

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 o visite nuestra página web 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

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 |