrá ser establecido por órgano jurisdiccional alguno ni aún a pretexto de resguardar otros derechos. En la aplicación e interpretación de las disposiciones de este capítulo, los tribunales no podrán definir o incidir en la implementación o diseño de políticas públicas, ni intervenir en asuntos que puedan afectar la responsabilidad fiscal. Igualmente, los tribunales deberán proteger las expectativas o confianzas legítimas en el ejercicio de los derechos."

La indicación 91, de las comisionadas y comisionados Arancibia, Horst, Larraín, Martorell y Salem, para agregar un nuevo artículo 18, del siguiente tenor.

"Artículo 18.- En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial".

Sigo con la indicación 265, que es de las comisionadas y comisionados Lagos, Lovera, Osorio, Quezada, Rivas y Undurraga, para agregar un artículo 24 sexies bajo el acápite de "Acciones constitucionales", del siguiente tenor: "1. Los derechos y libertades reconocidos sólo podrán sujetarse a las regulaciones previstas por la ley y en las normas fundadas en ella, que sean necesarias en una sociedad democrática.

2. Los demás preceptos de esta Constitución podrán establecer causales específicas de regulación de derechos y libertades."

¿Solo esa, comisionada Undurraga?

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Sí.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Okey.

El señor **MÁXIMO PAVEZ**.- Muchas gracias, señora Secretaria.

Aquí tenemos dos propuestas. Hay una razón geográfica un poco extraña de por qué la indicación quedó tan lejos, pero se entiende que apuntan al mismo concepto.

En ese sentido, quisiera ofrecer la palabra a la comisionada Undurraga para que profundice sobre la enmienda 265, teniendo en cuenta que la enmienda 90 básicamente, al menos su primer inciso, reproduce textual el artículo 19 número 26, por lo tanto, quisiera escucharla.

Comisionada Undurraga, tiene la palabra.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Muchas gracias, Presidente.

A ver, como para dar un poco de contexto al tema de la regulación constitucional de la limitación o restricciones a los derechos fundamentales. Utilizaré la palabra "limitación" o "restricciones" como sinónimos.

Los derechos, en general, no son absolutos y, por supuesto, hay ciertos derechos que se consideran, o que se tratan, más bien, como absolutos, porque se estima que prácticamente en ninguna circunstancia pueden ser limitados, como el derecho a no ser torturado. Pero, en general, los derechos no son absolutos y no lo son porque tienen que compatibilizarse entre los derechos de una persona con los derechos de otras, y típicamente, por ejemplo, se dice que a veces la libertad de expresión o de información puede entrar en colisión con, por ejemplo, el derecho a la honra o a la privacidad.

Entonces, uno de los motivos por los cuales los derechos podrían limitarse es el respeto a los derechos de otras personas.

Otros motivos por los cuales los derechos se limitan es cuando existe un objetivo legítimo e importante que se reconoce que el Estado, como representante la comunidad política, tiene que perseguir, lo que significa que es un objetivo que la Constitución ordena o permite, de acuerdo a la determinación de las potestades de los distintos órganos del Estado.

Entonces, se pueden limitar los derechos en razón del respeto a otros derechos con los que puede entrar en colisión y se pueden también porque es necesario cumplir con ciertos objetivos que persiguen ya no la protección de derechos individuales, sino que intereses comunes o el bien común, como le quieran llamar, en determinados ámbitos.

Luego, ¿cómo tratan las Constituciones el tema, en general, de los límites a los derechos? Hay cuatro formas distintas. Hay constituciones que van regulando derecho por derecho, estableciendo límites al derecho en particular. Hay otras que no hacen eso, sino que establecen una cláusula general de derechos en que se establecen criterios. Un criterio, que es absolutamente reconocido a nivel comparado, y que también se exige bajo el derecho internacional de los derechos humanos, es, por ejemplo, que las limitaciones a los derechos tengan que tener una fuente legal, cuestión que no significa, por supuesto, que el detalle de la limitación de los derechos deba tener una fuente legal, pero tiene que haber, por lo menos, una ley habilitadora. ¿Y por qué? Porque, como se supone que los derechos son consideraciones que priman sobre los intereses particulares, para legitimar una limitación debe tener un sustento democrático, y por eso tiene que hacerse por ley. Por ello, por ejemplo, todas las cláusulas generales de limitación de derechos siempre o normalmente debieran establecer lo que se llama "principio de reserva legal" respecto de las limitaciones de derechos. Y otras veces establecen otros elementos que vamos a ver.

Entonces, una primera alternativa es que derecho por derecho se establezcan las limitaciones; otra, que no se haga eso, sino que haya una cláusula general aplicable a todos los derechos.

Una tercera posibilidad, que es la más común, es que haya una mezcla, que sea mixto, que las constituciones tengan una cláusula general y que también, respecto de ciertos derechos específicos, se establezcan normas específicas sobre limitaciones. Ese es el caso de nuestra Constitución actual, en que, por ejemplo, está el artículo 19 número 26 que funciona

como clausura general de limitación de derechos; establece el principio de reserva legal; establece el principio que ustedes están proponiendo en su enmienda, lativo al "respeto al contenido esencial de los derechos"; y también hay normas específicas, como, por ejemplo, en el derecho de propiedad, a propósito de la limitación en razón de la función social, y en otros derechos también.

Y una cuarta posibilidad es que hay constituciones que no tienen cláusula de derechos, como la argentina o la estadounidense; algunos tratados de derechos humanos sí tienen, otras no tienen y, en ese caso, por supuesto, como la realidad es que los derechos tienen que compatibilizarse tanto con otros derechos como con la consecución de objetivos de interés general, ahí son los tribunales los que establecen criterios, siendo criterios jurisprudenciales que se desarrollan en el tiempo.

Nosotros estamos proponiendo una cláusula general -en la otra enmienda que se ha presentado y que algunos de ustedes han suscrito también se establece una cláusula general- en el inciso segundo del artículo 24 sexies, que dice: "Los demás preceptos de esta Constitución podrán establecer causales específicas de regulación de derechos y libertades". O sea, en ese sentido no se está innovando; se establece una cláusula general, pero la misma Constitución reconoce que haya derechos específicos que tienen alguna causal especial de limitación en razón de la naturaleza de esos derechos específicos. Por ejemplo, el derecho de propiedad que, según entendí de lo que dijo el comisionado Cortés y de lo que he sabido que se ha discutido en la Subcomisión 4, va a seguir más o menos igual y va a tener una cláusula especial sobre eso.

La pregunta es ¿cuál es el objetivo de las cláusulas de limitaciones de derechos? Es habilitar, reconociendo esta realidad de que los derechos no son absolutos, al legislador, dado el principio de reserva legal, para que limite los derechos. Sin embargo, al mismo tiempo se cumple el objetivo de que estas cláusulas funcionen como límites a los límites que se pueden establecer a los derechos, de manera que cuando se limiten los derechos no se burle el reconocimiento de los derechos y esa limitación pueda ser justificada constitucionalmente y los derechos mantengan esta idea de que son protecciones de intereses prioritarios de las personas.

Entonces, las cláusulas de derechos habilitan a limitar, pero establecen límites a los límites. Y uno de esos límites o condiciones son, como dije, el principio de reserva legal de las limitaciones y los otros pueden ser alternativamente, y

estos son dos que son muy comunes en el derecho comparado. Uno, el límite de la esencialidad de los derechos, que es el que se está proponiendo en la otra enmienda; y el nuestro es uno que tiene un gran desarrollo en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos y que, en principio, fue desarrollado más bien por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero que ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que es muy común en distintos ordenamientos constitucionales. Por ejemplo, uno de los más famosos, hay dos muy famosos, que son el canadiense y el sudafricano y que hacen esta referencia... Digamos, nuestra cláusula se inspira en ellos, dice: "Los derechos y libertades reconocidos sólo podrán sujetarse a las regulaciones previstas por la ley...", ahí está el principio de reserva legal, "...y en la normas fundadas en ella...", porque la ley es marco no más, porque, por ejemplo, que sé yo, una norma que limita el derecho de propiedad y el derecho a la libre circulación es la que establece la restricción vehicular, por ejemplo, y naturalmente no va a estar en la ley todos los detalles de esa limitación, sino que en las normas fundadas en la ley habilitante. Pero en lo que quiero enfocarme ahora es en la última parte de esa oración: "...las regulaciones previstas por la ley... sean necesarias en una sociedad democrática".

Ahora, esto, que puede parecer una frase como muy amplia - qué significa necesario en una sociedad democrática- tiene un desarrollo jurisprudencial y doctrinario en el derecho internacional y en el derecho comparado ya muy consolidado, y se relaciona con el llamado "principio de proporcionalidad", y el principio proporcionalidad ha sido adoptado, sobre todo en las últimas décadas, por nuestro Tribunal Constitucional. Yo tengo un artículo sobre el uso del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno, todavía no me llega el libro, pero ya está publicado, está en inglés, lamentablemente; y lo usa... Yo tengo una crítica en la forma que lo usa, porque no aplica bien los test, pero básicamente ya está incorporado, lo nombra, etcétera.

Se utiliza también mucho, por ejemplo, en la jurisprudencia de protección de derechos laborales. Los tribunales laborales lo utilizan mucho y básicamente, no quiero extenderme mucho, pero para explicarlo. Tiene distintos pasos, y lo que busca el principio de proporcionalidad es asegurar que los límites a los derechos no vayan más allá de lo necesario, por eso la expresión "necesario para una sociedad democrática" es importante: no vayan más allá de lo necesario para cumplir con el objetivo legítimo.

Entonces, el principio de proporcionalidad, bueno, tiene distintas versiones. La versión canadiense no es exactamente la misma que las versiones desarrolladas, por ejemplo, en Alemania, etcétera, pero es muy parecida, pero la idea es que tiene que justificarse por qué se quiere hacer la limitación, o sea, tiene que determinarse cuál es el objetivo de la limitación, ya sea, proteger los derechos de otras personas, por ejemplo, "limitamos ciertos derechos para proteger a la niñez", por ejemplo. Entonces, tiene que establecerse el objetivo de la limitación.

Después, el Estado que está tomando la medida limitadora de derechos -porque esto se refiere a medidas estatales que limitan derechos- no solo tiene que probar que tiene un objetivo legítimo, que puede cumplir, que es legítimo bajo la Constitución, sino que además que la medida que está tomando es idónea, o sea, que es conducente para avanzar en ese objetivo -no significa que lo va a lograr plenamente, pero que avance en ese objetivo-, y esto significa, por ejemplo, que si el objetivo es bajar la contaminación y se está tomando una medida que científicamente no tenga evidencia de que vaya bajar la contaminación, esa medida no sería idónea y, por lo tanto, no podría justificar esa limitación.

Ahora, normalmente las medidas sí son idóneas y, entonces, se pasa a una segunda pregunta: ¿si es que esa medida idónea para cumplir con el objetivo legítimo es necesaria? Lo que significa es: dentro de las medidas idóneas que existen para cumplir ese objetivo, ¿es esta la menos restrictiva, digamos, para cumplir con el objetivo? Porque hay veces que se puede cumplir un objetivo con medidas que son muy intrusivas de los derechos, pero también con medidas que sean menos intrusivas, y naturalmente, para realmente tomar en serio los derechos, el Estado tendría que justificar que está tomando una medida idónea, pero que no está sobrepasándose, digamos, y tomando medidas que sean innecesariamente intrusivas.

Ahora, es muy común que la doctrina diga que hay que tener mucha deferencia hacia el legislador o hacia los poderes colegisladores respecto de la idoneidad y de la necesidad de las medidas, porque por supuesto que aquí hay un... Por algo son los poderes democráticos y solo en caso en que es obviamente no idónea, obviamente no necesaria, uno podría eventualmente decir que no se justifica.

Y el tercer elemento, es que no sea desproporcionada. Por eso se llama principio proporcionalidad. O sea, hay veces en que una medida estatal persigue un fin legítimo; conduce a avanzar en el objetivo; la medida es necesaria para cumplir con el

objetivo; pero al final es tal la carga que recae sobre el titular del derecho que los beneficios asociados por alcanzar ese objetivo no justifican la carga para el titular.

Ese es como el análisis estándar, digamos, bajo el principio de proporcionalidad que hacen los tribunales constitucionales de otros países y que a veces hace el Tribunal Constitucional chileno -y mi crítica es que hay veces que se salta los test o los pone en desorden, pero no es más que eso- y que hacen, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también la Corte Interamericana.

¿Por qué preferimos esto antes que el criterio de la protección esencial del derecho? Por dos razones. Una, porque nos parece que para saber si un límite se justifica hay que estar en el caso en particular, porque hay veces en que, por ejemplo... Más bien, uno, porque la noción de núcleo esencial o de esencia del derecho tiene un mérito, que es que transmite una idea que es importante, cual es, que los derechos, cuando se limitan, no se les puede llegar a tal la limitación que dejen de reconocerse y, de hecho, el Tribunal Constitucional en un fallo, en el primer fallo en que definió lo que era el núcleo esencial del derecho; cuando se afectaba el núcleo esencial del derecho; dijo que cuando un derecho se limita de tal manera deja de ser lo que es o de cumplir con todo el sentido que tiene su protección. Pero, de alguna manera a nosotros nos parece que es una definición atractiva, en el sentido de que refleja muy bien lo que quiere hacer una cláusula de limitación de derechos, como límite a los límites, pero, por otro lado, es muy difícil definir en abstracto cuál es la esencia de un derecho. O sea, ¿cuál es la esencia del derecho a la privacidad? ¿Cuál es la esencia del derecho -no sé- a la información? ¿Cuál es la esencia del derecho a la integridad física o psíquica? O sea, hay circunstancias específicas que, en razón del objetivo que se quiera perseguir, justificarán que la integridad física y psíquica, en algunos casos, sea muy afectada, y en otros no. O sea, por ejemplo, se afecta la integridad física en alguna medida si un tribunal ordena sacarle sangre a alguien. Hay circunstancias en que uno dice "Sí, se justifica", por ejemplo, para la prueba de ADN de los niños, para probar la paternidad o maternidad, pero en otras circunstancias uno debe decir "No, aquí no hay un interés tan importante como eso", y esa misma medida va a ser desproporcionada, si el objetivo no es tan importante como es.

Entonces, nos parece que el principio de proporcionalidad, recogido en esta idea de que las regulaciones sean necesarias para una sociedad democrática, permite ponderar la legitimidad de las limitaciones en los casos específicos, atendiendo a la

comparación entre la importancia y la urgencia del objetivo y el grado de afectación del interés.

Entonces, el mismo grado de afectación puede justificarse mucho en un caso y en otro no, o sea, creemos que la justificación no puede prescindir de esa comparación y creemos que la idea de esencialidad del derecho no lo recoge tan bien.

Además, normalmente mi apreciación es que, cuando los tribunales deciden estos casos a partir de la idea de esencia del derecho, justifican mucho menos que si tienen que aplicar el principio de proporcionalidad en el que tienen que ir paso por paso. Siempre les digo a mis estudiantes que me gusta más este otro sistema porque obliga a poner las cartas sobre la mesa y a una fundamentación mucho más ordenada de la limitación. Entonces, me parece más transparente.

Perdón por la extensión, pero esa es la explicación.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Undurraga. La hemos escuchado con mucha atención; yo tomé nota de toda su clase, está muy bien porque fue expuesta de manera muy ordenada.

En mis apuntes me distraje un segundo: la medida tiene que ser idónea, necesaria y... ¿después dijo proporcional o justificada?

Varios señores **COMISIONADOS**.- (*inaudible*).

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Gracias, comisionada Undurraga.

Comisionada Lagos, tiene la palabra.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Gracias, Presidente.

Después de la magistral explicación de la comisionada Undurraga no hay mucho que aportar, pero me gustaría mencionar un par de cláusulas de constituciones comparadas que hacen una regulación similar a la que estamos proponiendo.

Una de ellas es la Constitución canadiense, que hace referencia a la razonabilidad de la limitación en el contexto de una sociedad libre y democrática, y señala en su artículo 1 que la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma, sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley,

cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática.

Para dar algún ejemplo comparado de cláusulas similares, la Constitución sudafricana, en la primera parte de su enunciado, el artículo 36, también tiene una norma similar, pero adiciona a estos criterios más genéricos otros criterios concretos que han de tenerse en cuenta en las restricciones y limitaciones de derechos. Esta norma dice que los derechos establecidos en la Constitución pueden limitarse solo en términos de una ley de aplicación general y en la medida en que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad.

Luego establece estos otros criterios más específicos, que surgen a propósito de lo que planteaba la comisionada Undurraga del principio de proporcionalidad, dando cuenta de que se debe tener en consideración información relevante incluyendo la naturaleza del derecho, la importancia de la finalidad de la limitación, la naturaleza y extensión de la limitación, la relación entre la limitación y su propósito, y los medios menos restrictivos para lograr el propósito; es decir, los elementos de este principio.

En un sentido amplio, la proporcionalidad es un mecanismo para justificar decisiones públicas, y es por eso que me parece tan relevante. Para alcanzar un objetivo siempre vamos a encontrar más de un medio para lograrlo, por eso es tan importante que podamos tener herramientas para fundamentar adecuadamente la toma de decisiones en el ámbito público.

La proporcionalidad consiste justamente en una estructura escalonada de razonamiento, que pretende dar coherencia a las decisiones que deben adoptar los poderes públicos. Ofrece cauces para la interpretación de cláusulas vagas respecto de asuntos que son esencialmente controvertidos y sobre los cuales las personas razonables tienen profundo desacuerdo, de manera tal que permite dotar de legitimidad estas decisiones.

No destierra la apertura y la incertidumbre que tiene el razonamiento constitucional, pero sí ofrece mecanismos que buscan asegurar que las decisiones sean posibles de justificarse públicamente. Y qué mejor justificación que razonar en torno a las preguntas que planteaba la comisionada Undurraga.

Esta medida que implica una restricción o una regulación de un derecho persigue un fin legítimo, logra el objetivo perseguido, es el medio menos restrictivo de los derechos fundamentales y, en definitiva, nos permite responder si el nivel de afectación

del derecho se justifica o no en razón del fin que se persigue alcanzar.

Gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Lagos.

Perdón, siempre ofrezco la palabra, pero quiero hacer un par de preguntas para entender bien la filosofía de la propuesta y después abrir un debate.

Comisionada Undurraga, ¿cuál es la filosofía del artículo 19, número 26°, actual? En primer lugar, es una garantía, es un derecho constitucional más. Dice: "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:" (...) "26°. La seguridad de que (...)"

Es uno de los pocos enunciados que habla de una seguridad; o sea, es un derecho para las personas. ¿De qué? De que existe una seguridad de que cuando el legislador, mandatado por la Constitución, regule, limite, desarrolle -estoy parafraseando, estoy explicando- algún derecho o garantía, ese desarrollo no puede ser de cualquier manera. Entonces, es una garantía para las personas.

¿Por qué hago esto? Porque me gustaría saber, por la redacción que ustedes nos ofrecen, ¿cuál es la filosofía detrás? ¿Esto es una norma que habilita al legislador?

Porque cuando usted dice "sean necesarias en una sociedad democrática" se entiende, en técnica constitucional, que lo que está haciendo es una habilitación al legislador para que desarrolle la regulación de un derecho, la legislación, y que, en el fondo, esa limitación se encuentre con las barreras que sean idóneas, necesarias o proporcionales.

Tengo varias preguntas, pero quisiera devolverle la palabra para que usted nos... bueno, la comisionada Lagos.

¿Cuál es la filosofía de esto? ¿Es una garantía para las personas? ¿Es una habilitación para el legislador democrático, que se encuentre con la menor cantidad de barreras posible?

Aquí dice artículo 24 sexies, o sea, asumo que este es un artículo distinto al 17. y esa es la diferencia filosófica que advierto al inicio de esta discusión, es decir, aquí no hay una garantía nueva, que en doctrina se conoce como la garantía de la garantía y que tiene una operatividad, ya sea en el Tribunal Constitucional, que permita en algún minuto utilizarlo cuando uno recurre de protección; pero es una garantía para

las personas de que cuando existe una legislación no puede ser de cualquier manera, no puede desdibujar el derecho.

Entonces, le pregunto por la forma en que está redactado. ¿Cuál es la filosofía de la propuesta? ¿Ya no es una garantía para las personas?

Quiero entender bien el punto, se lo agradecería mucho.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Muchas gracias, Presidente, por su pregunta; es buena la pregunta.

Es una garantía para las personas y, de hecho, no sé por qué quedó donde quedó...

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Eso es importante para...

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- ...y debiera quedar dentro o a continuación del artículo 17, o sea, perfectamente podría decir: "La Constitución asegura a todas las personas -me parece un poco rara la palabra "la seguridad de que", pero "la garantía de que" o qué sé yo- que los derechos y libertades reconocidos solo podrán sujetarse a las regulaciones previstas por la ley..." etcétera.

En general, en otras constituciones aparece como una cláusula relacionada con los derechos, no como un derecho como tal, pero creo que es buena su intervención, en el sentido de que no hay ninguna intención de cambiar el objetivo, porque es exactamente el mismo. De hecho, si eso se refuerza cambiándolo de lugar y poniéndole ese encabezado, bienvenido sea.

Lo que pasa es que la cláusula actual del artículo 19, número 26°, que la enmienda de ustedes reproduce, reconoce que hay leyes que habilitan la limitación de derecho -la regulación... y ocupa varias palabras-; es como que lo da por hecho.

Esta también: "Los derechos y libertades reconocidos sólo podrán sujetarse a las regulaciones previstas por la ley..." También asume que existen.

Pero quiero leer un librito muy corto -un folleto, más bien- de International IDEA, organismo internacional que se dedica a ayudar a los distintos Estados que están en procesos constituyentes, que tiene un folleto sobre cómo redactar cláusulas de limitación.

El organismo hace una definición de cláusulas generales de limitación, que dice: una cláusula de limitación es una

cláusula constitucional que permite que derechos protegidos constitucionalmente sean parcialmente limitados hasta un determinado punto y por ciertos objetivos democráticamente justificables, pero una cláusula de limitación, también busca prohibir restricciones excesivas de un derecho que podría en razón de su propósito, naturaleza o extensión, esta restricción ser dañina para la democracia.

Entonces tienen este doble objetivo, pero básicamente reconocen que los derechos tienen que ser limitados, pero el objetivo es un objetivo garantista.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Undurraga

Tiene la palabra la comisionada Marcela Peredo.

La señora **MARCELA PEREDO**.- Gracias, señor Presidente.

La verdad es que a mí me preocupan en general las cláusulas *per se* de limitación de derecho, porque hoy lo que tenemos es una garantía que, como usted ha señalado y hago mías sus palabras, es un derecho en sí mismo.

Entonces quiero aclarar porque me parece que no es así y a propósito de eso explicar el resto de lo que sustenta mi opinión.

La enmienda que nosotros sostuvimos, para aclarar un poco porque no es exactamente igual a lo que existe hoy en la Constitución vigente, me va a permitir leer, el artículo 18 dice: "Los preceptos legales -en este primer inciso sí- que regulan o complementen los derechos, libertades y garantías que esta Constitución establece o que las limiten.

Es decir, existen varios verbos rectores que a propósito de cómo se establece el contenido esencial de un derecho son muy relevantes para efectos de cuál es el mandato constitucional que la Constitución hace al legislador el día de hoy, porque permite que regulen, permite que complementen, permite que se establezca un derecho como una garantía o incluso que las limitan, pero no es una cláusula de solo limitación.

Me parece que ahí hay una cuestión que tendríamos que conversar con mayor calma. "En los casos en que ella lo autoriza", me voy a permitir analizar uno a uno lo que dicen, tampoco es un cheque en blanco al legislador para que pueda regular de la forma que quiera y de la manera que le parezca: "no podrá afectar los derechos en su esencia, -ya voy a ir por el

contenido-, ni imponer restricciones, condiciones o tributos, requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Es decir, el legítimo ejercicio de los derechos, no se trata de un derecho abusivo, creo que eso se enmarca dentro de una idea de proporcionalidad que no es sinónimo de balance, sino la proporcionalidad original de Alemania, Francia, que dice relación con la prohibición de exceso de poder, es decir, los órganos del Estado tienen una prohibición de exceso de poder, por lo tanto, a partir de esa prohibición de exceso de poder el contenido esencial se enmarca en razón de proteger la esencia de los derechos.

Eso hace que los alemanes en la Ley Fundamental de Bonn evidentemente tengan una cláusula de esencialidad, porque en algunos casos, más allá que sea aplicado el criterio señalado por la profesora Undurraga durante esta misma sesión, hay aspectos en los cuales la proporcionalidad no tiene un solo sentido, sino que tiene un sentido de restricción para los poderes públicos para que no puedan, a propósito de su potestad, infringir los derechos o el contenido esencial de ellos, como está en la misma Ley Fundamental de Bonn, y a propósito de todas las violaciones de derechos humanos que ocurrieron en Alemania.

En segundo término, -este es un inciso nuevo de lo que nosotros venimos a proponer para conversar- las prestaciones que es algo que no se había regulado jamás, porque no estábamos dentro del contexto de un Estado social; las prestaciones que se deriven de la protección de los derechos garantizados en la Constitución serán únicamente determinadas por la ley, es decir, la regulación de los derechos sociales, para hacer una traducción fácil, solo pueden ser regulados por ley, y esa garantía para los derechos sociales protege y robustece el Estado social de derecho que queremos tutelar.

Su extensión y contenido no podrá ser establecido por órgano jurisdiccional alguno, ni aun a pretexto de resguardar otros derechos, es decir, intenta conciliar la protección del contenido esencial de los derechos sociales, o la prestación que ellos involucren, con los demás derechos.

Además de eso, hacemos una última cláusula que dice que, en la aplicación e interpretación de las disposiciones de este capítulo, los tribunales no pueden definir o implementar política pública en estas materias.

A propósito del mismo sentido del contenido de la enmienda, quisiera relevar lo importante del contenido esencial.

¿Por qué es importante el contenido esencial? Porque en el fondo es un derecho y es una garantía, es decir, es un derecho en sí mismo en cuanto a pretensión, en cuanto a facultad, en cuanto a que las personas pueden alegar en la sede del Tribunal Constitucional o donde sea, la injusticia de la ley frente a la regulación de sus derechos para una Constitución justa.

Además, hay que establecer la idea de que ese contenido esencial no es un contenido vacío, no se trata de cuestiones indeterminadas, nosotros hemos pasado largas horas aquí regulando algo que en doctrina se llama flexibilidad normativa.

¿Qué significa la flexibilidad normativa? La flexibilidad normativa significa que la Constitución cada vez que regula, nosotros mismos cada vez que hemos regulado cada uno de los derechos podemos establecer distintos mecanismos de protección, hablamos del verbo asegurar, hablamos del verbo proteger, hablamos de distintas intensidades de regulación.

Como la Constitución es una norma jurídica, como dice Eduardo García de Enterría, el mandato constitucional supone al legislador la regulación de los derechos en un sentido determinado, no en un sentido que no tenga un contenido alguno.

Por tanto, en ese sentido, el segundo elemento, aparte de la flexibilidad normativa, dice relación con la regulación legislativa, es decir, hay un espacio que la Constitución permite para que la ley, como expresión de la voluntad soberana, regule los derechos.

El legislador democrático puede regularlos. ¿Puede regularlos de cualquier forma? No, porque en términos de fuentes debe seguir el contenido esencial del derecho que viene predeterminado en algunos casos por un contenido supralegal, como dice Bachof, que tiene que ver con la justicia, que tiene que ver con la idea de en materias de hechos sociales con la idea de la prestación que se quiere cumplir.

Ese contenido es determinado, y aparte de eso junto a la idea de la flexibilidad normativa, la regulación legislativa, que tiene un límite la discrecionalidad legislativa en estas materias, no puede en el fondo, a propósito de regular los derechos -como ya se había dicho- desnaturalizarlo.

Los franceses le llaman la naturalización del derecho, y eso significa que a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, ya se establecía esta idea de la no desnaturalización que viene a decir relación con lo que hemos dicho sobre el contenido esencial.

Además, las constituciones tienen un sentido positivo y negativo, si uno lee una Constitución, cualquier derecho, uno

podría decir, en sentido positivo, el que pisa su territorio quedará libre -voy a poner un ejemplo-, eso es positivo, es decir, hay un mandato. Luego en negativo, que también implica un mandato para el legislador, para los jueces y todos los órganos del Estado, después cuando dice: Bueno nadie podrá ser arrestado, detenido o preso, eso significa un contenido negativo del Estado, porque de lo contrario significa decir que a propósito de la idea de que los derechos podrían ser indeterminados o limitados de cualquier modo por cualquier forma de en general, eso no es posible, porque de lo contrario, el sentido de las constituciones es establecer derechos, protegerlos, asegurarlos, porque eso protege al más débil, ese es el sentido de la Constitución, una Constitución sin derechos fundamentales que es lo que nos ha tocado a nosotros virtuosamente conversar es precisamente la razón de ser de una Constitución.

Entonces es importante entender que los órganos del Estado deben actuar con base a una protección, a un contenido que ya está determinado y al cual se encuentran vinculados.

Me parece relevante decir en esta materia que en general yo con la proporcionalidad no tengo ningún problema, hasta la ponderación, porque la ponderación proviene de la teoría de Alexy, que no me voy a extender aquí, pero en el fondo se refiere a una fórmula matemática.

Esta fórmula se llama el Óptimo de Pareto en el cual supone que los derechos siempre están en conflicto y, por lo tanto, tengo que hacer un balance y ese balance ha generado a veces lo que los franceses llaman la desnaturalización del derecho.

Esa es mi preocupación, es decir, me parece que la ponderación como balance, en vez de dar lugar a la protección o a la regulación de un derecho, lo que hace a veces es desconocerlo, y el día de mañana, bajo esa hipótesis, yo podría desconocer perfectamente el derecho a la vivienda so propósito del derecho de propiedad, porque están en conflicto y tengo que elegir, y el juez va a tener que determinar aquello que la Constitución no quiso ordenar, no quiso hacer, ni fue la intención hacer o regular de una manera tal que al final signifique una jerarquización, que tampoco es la idea.

Por eso, me parece que debe haber una idea de subsunción. Es decir, los derechos deben subsumirse dentro del contenido que poseen en términos de lo que la Constitución ha protegido como núcleo mínimo, como ese núcleo irreductible. Y ese núcleo irreductible es un mandato al legislador también.

Aparte de eso, me parece -no quiero ser muy latera en esta parte- que es un tema interesante. Compartimos con la

comisionada Undurraga el interés en el asunto-, pero quiero yo decir algunas cosas respecto del problema de la ponderación.

Primero, supone que los derechos se entienden como un mandato ilimitado y por lo tanto lo que hace ese test de balance es que al final confunde las normas que contienen los derechos, que el juez al final tiene que empezar a ponderar, con el derecho en sí mismo, y confunde las pretensiones jurídicas, que pueden ser válidas en un juicio, con el derecho en sí mismo.

Además, me parece que la expresión de Alexy, que se refiere a esta ponderación y que en definitiva dice que no debe ser más allá de lo necesario, voy a citarlo de modo concreto, lo tengo acá. Dice: "para la mayor satisfacción posible de un derecho es necesario el sacrificio de otro".

Él lo dice en estos términos -para no ir en contra de Alexy-: "cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.". Me parece a mí que eso más que una limitación significa o puede eventualmente ser la privación del contenido de un derecho. ¿Por qué? Pensemos en el derecho de los padres a educar a sus hijos y el derecho de los niños eventualmente, ante un juez que en el fondo se ve en la necesidad de hacer una interpretación en términos de límite, no de contenido. Evidentemente que la tentación de satisfacer un derecho y sacrificar el otro es de suyo. Entonces, creo que eso no armoniza el contenido de los derechos que nosotros estamos llamados a proteger.

Eso, para no ser agotadora. Podría seguir, pero podemos verlo más adelante porque tenía algunas normas de derecho comparado. Pero me parece que el punto ha quedado establecido.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Gracias, comisionada Peredo. Fue una discusión interesante y bastante técnica.

Voy a volver a las preguntas.

Me pasa que, cuando leo la enmienda 265, las cosas que usted nos comentó, comisionada Undurraga, no aparecen tan explícitas, y eso, obviamente, es importante desde el punto de vista de la forma en que se debe interpretar la norma en función de su tenor literal.

La primera pregunta que tengo dice: "los derechos y libertades reconocidos". Se entiende que la primera pregunta ahí es si es en esta Constitución, o incluye cualquier derecho a libertad reconocido, incluyendo un tratado internacional, que también

están reconocidos, pero no están establecidos en nuestro texto. Entonces, ahí hay una primera pregunta al tenor de su texto.

Dice: "solo podrán sujetarse a las regulaciones previstas por la ley y en las normas fundadas en ella". Ahí tengo la siguiente pregunta, porque aquí tampoco se habla de limitación. Estoy contrastando el texto con lo que usted nos explicó de manera muy clara. Aquí hablamos de "solo podrán sujetarse a las regulaciones previstas por la ley".

Quiero contrastar con el espíritu que explicaba bien la comisionada Peredo. Quiero entender bien la comparación entre las dos filosofías de las normas. Porque en el artículo 19, número 26° actual, en algunos casos el legislador complementa, regula y limita en los casos en que la Constitución establece.

Entonces, la filosofía del artículo 19, número 26°, que -insisto, ya lo habíamos dicho- es una garantía para que cuando el legislador -voy a decirlo en términos poco usuales-

meta mano en la regulación, le meta tijeras, le meta herramientas para poder realizar un derecho en la legislación, no lo desdibuje. Eso es.

Entonces, vuelvo a su texto: "los derechos y libertades reconocidos" -asumo que es en esta Constitución-, y termino la pregunta "solo para sujetarse a las regulaciones previstas por la ley".

Usted utiliza la palabra "regulaciones", y las regulaciones pueden ser de todo tipo, aquellas que realizan el derecho, que lo limitan, que le imponen un requisito. Entonces, quiero saber si en su opinión las incluye todas, "y en las normas fundadas en ella".

Ahí es donde tengo una duda, porque el artículo 19, número 26°, también tiene una garantía que es que, dice: "los preceptos legales que conforman esta Constitución". Acá dice que un derecho y libertad reconocidos por esta Constitución podría sujetarse a regulaciones previstas por la ley, pero en otras normas. Entonces, eso significa que el día de mañana uno podría decir, bueno, uno podría regular un derecho por una norma de potestad reglamentaria. Ahí también tengo una duda de si se cumple, si según su opinión eso es correcto o no "que sea necesario en una sociedad democrática", que es la tercera parte de la propuesta de las comisionadas, no aparecen en esta redacción los conceptos de "idoneidad", "necesariedad", "proporcionalidad".

Entonces, si esa es la filosofía debiera al menos quedar en el texto, porque de lo contrario tenemos problemas que estamos entendiendo acá en esta Subcomisión un tema, pero después al

final en la norma constitucional de entrar en vigencia una redacción como esta sería una dificultad entenderla así.

El punto 2 quizás es más claro, dice: "Los demás preceptos de esta Constitución podrán establecer causales específicas de regulación de derecho y libertades.". Ahí se entiende lo que usted dice. Una ley regulará estos derechos. Se ejerce conforme a la ley. Entiendo que a eso hace referencia el punto 2.

Pero me sigue pareciendo que lo que usted nos explica no está tan recogido en el texto.

Entonces, esas son mis preguntas, si usted pudiese aclarar. Por supuesto, si alguien más quiere hacerse cargo de algún otro comentario, se ofrece la palabra.

Tiene la palabra el comisionado Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA.**- Presidente, es un muy interesante debate y, además, muy descriptivo por las comisionadas y profesoras Peredo y Undurraga; es un agrado esa claridad.

Quiero irme un poquito más arriba. Cuando digo más arriba no es más relevante, sino más atrás, quise decir.

Creo que hay un acuerdo sustantivo, o que ambas normas expresan un acuerdo sustantivo de que los derechos no son absolutos, y creo que es muy relevante como concepto fundamental; ahí hay un acuerdo -insisto- sustantivo.

En segundo lugar, la tarea fundamental -digámoslo así- de ponderar es propia de los órganos democráticos y no debe en principio, salvo situaciones concretas y abstractas, quedar determinada a los órganos jurisdiccionales, o sea, a quienes les corresponde establecer las limitaciones, en fin, determinar las regulaciones, señalar la forma en que se van a cumplir los derechos es precisamente a los órganos democráticamente elegidos, puesto que ellos, los poderes Ejecutivo y Legislativo, son los que deben ponderar el bien común y qué necesidades tiene, y cómo esto se concreta en la realidad práctica en las distintas dimensiones.

También creo que eso es fundamental en una época -digámoslo así en términos generales- en que de muy buena fe y con muy buenas intenciones a veces los tribunales -no lo digo en particular por ninguna situación en Chile, estoy hablando en general- han tendido a expandir sus atribuciones en este ámbito, de tal manera que a veces parecen estar fijando decisiones de lo que corresponde al bien común general, que, por supuesto no es tarea de ellos, eso está dentro de otra misión.

Dicho de otra manera, se está reivindicando un principio fundamental de la sociedad moderna o del constitucionalismo moderno que tiene que ver con la separación de estas funciones, de las funciones propiamente tales de conducir el gobierno, de dictar las normas legales y a su vez de justiciabilizarlas. Eso me parece también un acuerdo fundamental, y creo que es importante que quede constancia de eso para los efectos -como dice muchas veces nuestro Presidente- de la historia de este desarrollo.

Lo tercero -aquí es donde quizás probablemente esté o pueda estar la duda-, se refiere a en qué medida pueden entrar los tribunales frente a esa regulación.

Ahí, quizás, tenemos la diferencia, o sea, ¿cuándo los tribunales podrían entrar a regular o a verificar, por decirlo de alguna manera, si se ha cumplido con este mandato, si es una limitación razonable? En fin, pongámoslo así en términos amplios.

Una es la propuesta 265, donde parece ser que eso está radicado en la evaluación o en la ponderación de las necesidades de una sociedad democrática o, como dicen en Canadá y en Sudáfrica, una sociedad libre y democrática. Ese es el criterio, un criterio de razonabilidad y de necesidad en función de eso, para lo cual, por supuesto, una de las doctrinas más extendidas es la de Robert Alexy, en fin, a la que se ha hecho referencia acá; pero entiendo que no es la única, es hoy día la mayoritaria, pero no es la única, y naturalmente me parece bien, en ese sentido, que una propuesta como la 265 lo diga en términos generales, porque estas cosas van transformándose y van cambiando, y el día mañana puede ser alguna doctrina, por ejemplo, Undurraga-Peredo, que sería muy buena. De las profesoras Undurraga y Peredo. ¡Imagínense qué bonito sería eso!

En cambio, la enmienda nuestra pone el acento en algo que ya está en nuestro derecho, que es la idea de la esencialidad, a ver si se afectó esa esencialidad, por decirlo de una manera, eso que es consustancial y que hace desaparecer al derecho.

Frente a esto, yo diría tres cositas, para avalar un poco la idea de la esencialidad como un concepto.

Primero, que tiene ya un desarrollo, una tradición que se puede mejorar naturalmente, pero hay un desarrollo, hay un desarrollo constitucional, hay una doctrina constitucional que ha ido dándole contenido a esto en los últimos cuarenta años. Esa es una primera consideración.

La segunda es que, a pesar de que -me perdonarán mi torpeza e ignorancia-, pero, en mi opinión, si bien no expresado de la misma manera, algo de esto también hay en el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, cuando la Declaración Universal, en el artículo 30, señala que "Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración". Y es más claro todavía en el Pacto San José de Costa Rica, en el 29, letra a), cuando se refiere expresamente a los Estados y dice: "permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella". Me parece que algo de esto también está expresado de otra manera, pero la supresión evidentemente tiene que ver con una afectación de la esencialidad.

Y lo tercero es que el concepto de esencialidad no es ajeno, más allá de la experiencia de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución española; más allá de nuestra tradición constitucional y de estas referencias indirectas que yo hago al Derecho internacional de los derechos humanos, no es en absoluto ajena a la tradición jurídica. La tradición jurídica trabaja y a todos nos tocó estudiar esto, la idea de esencia del derecho, o sea, cuando se afectan los elementos esenciales de un derecho, el acto o contrato deriva en otro acto o contrato.

Entonces, quiero decir que es un término que tiene un desarrollo y una tradición no solo constitucional, no solo en la historia reciente constitucional de nuestro país, sino que, más importante, en mi opinión, tiene una reflexión y una tradición desde el pensamiento jurídico de los últimos 2.000 años, y, en ese sentido, me parece que es un elemento adecuado.

Quiero resaltar las dos cosas fundamentales que dije al principio. Hay acuerdo con los derechos que no son absolutos. Segundo, que su limitación, regulación, en fin, etcétera, está entregada a los poderes públicos llamados a evaluar y ponderar las necesidades propias del bien común y, en principio, no a los tribunales, salvo en estas situaciones más extremas, que es aquí donde tenemos la diferencia más importante. No quiero decir importante en un sentido de... sino de intensidad.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la comisionada Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Muchísimas gracias por este intercambio, y por los interesantes comentarios y preguntas a los que voy a reaccionar.

La utilización del sustantivo "regulaciones" busca ser lo más amplio posible, e incorpora todos los términos, porque todas las..., como dice la Constitución actual, dice los preceptos legales...

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- ...que por mandato de esta Constitución...

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- ... los preceptos legales que regulen o complementen estos derechos o que los limiten en sus casos...

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- ... en los que ella expresamente autoriza.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Sí, en los casos que ella autoriza...

Entonces, hay toda una discusión sobre regulación; o sea, la palabra regulación busca incluir todo lo demás, y eso a nosotros nos parece importante, porque ha habido litigio ante el Tribunal Constitucional chileno -pero esto es mundial, en el fondo-, en que el Estado, por ejemplo, dice: "No, no, no, si yo estoy solo complementando o yo estoy solo configurando -también, se usa hartito- y no estoy limitando". Pero en el fondo es... y se discute si esa no es una manera de evadir los requisitos para la limitación.

Entonces, al establecer la frase "amplia de regulaciones" captaría todo e iría al fondo del asunto; o sea, cualquier regulación, complementación, etcétera, si es que no limita, perfecto, ya; pero no demos paso para que se diga no esta es mera limitación, esta es mera regulación, esta es mera configuración, etcétera, si no que eso se verá por los efectos y no por la forma en que le ponemos; entonces, por eso, utilizamos como un término que, a diferencia lo que temía la profesora Peredo, es al revés; es un término lo más amplio

posible, para que no se burle la exigencia de los criterios para limitar.

Respecto de la expresión "regulaciones previstas por la ley y las normas fundadas en ella", no es que sean por la ley o por norma de otra naturaleza, sino que serían normas fundadas en la ley que autoriza la limitación. O sea, es solo la norma que hace operativa la limitación que está establecida por ley.

Por eso, yo daba el ejemplo de limitaciones que requieren.... La gran mayoría de las limitaciones que se hacen por ley o la gran mayoría de las leyes tienen reglamentos y normas administrativas destinadas a ejecutar esas leyes y hay veces en que -esta es una típica discusión ante el Tribunal Constitucional-, en el fondo, se discute si hay ciertos aspectos que están en el reglamento y no en la ley, y que debieran estar en la ley, porque, en realidad, son los que establecen las limitaciones, pero eso es algo que esta norma no agrava. Esto es lo que está pasando actualmente y lo que siempre va a pasar, por lo que es importante definir qué es exactamente lo que tiene que estar en la ley y qué es lo que es meramente ejecutor de la ley, y que puede estar entregado, qué se yo, al reglamento que establece cuáles son la patentes y los días en los que hay restricción vehicular.

Entonces, ¿dónde está el marco? Pero eso pasa bajo cualquiera de las dos formas de regular una cláusula de limitaciones. Creo que con eso contesté sus preguntas.

Respecto de los comentarios de la comisionada Peredo, siempre he pensado que el requisito de esencialidad, o sea, que la idea de esencia del derecho tiene el atractivo de inmediatamente mostrar lo que se quiere evitar, pero que si para algo no sirve es para evitar la discrecionalidad del juez al determinar qué es esencia y qué no es esencia. O sea, cuando la comisionada Peredo decía: "puede haber una colisión entre el derecho de los padres y los derechos de los niños", yo no veo que esté más acotada de la discrecionalidad judicial, porque hay un juez que puede determinar cuál es la esencia del derecho de los padres o la esencia del derecho de los niños.

Me parece muy difícil responder a la pregunta sobre cuál es la esencia si no estamos en caso, me parece muy difícil. Entonces, creo que da como una falsa sensación de seguridad que proviene de lo clara que es la idea que transmite, pero no en su aplicación. Pero cuando se trata de aplicar y de definir cuál es la esencia de un derecho, en un caso particular, se pierde o está muy abierto a la discrecionalidad y, por eso, precisamente, creo que uno de los beneficios que tiene esta otra fórmula es que, recogiendo todo el contenido que tiene y

que se ha ido desarrollando en el derecho comparado e internacional, asegura menos grado de discrecionalidad.

Lo otro, respecto del argumento del comisionado Frontaura, de que la esencialidad tiene desarrollo en la doctrina, yo diría que sí, claro, pero que eso ha ido cambiando mucho, y que el Tribunal Constitucional no ha dejado de usar el criterio de esencialidad, pero ha ido incorporando cada vez más el criterio de proporcionalidad, y no solo el Tribunal Constitucional, sino también los tribunales ordinarios.

Entonces, si queremos recoger, en realidad, el estado actual sería una mezcla de las dos cosas.

Esto no es muy académico, pero sí recoge nuestra realidad jurídica y a mí me parece que se puede plantear. Yo creo que se podría hacer una cláusula que recoja los dos elementos, y la esencialidad ayudaría a delimitar el criterio de ponderación estricta, por decirlo de alguna manera, o sea, el criterio este, al que se refería la comisionada Peredo, de que, finalmente, la medida estatal persigue un objetivo legítimo, es conducente, es necesaria y todo, pero es desproporcionada, en el sentido de que lo que se obtiene de beneficio, para avanzar en el objetivo legítimo o para avanzar en un derecho, no se justifica, porque la carga respecto del otro derecho es excesiva.

Ahí, yo encuentro que calza bien con la idea de esencialidad, por lo que podrían mezclarse eventualmente las dos enmiendas.

Muchas gracias, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la comisionada Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Gracias, Presidente.

Bueno, la comisionada Undurraga nos ofrecía una fórmula a la chilena.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- La fórmula Undurraga-Peredo.

-Risas.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- ¡Ojo!, no es inusual. Hay algunas constituciones que tienen los dos criterios.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Solo con fines pedagógicos, deseo hacer algunas precisiones terminológicas para que queden reflejadas en el acta.

Siguiendo a la profesora Constanza Salgado, hay, a lo menos, algunos conceptos fundamentales cuando estamos hablando de estas materias, que es importante tener presentes: delimitación, restricción, regulación y configuración.

Para brindar aquí algunas luces sobre cuáles son las diferencias entre esos conceptos de los que hemos estado conversando, podríamos señalar que la delimitación busca precisar el contenido protegido por el derecho, es decir, los límites se refieren a la determinación de los contornos de los derechos.

Luego, la restricción implicaría reducir el ámbito de ejercicio del derecho. La configuración, en cambio, alude al espacio que tiene el legislador a fin de establecer la institucionalidad necesaria para el ejercicio de los derechos y, finalmente, la regulación, como planteaba la comisionada Undurraga, busca indicar las modalidades de ejercicio del derecho; por lo tanto, podría ser una categoría más comprensiva.

Solo para efectos del acta, Secretaria, quiero dejar en claro que cuando me referí, en mi intervención anterior, al principio de proporcionalidad, señalando que era una estructura escalonada de razonamiento, estaba parafraseando al profesor Jorge Contesse.

Después no vayan a decir que uno se apropia de ideas ajenas, por lo que pido, por favor, que quede en el acta que estaba aludiendo al trabajo del profesor Contesse.

Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muy académico. Está bien. Muchas gracias, comisionada Lagos.

Quiero hacer un par de reflexiones, porque yo tenía preguntas que fueron, de una manera interesante y satisfactoriamente contestadas por la comisionada Undurraga y, por supuesto, complementadas por la comisionada Lagos.

También soy partidario de defender el principio que hay detrás de la arquitectura institucional vigente, en torno al contenido esencial de los derechos, porque me parece que la norma del artículo 19, número 26°, que, si bien es cierto, las comisionadas Undurraga y Lagos han hecho ver que puede tener

alguna deficiencia conceptual, en mi humilde opinión ha servido en nuestra historia constitucional reciente como un consenso en torno a lo que puede hacer el legislador o no, respecto de la regulación de un derecho; o sea, yo creo que ha sido pacífica la idea de que los derechos, si bien es cierto hay una forma amplia de interpretación o determinación, el derecho, al final, no puede significar cualquier cosa ni tampoco puede significar que, en aras de la regulación de ese derecho, uno pueda terminar afectando o desdibujando el derecho, y creo que ese es un consenso que es importante tratar de mantener en el espíritu de lo último que mencionaba la comisionada Undurraga, de cómo podríamos hacer convivir las dos propuestas.

A la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que tiene que hacer el legislador con los derechos es regularlos, como dice usted, en términos amplios.

El artículo 19, número 26°, establece un desarrollo, establece verbos específicos; pero lo que tiene que hacer al final el legislador es desarrollarlos, porque, en el fondo, si decimos que existe un derecho a la libertad de expresión, existe un derecho a la protección de la salud, existe un derecho a la reunión pacífica, existe un derecho a la educación, eso no puede significar lo que uno quiera entender. Por eso, me parece que el concepto de que existe una esencia, un contenido que es consustancial, un contenido que le corresponde a la Constitución y no al legislador determinar, me parece que es valioso, y yo trataría de mantenerlo. Además, porque este concepto no es exclusivamente chileno. El contenido esencial - ya se ha dicho acá- está recogido en la Constitución alemana, hay algunos aspectos que están contenidos también en la Constitución española, habla de respetar el contenido esencial; la Constitución portuguesa también habla del contenido esencial de los preceptos constitucionales. Por lo tanto, yo quiero, en primer lugar, valorar la idea de que el concepto de contenido esencial doctrinariamente es pacífico.

En segundo lugar, quiero reafirmar la doctrina mayoritaria, en orden a que ese es un aspecto que le corresponde al constituyente, por supuesto, complementado con la jurisprudencia, complementado con el legislador, complementado con la doctrina; pero, en el fondo, lo que procura evitar esta garantía y, por eso, en mi intervención inicial yo daba cuenta del espíritu original, no que esto es una seguridad, de que cuando un precepto legal regula, limita, hay un límite, y ese límite es la esencia del derecho. Creo que eso ha sido importante y, por lo tanto, es el legislador el que puede limitarlo.

Como dijo el comisionado Frontaura, el legislador complementado con el Ejecutivo, es decir, quienes tienen a cargo el gobierno.

Sí me preocupa, aunque entiendo lo que, desde el punto de vista académico, uno expresa cuando habla de regulación, pero entendiendo que quien regula es el legislador. Recordemos lo que señala nuestra Constitución vigente en el artículo 19, número 21°, cuando dice que la Constitución asegura a todas las personas la libre iniciativa económica, "respetando las normas legales que la regulen".

Me hace sentido -sin ser un positivista acérrimo- que es el legislador democrático el que debe limitar, regular, complementar, afectar, como sinónimo de afectación. Por eso, creo que es importante la propuesta de las comisionadas Undurraga, Lagos y Fuenzalida, porque mantiene aquello, pero el legislador tiene un límite, que es la irreductibilidad de cada una de las garantías.

Por supuesto -perdón, vuelvo un segundo atrás-, no le corresponde al legislador determinar dicho contenido esencial. Lo que le corresponde es desarrollar el derecho, realizarlo y, entre esas cosas, está también esta limitación.

Quiero solicitar sus votos para buscar una fórmula con la cual nos acerquemos a mantener un enunciado. De hecho, hay una enmienda que recoge la norma propuesta en la Constitución alemana, que creo que es la 91, que es muy breve.

La señora Secretaria dará lectura a su contenido.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Señor Presidente, la enmienda 91, de los comisionados Arancibia, Horst, Larraín, Martorell y Salem, es para agregar un nuevo artículo a continuación del artículo 17 -de manera que el actual artículo 18 pase a ser 19, y así sucesivamente- del siguiente tenor: "Artículo 18.- En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial".

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Claro, si buscamos una redacción en el ámbito de lo que señaló la comisionada Undurraga, esa es una frase que podríamos eventualmente hacer convivir, ya que nos interesa dar la mayor certeza jurídica de que, cuando haya una limitación, esta va a ser en términos proporcionales, razonables, pero, además, se va a respetar un sustrato, para que no se desconozca ni se desnaturalice ese derecho.

Ofrezco la palabra.

Entiendo que hemos despachado todas las enmiendas de este capítulo, señora Secretaria.

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Así es, señor Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Entonces, hemos revisado en detalle gran parte de las enmiendas que fueron presentadas. Nos faltan las enmiendas al Capítulo I, pero eso puede quedar para una discusión posterior.

Correspondería ahora tratar de buscar enmiendas de unidad de propósito, para ver de qué manera podemos construir un acuerdo final, global, en torno a todos los temas que son competencia de esta Subcomisión, y de las otras también, como señaló el comisionado Frontaura.

Por lo tanto, propongo que dejemos la sesión hasta acá.

Vamos a trabajar en enmiendas de unidad de propósito, para después volver a una situación que, si bien no sabemos cuándo va a suceder, esperamos que sea muy pronto, a efecto de poder votar y despachar los acuerdos que tengamos. y luego llevar el trabajo de esta Subcomisión al Pleno de la Comisión Experta.

Tiene la palabra la comisionada Catalina Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Señor Presidente, hago presente que no hemos revisado la acción de amparo económico.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene razón, tenemos varios temas pendientes, pero cuando elaboremos las enmiendas de unidad de propósito podremos revisar la pertenencia de incluir dicha acción cautelar.

Por haber cumplido con su objeto, se levanta la sesión.

-Se levantó la sesión a las 18:24 horas.

MAURICIO CÉSPED MORA,
Coordinador de Sesiones.