

RIESGOS CONSTITUCIONALES: TEMAS QUE PROBABLEMENTE SERÁN EXCLUIDOS EN UNA EVENTUAL NUEVA CONSTITUCIÓN II

DERECHO DE PROPIEDAD, DERECHO A LA PROPIEDAD, PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO*

RESUMEN: Entre otros puntos¹, tenemos certeza moral (consideramos que la probabilidad es altísima) de que una nueva Constitución no va a incorporar ciertos puntos centrales para un orden político justo, relacionados con los derechos a la propiedad y de propiedad, el principio de subsidiariedad y otras normas destinadas a proteger un cierto orden público económico. Esta certeza no procede de la mera opinión ni de una intuición difusa, sino de lo que podemos inferir ciertos de factores muy concretos: 1) el momento cultural en que se encuentra Chile; 2) los movimientos sociales que han surgido con una fuerza tremenda; y 3) por las respuestas que a nivel legislativo el sistema político está dando a las demandas de la sociedad. A todas estas cosas debe sumarse el hecho de que los acuerdos exigirán un quórum de 2/3, por lo que es altamente improbable que exista un consenso tan amplio en las materias en cuestión. A esta certeza moral debe agregarse el riesgo que importa el partir de cero (la famosa “hoja en blanco”) con un afán refundacional que pretende cambiar todas las estructuras sociales.

- **Derechos y normas relacionadas con la vida económica de la sociedad establecidas en nuestra Constitución:**

- **Derechos:**

- **Derecho a la propiedad:** La Constitución no sólo asegura hoy a las personas el derecho *de* propiedad (derecho sobre ciertos bienes), sino también el derecho *a* la propiedad, es decir, el derecho de adquirir ciertos bienes.
- **Derecho de propiedad sobre bienes corporales e incorporeales:** Este es el derecho en virtud del cual las personas tienen un patrimonio propio y un derecho sobre cada una de las cosas de que se compone. La Constitución estableció que existe propiedad sobre cosas incorporeales. Así, se protege también la propiedad sobre los derechos adquiridos, lo que es una salvaguarda, que otorga seguridad a los particulares frente a posibles arbitrariedades del Estado o injusticias de particulares. Además, la Constitución permite la expropiación, como medio para hacer efectiva la llamada “función social de la propiedad”, pero ésta requiere de una ley especial que la autorice y de una justa indemnización que debe pagarse *ex ante*.

* Minuta redactada por Vicente Hargous en enero y febrero de 2020. Contacto: vhargous@comunidadyjusticia.cl / [+56996615294](tel:+56996615294).

¹ Tenemos una minuta sobre otros temas no negociables relacionados con el derecho a la vida, la familia y derechos naturales en general, temas que también serán probablemente excluidos en la nueva Constitución (obviamente, lo más probable es que no se excluyan estos derechos de manera absoluta, pero sí de algunos mecanismos que los protegen, o bien, se usarán fórmulas más amplias o laxas para señalarlos), en caso de que gane en el plebiscito la opción por el “apruebo”.

- **Igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos:** Las normas acerca de la protección de la ley en el ejercicio de los derechos se refieren al debido proceso y al derecho de acudir a los tribunales para solicitar justicia. Esto incluye el derecho a ser juzgado por un tribunal que haya sido establecido por ley con anterioridad a la ocurrencia de los hechos del caso y, en caso de tratarse de hechos penales, por hechos previamente tipificados como delitos o faltas.
- **Otros:** La Constitución actual protege también la libertad de trabajo y libre elección del trabajo con justa retribución; la igual repartición de los tributos, en proporción a las rentas o la progresión que señale la ley, y de las demás cargas públicas; el Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen; el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; los Derechos de propiedad intelectual o industrial; y, por último, la seguridad de que estos derechos y todos los demás sólo pueden limitarse por ley y, en todo caso, sin que se llegue a limitarlos en su esencia.

Si bien no parece probable que estos todos estos derechos sean abolidos, sí es probable que sufran algunos cambios o que algunos de ellos sean eliminados, porque se ha criticado que la protección de la propiedad se proteja tanto o que sea tan detallado el desglose de un solo derecho².

○ **Normas de orden público económico**

- **Principio de subsidiariedad:** Existen ciertas sociedades menores que surgen como fruto de la asociación entre individuos. El supuesto de hecho del que nace la subsidiariedad es, por ende, la asociación entre personas, como fruto de la naturaleza social o política del ser humano y como perfección de la vida humana. Dado que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, debe buscar satisfacer las necesidades que los particulares no puedan satisfacer por sí mismos. *Subsidium* significa

² Por ejemplo, NAVARRO, Consuelo y ESPINOSA, Lorena (2019): “¿Por qué cambiar la Constitución chilena de 1980?: Aportes para un debate democrático”, *The Clinic*, columna publicada el 3 de noviembre de 2019 (texto disponible en theclinic.cl/2019/11/03/por-que-cambiar-la-constitucion-chilena-de-1980-aportes-para-un-debate-democratico/, consultado el 13 de febrero de 2020, a las 13:58 hrs.), señalan lo siguiente: “Proyección de este modelo es que el derecho a la propiedad se encuentre protegido de manera preferente, mientras que algunos derechos sociales no son reconocidos -como la vivienda o el agua-, y otros no se garantizan adecuadamente”. Una nota de Diario Constitucional (disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/debate-constitucional/detalle/derecho-de-propiedad>, consultado el 13 de febrero de 2020, a las 14:03 hrs.) señala, por su parte, que “nuestra Constitución describe extensamente el derecho de propiedad”. A nivel más popular, Roxana Miranda señaló en un video que se viralizó en redes sociales: “No se ha cuestionado el sistema económico en Chile, la propiedad privada... esos temas quién los va a plantear ¿ellos? ¡si son los dueños de Chile! (...) Hay que cuestionar el modelo económico en Chile (...). Por eso que nos tienen como nos tienen. Cuando dicen ‘no, que le vamos a subir los sueldos a la gente’, y ¿para qué poh, vecina, si nos suben los sueldos y las cuestiones siguen más caras, entonces es como un saco roto. ¡La propiedad privada poh, vecino! ¡Esto es propiedad privada!”. Por último, puede verse la nota al pie número 4 de este trabajo.

ayuda. Cuando existe una necesidad pública, el Estado debe buscar su satisfacción (faz positiva de la subsidiariedad). Pero, asimismo, debe reconocerse que la ayuda nunca implica ahogo o restricción de libertad e iniciativa de los particulares. Por eso, el Estado debe abstenerse de satisfacer necesidades que ya están cubiertas por los particulares o que ellos podrían satisfacer por sí mismos si el Estado les asegurase ciertas condiciones sociales, o si ayudase de alguna manera a que ellos libremente lo hagan (faz negativa de la subsidiariedad).

- **Normas sobre gasto fiscal y ley de presupuesto:** Hoy el gasto fiscal está regulado para que sea responsable y existe un sistema que permite encauzar los gastos según directrices claras por las partidas establecidas en detalle en la ley anual de presupuesto. De más está decir que, aunque es posible modificar cosas en este sistema sin atentar contra el bien común, cualquier modificación que se realice en esta materia es muy delicada y riesgosa.
- **Normas que regulan la política monetaria:** La política monetaria que se ha aplicado en Chile solucionó el problema de la inflación, que hoy sigue aquejando a países vecinos nuestros (sobre todo Argentina). Lo que se hizo fue establecer un Banco Central autónomo o independiente. Si bien este no es un elemento no negociable, pues podría darse un sistema ideal de planificación centralizada donde se acierte en la cantidad de dinero necesaria para circular en un determinado país, según su propia riqueza (aunque la experiencia muestra que esto es casi imposible), o bien, un sistema descentralizado de precios del dinero (por ejemplo, de patrón oro). En otras palabras, lo que es necesario es que exista una política monetaria responsable, lo que normalmente exigirá un sistema independiente. Por eso, sí es un riesgo serio (que indiscutiblemente atentaría contra el bien común) que se busque tener un Banco Central emisor cuyo fin no sea la estabilidad realista de los mercados, sino el financiamiento de políticas públicas populistas.

- **Factores que nos permiten inferir que tales derechos y normas probablemente sean eliminados o que no serán protegidos con la misma fuerza:**

- **Factor cultural:** Últimamente se ha sostenido críticas fuertes al llamado “modelo neoliberal”, que estaría articulado supuestamente en torno a la consagración positiva del principio de subsidiariedad y de un fuerte enfoque en lo privado, frente a un modelo distinto, “otro modelo”, con énfasis en lo público³ y un “Estado garante” o “solidario”. Esto ha permeado en la sociedad muy profundamente. En una de las sesiones de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, por ejemplo, Claudia Sarmiento Ramírez, profesora de Derecho Constitucional, sostuvo una crítica

³ Cfr. Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; et al. (2013): *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público*, Debate, Santiago, pp. 150-153. Los autores no pretenden eliminar el principio de subsidiariedad, sino destacar que tiene una faz positiva que ha sido injustamente preterida por una parte importante de la intelectualidad y de los políticos chilenos.

muy fuerte en ese sentido⁴. La crítica al neoliberalismo (aunque nadie sepa muy bien qué significa eso) es casi un lugar común en la gente de a pie y en el mundo político-partidista. El objetivo de esta minuta no es asumir una postura sobre ese debate, lo que exigiría mucho detenimiento, sino explicar simplemente lo que se tratará de cambiar. En ese sentido, creemos que mucha gente identifica la idea de neoliberalismo con un Estado abstencionista, lleno de trabas para actuar, sin derechos sociales garantizados, con primacía total de una iniciativa privada individualista que acumula injustamente la riqueza que ha de pertenecer al pueblo, etc. Es probable que políticamente lo que suene mejor no sea, por ende, una matización, precisión o atenuación del principio de subsidiariedad (por ejemplo, templándolo con el principio de solidaridad o totalidad), sino su total abolición.

- **Factor de los movimientos sociales:** Nuestra sugerencia para reconocer este factor es observar los grafitis de las murallas de Santiago, especialmente en el centro, en las fachadas de las sucursales de bancos, AFPs, ISAPRES, etc. Frases como “fuego al neoliberalismo”, “fin al anatocismo”, “Muerte al Capitalismo”, etc. nos permiten inferir que es probable que, en el evento de una convención constituyente —en cualquiera de sus formas—, se tienda a favorecer la postura extrema en el polo político estatista.
- **Factor de las respuestas del sistema político a las distintas demandas sociales:** En general, los proyectos de ley de los últimos años, especialmente desde el segundo gobierno de Bachelet, tienen una tendencia clara a limitar la actividad de los particulares, sobre regular los mercados o la vida social en general (basta con pensar en el paternalismo de las leyes que buscan reducir el consumo de tabaco o alcohol). El proyecto de ley de adopción, por ejemplo, fue aprobado en la Cámara de Diputados incluso con el apoyo de Evópoli, siendo que es un proyecto absolutamente estatista (pues ahoga la iniciativa de organizaciones de la sociedad civil que funcionan bien para entregarle todo el poder al SENAME). Es políticamente correcto restringir la propiedad privada. Por eso, es perfectamente plausible (aunque no podemos tener certeza sobre esto) que una futura Constitución, sin eliminar el derecho de propiedad, restrinja de alguna manera su ejercicio, elimine alguna de las partes que hoy comprende (por ejemplo, que se elimine la referencia a las cosas incorpóreas, lo que protege los derechos adquiridos), amplíe las causales de expropiación o permita que la indemnización por expropiación sea posterior.

⁴ Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento, Período legislativo 2018-2022, Acta de la 154^a/367^a sesión, lunes 4 de noviembre de 2019, p. 6: “Señaló que nuestra CPR no facilita la justicia social porque entre otras cosas, no garantiza los derechos sociales. El diseño de la Constitución del 80 asegura constitucionalmente a los privados la provisión de los derechos sociales a la salud, la educación y la seguridad social. Explicó que cuando dice “asegura” es reconocerles un derecho fundamental a las personas naturales y jurídicas para que lo hagan. Todo ello, debe compatibilizarse con la **regulación hasta la saciedad del derecho a la propiedad, colocando al nivel de derecho fundamental, la garantía de un modelo económico extractivo, donde el rol regulador del Estado es mínimo**. De hecho, la garantía de limitación de los derechos respetando su esencia, ha hecho que el potencial regulador del Estado, esté entregado a los vaivenes de integración del Tribunal Constitucional. **La Constitución del 80 limita la posibilidad de la actividad económica del Estado a una Ley de quorum calificado, lo que redundo en que los altos grados de consenso que deben conseguirse para ello, paralizan su posibilidad de actuar efectivamente**”.

- **El afán refundacional:** Los factores que nos permiten inferir que ciertos derechos y normas, relacionadas con la propiedad y la economía, serán eliminadas o no serán protegidas de la misma manera, se ven reforzadas por el afán refundacional *cuasi* contractualista, que se ha percibido en el ambiente de las marchas y del llamado “movimiento social”. La constante referencia a “un nuevo pacto social”⁵ manifiesta que una nueva Constitución no se ve sólo como una norma jurídica rígida o suprema, sino también como una “casa común” o un “contrato social”. Pretender modificar este supuesto acuerdo por uno nuevo cambiando todo de raíz no es algo real, pues tampoco serán directamente “los ciudadanos” quienes redactarán la nueva Constitución. La Constitución, en realidad, es sólo una norma jurídica. Sin embargo, los ánimos que imperan en Chile parecen creer eso y, con este afán de crear todo de la nada, parecen querer abolir todo “el sistema” actual.

De estos factores creemos que se puede concluir que, dado que el ambiente cultural, político y social influye determinantemente sobre la ordenación normativa de las nuevas leyes, es probable que se busquen cambios radicales al sistema actual. Probablemente no se busque eliminar el derecho de propiedad, ni tampoco la justa indemnización en caso de expropiación, pero quizás sí se elimine el *quorum* requerido para eso, o bien el momento en que la indemnización deba pagarse (es decir, que se pague después, quizás sin plazo fijo). Los demás derechos relacionados con el orden público económico también es probable que se vean modificados, pues, si bien no han sido objeto de críticas en particular, sí se ha criticado en general el hecho de que “la propiedad y el empresariado tengan cinco derechos”, o que el derecho de propiedad esté “excesivamente protegido”. Por otro lado, tenemos certeza moral de que, en el evento de una Convención constituyente, se van a eliminar las normas que materializan el principio de subsidiariedad (y que, por ende, una nueva Constitución no tendrá una versión atenuada o corregida de este principio, sino una visión estatista). Respecto del Banco Central, existe el riesgo (muy real) de que no termine siendo completamente autónomo, pasando a depender del gobierno de turno, pero esto creemos que no podemos afirmarlo con la misma certeza que los dos puntos anteriores.

- Un adecuado discernimiento para el plebiscito y para una eventual discusión constitucional posterior debe tener en cuenta también las deficiencias del sistema actual y comprender las causas que explican la ira y el cansancio de tantos compatriotas. Pero a la vez debe llevarnos a reflexionar sobre los cauces y mecanismos adecuados para lograr las reformas necesarias, teniendo presentes los riesgos que importa el camino constituyente desde cero (la famosa “hoja en blanco”).

Es difícil pensar riesgos más graves que buscar refundar Chile aboliendo todo hacia atrás: está lleno de disposiciones y principios que son esenciales para un orden político justo (y aun para la existencia misma de cualquier comunidad política). Estos riesgos no sólo se refieren a la estabilidad

⁵ Esto se menciona, por ejemplo, en la nueva versión de la canción “El derecho de vivir en paz”, interpretada por muchos artistas chilenos que en conjunto han firmado como “Musicxs de Chile”: “Con respeto y libertad (libertad) / Un **nuevo pacto social** / Dignidad y educación / que no haya desigualdad / La lucha es una explosión / que funde todo el clamor / El derecho de vivir en paz”.

económica nacional, sino también a la necesidad de recuperar los vínculos sociales y restablecer la paz. La paz no parece que pueda surgir de discusiones políticas que generarán división, que proceden de la envidia y el odio y que buscarán, en última instancia, crear una sociedad nueva desde la destrucción de la anterior: sólo de la justicia proviene la paz.