

ediciones  
**DER**



Universidad Austral de Chile  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

*Coordinadores*

Fernando Muñoz León

Viviana Ponce de León Solís

# Conceptos para una nueva Constitución

CoEdiciones

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a [info@derediciones.com](mailto:info@derediciones.com) o visite nuestra página web [www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

## CONCEPTOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

© Fernando Muñoz León y Viviana Ponce de León Solís (coordinadores)

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

[www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-1189

ISBN 978-956-9959-72-1

Primera edición, marzo de 2020

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

## ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	XIII
1. ACCIÓN COLECTIVA Y PROCESO CONSTITUYENTE .....	1
Cristóbal Herrera Morales	
1.1. Introducción.....	1
1.2. Acerca de la acción colectiva .....	5
1.3. Acción colectiva en una sociedad-red .....	8
1.4. Una revisión de la soberanía popular a la chilena .....	8
1.5. La acción colectiva constituyente en el actual proceso constituyente.....	10
Bibliografía.....	12
2. LA POTESTAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	15
Diego Pardo Álvarez	
2.1. Constitución formal y material: la constitución como disposición jurídica	16
2.2. La potestad de reforma como poder constituido .....	18
2.3. La potestad de reforma como legislación.....	19
2.4. Posición, legitimidad y límites de la potestad de reforma.....	21
2.5. Vías de manifestación de la potestad de reforma .....	24
2.6. ¿Puede alcanzarse una nueva constitución mediante el ejercicio de la potestad de reforma?.....	26
2.7. ¿Es el procedimiento de nueva constitución un procedimiento de reforma? .....	28
2.8. La potestad de reforma de la nueva constitución: condicionamientos y propuestas .....	30
Bibliografía.....	32

3.	INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL .....	33
	Consuelo Reyes Crisóstomo	
3.1.	Introducción.....	33
3.2.	La interpretación en el derecho .....	34
3.3.	La ambigüedad de “interpretación jurídica”.....	37
3.4.	Constitucionalización del derecho e interpretación jurídica .....	38
	A) Especificidad de la interpretación constitucional.....	41
	B) Modelo descriptivo de la constitución como norma: la diferencia entre la interpretación de la constitución y la interpretación de la ley es solo de grado .....	43
	C) Modelo axiológico de la constitución como norma: la exigencia de una lectura moral de la constitución .....	44
3.5.	Especificidad de la interpretación constitucional y creación del derecho ....	46
3.6.	Conclusión.....	52
	Bibliografía.....	52
4.	EXISTENCIA Y ELIMINACIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN: NOTAS PARA ENTENDER LA VIGENCIA Y DEROGACIÓN CONSTITUCIONAL.....	55
	Sebastián Agüero San Juan	
4.1.	Introducción.....	55
4.2.	Existencia de normas: promulgación, publicación y vigencia .....	56
4.3.	Eliminación de normas: derogación, modificación y reemplazo.....	60
4.4.	Persistencia y recepción de normas .....	66
4.5.	Existencia de la nueva Constitución y eliminación de la anterior .....	67
4.6.	Conclusión.....	76
	Bibliografía.....	78
5.	UNA LIBERTAD SOCIAL. REVISIÓN CRÍTICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN.....	79
	Cristóbal Balbontín Gallo	
5.1.	Introducción.....	79
5.2.	Alcance de la tutela constitucional: libertad y no derechos .....	80
5.3.	La importancia del derecho a la información para la libertad de expresión .....	84
5.4.	Consideraciones críticas .....	91
5.5.	Conclusión.....	100
	Bibliografía.....	100

6.	DEBER CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUIR Y PRINCIPIOS MATERIALES DE DERECHO TRIBUTARIO .....	103
	Patricia Toledo Zúñiga	
6.1.	Introducción.....	103
6.2.	Movimiento social del 18 de octubre y el derecho tributario.....	104
6.3.	Deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos como deber constitucional.....	106
6.4.	Principios materiales de derecho tributario .....	108
6.5.	Principio de capacidad económica .....	113
6.6.	Conclusión.....	117
	Bibliografía.....	118
7.	LA CONSTITUCIÓN Y LA PROPIEDAD SOBRE RECURSOS NATURALES ESTRATÉGICOS: YACIMIENTOS MINERALES Y AGUAS .....	121
	Carolina Riquelme Salazar - Sebastián Ríos Labbé	
7.1.	Introducción.....	121
7.2.	Bases constitucionales de la propiedad minera .....	123
	A) Propiedad del recurso y su fundamento .....	124
	B) Quién puede aprovecharse del recurso .....	126
	C) Carácter del derecho de aprovechamiento: la concesión minera.....	127
	D) Adquisición y mantención de la concesión.....	130
	E) Contrapartida .....	131
7.3.	Bases constitucionales de los derechos sobre las aguas .....	133
	A) ¿Quién es el dueño originario de las aguas en Chile?.....	135
	B) ¿Qué es el derecho de aprovechamiento de las aguas?.....	137
	C) ¿A quién se puede habilitar para aprovecharse o apropiarse del recurso?.....	137
	a. La adquisición del derecho de aprovechamiento por vía originaria	137
	b. La adquisición del derecho de aprovechamiento por vía derivativa	140
	D) ¿Cuáles es el carácter del derecho de aprovechamiento de las aguas?	141
	E) ¿Qué condiciones o requisitos se deben cumplir para tener y mantener el derecho?.....	145
7.4.	Conclusión.....	147
	Bibliografía.....	148
8.	NUEVA CONSTITUCIÓN Y AGUAS: ¿DESDE UN MODELO NEOLIBERAL A UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS?.....	151
	Viviana Ponce de León Solís	
8.1.	La importancia del agua y la necesidad de regular su uso .....	151
8.2.	El impacto del paradigma neoliberal en la regulación de las aguas.....	154

8.3. La mercantilización de las aguas en el Código de Aguas.....	156
8.4. La propietarización de los derechos de aprovechamiento de aguas en la Constitución .....	160
8.5. El derecho humano al agua y al saneamiento en el derecho internacional	163
8.6. ¿Hacia un nuevo paradigma constitucional de las aguas?.....	166
Bibliografía.....	170
9. SISTEMA DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS.....	173
Marcos Andrade Moreno	
9.1. Introducción.....	173
9.2. Tipos de restricciones .....	174
9.3. Relaciones entre tipos de normas restrictivas.....	177
9.4. Diferencias entre tipos de normas restrictivas.....	182
9.5. Razones para contar con un sistema de restricción a derechos .....	187
Bibliografía.....	190
10. DERECHOS SOCIALES.....	193
Leticia Morales Alem	
10.1. Introducción.....	193
10.2. El concepto de los derechos sociales: ¿qué son y por qué su reconocimiento constitucional genera resistencia? .....	194
10.3. Instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales .....	200
10.4. Los derechos sociales en la Constitución de 1980 a la luz de los aportes del derecho comparado.....	205
10.5. Conclusión.....	209
Bibliografía.....	209
11. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	211
Alberto Coddou Mc Manus	
11.1. La “igualdad y no-discriminación” como concepto constitucional relevante .....	211
11.2. Igualdad formal e igualdad sustantiva.....	212
11.3. Fundamentos filosóficos de la igualdad y la clausura operativa del derecho	215
11.4. El derecho a la igualdad y a la no discriminación: diversas posiciones jurídicas .....	218
11.5. La negligencia y la IND .....	224
11.6. ¿Cómo se articula la IND en el derecho constitucional comparado?.....	226
11.7. ¿Cómo pensar una cláusula sobre la igualdad y la no discriminación? .....	228

11.8. ¿Se deben incluir en la Constitución categorías protegidas por el derecho de la antidiscriminación? .....	230
11.9. Conclusión .....	230
Bibliografía.....	231
12. IGUALDAD DE GÉNERO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN .....	233
Yanira Zúñiga Añazco	
12.1. Introducción.....	233
12.2. La crítica feminista a la igualdad jurídica .....	234
12.3. La igualdad de hombres y mujeres en la práctica constitucional chilena...	238
12.4. Una propuesta de igualdad jurídica desde una perspectiva feminista .....	245
12.5. Conclusión.....	252
Bibliografía.....	253
13. PROCESO CONSTITUYENTE Y PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE: UNA POSIBILIDAD DE TRANSITAR DEL ESTADO NACIÓN AL ESTADO PLURINACIONAL.....	255
José Aylwin Oyarzún	
13.1. Introducción.....	255
13.2. Procesos constituyentes y pueblos indígenas: fundamentos y experiencia comparada.....	257
13.3. Los pueblos indígenas en los textos constitucionales de América Latina: de la multiculturalidad a la plurinacionalidad .....	264
13.4. Implicancias y desafíos del proceso constituyente en Chile .....	271
Bibliografía.....	276
14. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO .....	279
Andrés Bordalí Salamanca	
14.1. Introducción.....	279
14.2. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.....	280
A) Contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva .....	281
B) Regulación y conformación legal del derecho a la tutela judicial efectiva.....	282
C) Derecho de acceso a la jurisdicción.....	282
D) Derecho a que el tribunal resuelva las pretensiones conforme a derecho .....	286
E) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales .....	287
F) Derecho al recurso legalmente previsto.....	289
14.3. Propuesta de regulación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva .....	289

14.4. El derecho fundamental al debido proceso.....	290
A) Sentido de la expresión debido proceso en el derecho chileno.....	290
14.5. Debido proceso sustantivo y debido proceso procesal.....	292
14.6. Contenidos del derecho y principio del debido proceso.....	295
A) Derecho a un tribunal independiente e imparcial.....	295
B) Derecho a un tribunal ordinario predeterminado por la ley.....	296
C) El derecho a la defensa.....	297
D) Derecho a un proceso oral y público.....	301
E) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	302
F) Derecho a una sentencia motivada.....	302
G) Propuesta de nueva regulación del derecho fundamental al debido proceso.....	304
Bibliografía.....	305
15. EL FUTURO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN.....	307
Felipe Paredes Paredes	
15.1. ¿Cuál es la función de la justicia constitucional?.....	308
15.2. Desafíos en el diseño de la justicia constitucional.....	309
A) El difícil encaje de los tribunales constitucionales.....	310
B) El crecimiento desmesurado de las atribuciones de los tribunales constitucionales.....	312
C) La captura de los tribunales constitucionales.....	313
15.3. El Tribunal Constitucional chileno y su <i>Lochner Era</i> .....	315
15.4. Diseño institucional y nueva Constitución.....	317
A) Aspectos orgánicos.....	317
B) Aspectos funcionales.....	319
Bibliografía.....	321
16. ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL REDISEÑO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN.....	323
Francisco Almonacid Faúndez	
16.1. Introducción.....	323
16.2. Estado del arte en materia de acción de protección.....	327
16.3. Propuestas de rediseño de la acción de protección.....	332
16.3. Conclusión.....	340
Bibliografía.....	341
17. CONGRESO UNICAMERAL: MÁS EFICACIA E INTELIGIBILIDAD EN LA LABOR LEGIS- LATIVA Y LA REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA.....	343
Fernando Muñoz León	
17.1. Introducción: de la tradición constitucional a la imaginación constituyente	343



17.2. La trayectoria histórica del bicameralismo.....	347
17.3. Las deficiencias del bicameralismo: tres malos argumentos y una trampa	353
17.4. Las razones en favor de un congreso unicameral: cuatro argumentos democráticos.....	359
17.5. Conclusión.....	362
Bibliografía.....	362
18. DERECHO PENAL Y NUEVA CONSTITUCIÓN: PROPORCIONALIDAD, REINSERCIÓN Y RECONOCIMIENTO NO PUNITIVISTA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS .....	365
José Ángel Fernández Cruz	
18.1. Introducción.....	365
18.2. Constitución y modelos político-criminales.....	366
18.3. Disposiciones constitucionales y derecho penal.....	370
A) La proporcionalidad de las penas.....	371
B) La resocialización (liberal) como fin constitucional de la pena.....	372
C) El reconocimiento constitucional de los derechos de las víctimas .....	374
18.4. El carácter performativo de las disposiciones constitucionales .....	376
18.5. Tribunal Constitucional y derecho penal.....	378
18.6. Conclusión.....	380
Bibliografía.....	381
19. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: SUS CARAS Y SU VINCULACIÓN CON OTRAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES .....	383
Marcela Paz Araya Novoa	
19.1. Introducción.....	383
19.2. ¿Qué es y qué no es el derecho fundamental a la presunción de inocencia?.....	384
19.3. Orígenes y fuentes formales de la presunción de inocencia.....	385
19.4. Facetas o caras de la presunción de inocencia.....	388
A) Dimensión extraprocesal de la garantía .....	388
B) Dimensión de regla de trato procesal.....	393
C) Dimensión de regla de prueba .....	397
D) Dimensión de regla de juicio .....	399
19.5. Vinculación con otros derechos fundamentales .....	401
19.6. Conclusión.....	405
Bibliografía.....	406
20. JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y NUEVA CONSTITUCIÓN.....	409
Daniela Accatino Scagliotti	
20.1. La transición inconclusa.....	409

20.2. Represión y Constitución: dos caras de la neutralización de la agencia política .....	413
20.3. Violencia política y economía .....	414
20.4. La recursividad de la violencia política: el pasado que se hace presente, el presente que se hace pasado .....	416
Bibliografía.....	418

## ABREVIATURAS

AC	: Asamblea Constituyente
ACD	: análisis crítico del discurso
AMCAM	: Asociación de Municipalidades con Alcalde Mapuche
art.	: artículo
CA	: Código de Aguas
CADH	: Convención Americana sobre Derechos Humanos
CASEN	: Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional
CDESC	: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CENC	: Comisión de Estudio de una Nueva Constitución
CERD	: Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
CETFDCM	: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW en inglés)
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDOB	: Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia
CLP	: peso (Chile)
CODELCO	: Corporación Nacional del Cobre de Chile
COICA	: Coordinadora de Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica
CONADI	: Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONAIE	: Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
CP	: Código Penal
CPP	: Código Procesal Penal
CPR	: Constitución Política de la República
DAA	: derecho de aprovechamiento de aguas

DDHH	: derechos humanos
DGA	: Dirección General de Aguas
DINCOTE	: Dirección Nacional Contra el Terrorismo
DNUDP	: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
D.S.	: decreto supremo
EIDHR	: Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos (sigla en inglés)
<i>et ál.</i>	: y otros
ETI	: calidad de entidades territoriales
IND	: igualdad y no discriminación
INE	: Instituto Nacional de Estadísticas
IVE	: interrupción voluntaria del embarazo
LGBT	: Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgénero
LOC	: ley orgánica constitucional
MAS	: Movimiento al Socialismo
MOP	: Ministerio de Obras Públicas
NNA	: niños, niñas y adolescentes
NPIOC	: naciones y pueblos indígenas originarios campesinos
OC	: objeción de conciencia
OEA	: Organización de los Estados Americanos
ONEMI	: Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior
ONIC	: Organización de Nacionalidades Indígenas de Colombia
ONU	: Organización de las Naciones Unidas
p. / pp.	: página / páginas
PIDCP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas
PIDESC	: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SERNAC	: Servicio Nacional del Consumidor
SpA	: sociedad por acciones
ss.	: siguientes
STC	: sentencia Tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional
TCF	: Tribunal Constitucional Federal alemán

TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNI	: Unión de Nacionalidades Indígenas (Brasil)
UTM	: unidad tributaria mensual
WWAP	: World Water Assessment Programme (Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de la UNESCO)

## INTRODUCCIÓN

Los hechos ocurridos el 18 de octubre de 2019, como ocurre con los eventos de la vida social en general, deben ser explicados políticamente insertándolos en interpretaciones históricas de mediana y larga duración. En esa dimensión, y a la luz de una comprensión dinámica y relacional de la ciudadanía que la entienda como el derecho de todos los integrantes de la comunidad política a participar en igualdad de condiciones en la vida de la sociedad, el estallido social que alcanzó su punto de ebullición ese día debe ser interpretado como expresión de un reclamo contra las consecuencias humanas del modelo político, económico y social prevaleciente desde la dictadura y constitucionalizado en la Constitución de 1980; una erupción de hastío colectivo ante múltiples formas de despojo por apropiación privada del espacio social que se expresó mediante la protesta y sus formas características de interrupción agresiva de la normalidad social. Este reclamo encuentra su sustento último en legítimas expectativas de buen vivir que quienes se movilizan consideran que han sido defraudadas durante las últimas tres décadas; es decir, durante el período que podemos identificar de manera extendida como la transición.

La normalidad política de la transición se ha caracterizado por una clase política que se acostumbró a no cuestionar las reglas del mercado y a ignorar las demandas ciudadanas por cambios políticos y sociales; intelectuales tecnocratizados que nunca desarrollaron la costumbre de escuchar a la ciudadanía ni menos de intentar persuadirla con sus ideas, y un declive en los hábitos de participación entre los propios ciudadanos. A esto se suma la prevalencia de relaciones estructuralmente desiguales, y por ello a menudo opresivas, entre empleadores y trabajadores, empresas y consumidores,

grandes cadenas de *retail* y sus pequeños proveedores, hombres en posiciones de poder y mujeres en condiciones subordinadas, mayorías morales y personas sexualmente diversas, chilenos de tez clara y minorías étnicas, entre otros casos. Si el estallido social de 2019 alcanzó la intensidad que tuvo, fue porque estuvo alimentado por las incontables experiencias de exclusión, despojo y humillación acumuladas entre quienes se han manifestado pacífica o violentamente; las fisuras sociales que se manifiestan a través de esas experiencias son el combustible que ha alimentado la hoguera del descontento social y ha mantenido viva la movilización.

La confluencia de los movilizados en las principales plazas y avenidas de cada ciudad grande, mediana o pequeña nos recuerda que la protesta consiste en un ejercicio teatral de puesta en escena de la disputa por el control de la ciudad y sus signos, así como también que quienes ocupan ese espacio son cuerpos que habitualmente mantienen viva a la ciudad a través de su labor y su ocio, de sus quehaceres y de su consumo. Como bien lo percibió Emmanuel SIEYÈS, el reclamo político del pueblo, “hombre fuerte y robusto que tiene todavía un brazo encadenado”, se sustenta en última instancia en que, mediante la ejecución de sus labores, los más mantienen activas las pulsiones vitales del cuerpo político<sup>1</sup>. La expresión de las pasiones de este sujeto colectivo siempre ha tenido un potencial constituyente. La “primera causa de la libertad de Roma”, sostuvo MAQUIAVELO, fueron los “buenos ejemplos” causados por los “tumultos y desórdenes” con que la plebe reaccionó contra los patricios; las “buenas leyes”, que son aquellas que van “en beneficio de la pública libertad”, fueron producidas por “aquellos desórdenes que muchos inconsideradamente condenan”. Reivindicando el potencial constituyente de la furia plebeya que amenaza la ciudad, afirmó:

“Y si alguno dijera que eran procedimientos extraordinarios y casi feroces los de gritar el pueblo contra el Senado, y el Senado contra el pueblo, correr el pueblo tumultuosamente por las calles, cerrar las tiendas, partir toda la plebe de Roma, cosas que sólo espantan a quien las lee, diré que en cada ciudad debe haber manera de que el pueblo manifieste sus aspiraciones, y especialmente en aquellas donde para las cosas importantes se valen de él. Roma tenía la de que, cuando el pueblo deseaba obtener una ley, o hacía alguna de las cosas dichas,

---

1 SIEYÈS, Emmanuel (2003), *¿Qué es el Tercer Estado?: precedido de Ensayo sobre los privilegios*, p. 90.