



**FJG**

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

**APUNTES CONSTITUCIONALES N° 10**

***Riesgos Constitucionales para Chile  
Incertidumbre y Desigualdad ante la ley***

Sofía Varela



Foto: es.wikipedia.org

Chile es un Estado Democrático de Derecho y tal condición se ha buscado mantener, al menos en el papel, en la redacción del nuevo texto constitucional. De hecho, en el artículo 1 del primer informe de la Comisión Principios Constitucionales, se consagra este principio de gobernanza por el cual todas las personas e instituciones tanto privadas como públicas, como el Estado, se encuentran sometidas a las leyes, que se aplican igualitariamente, y su poder tiene como límite el pleno respeto a los derechos fundamentales. No obstante, el resto del articulado contiene varias normas que, lamentablemente, apuntan en otra dirección.

El hecho de que en nuestro país rija el Estado de Derecho implica la consagración de ciertos principios esenciales, como es el caso de la primacía constitucional, la separación de poderes, la legalidad o la no arbitrariedad. De entre estos destaca por su especial relevancia la **igualdad ante la ley** consagrado en el art. 19 N°2 de la actual Constitución, principio esencial para la institucionalidad de nuestro sistema político democrático, por cuanto asegura un trato igualitario y no discriminatorio para todas las personas. Sin embargo, este principio se ve transgredido por

diversas disposiciones aprobadas por el Pleno y que hoy forman parte de la propuesta de nueva constitución, especialmente debido al afán de mayorías radicales de incorporar ciertos principios como la paridad, perspectiva de género y pluralismo jurídico, que desoyendo las recomendaciones de los expertos, solo favorecen generar división en un país que está tan necesitado de unidad.

El peligro que implica la transgresión del principio de igualdad ante la ley y no discriminación para nuestro sistema institucional es inmenso. Las personas ya no serán consideradas por la legislación y los órganos estatales como iguales, sino que ciertas circunstancias particulares entrarán a actuar en favor de algunos chilenos contra otros, lo cual no solo generará altos niveles de incerteza jurídica, sino que además es algo inaceptable dentro de una institucionalidad democrática y de los estándares internacionales actuales.

A continuación se enuncian 5 normas de la propuesta de nueva constitución que ejemplifican las circunstancias antes mencionadas y que ponen en riesgo la convivencia pacífica y la unidad de nuestro país.



Foto: es.wikipedia.org

## RIESGO N°1: REGLAS DISTINTAS PARA JUZGAR A PERSONAS INDÍGENAS

El pluralismo jurídico es una manifestación del principio de la plurinacionalidad que subyace explícita e implícitamente en la gran mayoría de las normas de la propuesta de nueva constitución. Este consiste en el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de los diversos sistemas normativos de cada pueblo indígena que reconoce la propuesta en un plano de igualdad con el denominado sistema nacional de justicia. De esta manera, el Poder Judicial deja de ser un poder del Estado y de poseer una estructura única y concentrada, para pasar a ser un conjunto de sistemas de justicia paralelos, cada uno formado por reglas, principios y criterios de aplicación distintos entre sí y diferenciados del sistema jurídico nacional. Con ello se logrará la conformación de una justicia pluralista y culturalmente heterogénea. Tal hecho provocará no solo un problema de coherencia y coexistencia entre los diversos sistemas de reglas, sino que generará situaciones de desigualdad e incertidumbre peligrosas para la institucionalidad del país.

Esta norma se encuentra consagrada de la siguiente forma:

**“Artículo 2°.- Pluralismo jurídico.** *El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establece esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. La ley determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales.”*

Otras normas aprobadas también señalan la posibilidad de que autoridades de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución ejerzan la función jurisdiccional; el *“deber del Estado garantizar que los*

*órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural*"; y la obligación de los tribunales y sus funcionarios de *"adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas"* en el caso exclusivo de que se trate de personas indígenas.

Como se señaló anteriormente, estas normas generarán una serie de problemas graves, no solo para la organización del Poder Judicial y la justicia, sino que también repercutirán en la vida cotidiana de los ciudadanos.

En primer lugar, es evidente que la pluralidad de sistemas jurídicos diversos causará problemas de coordinación con el Sistema Nacional de Justicia, lo que eventualmente implica una transgresión al esencial principio de la unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por cuanto se generará un desmembramiento de este, y los "tribunales" de los pueblos indígenas aplicarán, como se señala, una normativa diversa a la ley común para todos los chilenos; vale decir, las costumbres y tradiciones de cada pueblo indígena. Además, el hecho de que existirán 11 subsistemas indígenas perjudicará la correcta administración de la justicia por cuanto complejizará y ralentizará el sistema, impidiendo una resolución expedita y certera de las controversias jurídicas.

En segundo lugar, las normas anteriores suponen una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley. En efecto, respecto a ciertas personas, por el mero hecho de pertenecer a cierta etnia, se aplicarán normas distintas que podrían llegar a generar situaciones jurídicas privilegiadas. En el fondo, los miembros de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución no estarán sujetos al mismo estatuto jurídico y principios que el resto de los chilenos. Esta situación de desigualdad se produce esencialmente debido a que la Convención no estableció ningún tipo de limitación para el ejercicio y

aplicación de estos sistemas jurídicos indígenas, ni en la competencia o materias de las que pueden conocer las autoridades indígenas. Ello permitiría que las jurisdicciones indígenas no administren justicia respecto de miembros de su pueblo, sino que queda abierta la posibilidad de que personas no indígenas se vean "arrastradas" a una jurisdicción que aplicará normas y costumbres que desconocen por completo. Esto debido a que se omite el derecho a opción de toda persona, independiente de su pertenencia o no a un pueblo, a someter las controversias ante el Sistema Nacional de Justicia. Es más, debido a que no se delimita la competencia de las jurisdicciones indígenas, que no debieran tener injerencia en materias de derecho público, podrían surgir situaciones aberrantes como las que señalaba Boaventura de Sousa Santos, uno de los principales exponentes del pluralismo jurídico culturalista, quien sostuvo que en jurisdicciones indígenas se podrían considerar "latigazos" como pena alternativa a la cárcel; una situación de desigualdad arbitraria y escandalosa.

Por último, el pluralismo jurídico debilita la certeza jurídica y el debido proceso, ya que se reconoce el derecho consuetudinario de cada pueblo, cuya fuente es la costumbre, que no está codificada ni tampoco es conocida por todas las personas. Con ello se genera incertidumbre respecto al derecho aplicable al caso concreto. Se permitiría, además, que autoridades indígenas, como un *lonko* o consejo de ancianos, que no poseen una formación ni conocimientos mínimos sobre derecho, resuelvan controversias de relevancia jurídica por medio de la aplicación de un procedimiento que no está claramente establecido, y dicten una sentencia, generando no solo la desprofesionalización del ejercicio de la jurisdicción, sino también un nivel de incerteza jurídica que puede llegar a niveles intolerables e impedir a las personas desenvolverse libremente por el país.

En resumen, se propone una justicia indígena con características inaceptables y un texto constitucional separatista e indigenista, que distinguirá entre los chilenos por razones de etnia.

## **RIESGO N°2: UN CONSEJO DE LA JUSTICIA QUE AMENAZA LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES**

Una de las grandes novedades relativas a la temática de órganos autónomos que debían consagrarse a nivel constitucional fue la creación del Consejo de la Justicia. Esta institución, regulada en los artículos 27 y siguientes del segundo bloque de la Comisión de Sistemas de Justicia, corresponde a aquel organismo encargado del *“nombramiento, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia”*, reemplazando a la actual Corte Suprema en dicho ámbito y concentrando el poder en el nuevo Sistema Nacional de Justicia, con la supuesta finalidad de fortalecer la independencia judicial.

Sin embargo, la forma en que está regulado este órgano, especialmente debido a su integración y forma de nombramiento de sus miembros, pone en peligro la independencia del Poder Judicial y deja abierta la posibilidad de su captura política. En efecto, de los 17 miembros que integrarán el órgano, solo 8 de ellos serán jueces, lo cual es contrario a las recomendaciones de académicos y organismos como la Comisión de Venecia o la propia Corte Suprema, quienes recomendaban establecer una mayoría de jueces en su composición. El motivo de esta recomendación es el resguardo de la independencia de los tribunales y la autonomía de los jueces, ya que la experiencia internacional, como es el caso de España o Argentina, ha demostrado que un Consejo compuesto por una minoría de jueces puede devenir en una captura política, dañando la institucionalidad y debilitando la independencia externa del Poder Judicial frente

a los demás poderes del Estado. Si una entidad de tal carácter puede revisar las decisiones de los tribunales mediante la potestad disciplinaria, se afectará gravemente el concepto mismo de justicia y la certeza jurídica que requiere la sociedad en un estado de derecho. Al mismo tiempo, no se comprende el establecimiento de escaños reservados para pueblos indígenas, los que contarían con 2 integrantes en el Consejo, una muestra más del indigenismo y separatismo que existe en la propuesta de nueva carta fundamental.

Por otro lado, estas normas establecen criterios de plurinacionalidad, paridad de género e inclusión para el funcionamiento e integración del Sistema Nacional de Justicia, intentando dotar a la administración de justicia de “enfoques” de naturaleza política que alejan al juez de cumplir la función esencial de aplicar la ley. De este modo, el Consejo de la Justicia podría, en virtud de su atribución para “efectuar una revisión integral de la gestión de todos los tribunales del sistema nacional de justicia”, sancionar o disciplinar a los jueces y funcionarios que no consideren tales principios al momento de dictar sus resoluciones, lo que permitiría la imposición de sanciones disciplinarias e incluso decretar su remoción. Así, resultará posible que este Consejo imponga a los funcionarios del sistema de justicia la toma de decisiones parciales, favorables a ciertas personas bajo la fachada de aplicar el principio de plurinacionalidad; lo cual es una violación al principio de igualdad ante la ley y a la imparcialidad de los jueces.

## **RIESGO N°3: SE ACABA EL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD**

Sin duda, el Tribunal Constitucional ha sido uno de los órganos más criticados en los últimos años. Es por ello que la Convención, con el ánimo de renovar esta institución, estableció la creación de una Corte Constitucional. Este organismo, regulado en los artículos 65 a 71 del segundo Bloque de la Comisión Sistemas de Justicia estará *“encargado de ejercer la justicia constitucional con la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución”*.

No obstante, por medio de estas normas se termina con el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución. También se elimina el control del órgano de los tratados internacionales. Por lo tanto, todo el control de la ley será represivo, es decir, posterior a la publicación de la ley y a su entrada en vigencia, y no de forma previa como actualmente contempla la Constitución con el Tribunal Constitucional. Tal medida resulta riesgosa por cuanto el principio de supremacía constitucional requiere de un control de constitucionalidad permanente.

Por otra parte, la norma confunde la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad, asignando a esta última un carácter de revisión en abstracto que no

tiene. Ello porque en la inaplicabilidad la inconstitucionalidad se produce a raíz de la aplicación de un precepto legal a un caso concreto. Se trata entonces de un control facultativo, represivo, de efectos relativos y concretos.

Por último, la propuesta es regresiva en materia de participación política. La acción de inaplicabilidad de una norma por ser inconstitucional solo podrá ser interpuesta por el propio juez que conozca la causa, lo cual significa un alejamiento de la ciudadanía al acceso a la Corte Constitucional. Con esto, no solo se reducen los espacios de la ciudadanía para acceder a la justicia constitucional, afectando la igualdad ante la ley y el derecho a la defensa jurídica, sino que definitivamente se priva a las personas del derecho político fundamental de acceder a la justicia constitucional para impugnar una ley cuya aplicación produce efectos inconstitucionales. De las 4 vías directas que existen en la actualidad para acceder al Tribunal Constitucional por los ciudadanos se pasa a un mecanismo indirecto que reduce la eficacia de la acción a la posibilidad de que el juez pueda identificar la inconstitucionalidad y esgrimirla. En otras palabras, en lugar de aumentar los derechos de los ciudadanos, estos se disminuyen o niegan.

## **RIESGO N°4: CONSTITUCIÓN BLINDADA**

Otra temática esencial regulada en el borrador del texto constitucional es su procedimiento de reforma y eventual reemplazo. La regulación de este es extremadamente relevante para la estabilidad y mantención de nuestra institucionalidad, ya que la Constitución es el pilar sobre el cual descansa todo el ordenamiento jurídico. Efectivamente, el procedimiento de reforma constitucional evita la pérdida de legitimidad de la Carta Magna por la eventual distancia que pueda producirse entre el texto y la realidad político-social, ya que permite la adaptabilidad de este a las nuevas circunstancias sociales que se presentan.

Sin embargo, las normas contempladas en el borrador constitucional representan un peligro para la legitimidad del mismo texto, por cuanto establecen un procedimiento rígido y una normativa pétrea. Esto debido a que las reformas a esta propuesta de nueva Constitución deben tener, no solo un quorum calificado, sino que además deben ser plebiscitadas obligatoriamente si se refieren a ciertas materias —como régimen político, forma de Estado o derechos fundamentales— y también en caso de que el proyecto de reforma no haya sido aprobado por 2/3 del Congreso y de la Cámara de las Regiones. La exigencia de referéndum ratificatorio para cada reforma constitucional que desee hacerse en el futuro implica, además de problemas de permanencia del

texto en el tiempo, un aumento del gasto fiscal incalculable, por cuanto cada plebiscito significa la inversión de enormes recursos económicos que podrían ser invertidos en materias de mayor importancia y urgencia.

Por otro lado, el reemplazo total de la Constitución solo podrá hacerse a través de una asamblea constituyente convocada por referéndum, restándole al Congreso y a la Cámara de las Regiones potestad en la materia. Esto implica un “blindaje” a las normas de la Constitución, junto con un aumento del gasto de los recursos de todos los chilenos, que como se señaló, podrían ser destinados a aspectos más necesarios.

A todo lo anterior, se suma la reciente inclusión de una norma transitoria —ya aprobada por la Comisión pertinente— que señala que cualquier reforma a la nueva Constitución —una vez aprobada— deberá realizarse por 2/3 de la Cámara de las Regiones y del Congreso de los Diputados hasta la próxima elección parlamentaria. Con ello, se pone otra barrera a las posibles adecuaciones del texto, elevando al máximo los quórum hasta que se elijan las nuevas cámaras legislativas, cuya composición podría ser mucho más parecida a la de la Convención y su lealtad con las nuevas normas mucho mayor.

## RIESGO N°5: SE DEBILITA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Convención, en su ánimo refundacional, procedió también a eliminar el actual recurso de protección y a reemplazarlo por la “acción de tutela de derechos fundamentales” regulada en el art. 72 del segundo bloque de la Comisión de Sistemas de Justicia.

*“Artículo 72°.- Acción de tutela de derechos fundamentales. Toda persona que por causa de un acto u omisión sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho [...]”.*

Sin embargo, esta acción no solo adolece de problemas en su diseño institucional, sino que implica serios problemas para que los ciudadanos puedan aspirar a la defensa de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, se pasa por alto que el acto u omisión que da origen a la acción sea ilegal o arbitrario, como establece la actual Constitución. Esto podría generar que las personas se vean involucradas en un proceso judicial en virtud de cualquier acto que realicen, causando una situación de injusticia e incerteza jurídica.

Por otro lado, se traslada la competencia de esta acción a los tribunales de instancia que determina-

rá la ley, disminuyendo la jerarquía del tribunal que será competente para conocer de la acción sobre vulneración de derechos fundamentales. Con esto se pasa el conocimiento del asunto de un tribunal superior y colegiado a uno de primera instancia y de naturaleza unipersonal, lo cual implicaría además una posible tramitación más extensa y resolución tardía dada la sobrecarga de causas que tienen estos tribunales. Esto resulta contradictorio puesto que debido a la situación de urgencia de que trata la acción, una vulneración de derechos fundamentales, debe tratarse de un procedimiento expedito y sin dilaciones para garantizarse la protección de los derechos afectados.

Por último, esta acción también procedería “cuando por acto o resolución administrativa, se prive o desconozca la nacionalidad chilena”, es decir, se subsume la acción de reclamación de nacionalidad en la acción de tutela de derechos fundamentales, confundiendo la naturaleza de ambos tipos de acciones. Esta última es eminentemente cautelar, mientras que la acción de reclamación de nacionalidad es meramente declarativa, ya que su finalidad es obtener la declaración acerca de una situación jurídica, como es la nacionalidad, que en los hechos aparece incierta. Además, se traslada el conocimiento de esta acción desde la Corte Suprema, la cual actualmente la conoce de forma exclusiva y excluyente, a un tribunal de instancia, existiendo un retroceso respecto al tiempo y la certeza.



## **CONCLUSIONES**

El proyecto de nueva Constitución que será sometido a plebiscito en septiembre del presente año contempla, como consecuencia del afán refundacional y segregacionista de la mayoría de los convencionales, normas que afectan gravemente elementos básicos para nuestra institucionalidad y la mantención del estado de derecho en Chile. A lo largo de este Apunte Constitucional se ha analizado cómo estas normas ponen en riesgo esencialmente el principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación, la independencia de la administración de justicia, el derecho a la seguridad jurídica y la defensa de los derechos fundamentales, entre otros.

El precio que tendremos que pagar los chilenos por esta propuesta de Constitución de sesgo separatista e indigenista será muy alto, por cuanto lo único que se generará será un aumento en la división de la población del país, la imposibilidad de la convivencia pacífica, y la inestabilidad política, jurídica, económica y social de Chile.



Capullo 2240, Providencia.

[www.fjguzman.cl](http://www.fjguzman.cl)



[/FundacionJaimeGuzmanE](https://www.facebook.com/FundacionJaimeGuzmanE)



[@FundJaimeGuzman](https://twitter.com/FundJaimeGuzman)