

Jaime Gajardo Falcón  
Yuri Vásquez Santander  
(Editores)

# NUEVA CONSTITUCIÓN

**ICAL**  
INSTITUTO DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

**rubicón**  
EDITORES

# ÍNDICE



NUEVA CONSTITUCIÓN  
IDEAS Y PROPUESTAS PARA EL CAMBIO CONSTITUCIONAL  
© JAIME GAJARDO FALCÓN - YURI VÁSQUEZ SANTANDER (EDITORES)

2018 RUBICÓN EDITORES  
www.rubiconeditores.cl  
contacto@rubiconeditores.cl

ISBN: 978-956-9947-07-0  
1ª edición enero de 2018  
Tiraje: 400 ejemplares  
Impresores: CyC Impresores, San Francisco 1434, Santiago  
Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

<b>Prólogo</b> .....	<b>7</b>
<i>Miriam Henríquez Viñas</i>	
<b>Presentación</b> .....	<b>15</b>
<i>Jaime Gajardo Falcón y Yuri Vásquez Santander</i>	
<b>Capítulo Primero</b>	
Ideas y propuestas para una Nueva Constitución .....	21
<i>Jaime Gajardo Falcón, Carlos Arrué Puelma, Adrián Prieto Farías, Bárbara Sepúlveda Hales y Yuri Vásquez Santander</i>	
<b>Capítulo Segundo</b>	
¿Qué principio de libertad negativa para la nueva Constitución de Chile?.....	75
<i>Juan Iosa</i>	
Derechos civiles y políticos: perspectiva histórica, derecho a la libre determinación y nueva Constitución vía Asamblea Constituyente .....	105
<i>Eric Palma González</i>	
El derecho a la educación en el Chile contemporáneo. Cuatro argumentos para su reconocimiento constitucional .....	135
<i>Alexis Cortés y Cristóbal Villalobos</i>	
Plurinacionalidad y autonomía mapuche: Más allá de la Constitución.....	155
<i>Tito Tricot</i>	

La interpretación constitucional en contextos multiculturales.....	185
<i>Jaime Gajardo Falcón</i>	
Principios constitucionales para un derecho penal democrático.....	207
<i>Yuri Vásquez Santander</i>	
<b>Bibliografía.....</b>	<b>235</b>
<b>Sobre los autores.....</b>	<b>256</b>

Asumo con gran gusto la tarea encomendada por los editores, Jaime Gajardo y Yuri Vásquez, de prologar el libro dedicado a la *nueva Constitución*. Y lo hago con el convencimiento que esta obra será un aporte para el Derecho chileno toda vez que contribuye, desde una perspectiva interdisciplinaria, a la reflexión y al diálogo con ideas y propuestas concretas sobre una temática compleja y controvertida del Derecho Constitucional: el cambio constitucional.

Mi objetivo para este prólogo es dar cuenta de la importancia y vigencia de la temática escogida; e invitar a la lectura del texto a través de una serie de preguntas, cuyas respuestas se encontrarán en cada uno de los artículos de esta obra colectiva.

Acometiendo el primer objetivo, cabe decir que todas las Constituciones necesitan adecuaciones en el tiempo, en la medida en que el mundo y la comunidad política experimentan cambios<sup>1</sup>. Algunas de las razones que se han expuesto para justificar el cambio constitucional son: a) La sustitución de un régimen político por otro; b) La necesidad de crear una identidad nacional a través de un proceso constituyente participativo; c) El surgimiento de nuevos movimientos sociales y coaliciones políticas;

---

1 GINSBURG, Tom (2014): "¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena", en *Estudios Públicos*, 133, p. 16. BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid, Trotta), p. 181.

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:  
PERSPECTIVA HISTÓRICA, DERECHO A  
LA LIBRE DETERMINACIÓN Y NUEVA  
CONSTITUCIÓN VÍA ASAMBLEA  
CONSTITUYENTE

*Eric Palma González*

Espero alcanzar los siguientes objetivos en esta reflexión:

1. Describir el devenir de cierta cultura constitucional refractaria al reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales (en adelante DESC), demostrando que también lo es respecto de un catálogo amplio de derechos civiles y políticos.
2. Demostrar que la consagración constitucional de los derechos civiles y políticos es un fenómeno dinámico de avance y retroceso.
3. Proponer para la nueva Constitución un catálogo rico en derechos civiles y políticos: lo reclama la fragilidad de nuestra democracia.
4. Establecer que el derecho político colectivo de libre determinación de los pueblos, vigente en Chile, da valor jurídico a la convocatoria de una Asamblea Constituyente, aun cuando no esté regulada la figura en la Carta Otorgada de 1980.

5. Proponer en la nueva Constitución, normas que regulen el ejercicio del poder soberano por el pueblo, en función de una reforma total de la Constitución.

Me interesará contestar las siguientes preguntas:

1. ¿Luego de la dictadura y de la transición a la democracia, necesitamos más y mejores derechos civiles y políticos o basta con el restablecimiento de los existentes antes del golpe de Estado?
2. ¿El intento de legitimación del golpe de Estado de 1973, puede entenderse a la luz de la cultura política constitucional de una parte de la elite nacional? ¿Qué importancia se atribuye a los derechos civiles y políticos en dicha cultura?
3. ¿La consagración en la nueva Constitución del derecho a la libre determinación de los pueblos, puede ayudar a neutralizar dicha cultura contraria a un nutrido catálogo de derechos civiles y políticos?
4. ¿La consagración en la nueva Constitución del derecho a la libre determinación de los pueblos, puede legitimar la incorporación del mecanismo de Asamblea Constituyente como fórmula institucional para una reforma total futura?

Para responder las preguntas e intentar alcanzar los objetivos señalados, dividiré mi trabajo en los siguientes apartados: Introducción; I. Historia de los derechos civiles y políticos: derechos dinámicos en proceso de fortalecimiento y ampliación, pero, también violados y bajo amenaza; II. Antecedentes histórico-políticos de la desconfianza de cierta elite chilena por los DECYP: violación y negación de derechos; III. Derecho a la libre determinación de los pueblos, Asamblea Constituyente y Constitución de la Dignidad Nacional; IV. ¿Qué podemos hacer por los DECYP a 50 años de la apertura a ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966), y a 40 años de su vigencia (23 de marzo de 1976)?

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inserta en el debate nacional acerca de qué derechos deben consagrarse en la Nueva Constitución Política del Estado. El tema es altamente conflictivo, en la medida que algunos actores en este proceso constituyente<sup>1</sup>, sostienen que sólo debe darse rango constitucional a los derechos civiles y políticos (en adelante DECYP). Su propuesta, sin embargo, no está a la altura de los tiempos: ignora las necesidades de la sociedad chilena en materia de democracia y dignidad personal.

Una perspectiva de izquierda democrática y progresista, debe comprometerse con una acción política destinada a consagrar más y mejores DECYP, así como derechos sociales, económicos y culturales<sup>2</sup>.

La creencia según la cual estamos ante derechos radicalmente diferentes y además incompatibles, es fruto de una toma de postura respecto del tipo de Estado Constitucional que resulta más adecuado para Chile: pasivo, al estilo liberal clásico, o activo en sus variantes de Constitucionalismo Social, Constitucionalismo Social y democrático de Derecho y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano<sup>3</sup>.

Los defensores del modelo clásico han mostrado ser impermeables a cambios centenarios. Ya en la Constitución Mexicana de 1917, las libertades del constitucionalismo clásico y los derechos sociales, concurrieron a definir el orden constitucional (MORENO-BONETT, 2005).

La cultura jurídica constitucional resistente a los DESC está claramente superada desde la década de 1960. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, señaló al respecto: "(...) *no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones*

1 Véase por todos, CORREA SUTIL (2013, 2014) y CORREA SUTIL y HENRÍQUEZ (2016).

2 Para una reflexión en torno a alguno de estos derechos véase CHIA y QUEZADA (s.f. aprox. 2015) y QUIERO y GAJARDO (editores) (2016).

3 En relación con el Nuevo Constitucionalismo y sus características, véase por todos PAZMIÑO (2012).

que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales<sup>4</sup>. No se trata de fenómenos contrapuestos, como si fuesen expresión cada grupo de un determinado modelo socioeconómico, sino de derechos complementarios, que, por serlo, inciden positivamente en la plena realización humana.

De hecho, los derechos políticos tienen también, según SARLET y ALMAGRO, una dimensión prestacional: (...) *los derechos políticos, en su condición de derechos de participación de los ciudadanos en la vida política, tienen naturaleza mixta de derechos de defensa y derechos a prestaciones.* (SARLET Y ALMAGRO, 2013)

El logro de una eficacia material de los derechos políticos precisa concretizar la dimensión objetiva de estos, reconociendo la existencia de derechos fundamentales a la protección mediante organización y procedimiento. A través de aquellos el Estado tiene la obligación —a través del legislador orgánico— de crear procedimientos que garanticen la participación real y efectiva de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal.

La idea según la cual es la inacción del Estado lo que garantiza las libertades o la seguridad personal, y que las mismas no afectan el erario estatal, fue controvertida adecuadamente por HOLMES y SUNSTEIN. Refiriéndose a los estadounidenses, señalan los autores que *“parecen olvidar con facilidad que los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa (...) El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público”* (HOLMES y SUNSTEIN, 2011, p. 33).

4 Organización de las Naciones Unidas, ONU (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## II. HISTORIA DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: DERECHOS DINÁMICOS EN PROCESO DE FORTALECIMIENTO Y AMPLIACIÓN, PERO, TAMBIÉN VIOLADOS Y BAJO AMENAZA

Las revoluciones burguesas constituyen un momento decisivo en el establecimiento de la primera generación de derechos civiles y políticos: su regulación es una de las características del constitucionalismo clásico.

### II.1. CONCEPTO

Bajo la denominación de DECYP se comprenden los derechos relativos a la personalidad y los que tocan a la participación en los asuntos políticos del Estado, y que permiten por tanto el desarrollo del principio democrático.

#### Derechos civiles:

*“(...) también conocidos como derechos de la esfera personal, son aquellos que garantizan al individuo un status libertatis, un ámbito de privacidad, libertad y seguridad frente a terceros y, fundamentalmente, frente al Estado; afectando directamente a la persona en dos ámbitos, por un lado, a su identidad psicológica e intelectual y, por otro, a su desenvolvimiento físico”* (CAMISÓN YAGÜE, 2012).

#### Por derechos políticos entendemos:

*“(...) aquel grupo de atributos de la persona que hacen efectiva su participación como ciudadano de un determinado Estado. En otras palabras, se trata de facultades o, mejor, de titularidades que, consideradas en conjunto, se traducen en el ejercicio amplio de la participación política... los derechos civiles implican garantías de independencia del ser humano ante un Estado libre, mientras que los derechos políticos atañen a la efectiva presencia de las personas en la esfera pública y de decisión, haciendo posible su incorporación dentro de la estructura política. Incluyen, asimismo tanto la libertad política como la individual de quienes rebasan una edad determinada y poseen una relación determinada con el Estado* (PICADO, 2007).

La literatura (Borja s.f.) identifica los siguientes:

*“(...) el de participar en el gobierno del Estado, de elegir y ser elegido, tomar parte en plebiscitos, recalls [revocación] y otras formas de consulta popular;*

desempeñar funciones públicas, militar en partidos políticos, opinar y expresar libremente las opiniones sobre cuestiones del Estado y los demás referentes a la vida política de la comunidad”.

Su papel en las sociedades democráticas es significativo. Se señala en este sentido que:

*“Los derechos políticos son considerados pieza angular del Estado democrático. Sólo en el marco institucional de una democracia constitucional pueden alcanzar plenitud de sentido y eficacia. Y a este 'statu quo' responde su categorización... en una doble proyección: como derechos fundamentales y como piezas centrales de la legitimación del régimen democrático... la positivación y garantía de los derechos políticos es 'conditio sine qua non' de la operatividad del principio democrático al tiempo que parámetro de legitimidad del mismo”* (SARLET Y ALMAGRO, 2013).

Es una creencia muy común que los derechos civiles y políticos nacieron a la vida en el seno del Derecho Constitucional, constituidos de una vez y para siempre. La historia de los mismos es en verdad, una de avances y retrocesos.

## II.II. INCREMENTO DEL CATÁLOGO (AVANCES)

Las cartas constitucionales chilenas de 1812 y 1818 no contienen disposición alguna respecto de la ciudadanía. En 1820 la normativa legal distinguió entre ciudadano pasivo y activo (privilegio de elegir y ser elegido). La Carta de 1822 reguló por primera vez la ciudadanía e introdujo las causales de suspensión y privación. La de 1823 exigió ser católico romano e introdujo criterios censitarios, lo que implicó que una parte muy relevante de la población quedó sin la ciudadanía activa (PALMA, 2011, 375).

Las Cartas de 1812, 1818, 1822, 1823 y 1828 establecieron el derecho de igualdad ante la ley; el derecho a la libre circulación; consagraron el derecho a la nacionalidad; el derecho de petición; pasaron de la libertad de vientre a la abolición de la esclavitud; y en materia procesal penal establecieron: 1. El derecho a ser notificado de la orden de prisión. 2. El derecho a conocer la causa de la prisión después de un plazo desde que esta se ejecutó. 3. El derecho a no ser sometido a tortura. 4. El derecho a ser juzgado por un tribunal competente según un procedimiento fijado

por la ley con anterioridad al hecho que se juzga. 5. El derecho a no ser mantenido en incomunicación prolongada mientras se es juzgado. 6. El derecho a ser considerado inocente mientras no se dicte la sentencia condenatoria definitiva. 7. El derecho a la libertad provisional según sea la gravedad del delito por el que se juzga. 8. El derecho a la inviolabilidad del domicilio. 9. El derecho a la honra para los familiares del delincuente. 10. El derecho a velar por la imparcialidad del juez que conoce y falla el proceso. 11. El derecho a no ser expuesto a penas desproporcionadas. 12. El derecho a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio. 13. El derecho a que la causa sea tramitada sin dilaciones. 14. El derecho a conocer los fundamentos o motivaciones de la sentencia.

La Carta liberal doctrinaria pelucona estanquera de 1833, estableció nuevos derechos en materia de seguridad personal y libertad individual<sup>5</sup>. Consagró el derecho a cargo público<sup>6</sup> y se protegió la libertad de residencia y movimiento<sup>7</sup>, sin embargo, junto con establecerlas el Estado las limitó a nombre del orden público: el traslado y asentamiento debía hacerse guardando los reglamentos de policía.

La novedad más relevante estuvo en la consagración del recurso de amparo:

*“Capítulo X. De las garantías de la seguridad y propiedad. Artículo 143. Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haber faltado a lo*

5 “Art. 151: Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

6 “Artículo 12 número 2: La admisión a todos los empleos y funciones públicas sin otras condiciones que las que imponen las leyes”.

En la Constitución de 1828 había un indicio en el artículo 126; “Todo chileno puede ser llamado a los empleos”.

7 “Art. 12 número 4: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, y salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes”.

*dispuesto en los artículos 135, 137, 138 y 139, podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre a la magistratura que señala la ley, reclamando que se guarden las formas legales. Esta magistratura decretará que el reo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales y pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí o dando cuenta a quien corresponde corregir los abusos.”*

Su aplicación se vinculó a la promulgación de una ley que debía señalar la magistratura competente. Ley que no se dictó en todo el período del Gobierno liberal doctrinario. En esta medida, la regulación de la Constitución de 1828 puede considerarse más protectora, porque calificaba como delincuentes a los que atentaban contra la seguridad personal:

*“Capítulo IX. Del Poder Judicial. Restricciones del Poder Judicial. Artículo 104. Todo juez, autoridad o tribunal que a cualquier habitante preso o detenido conforme al artículo 103 del capítulo 3º, no le hace saber la causa de su prisión o detención en el preciso término de 24 horas, o le niega o estorba los medios de defensa legal de que quiera hacer uso, es culpable de atentado a la seguridad personal. Produce, por tanto, acción popular; el hecho se justificará en sumario por la autoridad competente, y el reo, oído del mismo modo, será castigado con la pena de la ley.”*

En la década de 1870 se incorporaron los derechos de reunión y de asociación y se determinó la autoridad judicial ante la cual interponer el amparo.

El siglo XX fue testigo de nuevas incorporaciones. La Carta de 1925 estableció la libertad de culto y de conciencia. Dispuso el artículo 10 número 2:

*“La Constitución asegura (...) la manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.”*

El artículo 20 consagró el derecho a indemnización por los perjuicios efectivos o meramente morales, que hubiese sufrido injustamente todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo.

La reforma constitucional de 1971 (Ley N° 17.398 de 9 de enero de 1971. Estatuto de Garantías Constitucionales) reguló el derecho de asociación y lo vinculó con la generación democrática de los organismos directivos y representantes de Junta de Vecinos, Centro de Madres, Sindicato y Cooperativa.

La Constitución aseguró a *“todos los ciudadanos el libre ejercicio de los derechos políticos, dentro del sistema democrático y republicano”* y el poder *“agruparse libremente en partidos políticos”*.

Vinculó de manera expresa libertad e igualdad con los DESC, y aseguró constitucionalmente en el Artículo 10, N°17, inciso primero:

*“El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley.”*

La misma Ley 17398 estableció en el artículo 10, N° 3, inciso primero, parte final:

*“No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política”*.

Reguló el derecho a la libertad de cátedra en el nivel universitario y el derecho de los estudiantes universitarios *“a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran”*.

La Carta Otorgada de 1980 garantizó el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia; la igual pro-



tección de la ley en el ejercicio de los derechos y el derecho a defensa jurídica; amplió el alcance del recurso de amparo y estableció el recurso de protección respecto de varios derechos civiles<sup>8</sup>.

El 29 de abril de 1989, bajo el gobierno de Pinochet, se dictó el Decreto número 778 que promulgó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ratificado por Chile en 1971 y cuya entrada en vigencia ocurrió en 1976).

El 5 de enero de 1991 se dictó el Decreto número 873 que promulgó el Pacto de San José de Costa Rica.

Por su parte las reformas constitucionales de los años 1989, 2001, 2005, 2010, 2011 y 2012 establecieron que los hombres y mujeres son iguales ante la ley; la asesoría y defensa jurídica gratuita para personas naturales víctimas de delito; y tratándose de la persona imputada, el derecho a ser asistido por un abogado defensor; la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos; la sustitución del sistema de censura cinematográfica por uno de calificación; el derecho a participar en elecciones primarias para la nominación de candidatos a cargos públicos.

Considerando el estatus de los derechos civiles y políticos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se destaca por Sonia PICADO (2007) la universalidad de los mismos, que ha implicado, por ejemplo, que se rebaje la edad para participar en la actividad política como ciudadano y que se acepten acciones positivas de discriminación en favor de las mujeres.

La dinámica de los derechos civiles y políticos ha implicado un proceso de incremento del catálogo, y dicho fenómeno se manifiesta de manera importante en el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI.

La OEA a partir del 11 de septiembre de 2000, reconoce el derecho humano a la democracia:

*"(...) la Carta Democrática Interamericana... se constituye en el referente de la región para hacer posible y defender, según sea el caso, los valores y principios que*

*sustentan las democracias. Este instrumento, aparte de su invaluable contenido e implicaciones, plantea un punto de partida para la comunidad internacional por cuanto se constituye como el único en el mundo que reconoce la democracia como derecho humano"* (PICADO, 56).

La Resolución establece explícitamente la estrecha vinculación entre libertad, justicia social, dignidad, solidaridad y democracia:

*"(...) REAFIRMANDO que la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos; TENIENDO PRESENTE que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia; TENIENDO PRESENTE que el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno (...)*

RESUELVE:

*Aprobar la siguiente*

CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

*I La democracia y el sistema interamericano*

Artículo 1

*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.*

*La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas (...).<sup>9</sup>*

Por su parte, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, tal como ocurrió con la Constitución mexicana de 1917, amplió de modo relevante

<sup>8</sup> Al igual que la Carta de 1833, la propia Constitución estableció regulaciones (normas transitorias) que debilitaron estos nuevos derechos.

<sup>9</sup> Organización de Estados Americanos OEA (2000). Carta Democrática Interamericana.

el catálogo y superó la distinción entre derecho individual y colectivo, proponiendo en el caso de la Constitución de Ecuador de 2008 una nueva clasificación: "(1) derechos del buen vivir, (2) derecho de las personas y grupos de atención prioritaria, (3) derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, (4) derechos de participación, (5) derechos de libertad, (6) derechos de la naturaleza, y (7) derechos de protección" (ÁVILA SANTAMARÍA, 2011).

En la Constitución se establecieron los siguientes como parte del catálogo:

*"Los Derechos de Participación, que reemplazan a los conocidos como derechos políticos...; presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser consultados, revocar el mandato de todos los cargos de elección popular; la representación paritaria de mujeres y hombres de forma alternada y secuencial; el derecho al voto para los extranjeros, el voto facultativo para las personas entre 16 y 18 años, para las personas ecuatorianas que viven en el exterior y para los integrantes de las fuerzas armadas y policía nacional... Los Derechos de Libertad; antes conocidos como derechos civiles, reconocen y garantizan el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, a la protección de datos de carácter personal. Entre los Derechos de Libertad también se incluyen los artículos referentes a los distintos tipos de familias, la definición de matrimonio, de unión de hecho y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia"* (ÁVILA SANTAMARÍA, 2011).

Y en relación con la Constitución Boliviana de 2009:

*"2. Los Derechos Civiles. Artículo 21. Derecho a la autoidentificación cultural; Libertad de espiritualidad; el secreto de las comunicaciones. La ilicitud de las pruebas obtenidas en violación de los Derechos Fundamentales; 3. El derecho a la reunificación familiar para asilados refugiados"*.

### II.III. RETROCESOS

Los retrocesos son principalmente efecto de las dictaduras que han asolado nuestro suelo latinoamericano. Implican no sólo un deterioro de

su vigencia, sino, de su alcance y contenido al ser regulados privándolos de su papel de salvaguarda de la libertad, seguridad, integridad física y de la democracia.

Este deterioro pone de relieve que los derechos son instrumentos de poder, en esa medida, la deliberación sobre qué derechos cabe consagrar en la Constitución es también, una reflexión sobre cómo cabe distribuir el poder político y económico entre individuo, sociedad y Estado. Materia que, para nuestro caso y varios países de América Latina, ha estado atravesada por la injerencia extranjera favoreciendo la instalación de dictaduras.

La pura enunciación de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pone de manifiesto, para el caso de Chile, el profundo daño que se les causó por el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973: el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad y seguridad personales; el derecho a la libre circulación; el derecho a la igualdad de trato ante la Justicia; el derecho de igualdad de trato ante la ley; el derecho a la personalidad jurídica; el derecho a la intimidad y la privacidad; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el derecho a la libertad de expresión; el derecho de reunión; el derecho de asociación; los derechos de la niñez; los derechos políticos o de participación; los derechos de las minorías; todos ellos fueron negados de modo parcial y/ o total, con un triste saldo histórico conformado por miles de exonerados; exiliados; torturados; asesinados y detenidos desaparecidos.

Incluso se llegó a diseñar un régimen político a nivel constitucional, la llamada *democracia protegida*, que limitaba seriamente la participación política, la libertad de expresión, de reunión y de asociación (PALMA, 2008, pp. 51 y ss.). El tristemente célebre artículo octavo del texto original de la Carta Otorgada de 1980<sup>10</sup>, es testimonio de dicho atentado. También

<sup>10</sup> Artículo 8º.- Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o

el sistema binominal; la institución del Consejo de Seguridad Nacional; la facultad del Presidente de disolver la cámara de Diputados; y la institución de los senadores designados.

Esta historia de avances y retrocesos, está estrechamente vinculada a la mayor o menor participación de amplios sectores de la población en los asuntos públicos. Las luchas de fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX por los derechos civiles y políticos, así como por los sociales, económicos y culturales, las victorias obtenidas y la represión desatada desde los centros de poder nacional y extranjeros, constituyen la base material de esta historia dinámica.

Desde el mismo año de 1812, en que se consagraron por primera vez derechos civiles con rango constitucional, hasta el tiempo presente, es decir por más de 204 años, ha existido un grupo social que presenta resistencia a su consagración y perfeccionamiento, como al establecimiento de los derechos sociales, económicos y culturales.

---

del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto, no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto.

La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia”.

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICO-POLÍTICOS DE LA DESCONFIANZA DE CIERTA ELITE CHILENA POR LOS DECYP: VIOLACIÓN Y NEGACIÓN DE DERECHOS

No se ha destacado suficientemente en los análisis histórico-jurídicos, el bajo aprecio de cierto sector de la elite chilena por la participación popular y la aplicación de las reglas de la democracia.

La antigua práctica elitista manifestada desde las primeras décadas del siglo XIX, de legitimación de la violencia política con el fin de alcanzar el poder estatal, tuvo como consecuencia la formación de una cultura constitucional que sospecha de la participación política y del movimiento popular (PALMA, 2012, pp. 328 y ss.).

La acción política de la elite decimonónica implicó que en tanto que oposición, recurrió a una vía legal y a una ilegal. La ilegalidad, el poder desnudo, fue transformada en Derecho u orden constitucional. Por ende, en su práctica política histórica la elaboración del texto constitucional no fue un asunto de debate político, de opinión pública, y menos de participación de amplios sectores de la población nacional (incluso quedan excluidos sectores de la elite que, cumpliendo los requisitos de la ciudadanía activa, forman parte del grupo de los perdedores).

Las ideas centrales de este pensamiento político fueron desarrolladas por Mariano Egaña y respaldadas por Andrés Bello. Forman parte, son una variante no monárquica, de una doctrina política denominada liberalismo doctrinario, expresada cabalmente en el texto constitucional de 1833 como liberalismo doctrinario pelucón estanquero (PALMA, 2012, 419 y ss.)

TOMÁS y VALIENTE (1992, p. 431) destaca que el liberalismo doctrinario español defendió en el siglo XIX con especial énfasis la propiedad y la seguridad; limitó el alcance de las libertades políticas y defendió la desigualdad de derechos políticos entre los individuos y entre las clases sociales.

Dicho liberalismo doctrinario tiene para el caso chileno una profunda desconfianza en el mundo popular y, por ende, se inclina por una regulación de la participación política, del derecho de reunión, de la libertad de prensa, de la libertad de asociación, en términos restrictivos: todos estos derechos son “detenidos por sospecha” en la antesala de la cultura constitucional.

Su desprecio por la labor parlamentaria, su falta de confianza en la institucionalidad democrática republicana, los llevó a concebir el uso del derecho constitucional de excepción como un auténtico instrumento para gobernar. Declarado el estado de sitio, suspendida la vigencia de la Carta de 1833, habiéndose otorgado al Presidente de la República facultades extraordinarias, el Ejecutivo legisló importantes materias a través de los denominados Decretos Legislativos —que no cabe confundir con los Decretos Leyes—, prescindiendo absolutamente del Congreso (PALMA, 2012, pp. 515 y ss.).

Como hemos señalado (PALMA, 2012, p. 512), BELLO reflexionó en su momento la relación entre propiedad, pobreza e igualdad. Se preguntó *“Si es posible la igualdad de goces en la sociedad. Si lo es la igualdad de derechos civiles. O la de derechos políticos. Diferencia entre unos y otros”*. Caviló si las leyes protectoras de la propiedad generaban pobreza y estimó que no. Comparó la *“pobreza del estado social y la pobreza de la vida salvaje”*. Y habló del *“absurdo sistema de benevolencia y concordia universal que han imaginado algunos filósofos sobre la base de la igual repartición de los bienes”*. Se interrogó en qué *“casos pueden las leyes favorecer la igualdad sin perjudicar a la seguridad. Casos en que las malas leyes han obrado contra el principio de igualdad sin beneficio de la seguridad”*. También abordó el problema *“qué objetos hacen necesario el sacrificio de una parte de lo que gozamos para asegurar el resto. Qué deben hacer las leyes para el socorro de la indigencia. Qué medios hay de socorrer la indigencia. Defectos de las contribuciones voluntarias. Defectos del plan de hacer un fondo común de las contribuciones voluntarias para repartirlo entre los indigentes. Inconvenientes que deben evitar las leyes relativas al socorro de los indigentes por medio de contribuciones forzadas”*.

Dicha tradición política liberal doctrinaria pelucona estanquera, tuvo proyección histórica y terminó manifestándose en la Carta Otorgada de 1980. Las instituciones mencionadas como constitutivas de la “democracia protegida”, son claramente atentatorias de los derechos civiles y políticos, y expresan la misma desconfianza del siglo XIX.

Cabe recordar las opiniones de Jaime GUZMÁN, muy semejantes al ideario liberal doctrinario pelucón estanquero, sobre la democracia, el sufragio universal y la libertad:

*“La sola circunstancia de que la democracia pueda derivar en un sistema anti libertario, comprueba que ella no puede erigirse en fin último, ni mucho menos identificarse con la libertad como conceptos sinónimos o supuestamente inseparables ... Anclarse, por tanto, en una afirmación dogmática y casi fetichista de soberanía popular, circunscribiendo la inquietud político-institucional de hoy al simple restablecimiento del sufragio universal para elegir a todas las autoridades políticas, importa situarse simplemente fuera de la realidad. No hay que olvidar que el sufragio universal presenta variados vacíos o deficiencias, derivados de que iguala voluntades de muy desigual valor para resolver la vida política del país”* (ROJAS, ACHURRA, DUSSAILLANT, 1996, pp.178 – 179).

Se ha dicho en este sentido que GUZMÁN bebe del ideario histórico tradicional portaliano, y que su opción por la libertad económica implica que *“la noción de democracia parece quedar vacía tanto de contenido comunitario como republicano al supeditarse a la libertad económica... donde el énfasis en la libertad ahoga la igualdad de oportunidades”* (MONCADA, 2006, p. 252).

Es reconocible hoy día en el seno de la derecha, una postura que vincula los DECYP con la democracia, sin embargo, mantiene su escepticismo respecto de los DESC y no concibe ambos grupos como derechos constitucionales en interdependencia (GÓMEZ, 2015 y García, 2016).

Dada esta historia y a la luz de una cultura constitucional refractaria de la democracia y la igualdad, toda propuesta que venga desde la derecha que no vaya en la línea de fortalecer los DECYP o los DESC, debe ser analizada con cautela a fin de establecer el valor o interés que está en su base. Podría ocurrir que la oposición a un catálogo ampliado no se funde en una auténtica preocupación por la eficacia de los derechos que se consagran, sino, en la creencia y convicción que la democracia y los derechos que la acompañan no constituyen presupuestos indispensables de la vida en sociedad<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Por otra parte, la experiencia de países vecinos nos muestra que el fortalecimiento del Ejecutivo en gobiernos que se califican como progresistas, puede implicar una práctica política de amenaza tanto para los DECYP como para los DESC.

La pujante historia de nuestros derechos civiles y políticos entre 1870 y 1970, fue interrumpida por una larga dictadura cívica militar y una transición, que, al no profundizar la democracia, nos tiene instalados en una profunda disconformidad con el sistema político institucional y la cultura política que lo sustenta. Una de cuyas características es la pérdida sostenida de adhesión de la población a los partidos políticos (Instituto de Ciencia Política, PUC, 2010) y una deficiente participación de las personas en la vida pública:

*“(...) se puede señalar que los bajos niveles de participación en Chile y la falta de espacios e instancias de involucramiento ciudadanos en los ámbitos públicos no permiten participación plena en la vida pública. Se expone más adelante, que en general, en Chile la participación electoral es baja, al igual a lo que ocurre respecto de organizaciones sociales o voluntarias, sobre todo si se comparan los indicadores utilizados habitualmente para medir asociatividad (pertenencia a organizaciones sociales) y participación electoral con otros países de la región y promedios internacionales. La baja participación no es un fenómeno reciente ni estático; la evidencia presentada aquí muestra que la tendencia en las últimas dos décadas es hacia el declive de la participación electoral de la población en edad de votar” (PNUD, 2014).*

Sólo una tensión del estado actual de cosas a partir de la demanda democrática de una nueva Constitución, generará las condiciones para un debate sustantivo sobre la necesidad de la práctica de los DECYP, y por ende, sobre el alcance de los mismos considerando su historia de avance y retrocesos.

Dicha demanda debe justificarse a partir del ejercicio pleno de la soberanía por el pueblo de Chile, fenómeno de un enorme y positiva importancia para la vigencia y vivencia de los DECYP.

El deterioro de los DECYP está vinculado estrechamente a los éxitos del crimen cometido el 11 de septiembre de 1973, que implicó, en la medida que hubo intervención extranjera en el mismo, una lesión del derecho a la libre determinación establecido en el Derecho Internacional y en el orden jurídico interno.

El golpe de estado, orquestado nacional e internacionalmente, fue un gravísimo atentado al derecho a la libre determinación, cuya plena vigencia debe ser restaurada.

#### IV. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE LA DIGNIDAD NACIONAL

Poner en vigencia una nueva Constitución (la Constitución de la Dignidad Nacional) es una demanda con claro sustento jurídico, y por ende institucional, en la medida que implica una reparación de la soberanía dañada gravemente por la conspiración e insubordinación del 11 de septiembre de 1973, uno de los crímenes políticos más aberrantes que puede experimentar una sociedad.

Dicho golpe de Estado implicó un atentado a la soberanía nacional en que hubo participación de una potencia extranjera (Basso, 2013, pp. 26, 49, 78,79) que recurrió a todas las formas posibles de intervención, incluso aparentar estudios científicos y colaboración entre universidades, como ocurrió con el Plan Camelot que involucró a la American University de Washington DC (VERDUGO, 2003, p. 33).

El Principio de Libre Determinación se encuentra en el segundo párrafo del artículo 1° y en los artículos 55° y 56° de la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, en forma implícita, en los capítulos XI y XII de la misma (FORNO, 2003); y en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que dispone:

##### “Artículo 1.

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio

recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia....

Artículo 47. Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.”

Dado que los derechos civiles y políticos, dentro de los cuales está el derecho a la libre determinación, distribuyen el poder entre el individuo, la sociedad y el Estado, es evidente que la regulación internacional desequilibra en este punto las relaciones, dejando en manos del pueblo, de la comunidad, la facultad de decidir en cualquier tiempo el ejercicio de su derecho a establecer libremente su condición política y —proveer— asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

FORNO enseña que:

(...) en 1952 la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación como un requisito previo para poder disfrutar plenamente de todos los derechos humanos fundamentales. Se señaló que todo miembro de las Naciones Unidas debe respetar el mantenimiento del derecho a la libre determinación de otros Estados y recomendó a todos sus miembros apoyar el principio (FORNO, 2003).

Desde la década de 1960 la ONU, preocupada por los procesos de descolonización y su impacto en la paz mundial, viene señalando:

“Convencida de que todos los pueblos tienen un derecho inalienable a la libertad absoluta, al ejercicio de su soberanía y a la integridad de su territorio nacional, Proclama solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones; Y a dicho efecto Declara que: 1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales. 2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural... 6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la

integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas” (Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.).

RUIZ MIGUEL asigna un papel relevante a esta determinación:

“En 1960 la idea de «auto-determinación» experimentó una profunda transformación cuando la resolución 1514 de la Asamblea General fue aprobada. Esta transformación tenía tres vertientes. En primer lugar, la «auto-determinación» fue considerada no ya sólo como un «principio», sino también como un «derecho». En segundo lugar, el contenido de la «autodeterminación» se desarrolló. Y, en tercer lugar, los pueblos coloniales fueron identificados como «pueblos» poseedores de este «derecho» a la auto-determinación” (Ruiz Miguel, 2015).

Para el caso chileno es de enorme relevancia la Resolución 1803 de la ONU (diciembre de 1962), que permitió la nacionalización del cobre, al establecer soberanía permanente sobre recursos y riquezas naturales como elemento básico del derecho a la libre determinación. Novoa nos recuerda que la iniciativa provino de Chile (1993, 298).

Dos considerandos de esta Resolución 1803 y una parte de la Declaración son de enorme importancia para el actual debate constitucional, según veremos:

“Considerando que es conveniente fomentar la cooperación internacional en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, y que los acuerdos económicos y financieros entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo deben basarse en los principios de igualdad y del derecho de los pueblos y naciones a la libre determinación,

Considerando que la prestación de asistencia económica y técnica, los préstamos y el aumento de las inversiones extranjeras deben llevarse a cabo sin sujeción a condiciones que pugnen con los intereses del Estado que los recibe...

I Declara lo siguiente:

5. El ejercicio libre y provechoso de la soberanía de los pueblos y las naciones sobre sus recursos naturales debe fomentarse mediante el mutuo respeto entre los Estados basado en su igualdad soberana....

7. *La violación de los derechos soberanos de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz.*

8. *Los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos o entre ellos deberán cumplirse de buena fe; los Estados y las organizaciones internacionales deberán respetar estricta y escrupulosamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales de conformidad con la Carta y los principios contenidos en la presente resolución” (ONU, 1962).*

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció en 1966:

*“Parte I. Artículo 1. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”<sup>12</sup>.*

Conviene recordar la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos:

En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.

A este respecto Gran Bretaña y Estados Unidos establecieron en 1941, en la llamada Carta Atlántica, dos puntos relacionados con la autode-

<sup>12</sup> Organización de las Naciones Unidas ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

terminación, que estaba claramente implícita, aun cuando no estuviera explícitamente mencionada como tal:

*“Segundo, no desean ver cambios territoriales que no estén de acuerdo con los deseos libremente expresados de los pueblos afectados.*

*Tercero, respetan el derecho de todos los pueblos a elegir la forma de gobierno bajo la que vivirán; y desean ver los derechos soberanos y el auto-gobierno restablecidos en aquellos que fueron privados de los mismos por la fuerza.”<sup>13</sup>*

La literatura distingue un derecho externo e interno a la autodeterminación.

Para RUIZ SÁNCHEZ:

*En la formulación jurídica del principio de libre determinación de los pueblos, se pueden señalar dos dimensiones diferentes: de una parte, el principio se orienta hacia la eliminación de las situaciones coloniales, y a esta tarea se orientaron las actividades de Naciones Unidas, especialmente entre los años 1960 y 1975...; de otra, el artículo 1 de los dos Pactos Internacionales de 1966 consagra una perspectiva más amplia, que abarca a todos los pueblos constituidos en Estados, a los que se les reconoce el derecho de determinar su estatuto libremente, sin injerencias externas y mediante la participación democrática en la gestión de los asuntos públicos. De esta manera, muchos autores distinguen entre la libre determinación externa y la libre determinación interna, constituyendo la primera un derecho que deja de existir cuando se realiza, mientras que la segunda es un derecho de ejercicio continuo (RUIZ SÁNCHEZ, 2007).*

La Resolución 1803 de la ONU, que estableció la soberanía sobre los recursos naturales como un elemento básico del derecho a la libre determinación, permite sostener que tiene también una dimensión que protege a los Estados ya constituidos (no sólo a los pueblos tratados como colonias). A este respecto, nuestro país tiene una práctica concreta vinculada a la promulgación de la ley de nacionalización del cobre.

<sup>13</sup> RUIZ MIGUEL (2015).

En 1971 Eduardo Novoa sostuvo que la Resolución 1803 *“reconoce el derecho de todos los pueblos a recuperar y disponer de sus riquezas naturales y básicas. Estima que solamente en esa forma se produce una igualdad y hay lugar a una libre determinación de las naciones. Sin este derecho soberano e inalienable...se trastornaría todo principio de igualdad, de soberanía y de libre determinación de los pueblos”* (Novoa, 1993, p. 217).

Así las cosas, está reconocido que todo Estado soberano, en ejercicio del derecho de libre determinación, puede establecer su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Es del caso que el 11 de septiembre de 1973, Chile experimentó un grave atentado a su derecho de libre determinación. El orden jurídico que regula su actual democracia y su aparato político institucional, es fruto de un crimen que implicó la acción de nacionales y la intervención de una potencia extranjera. Las causas de dicha lesión están estrechamente vinculadas a la nacionalización del cobre, que se llevó adelante en ejercicio de un derecho reconocido internacionalmente a todos los Estados.

El pueblo de Chile tiene el deber, por razones de dignidad nacional y de justicia reparatoria, de ejercer plenamente el derecho de libre determinación y darse una nueva Constitución.

El golpe de Estado tiene como una de sus causas la violencia extranjera desatada sobre nuestro país (por haber ejercido su derecho a la libre determinación). La Carta Otorgada de 1980 y sus reformas deriva de ese golpe, por lo que el actual orden constitucional sigue siendo un atentado contra el derecho a la libre determinación. Vicio jurídico que no admite saneamiento, en la medida que seguimos siendo un Estado soberano reconocido como tal en el concierto internacional.

¿El hecho de la vigencia de una Constitución que no es expresión de la voluntad soberana, pero que muestra cierto grado de eficacia que conlleva algún grado de legitimidad, impide el ejercicio del derecho a la libre determinación? Ningún orden jurídico puede aspirar a una total legitimidad si no es expresión, precisamente, de este derecho. Una Carta Otorgada, no obstante, las reformas que ella tenga como fruto del propio sistema constitucional legado por la dictadura, no es un instrumento

jurídico lo suficientemente válido y legítimo para impedir el ejercicio del más relevante de los derechos de la vida social: la facultad de todo pueblo de constituirse para proveer a su desarrollo político, económico, social y cultural.

El crimen del 11 de septiembre no está saneado por la circunstancia de que cierto sector identificado como detractor de la dictadura de Pinochet, con responsabilidades en los Gobiernos de la Concertación, haya incurrido en el olvido de lo que fue su bandera de lucha entre los años de 1978-1988 y caído en un *Constitucionalismo tipo Estocolmo y Mezquino* (PALMA, 2015 y PALMA, 2016).

Cabe recordar que el “Grupo de los 24”, fundado en 1978, trabajó en función de elaborar *“propuestas y contenidos institucionales, que sirvan de base a la futura Asamblea Constituyente que se dará el pueblo, como única manera legítima de establecer una Constitución democrática por sus orígenes y postulados”* (Grupo de Estudios Constitucionales, 1985, p. 9).

En 1985, luego de siete años de disputa contra la dictadura, el Grupo de los 24 señaló:

*“Una Constitución democrática es aquella que tiene su origen en el pueblo, porque en él radica el Poder Constituyente, Son todos y cada uno de los integrantes de una nación los que tienen el derecho y el deber de darse el orden constitucional que deseen.*

*Este Poder Constituyente originariamente radicado en el pueblo, puede ser delegado en representantes populares, que, elegidos de manera democrática, se constituyen en Asamblea Constituyente. Reservándose el pueblo el derecho de escoger entre las diversas alternativas que se propongan, la que considere más adecuada, ello por medio de plebiscito u otro método de expresión democrática de la voluntad del pueblo”* (Grupo de los 24, 1985, p. 16).

Mantener un régimen constitucional que es fruto de un golpe de Estado, que se gestó con concurrencia de una potencia extranjera, cuyo modelo económico fue imitado por los golpistas, implica una flagrante violación del derecho a la libre determinación.



Se desprende fluidamente de la consagración del principio y derecho de libre determinación de los pueblos, la potestad del pueblo de Chile para darse una Nueva Constitución (la Constitución de la Dignidad Nacional) aunque no exista en el texto constitucional vigente la reforma total de la Carta vía Asamblea Constituyente.

La autoridad política puede invocar el ejercicio de este derecho a la libre determinación, que está vigente en Chile, aun cuando el orden constitucional, fruto del golpe de Estado de 1973, no contemple el mecanismo de cambio total de la Constitución vía Asamblea Constituyente. El crimen cometido el 11 de septiembre, con apoyo de una potencia extranjera, y su fruto institucional más relevante, la Carta Otorgada de 1980, constituye un caso innegable de regresión de derechos y en esa misma medida no puede originar un límite válido para el ejercicio del derecho a la autodeterminación.

Es precisamente el ejercicio de este derecho, que no puede limitarse válidamente por un orden constitucional espurio, lo que hace de la Asamblea Constituyente un ejercicio de soberanía, institucional, legítimo y absolutamente respetuoso del orden jurídico político imperante en Chile: la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en nuestro país, dan legalidad y legitimidad a esta fórmula, reclamada desde el año de 1978.

¿Por qué una Constitución emanada del Congreso Nacional o de un cuerpo mixto no restablece el quebrantamiento ocurrido en 1973? Porque la actual distribución del poder político en términos de representación político partidista, es fruto de un sistema electoral (el binominal) que se construyó para limitar la soberanía nacional. Sólo la Asamblea Constituyente restablece la integridad del derecho a la libre determinación, la dignidad nacional y el ejercicio pleno de la soberanía por el pueblo de Chile.

## V. ¿QUÉ PODEMOS HACER POR LOS DECYP A 50 AÑOS DE LA APERTURA A RATIFICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 DICIEMBRE DE 1966), Y A 40 AÑOS DE SU VIGENCIA (23 DE MARZO DE 1976)?

A modo de conclusión, podemos esbozar varias respuestas a esta pregunta:

1. Concebirlos de manera dinámica y no estática, lo que implica reconocer que ha sido parte de su historia su incremento en el tiempo;
2. Concebirlos expuestos a amenazas históricas permanentes, producto de una cierta cultura política que denominamos *liberalismo doctrinario pelucón estanquero*;
3. Promover una educación escolar y universitaria que ponga énfasis en su conocimiento y su vivencia en la escuela, la universidad y todo el medio social;
4. Promover una comprensión del golpe de Estado de 1973 como un crimen estrechamente vinculado a la violación del derecho a la libre determinación, e identificar claramente una de sus causas (la acción de una potencia extranjera);
5. Promover la comprensión de la Carta Otorgada como fruto de un crimen que lesiona gravemente la soberanía nacional, vicio que no puede sanearse con el trascurso del tiempo porque atenta contra el derecho a la libre determinación del Estado de Chile. Derecho que no puede ser amagado porque implica una pérdida de soberanía y de la facultad de autodeterminación;
6. Vincular los DECYP con el derecho de libre determinación de los pueblos y el ejercicio pleno de la soberanía;
7. Denunciar que la transición política ha impedido que tengamos un debate abierto sobre el deterioro de la regulación constitucional de los DECYP;
8. Denunciar el detrimento de los DECYP como vivencia política, y la aparición de un *Constitucionalismo tipo Estocolmo y Mezquino*, como factor que contribuye a dicho deterioro;

9. Sostener que el derecho de libre determinación reconocido por el Derecho Internacional ha sido una práctica jurídica concreta en Chile, y, además, que el mismo se encuentra vigente en nuestro país al consagrarse expresamente en la Parte I, artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos;
10. Sostener en consecuencia, que cualquier Gobierno puede convocar al soberano para que dicte una nueva Constitución. Aunque el texto espurio de la Constitución vigente no contemple tal posibilidad (precisamente porque es una violación del derecho a la libre determinación).
11. Sostener que en atención a la historia reciente y al estado fármico de los DECYP, y en aplicación estricta del principio de la soberanía nacional o popular, el mecanismo de generación de una nueva Constitución es la convocatoria a una Asamblea Constituyente: acto soberano por excelencia caracterizado por provocar una repolitización de la sociedad.
12. Consagrar en la Nueva Constitución la figura de la Asamblea Constituyente para la reforma total de la misma, requiriendo para ello un *quorum* distinto al de aprobación de leyes ordinarias;
13. Consagrar una norma de rango constitucional que establezca que es nula, de nulidad absoluta, no pudiendo sanearse por su eficacia, toda Constitución que no respete el proceso de Asamblea Constituyente en su gestación. Si por razón de un golpe de Estado se configura un orden jurídico nuevo, los derechos y obligaciones adquiridos sólo se consolidarán si son expresamente aceptados en una nueva Constitución gestada vía Asamblea Constituyente;
14. Consagrar una norma de rango constitucional que prive del derecho político a ser elegido para cualquier cargo de representación popular o ejercer una función pública, a todo aquel que haya tenido tareas de responsabilidad en el establecimiento y mantención de un régimen dictatorial, no requiriéndose para aplicar esta prohibición de una sentencia condenatoria en sede penal, sino de pruebas fehacientes de su participación valoradas por el Congreso Nacional bajo la forma de juicio político;

15. Consagrar en la nueva Constitución Política, los derechos civiles y políticos establecidos en el periodo 1812-2016, que han implicado una ampliación del catálogo a nivel constitucional y un mejoramiento de su contenido;
16. Establecer expresamente la complementariedad de los DECYP con los derechos sociales, económicos y culturales;
17. Establecer sistemas electorales proporcionales que garanticen la expresión de las mayorías en las decisiones respectivas, con el debido resguardo de los derechos de las minorías;
18. Establecer el derecho de acceso a la información que maneja el aparato estatal y que incide en la formulación de políticas públicas sobre DECYP y DESC;
19. A la luz de las experiencias de ampliación y en particular de la historia reciente de latinoamericana, ampliar el catálogo, consagrandose entre otros;
  - a) el derecho a lo no discriminación arbitraria
  - b) el derecho a la propia imagen
  - c) el derecho a tomar decisiones libres sobre sexualidad y orientación sexual;
  - d) la objeción de conciencia;
  - e) el derecho de reagrupamiento de la familia del favorecido con el asilo;
  - f) los derechos de la niñez y de la ancianidad
  - g) el derecho a la propiedad (colectiva y privada)
20. A la luz de las experiencias de ampliación y en particular de la historia reciente de latinoamericana, fortalecer la democracia representativa y directa de manera que podamos contar en Chile, entre otros, con:
  - a) El derecho a presentar proyectos de ley por iniciativa popular;

- b) El derecho a ser informados como parte del proceso legislativo, de manera de conocer las acciones de las empresas de lobby;
- c) El derecho a fiscalizar a los actores del poder público;
- d) El derecho a solicitar, en determinadas circunstancias, la iniciación de juicio político para resolver la continuidad del mandato de ciertos cargos de elección popular;
- e) El derecho a la representación paritaria de mujeres y hombres de forma alternada y secuencial y a la eliminación de toda forma de discriminación en razón del sexo;
- f) Derecho a la autoidentificación cultural;
- g) Derecho de participación política de los nacionales residentes en el extranjero;
- h) Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (en la línea de un Estado plurinacional y multicultural).

21. A la luz de la reciente historia latinoamericana:

Diseñar un régimen de Gobierno que se transforme en un límite a la tendencia a la concentración de poder que manifiesta la institución Presidente de la República, y que amenaza la vivencia y vigencia de DECYP y DESC.

## EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL CHILE CONTEMPORÁNEO. CUATRO ARGUMENTOS PARA SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

*Alexis Cortés y Cristóbal Villalobos*

### I. INTRODUCCIÓN

Una particularidad del desarrollo sociopolítico chileno en las últimas décadas es su desacople o asincronía respecto de las tendencias de América Latina (CORTÉS, 2017). Así, cuando es evidente que nos encontramos frente a un fin del ciclo progresista en el continente —marcado por la derrota o declive de los llamados gobiernos posneoliberales en Argentina, Brasil, Venezuela, Bolivia o Paraguay— (SADER, 2008), en Chile pareciera abrirse espacio un nuevo ciclo, caracterizado por procesos de movilización inéditos, la re-configuración del tradicional escenario político-electoral y la irrupción de nuevos movimientos, organizaciones y partidos políticos.

Una de las peculiaridades de este momento histórico es la incorporación en la discusión política, académica y social de tópicos poco relevados durante los 25 años de transición post-dictatorial (GARRETÓN, 2011). Sin pretender exhaustividad, es posible destacar tres tópicos que han sido pilares centrales de este proceso de discusión: i) el debate respecto de la desigualdad, la inequidad y la movilidad social (MAYOL, 2012a; NUÑEZ

