



Observatorio
Judicial

Informe N° 45

Judicialización de la propuesta constitucional

— Materias que serán definidas por los tribunales de justicia

AGOSTO 2022

www.observatoriojudicial.org

La propuesta constitucional que deberá ser votada el día 4 de septiembre contiene una serie de disposiciones que pueden generar considerables presiones hacia la judicialización. Eso significa que muchas de las materias más relevantes de la eventual implementación de una nueva constitución serán definidas no por el legislador, como corresponde en una democracia saludable, sino por los tribunales de justicia.

Lo anterior ocurrirá por dos tipos de razones. Algunas son generales para todo el texto constitucional, por cuanto que los mecanismos de reclamación establecidos por la propuesta son amplios -i.e. la acción de tutela-, lo que desembocará en más acciones presentadas ante la justicia, con resultados muy inciertos. Pero, además, hay normas particulares en una infinidad de materias que no quedaron bien definidas en el texto propuesto y que, de no mediar una definición legislativa, amenazan con generar incertezas que deberán ser resueltas por los jueces.

El presente documento aborda el riesgo de judicialización que representa la propuesta constitucional. En primer lugar, explica, en general, qué es la judicialización y por qué resulta problemática. Luego, se presentan algunos argumentos para mostrar que la propuesta generará incentivos para la judicialización. Finalmente, se puntualizan 11 materias específicas del texto constitucional que ilustran —sin pretensión de exhaustividad— los potenciales nudos de judicialización.

1. Qué es la judicialización y por qué es problemática

La judicialización es el traslado del poder político desde los poderes Ejecutivo y Legislativo, hacia el Poder Judicial. Es decir, asuntos que tradicionalmente son resueltos por los representantes electos, comienzan a ser resueltos por los tribunales de justicia. Con todo, es importante precisar que la judicialización no es fenómeno único, sino que de varios fenómenos interconectados.

El primero y más obvio son los altos niveles de litigación: decimos que hay judicialización cuando tenemos tribunales atestados de causas. Un caso paradigmático son los recursos de protección contra las alzas de los planes de Isapre, que sólo en 2020 alcanzaron cerca de 200 mil recursos de protección¹.

El resultado de este fenómeno es que, por meras capacidades físicas, los jueces dejan de resolver conflictos jurídicos y comienzan a administrar soluciones de política pública mecánicamente. En vez de contar con una solución general y abstracta definida por la vía legislativa para todo el país, los ciudadanos se ven obligados a pasar por un trámite judicial engorroso para obtener la satisfacción de sus derechos, al que solo pueden acceder las personas con determinado nivel socioeconómico. Y desde el punto de vista del funcionamiento general del sistema institucional, la judicialización masiva genera incertidumbre entre los ciudadanos y enormes gastos para el Estado.

Ahora bien, no es extraño que esto sea la consecuencia de políticas públicas mal diseñadas, o mal implementadas por un Estado ineficaz. Como señala John Ferejohn, “cuando las ramas políticas no pueden

¹ <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=345912>

actuar, la gente que busca resolver sus conflictos tenderá a gravitar hacia instituciones que les ofrezcan soluciones y los tribunales (y los procesos legales asociados) a menudo ofrecen sitio”².

Pero también hablamos de judicialización cuando los tribunales deben resolver asuntos que, si bien no alcanzan grandes números, son muy relevantes desde un punto de vista cualitativo, ya sea por razones simbólicas, ya sea porque las consecuencias de dichos fallos afectan a todo el país o amplios sectores de la sociedad.

Por supuesto, bajo un estado de derecho en forma, es normal que los tribunales ejerzan como guardianes de la Constitución y las leyes, protegiendo a los ciudadanos de las decisiones arbitrarias de la autoridad política. Por ejemplo, la decisión de 1985 del Tribunal Constitucional de exigir una justicia electoral efectiva para el plebiscito de 1988, implicó no sólo una revisión judicial de la ley orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones, sino que, sobre todo, una intervención clave en el restablecimiento de las reglas del juego democrático.

Sin embargo, cuando los tribunales comienzan a dirimir más y más asuntos políticamente conflictivos, es normal que parte de la sociedad comience a criticar el déficit democrático de las decisiones de los jueces. Lamentablemente, resulta muy difícil para los jueces ejercer sus funciones con prudencia, porque son los propios actores políticos quienes llevan a los estrados la decisión de los asuntos polémicos. Este escenario empeora cuando el clima político de un país hace más difícil la búsqueda de consensos en las instancias políticas correspondientes, lo cual puede verse exacerbado por un mal diseño institucional.

2. Por qué la propuesta constitucional puede generar judicialización

De aprobarse la propuesta constitucional, lo más probable es que veamos un gran aumento de la judicialización, tanto desde un punto de vista cualitativo (tribunales adoptando decisiones políticamente relevantes) como cuantitativo (altos niveles de litigación).

Desde un punto de vista cualitativo, la sola aprobación de un nuevo texto constitucional genera, por definición, discrepancias entre la antigua legislación preconstitucional y el nuevo texto aprobado. En el caso de esta propuesta constitucional en específico, este efecto se verá agravado por la cantidad de derechos y principios que establece, y por el quiebre con la tradición constitucional chilena en prácticamente todas las materias.

Lamentablemente, el marco institucional delineado en la propuesta constitucional es particularmente poco apto para tramitar las incoherencias entre la legislación y el nuevo texto constitucional. En efecto, la Corte Constitucional que se propone no podrá conocer requerimientos de inconstitucionalidad contra proyectos de ley y sólo podrá revisar la constitucionalidad de leyes ya aprobadas y que puedan tener aplicación en un juicio en trámite, por medio de la acción de inaplicabilidad.

Sin embargo, las partes no podrán presentar la acción, sino sólo los jueces. Como estos últimos tienen muy pocos incentivos para presentar inaplicabilidades —principalmente, porque la interposición de la acción de inaplicabilidad enlentece los procesos, hace que el juez pierda el control de la causa y afecta su

² Ferrejohn, J, “Judicialización de la política, politización de la ley”, Judicialización de la política, En: Ferrejohn, J., Ansolabehere, K., Dalla, A. y Uprimny, R. Los jueces y la política. Bogotá: Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 9-39.

deber de imparcialidad, porque lo hace aparecer actuando a favor de una de las partes del juicio— lo más probable es que la acción se convierta en letra muerta.

Dicho en simple, la Corte Constitucional apenas tiene atribuciones para ejercer el control de una constitución que entrará en conflicto con todo el ordenamiento jurídico. De este modo, cuando la justicia ordinaria se vea obligada a interpretar la ley antigua y la nueva constitución, sin la guía de una Corte Constitucional inoperativa, no dudará en controlar la constitucionalidad de la ley por sí misma. De este modo, si antes se criticaba al Tribunal Constitucional por ejercer un rol contramayoritario, ahora todos los jueces y todas las cortes del país, incluyendo a la Corte Suprema, ejercerán dicha función. Habremos pasado de un sistema de control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional, a uno difuso en todo el Poder Judicial.

Ahora bien, en concreto, el elemento que generará mayor nivel de judicialización será la protección de los derechos por los jueces, tanto en un sentido cuantitativo como cualitativo. Desde un punto de vista cuantitativo, mientras no se diseñen, financien e implementen las políticas públicas destinadas a entregar las prestaciones asociadas a cada uno de los derechos sociales comprometidos, el resultado más probable es una avalancha de acciones de tutela exigiendo la satisfacción inmediata de dichos derechos. Y, desde un punto de vista cualitativo, incluso cuando las referidas políticas públicas hayan sido diseñadas, financiadas e implementadas, es probable que las personas demanden en los tribunales prestaciones no contempladas en dicho diseño. Y como ya ocurre en materia de salud, lo más probable es que los jueces desdibujen las políticas públicas aprobadas por la autoridad legislativa, en aplicación directa de los derechos sociales garantizados por la Constitución.

A continuación, se presentan, sin pretensión de exhaustividad, algunos de los nudos de judicialización probable, atendiendo a las disposiciones más problemáticas de la propuesta constitucional.

3. Materias que serán constitucionalizadas

1. Propiedad

Uno de los aspectos más polémicos de la propuesta constitucional es que, en caso de expropiación, ya no se le indemniza el daño patrimonial efectivamente causado, como señala la Constitución actual, sino “el justo precio del bien expropiado” (artículo 78.4.)

Actualmente, la discusión en los tribunales de justicia se centra en el monto del valor del bien expropiado, lo cual es una discusión empírica. Sin embargo, al introducir el concepto de “justo precio”, se introduce una consideración valorativa, esto es, la “justicia” del monto de la indemnización, lo que, en último término, depende de la discrecionalidad de los jueces. De este modo, pasamos desde una discusión empírica sobre el valor de los bienes expropiados, a una discusión subjetiva que entrega un poder enorme a la posición subjetiva de los jueces.

2. Pluralismo jurídico

La propuesta constitucional establece que la jurisdicción se ejerce por los tribunales de justicia y por “las autoridades de los pueblos y naciones indígenas” (artículo 307) y que “El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia” (artículo 309).

Lo anterior acarrea enormes incertidumbres. Para empezar, contra lo señalado normalmente en el debate público, no se establecerán “tribunales indígenas” sino que la propuesta entrega la facultad jurisdiccional a “las autoridades de los pueblos y naciones indígenas”, es decir, por ejemplo, a los loncos en el pueblo Mapuche, o al Consejo de Ancianos en el pueblo Rapa Nui.

De este modo, no sólo se afecta la igualdad ante la ley entre las personas indígenas y no indígenas, sino también el derecho de los propios indígenas a ser juzgados por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial.

Por otra parte, la propuesta no excluyó las materias penales de los sistemas indígenas, no reguló el conflicto entre indígenas y no indígenas, ni resolvió la voluntariedad u obligatoriedad de los sistemas de justicia indígenas para quienes están sometidos a ellos. En suma, se trata de una serie de problemas de competencia que deberán ser resueltos por la Corte Suprema mientras el legislador no defina el asunto e, incluso, luego de que hayan sido dictadas las respectivas leyes.

3. Otras materias indígenas

Existen otras materias, distintas del pluralismo, existen normas relativas a los pueblos indígenas que pueden generar judicialización. A continuación, se mencionan algunas de ellas, sin pretensión de taxatividad:

- a. Una de las normas más bulladas ha sido el artículo 191.2, que exige que los pueblos y naciones indígenas deben dar su “consentimiento libre, previo e informado en materias y asuntos que les afecten sus derechos reconocidos en la propuesta constitucional”. Aquello es un estándar más estricto que el convenio 169 de la OIT, traduciéndose en los hechos en una herramienta de veto tanto en leyes, como en proyectos de inversión de cualquier naturaleza. ¿Cuándo y cómo se entenderá que la norma ha sido infringida? Lo más probable, es que el asunto deba ser resuelto por los tribunales de justicia.
- b. En materia de propiedad, el artículo 79 reconoce la propiedad indígena, señalando que goza de “especial protección” y promueve la “restitución” de sus tierras. Además, el numeral 4 establece que los pueblos indígenas “tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva”.

Con lo anterior, queda claro que los indígenas no se someten a las mismas normas sobre expropiación y que, por el contrario, tienen derecho que se expropie a otros en beneficio de su existencia colectiva. Además de la obvia infracción a la igualdad ante la ley, lo anterior crea

una situación de enorme incerteza para los propietarios de tierras o faenas productivas en territorios indígenas, como las empresas forestales en el sur o las empresas mineras en el norte del país, sin que quede claro cuál sería en su caso el estatuto de garantías en caso de expropiación. Obviamente, esta incerteza genera presiones para la judicialización, puesto que serán los jueces quienes deberán adjudicar los respectivos derechos en caso de que haya reclamaciones de alguna de las partes.

- c. La propuesta constitucional considera a los pueblos indígenas en una infinidad de materias de enorme relevancia política y jurídica, pero ¿quiénes forman parte de los pueblos indígenas y cuántos pueblos indígenas existen? Sobre lo segundo, el artículo 5.2 reconoce algunos pueblos indígenas, pero entrega a futuras leyes nuevas incorporaciones. Aquello implicará que podrán auto conformarse más comunidades indígenas en Chile, complejizando con ello los procesos de evaluación ambiental y aumentando su judicialización. Este artículo debe interpretarse junto con el artículo 162 numerales 2 y 3, en que se dispone la autoidentificación con los pueblos y naciones indígenas y el pueblo tribal afrodescendiente.
- d. El artículo 14.2 dispone que la promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales será conforme al derecho internacional de los derechos humanos (y no conforme a los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile). De este modo, se establece un criterio de control que excede el ámbito de nuestra soberanía.
- e. El artículo 14.3. promueve el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas, lo que es una abierta injerencia y afectación a la soberanía con países vecinos. Chile ya dispone de mecanismos de cooperación transfronteriza mediante acuerdos oficiales entre países, por ejemplo, en lo que respecta a Pasos Fronterizos, Internados, Consultorios. Sin embargo, esta norma es mucho más abierta, ya que no se indica quién será responsable de esa cooperación y no se resuelve el conflicto que puede producirse en materia migratoria.

4. Vivienda

El proyecto establece que el Estado deberá tomar todas las medidas necesarias para asegurar “el goce” y “la tenencia” de una vivienda, pero no el dominio (artículo 51). En el caso de los propietarios de terrenos tomados por terceros, o bien, de inmuebles arrendados en que el arrendatario no paga, o se niega a abandonar el lugar, ¿cómo interpretará la justicia la colisión entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda?

5. Educación

En materia educacional, la propuesta garantiza el derecho a la educación (artículo 35) y la libertad de enseñanza (artículo 41).

El artículo 36.7 establece que “la educación pública constituye el eje estratégico del Sistema Nacional de Educación; su ampliación y fortalecimiento es un deber primordial del Estado, para lo cual articulará, gestionará y financiará un Sistema de Educación Pública de carácter laico y gratuito, compuestos por establecimientos e instituciones estatales de todos los niveles y modalidades educativas”. Luego, el artículo 37 señala que “El Estado debe financiar este Sistema

de forma permanente, directa, pertinente y suficiente a través de aportes basales, a fin de cumplir plena y equitativamente con los fines y principios de la educación”.

Sin embargo, nada se señala respecto de la educación particular y de la educación particular subvencionada. Más aún, al tratar de la libertad de enseñanza, la propuesta constitucional sólo habla de la libertad de los padres y de los profesores, pero no de la libertad para desarrollar proyectos educativos independientes. En consecuencia, no se obliga al Estado a financiar un sistema educativo compuesto por establecimientos estatales y privados como hoy, sino solo a financiar aquellos colegios que pertenecen al sector público. Si ello conlleva una reducción o limitación del financiamiento de colegios particulares subvencionados, los apoderados de dichos colegios pueden interponer acciones de tutela contra el Estado tanto en nombre del derecho a la educación como a la libertad de enseñanza.

6. Trabajo

En materia de trabajo, existen múltiples disposiciones que pueden generar un fenómeno de judicialización:

- a.** La propuesta establece “el derecho al trabajo” y, luego, declara que “El Estado garantiza el trabajo decente y su protección” (artículo 46.1). Si una persona está desempleada, la propuesta constitucional establece la posibilidad de que presente una acción de tutela para obtener la satisfacción de dicho derecho. Sin embargo, la pregunta para el juez es quién debe satisfacer dicho derecho y qué significa dicha satisfacción. ¿Puede el juez decretar, por ejemplo, que el Estado tiene el deber de contratar a un demandante desempleado?
- b.** A continuación, la propuesta constitucional establece “el derecho a una remuneración equitativa, justa y suficiente, que le asegure su sustento y el de su familia. Además, tienen derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor”. De este modo, la remuneración del trabajador dependerá del tamaño y necesidades de su familia, determinación que parece contradictoria con la obligatoriedad de que las remuneraciones de trabajos “de igual valor” sea la misma. Tampoco queda claro si la corrección de la remuneración debe hacerla el empleador, o por medio de aportes directos o indirectos del Estado.
- c.** Quizás uno de los aspectos más sorprendentes de la propuesta en materia laboral es la prohibición del despido arbitrario (artículo 46.3) Esta norma es confusa, pues no deja claro si implica la nulidad del despido o sólo el recargo de la indemnización como ocurre con despidos en que el trabajador no tenga fuero o que no se trate de un despido antisindical. Atendido que, en los hechos, los juzgados del trabajo tienden a acoger la inmensa mayoría de las demandas por despido injustificado, el resultado más probable es un período de gran incerteza jurídica.
- d.** En materia de negociación colectiva, el artículo 47.2 de la propuesta establece que “las organizaciones sindicales son titulares exclusivas del derecho a negociación colectiva, en tanto única representante de trabajadoras y trabajadores ante el o los empleadores”. ¿Qué

pasa si el empleador logra acuerdos con personas no sindicalizadas? El sindicato va a demandar ante los juzgados laborales.

- e. Los trabajadores, a través de las organizaciones sindicales, podrán participar en las decisiones de la empresa (art. 48). Esto altera la facultad de dirección de las empresas y de organización de la faena regulado en la legislación laboral. Lo anterior genera una colisión con el derecho de propiedad sobre la empresa, así como el derecho a emprender. Si el dueño pierde el control de la empresa que ha creado, puede generarse un conflicto que deberá ser resuelto por los tribunales de justicia.

7. Aguas

En materia de aguas, todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados previamente pasan a ser autorizaciones de uso de agua (Transitoria trigésimo quinta). Es decir, pasan a ser autorizaciones administrativas, precarizándose el título de uso. A ello se suma que la DGA o la Agencia Nacional de Agua, según corresponda, debe iniciar un proceso de redistribución de caudales de las cuencas, para garantizar los usos prioritarios reconocidos por la CPR. El primer proceso regional debe indicarse 6 meses después que entre en vigencia la CPR. No se establecen criterios ni orientaciones para realizar dicha redistribución, que, en los hechos, implicará quitarles caudal a unos, para darle a otros. No se menciona si aquello tendrá o no una compensación económica. (Artículo Trigésimo octavo transitorio).

Considerando, además, que la propuesta de CPR impide su comercialización y transferencia, hay un riesgo financiero importante, ya que muchos proyectos de inversión tienen hipotecados tales derechos de agua, con lo que perderían su valor comercial.

Todo lo anterior amenaza con terminar judicializándose, sobre todo en el entendido que los antiguos propietarios de los derechos de agua pueden invocar la vulneración de su derecho de propiedad, conforme a los tratados internacionales firmados por Chile y que, ahora, tienen aplicación directa.

Mención aparte merece la norma que dispone que los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que estén en sus territorios y que sean indispensables para su existencia colectiva (artículo 79.4). Con ello, tendrán prioridad en la redistribución de los derechos de aguas en las cuentas, y en el otorgamiento de los permisos administrativos, respecto al resto de los chilenos. Además, podría darse el caso de un conflicto de derechos entre los pueblos indígenas, el derecho de la naturaleza en el caso de una cuenca con déficit hídrico y los derechos de agua existentes.

8. Minería

La propuesta constitucional dispone que la actividad minera queda excluida de los glaciares, las áreas protegidas y aquellas que establezca la ley (artículo 146). Al no existir norma transitoria alguna que disponga la vigencia de esta disposición, se entiende que, en caso de aprobarse la propuesta constitucional, entra a regir de inmediato, surgiendo entonces la interrogante respecto

de los yacimientos mineros que ya desarrollan actividades en glaciares y áreas protegidas. Esa normativa afectaría a la División Andina y la División el Teniente de Codelco, Los Bronces de Anglo American y Los Pelambres cuyo 60% es propiedad de Antofagasta Minerals. Entre ellas, suman una producción mayor a 1,3 millones de toneladas métricas de cobre fino en 2021, cerca de un 23% de la producción total del país. En el caso de las operaciones de Codelco, afectaría también a más de 5.200 trabajadores propios.

Obviamente, el riesgo de judicialización por afectarse el derecho de propiedad sobre las concesiones mineras y el derecho al trabajo de un sinnúmero de trabajadores es alta .

9. Medio ambiente

La propuesta constitucional establece que el Estado debe promover y garantizar los derechos de la naturaleza (artículo 18.3 y Artículo 103). Es decir, pone al mismo nivel los derechos de la naturaleza y los derechos de las personas, sin embargo, la propuesta constitucional no entrega orientaciones sobre cómo resolver situaciones en que ambos derechos estén en conflicto.

10. Orden Público y Fuerzas Armadas: el rol del derecho internacional

Los artículos 296 y 297 establecen que la Política Nacional de Seguridad Pública debe formularse con pleno respeto al derecho internacional, como norma abierta. Lo mismo ocurre en cuanto al uso de la fuerza, que se supedita al respecto del derecho internacional (en abstracto, no a los tratados firmados y ratificados por Chile). Lo mismo se establece respecto de las funciones de las FFAA, que deben estar definidas conforme a la Carta de Naciones Unidas. Es decir, se define el rol interno de nuestras FFAA según un documento foráneo. Así, cualquier cambio en el seno de la ONU, afectaría como Chile gestiona sus FFAA y, obviamente, podría implicar que futuras acciones judiciales iniciadas contra las FFAA tomen como criterio el derecho internacional y no sólo el doméstico (artículo 299).

11. Conflictos de atribuciones entre entidades territoriales

La propuesta establece una organización territorial basada en comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías regionales indígenas. Dado que el artículo 194 establece que entre estas entidades territoriales “rige el principio de no tutela”, se producirá un conflicto de atribuciones que, en caso de no estar muy bien delimitado por el legislador, es probable que termine judicializándose.