

Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile

Editores:

Javier Cifuentes Ovalle y Claudio Pérez Lillo



Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile


Editores:

Javier Cifuentes Ovalle y Claudio Pérez Lillo


Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile

© Centro de Estudios del Desarrollo

<http://www.ced.cl/>

 @ced_cl

 @c.estudios.desarrollo

 @CentrodEstudiosdelDesarrollo

Editores:

Javier Cifuentes Ovalle y Claudio Pérez Lillo

Autores y autoras:

Alejandra Benítez Ureta

Alejandra Precht Rorris

Anamaria Silva Mena

Andrés Peñaloza Muñoz

Angélica Bonilla Castro

Augusto Wiegand Cruz

Camila Carvallo Perlo

Carolina Velasco Ortúzar

Catalina Fernández Carter

Daniela Henríquez Encamilla

Esteban Szmulewicz Ramírez

Fernando González Escalona

Flavio Quezada Rodríguez

José Maritano González

Juan José Richter Espinosa

Laura Mancilla Rubio

Leonardo Castillo Cárdenas

Marco Vásquez Bermejo

María Cristina Escudero Illanes

Mariana Ardiles Thonet

Mariana Canales Subercaseaux

Martín Canessa Zamora

Paula Donoso Vergara

Ricardo Montero Allende

Tomás de Rementería Venegas

Tomás Ilabaca Turri

Diseño y diagramación:

Ediciones Revista Mensaje / Mercedes Lincoñir H.

Registro de Propiedad Intelectual: 2021-A-571

ISBN: 978-956-7815-17-3

Publicado en Marzo, 2021.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Índice

7 Introducción

10 Primera Parte: Dignidad, Derechos y Deberes

- 11 De la Proclamación a la Constitucionalización de la Dignidad: Constitución y Dignidad Humana en Chile. *Augusto Wiegand Cruz.*
- 18 Subsidiariedad y Solidaridad: ¿Qué aporte pueden hacer estos principios del Pensamiento Social de la Iglesia a un Nuevo Pacto Social?. *Juan José Richter Espinosa.*
- 24 Hacia la configuración de una educación inclusiva y participativa en la nueva Constitución. *Camila Carvalho Perlo y Tomás Ilabaca Turri.*
- 31 La educación como derecho social: un cambio constitucional para una educación de calidad. *Angélica Bonilla Castro y Catalina Fernández Carter.*
- 40 Consagración Constitucional y Arreglos Sociales para el Derecho a la Salud. *Fernando González Escalona y Laura Mancilla Rubio.*
- 47 Salud y Constitución: antecedentes para la discusión. *Alejandra Benítez Ureta y Carolina Velasco Ortúzar.*
- 55 Libertad sindical y derecho de huelga en el sector público. Ideas para una nueva definición constitucional. *Paula Donoso Vergara.*
- 61 Constitución, Seguridad Social y Rol del Estado. *Marco Vásquez Bermejo.*
- 67 El derecho de propiedad y las cargas públicas: desde la Constitución vigente hacia una nueva Constitución. *Andrés Peñaloza Muñoz.*
- 74 La protección constitucional de la propiedad industrial en Chile: análisis y desafíos para una nueva Constitución. *Leonardo Castillo Cárdenas.*

- 80 De la ausencia al reconocimiento y del reconocimiento a la eficacia: La incorporación del derecho a la vivienda en la Nueva Constitución como una necesidad democrática. *Martín Canessa Zamora.*

89 Segunda Parte: Estado, Instituciones y Participación

- 90 Un nuevo Estado para una nueva Constitución. *Flavio Quezada Rodríguez.*
- 95 Desarrollo territorial equitativo y descentralización. Propuestas para la nueva Constitución de Chile. *Esteban Szmulewicz Ramírez y Alejandra Precht Rorris.*
- 106 La descentralización como oportunidad democrática en una nueva Constitución. *Daniela Henríquez Encamilla.*
- 114 Debate sobre Régimen de Gobierno: La Alternativa Semipresidencial. *María Cristina Escudero Illanes.*
- 121 Sistema de gobierno y crisis de representación. *Mariana Canales Subercaseaux.*
- 128 ¿Es necesario un Tribunal Constitucional en Chile?. *Tomás de Rementería Venegas y Flavio Quezada Rodríguez.*
- 134 Seguridad y Nueva Constitución: una oportunidad para cambiar la mirada. *Anamaría Silva Mena y Ricardo Montero Allende*
- 142 Sorteo en la sala de máquinas: una provocación para repensar la participación ciudadana en la Constitución. *Mariana Ardiles Thonet y José Maritano González.*

150 Antecedentes de editores, autores y autoras

INTRODUCCIÓN:

Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile

Introducción:

“Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile”

El fortalecimiento y calidad de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la sustentabilidad del desarrollo han sido los objetivos transversales del Centro de Estudios del Desarrollo (CED) en los últimos años. Una esfera pública veraz y políticas públicas sostenibles, la formación ciudadana de nuevas generaciones y el diálogo entre cultura políticas democráticas han sido la inspiración para nuestros proyectos y actividades.

De eso dan cuenta las últimas publicaciones, ciclos de charlas y escuelas de formación realizadas por las áreas de Políticas Públicas y Diálogo Social y Sustentabilidad y Desarrollo. Hemos publicado los libros “¿Qué Políticas Públicas para Chile? Propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia” (2017), “Democracia y Políticas Públicas: Aportes y propuestas para Chile” (2019) y, “Comunicación Política: Desafíos para nuestra democracia” (2019). También hemos realizado las Escuela de Sustentabilidad y Escuela de Ciudadanía, ofreciendo ciclos formativos para escolares de la Región Metropolitana y de Valparaíso. En cuanto a seminarios y espacios de formación y discusión los últimos años se han desarrollado los Talleres de Socialcristianismo, Autores Contemporáneos, Políticas Públicas en Democracia, Comunicación Política, Diálogos Constitucionales, entre otros.

Junto a esto, también se han efectuado las actividades permanentes del Diálogo Público-Privado y la Comisión de Sustentabilidad Ambiental y Social. El portal Asuntos Públicos, que estrenó nuevo diseño web en 2020, publica periódicamente artículos de reflexión sobre política, sociedad, economía y sustentabilidad. Te invitamos a revisar el sitio: <http://www.asuntospublicos.cl/>

El cambio de la actual Constitución no es un tema nuevo. Distintos actores sociales, políticos e intelectuales han problematizado su origen, pertinencia y legitimidad. Se trata de aspectos tanto de forma como de contenido en el que el CED ha aportado con análisis y propuestas. Por ejemplo, desde el año 2000 en adelante contamos con más de 35 informes publicados en nuestro portal Asuntos Públicos sobre procesos constituyentes, la reforma del

2005, descentralización, nueva institucionalidad económica, social y política, entre otros. La propuesta y esperanzas por el cambio de la Constitución no es nuevo, sí es nuevo el modo y la voluntad para cambiarla a partir del diseño institucional trazado en los últimos meses.

El estallido social de octubre 2019 significó muchas cosas, varias de ellas aún en interpretación y desarrollo. Entre eso, el proceso para una Nueva Constitución se concretó y materializó a través del acuerdo parlamentario de noviembre. En el contexto de los noventa la prioridad fue la consolidación democrática y la disminución de la pobreza. En la década del 2000 la reforma constitucional del gobierno del Presidente Lagos en el 2005 nos permitió avanzar en una serie de materias y terminar con enclaves autoritarios. Los contextos determinan las posibilidades de cambio. Distintas iniciativas y debates políticos y académicos posteriores a la reforma constitucional del 2005 han permitido que hoy estemos *ad portas* de la convención que propondrá un nuevo texto constitucional. Un momento importante en esto fue el proceso participativo de los Encuentros Locales autoconvocados impulsado por la Presidenta Bachelet, que se trató de una iniciativa inédita en nuestra historia.

Una Nueva Constitución es un Nuevo Pacto Social, es un sueño común. Una Constitución contiene las grandes decisiones fundamentales de la comunidad, constituye los valores y normas de convivencia política, establece derechos y deberes y distribuye el poder político y territorial. De ahí la importancia de que sea generada en democracia y a través de un proceso completamente representativo y participativo. El procedimiento empleado y los contenidos deben dotar a la Nueva Constitución del mayor grado de legitimidad. El nuevo Pacto Social que se plasma en la Nueva Constitución debe ser producto de una profunda deliberación democrática. Tenemos la oportunidad de que la Nueva Constitución no sea un texto solo de un grupo de personas sino que un texto constitucional de todos y todas.

La sociedad chilena mayoritariamente, sobre un 80%, votó por una Nueva Constitución. El resultado del plebis-

cito constitucional, tanto en el apruebo como el apoyo a la Convención Constitucional puede ser interpretado de distintas formas. Una aproximación dice relación con la acumulación de un malestar social y una baja legitimidad de la institucionalidad, cuestión que ya venía siendo señalada por el PNUD en los informes de Desarrollo Humano, pero que fue más evidente a raíz del estallido social. Una duda importante y razonable dice relación con que si la Nueva Constitución permitirá canalizar este malestar social y crisis de legitimidad de nuestro sistema político. La respuesta solo el tiempo la podrá dar. Entendiendo que las constituciones no resuelven de la noche a la mañana todos los problemas de las sociedades, pero si pueden sentar las bases que permitan expandir derechos, mejorar la institucionalidad y distribuir el poder, todos elementos importantes para alcanzar mayores niveles de cohesión social, la responsabilidad de quienes resulten elegidos y elegidas en abril próximo será de una gran envergadura, tanto en la forma como en el fondo de la deliberación constitucional de la que formen parte.

Son tiempos de incertidumbre y crisis pero también de anhelos e ilusiones. El proyecto de este libro lo iniciamos en enero del 2020 a poco más de dos meses del estallido social de octubre de 2019, cuando ya se había trazado un camino institucional para una Nueva Constitución. Escribimos esta introducción en enero de 2021, a poco más de dos meses del plebiscito de octubre de 2020 y faltando tres meses para la elección de los y las constituyentes que redactarán la primera Constitución de Chile hecha en democracia. Los últimos 10 meses de este proceso constituyente se han desarrollado durante una pandemia mundial que ha significado la vida de miles de personas. Pandemia aún en curso y en Chile comenzando una segunda ola.

El eje central de este proyecto está centrado en los contenidos para el debate de una Nueva Constitución. Los englobamos en dos secciones: i) Dignidad, Derechos y Deberes y; ii) Estado, Instituciones y Participación. Los artículos que encontrarán a continuación pertenecen a

una compilación de intervenciones de algunos de los expositores y expositoras de nuestro proyecto “Diálogos Constitucionales: El Chile que queremos” en seminarios realizados entre agosto y diciembre de 2020 donde conversamos sobre Régimen de Gobierno, Seguridad Social, Derecho a la Salud, Descentralización y Proceso Constituyente. El resto de los artículos fueron escritos por autores y autoras que pertenecen a la red de colaboración y debate del CED donde prevalece el diálogo entre distintas culturas políticas y la participación de nuevas generaciones en los asuntos públicos del país.

Agradecemos a las personas que nos acompañaron en los seminarios del ciclo Diálogos Constitucionales del 2020: Alejandra Benítez, Carolina Tohá, Claudio Alvarado, Esteban Szmulewicz, Florencia Larraín, Francisco Zúñiga, Guillermo Larraín, Guillermo Pérez, Hugo Cifuentes, Jaime Burrows, María Cristina Escudero, María José Becerra, Mariana Canales, Paula Benavides y Soledad Barría.

Agradecemos a la Fundación Konrad Adenauer que colaboró en la concreción de los seminarios y publicación del libro. A los autores y autoras por la paciencia y la contribución: Alejandra Benítez, Alejandra Precht, Anamaría Silva, Andrés Peñaloza, Angélica Bonilla, Augusto Wiegand, Camila Carvallo, Carolina Velasco, Catalina Fernández, Daniela Henríquez, Esteban Szmulewicz, Fernando González, Flavio Quezada, José Maritano, Juan José Richter, Laura Mancilla, Leonardo Castillo, Marco Vásquez, María Cristina Escudero, Mariana Ardiles, Mariana Canales, Martín Canessa, Paula Donoso, Ricardo Montero, Tomás de Rementería y Tomás Ilabaca.

Queremos agradecer también a Rosa Brantt y Miguel Ramos de nuestro equipo de secretaría y logística, por la prolijidad, cariño y profesionalismo con que realizan su labor en el CED ya sea desde la virtualidad o la añorada presencialidad.

Javier Cifuentes Ovalle
Claudio Pérez Lillo
Enero, 2021

PRIMERA PARTE:

Dignidad, Derechos y Deberes

De la Proclamación a la Constitucionalización de la Dignidad: Constitución y Dignidad Humana en Chile

Augusto Wiegand Cruz*

RESUMEN: La proclamación de la dignidad de todas las personas y el reclamo de condiciones de vida acordes, junto con la exigencia de un nuevo texto constitucional, son dos ambiciosas demandas de extendida presencia en el actual debate nacional. Parece pertinente, entonces, revisar un importante punto de encuentro entre ellas: el concepto constitucional de dignidad humana. El presente texto pretende entregar claves introductorias, analizando, desde diferentes planos, algunos de sus elementos centrales de comprensión. Para ello, en primer lugar, se describe brevemente su paso por la historia de las ideas, su ingreso al plano jurídico y una visión general de su estado en el derecho comparado. Luego se revisan algunas de sus peculiaridades en el derecho alemán, donde la dogmática respectiva ha alcanzado su mayor desarrollo. A continuación, se realiza tanto una breve revisión crítica de su manejo por la jurisprudencia y la literatura nacional como algunas consideraciones de cara a la posible redacción de una nueva Constitución. Algunas reflexiones generales concluyen el texto.

Introducción

El concepto de dignidad fue incorporado en el orden constitucional chileno en la Constitución de 1980. Durante su vigencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han recalcado su importancia normativa. Sin embargo, el trabajo dogmático en torno al concepto ha sido relativamente escaso.

Por otro lado, hoy se apela a la dignidad con frecuencia. Diferentes reclamos individuales o grupales; programas políticos y sociales; en fin, querellas, demandas y sentencias judiciales, la utilizan como fundamento de múltiples pretensiones, no pocas veces contradictorias entre sí. En las protestas y manifestaciones que se desarrollaron a lo

largo de Chile a partir de mediados de octubre de 2019, la palabra fue proclamada una y otra vez por las voces de sus protagonistas, escrita en decenas de carteles y rayada incluso en los más venerables muros. Esas protestas y manifestaciones desembocaron, en último término, en el acuerdo político que abrió las puertas a la redacción de una nueva Constitución¹.

Con el objeto de ser un aporte al debate constitucional en curso, este artículo pretende revisar, de manera general, algunos elementos centrales para la comprensión del concepto constitucional de la dignidad humana. Para ello, antes de realizar un análisis de la principal jurisprudencia y doctrina nacional sobre la materia, junto con algunas consideraciones de cara a un posible nuevo texto constitucional, se hará, primero, una pequeña reseña de su paso por la historia de las ideas, su adopción jurídica y su estado en el derecho comparado y, segundo, una descripción de sus características básicas en el derecho constitucional alemán.

Breve reseña histórica

La dignidad en la historia de las ideas

La voz dignidad puede rastrearse hasta el pensamiento clásico, pero, en general, en un significado opuesto a su comprensión actual (Hufen, 2020, p. 131). Así, por ejemplo, los romanos la utilizaron en el sentido del honor que conllevan determinados cargos públicos, es decir, como *distinción política* (Dreier 2013, Rn. 3), acepción alternativa que aún conserva. Será sólo con la concepción antropo-

* Agradezco al Servicio Alemán de Intercambio Académico [Deutscher Akademischer Austausch Dienst] (DAAD) y a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) de Chile por el soporte que hace posible esta investigación.

¹ Quizás el símbolo que resume de mejor manera lo acontecido es el hecho de que los manifestantes rebautizaron informalmente como "Plaza de la Dignidad", a la que desde hace un buen tiempo ya se ha convertido en el epicentro nacional de todas las celebraciones, manifestaciones, protestas y actos masivos, incluyendo aquellos que exigen una nueva Constitución: la Plaza Baquedano. Sin embargo, otros observadores, han señalado que la destrucción, violencia y saqueos, por una parte, y los graves abusos policiales, por otra, que con frecuencia se dieron en el contexto de dichas manifestaciones, no hacen honor a esa dignidad que se proclama. Esto no hace sino evidenciar, primero, las diferentes valoraciones que, de hecho, existen sobre la dignidad y, segundo, uno de los mayores desafíos de la dignidad como norma constitucional: no ser capturada por una de las tantas visiones en competencia en una sociedad plural.

lógica cristiana del *Imago Dei*, que la dignidad, en cuanto don divino, será caracterizada como una propiedad igualitaria, indisponible e irrenunciable presente en todo miembro de la especie humana². Posteriormente, durante el renacimiento, se realza que el valor superior del ser humano reside en ciertas capacidades que lo distinguen del resto de las criaturas. Pico della Mirandola (della Mirandola, 1486) destaca que el hombre es el único ser soberano de sí mismo, dotado de libertad para auto moldearse y transformarse. Luego, la Ilustración, y de manera especialmente notable en el trabajo de Kant, fundamenta la dignidad en las capacidades de racionalidad y pensamiento moral autónomo, concluyendo que el trato merecido por quien las ostenta es el que le corresponde a un sujeto (Kant, 1998). En efecto, los documentos legales emblemáticos de dicha época, tales como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) o la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1779), afirmaron la titularidad de derechos del ser humano por su mera calidad de tal. Con todo, a la dignidad todavía le faltaba un buen tiempo para su recepción legal.

La dignidad como concepto jurídico-constitucional

Así, si bien existen algunos antecedentes³, los primeros documentos normativos de relevancia que hicieron referencia a la dignidad humana fueron la Carta (1945) y la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ["ONU"] (1948). El constituyente alemán tuvo dichos documentos en consideración, entre otras fuentes, al redactar la norma de la dignidad consagrada en el Art. 1.1 de la Ley Fundamental [*Grundgesetz*] ("GG") (1949). Desde ese entonces, el concepto de dignidad humana ha sido adoptado por incontables instrumentos jurídicos. En el orden de la ONU, además de los ya mencionados, cabe destacar que se encuentra reconocido, entre otros documentos, en la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Preámbulo y Art. 10] (1966) y en la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Preámbulo y Art. 13] (1966). A nivel europeo, lo mencionan tanto el Tratado de Lisboa [Preámbulo] (2007) como la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea [Preámbulo y Art. 1]. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos [Art. 2 y 11] (1969), también hacen referencia a ella. Más lejos, la nombran también, por ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos [Preámbulo] (1981) y la Carta Árabe de Derechos Humanos [Preámbulo y Art. 59] (1994). A nivel de constituciones domésticas, su consagración es tan extendida, que

se puede ejemplificar señalando las excepciones⁴. Mientras en América Latina, con la sola excepción de Uruguay, todo el resto de las constituciones la mencionan, en África, apenas siete y en Europa, sólo doce, no lo hacen. Finalmente, aun cuando en Asia su presencia es menos constante, incluso allí la mayoría de los textos constitucionales la contienen.

Su naturaleza jurídica, sin embargo, varía en cada uno de estos documentos. En ese sentido, sólo en el caso de una porción minoritaria de ellos se le ha interpretado como un derecho fundamental. Dentro de éstos, es en Alemania donde el trabajo dogmático y jurisprudencial en torno al concepto ha alcanzado su mayor nivel de desarrollo, alcanzando gran influencia internacional (Barak, 2015, p. 240). La misma norma contenida en el Art. 1.1 GG se ha convertido en un enunciado ejemplar para aquellas jurisdicciones que, con posterioridad, han incorporado una cláusula sobre dignidad en sus respectivos textos constitucionales:

*"La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es deber de todo poder público"*⁵.

La dignidad en el derecho constitucional alemán. Breve descripción

Antecedentes

La bibliografía en torno al Art. 1.1 GG es prácticamente inabarcable. Junto con ello, la Corte Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgericht*] ("BVerfG") lo ha tratado en diversas sentencias ("BVerfGE"), contribuyendo sustancialmente a definir sus contornos dogmáticos. Todo esto, en el contexto de una larga tradición jurídica caracterizada por su sistematicidad y minuciosidad. A continuación, se presenta un bosquejo introductorio sobre algunas de las peculiaridades del trabajo dogmático sobre la dignidad en dicha jurisdicción. Por cierto, en torno a cada una de ellas se articulan, como ramificaciones, una serie de complejos debates, la mayoría aún en curso, sobre los cuales no es pertinente profundizar aquí.

Norma jurídica

Existe consenso en la literatura alemana con respecto a que la incorporación del concepto de dignidad humana a la GG responde, en primer término, a una reacción a los crímenes nefandos del nazismo y a la destrucción del estado de derecho durante dicho período⁶. De la misma manera, hay unanimidad en cuanto a su calidad jurídica. Así pues, la norma contenida en el Art. 1.1 GG no tiene una mera función programática, sino que se le considera la

2 Acerca de dignidad humana e *Imago Dei*, ver v.g., Isensee (2006, pp. 199–209).

3 Art. 6. Constitución de Finlandia (1919); Art. 151 Constitución de Weimar (1919); Preámbulo de la Constitución de Irlanda (1937). Para un catastro exhaustivo, véase Barak (2015, pp. 49–50).

4 Para una enumeración exhaustiva, véase Barak (2015, p. 50 y ss.).

5 Der Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

6 Véase, v.g., (Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2003, p. 58; Hoffmann, 1993, p. 356; Hufen, 2020, p. 133; Kingreen & Poscher, 2016, p. 91)

superior del ordenamiento constitucional (Hufen, 2020, p. 134). Se difiere en cambio, en torno a su formal legal, es decir, en cuanto a si ella constituye tan sólo un principio constitucional o también un derecho subjetivo, siendo esta última alternativa por la cual se decanta la doctrina mayoritaria (Hufen, 2020, pp. 134-136) y la jurisprudencia del BVerfG⁷. Quienes afirman su naturaleza exclusiva de principio, señalan que su valor como la norma de mayor jerarquía constitucional se vería devaluado de ser considerada un derecho⁸. Por el contrario, quienes consideran que también posee la calidad de derecho fundamental, sostienen, por una parte, que ambas funciones son complementarias y, por otra, que no sería razonable que el más alto principio constitucional no tuviera para el individuo también un contenido subjetivo (Hufen, 2020, pp. 136-137).

La dignidad como derecho fundamental

a) Afectación del derecho fundamental

Considerar a la dignidad como un derecho subjetivo significa someterla a los elementos de la dogmática correspondiente, teniendo en consideración las prácticas de los operadores jurídicos involucrados. En ese sentido, la comprensión de las características que presenta la dignidad como derecho en el orden constitucional alemán debe tener en cuenta dos aristas. Por un lado, que allí se aborda una eventual afectación iusfundamental esencialmente a través de la pregunta de “si una determinada medida estatal, la cual un individuo quiere repeler, es compatible con un derecho fundamental o si, en cambio, infringe un derecho fundamental”⁹. Por otro, el método, de uso generalizado por la dogmática alemana (Kingreen & Poscher, 2016, p. 3), mediante cual se resuelve dicha pregunta, a saber, el denominado “examen de tres pasos” [*Drei-Schritt-Prüfung*].

Así bien, según este método¹⁰, en primer lugar, corresponde definir, en abstracto, cuál es el ámbito de protección [*Schutzbereich*] de un determinado derecho fundamental. Luego, debe revisarse si una determinada medida estatal puede ser considerada una intervención [*Eingriff*] en el ámbito de protección de aquel. En tercer lugar, debe evaluarse si dicha medida se encuentra o no justificada [*Rechtfertigung*]. Esta justificación depende de si existen posibilidades de limitación, ya sea establecidas directamente en la norma constitucional o ya sea que ésta las autoriza por ley o en virtud de la ley. Si la medida ha pasado todas

estas etapas favorablemente, corresponde, por último, su evaluación a la luz del principio de proporcionalidad. La aplicación de dicho principio implica la comprobación de que el Estado, para conseguir el fin legítimo deseado, ha utilizado un medio adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto¹¹.

b) Ámbito de protección

Como se vio más arriba, al concepto constitucional de la dignidad, más bien reciente, le anteceden siglos de presencia en la historia de las ideas. De ello se derivan al menos dos hechos, en cierta medida en tensión, de importancia dogmática. Primero, que su interpretación no puede independizarse completamente de dicha historia; segundo, que en un estado secular dicha interpretación no puede hacerse depender de visiones filosóficas o religiosas particulares (Hufen, 2020, p. 131). Con todo, la solución que ha encontrado la dogmática alemana ha sido integrar al contenido protegido elementos que se derivan de las principales concepciones de la dignidad. Esto es, sin duda, una manera inteligente de afrontar la disparidad de fuentes, aunque deja sin resolver el problema que se produce cuando dos versiones no son complementarias sino contradictorias entre sí en algún punto.

Una clasificación aceptada (Kingreen & Poscher, 2016, p. 91 y ss.) agrupa las diferentes teorías para la legitimación de la dignidad en tres grandes grupos: la teoría del don [*Mitgifttheorie*], la del rendimiento o capacidad [*Leistungstheorie*], y la del reconocimiento [*Anerkennungstheorie*]. En conformidad con la teoría del don, la que contiene tanto versiones cristianas como ilustradas de la dignidad, la dignidad constitucional protege aquello que distingue a los seres humanos como tales, es decir, su condición de criaturas hechas a la imagen y semejanza de Dios, su racionalidad y su capacidad de voluntad y decisión libre. De acuerdo con la teoría de la capacidad, la dignidad no corresponde al ser humano en virtud de alguna condición previa, sino en medida de su rendimiento o efectividad en la formación de su identidad y auto-representación. Así, lo que el Art. 1.1. GG protege es la posibilidad de comunicación libre dentro de márgenes legales. Finalmente, la teoría del reconocimiento ve el fundamento de la dignidad en el reconocimiento que los seres humanos se deben y otorgan libre y recíprocamente, y a través del cual se constituyen en una sociedad de reconocimiento y solidaridad. Así, mientras la teoría del don presupone la dignidad como una condición humana, la del reconocimiento, en cambio, la entiende como un concepto comunicativo que se produce al interior de la sociedad, y la del rendimiento, en fin, como algo que puede o no ser alcanzado (Kingreen & Poscher, 2016, p. 92).

7 Desde temprano [BVerfGE 1, 322, 343] jurisprudencia estable del BVerfG (Hufen, 2020, p. 135).

8 Véase, por todos, Isensee (2006).

9 Traducción del autor. [En original: “Der Kern eines Grundrechtsfalls ist meistens die Frage, ob eine bestimmte staatliche Maßnahme, die ein Einzelner von sich abwehren will, mit einem Grundrecht vereinbar ist oder gegen ein Grundrecht verstößt” (Kingreen & Poscher, 2016, p. 3)(Kingreen & Poscher, 2016, p. 3)(Kingreen & Poscher, 2016, p. 3)(Kingreen & Poscher, 2016, p. 3)]

10 Sigo aquí, haciendo un resumen de sus factores básicos, la exposición de Kingreen y Poscher (2016, pp. 220-293)

11 Este último requisito busca comprobar que entre la carga que la medida estatal significa para el individuo y el objetivo buscado exista una relación correctamente sopesada (ponderación). La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, a pesar de su amplia utilización por el BVerfG, es objeto de agudas críticas (Kingreen & Poscher, 2016, p. 75).

Cada una de estas tres teorías tocarían aspectos centrales de lo que debe ser protegido por el derecho a la dignidad humana y estarían conformes en las tres sub áreas esenciales que conforman su contenido, a saber: i) la subjetividad humana y especialmente la integridad psíquica y física [intervenciones paradigmáticas: tortura, quebrantamiento de la voluntad, manipulación médica con fines investigativos]; ii) la fundamental igualdad entre los seres humanos [intervenciones paradigmáticas: esclavitud, servidumbre, trata de personas, discriminación y humillación sistemáticas]; la garantía de un mínimo de subsistencia [Intervención paradigmática: denegación de las condiciones para conseguir los recursos materiales y culturales necesarios] (Kingreen & Poscher, 2016, p. 92 y 94).

c) Intangibilidad e intervenciones en el contenido protegido Del adjetivo “intangibile” [*unantastbar*] contenido en el Art.11 GG, se ha concluido que ninguna intervención en el ámbito de protección del derecho puede ser justificada. En otras palabras, cualquier medida estatal que afecte el contenido protegido por el derecho significa inmediatamente una violación del mismo. Por otro lado, en virtud del Art. 79.3 GG, el cual establece que el Art.1 GG queda excluido de toda reforma constitucional, la posibilidad de colisión con otros derechos fundamentales¹² u otros bienes constitucionales protegidos es, por principio, descartada, pues dicha irreformabilidad le otorga al Art. 11 el rango más alto en la escala normativa de la GG (Kingreen & Poscher, 2016, p. 96).

La intangibilidad ha llevado, por una parte, a que el contenido del derecho se interprete de un modo estricto, referido al núcleo de la personalidad humana y, por otro, a desarrollar criterios que permitan detectar cuando se presenta una intervención. Para ello, el BVerfG incorporó tempranamente¹³ y luego fue desarrollando, a partir del la obra de Dürig (1956), la denominada formula-objeto [*Objektformel*] la cual, en esencia, señala que el ser humano es afectado en su dignidad cuando el estado lo hace “mero objeto” de su actuar. Aunque la formula no está exenta de críticas, y no puede, dada su apertura, ser ocupada sin concretizaciones, entrega un criterio de aproximación para detectar intervenciones en el contenido protegido (Kingreen & Poscher, 2016, p. 94).

Dignidad constitucional en Chile

Revisión de la doctrina y jurisprudencia constitucional (1980-2020)

a) Antecedentes

El concepto de dignidad humana fue incorporado en el orden constitucional chileno recién en la Constitución de

1980, dentro del capítulo de apertura “Bases de la Institucionalidad”. Si bien la Constitución ha sufrido múltiples modificaciones, la primera frase del inc. 1º del Art. 1, que contiene la norma sobre dignidad, se mantiene casi idéntica a la original:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹⁴.

b) Naturaleza jurídica

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [“TC”] han caracterizado a la dignidad humana como un valor o principio. En ese sentido, mientras algunos parecieran entregarle un rango equivalente al de la libertad y la igualdad (Ruiz-Tagle Vial, 2006, p. 95), la posición mayoritaria, avalada por el TC, le da un lugar de preeminencia frente a estos últimos conceptos en nuestro orden constitucional. En este sentido, y como ya ha sido correctamente señalado (Aldunate Lizana, 2008, p. 99), el destacar la sobresaliente importancia normativa de la dignidad como valor constitucional, junto con afirmar su carácter de fuente de los derechos fundamentales, es el tópico común y más analizado en la literatura nacional correspondiente.

c) Dignidad como valor y como fundamento de los derechos fundamentales

Así, por ejemplo, Cea sostiene que los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad humana, emanando directamente de ella (1999, p. 90). La dignidad se constituye, de esta manera, en el valor más importante de todos los reconocidos por la Constitución (2019, p. 47). Nogueira, de manera similar, la destaca como “(...) el valor superior, la columna vertebral de todo el orden constitucional y la fuente de todos los derechos fundamentales” (2006a, p. 83). Expresiones parecidas se encuentran en el resto de la doctrina. En efecto, la dignidad humana ha sido descrita como el valor esencial de la Constitución, en base al cual todos los derechos fundamentales existen (Pfeffer Urquiaga, 1998, p. 227); o como la más noble y única fuente de la cual todos ellos emanan (Molina Guaita, 2006, p. 60). La dignidad humana ha sido concebida como la fuente de todos los derechos, al servir como fundamento del derecho a la vida (Vivanco Martínez, 2001). También se ha dicho que la dignidad no sólo sería la fuente de los derechos fundamentales, sino que éstos no serían sino aspectos de aquella (García-Huidobro Correa, 1997, p. 33). EL TC, por su parte, también ha caracterizado repetidamente a la dignidad como un valor o principio¹⁵, y se ha mostrado conforme con la doctrina dominante en cuanto a considerarla como la base de los derechos fundamentales¹⁶.

¹² Se ha planteado por algunos la posibilidad de choques entre dos derechos a la dignidad, lo que, sin embargo, es rechazado por la doctrina mayoritaria. Los detalles dicho debate exceden los objetivos del presente texto.

¹³ BVerfGE 9, 89, 95.

¹⁴ Originalmente, en vez de “personas”, la norma hablaba de “hombres”, siendo una copia del artículo primero, inciso primero, sección primera de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [*All human beings are born free and equal in dignity and rights*].

¹⁵ Véase, v.g., Rol 943-2007, num. 26°.

¹⁶ Rol 976-2007, num. 22° ; Rol 1287-2008, num. 19°.

d) Teorías legitimadoras de la dignidad

En general, la justificación misma de la dignidad tiene poco desarrollo en la literatura nacional. Silva destaca la inteligencia y libertad humanas (1997, p. 31). Cea sugiere que está basada, entre otras cualidades, en el carácter racional y responsable del ser humano (2019, p. 44). Molina Guaita agrega la igualdad entre los miembros de la especie (2006, p. 91). Estas afirmaciones son frecuentemente conectadas con la doctrina de la Iglesia Católica sobre la materia (Cea Egaña, 2019, p. 45). Consecuentemente, la explicación última es que los seres humanos tienen dignidad por cuanto son imagen de Dios. Argumentos como estos llevan a Nogueira a aseverar que la dignidad "constituye una realidad ontológica y supra-constitucional", la cual es reconocida pero no creada por el orden estatal (1997, p. 107).

e) Concepto y contenido de la cláusula de la dignidad

El TC ha entendido la dignidad como "(...) [!]a cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre de un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados"¹⁷. Esta conclusión, que podría ser inferida directamente del artículo primero de la Constitución¹⁸, significaría que el derecho no puede ocupar a las personas como medios¹⁹. La conceptualización del TC no se encuentra alejada de las más conocidas en la doctrina. Cea, por ejemplo, también define a la dignidad como una cualidad, recalcando que es exclusiva del ser humano (2019, p. 22). Nogueira, por su parte, además de mostrarse de acuerdo con lo anterior, afirma que la dignidad hace a los seres humanos fines en sí mismos, lo que impediría su instrumentalización (2006a, p. 224).

Por otro lado, a pesar del alto lugar que se le atribuye en el orden constitucional, el contenido de la cláusula de la dignidad, es decir, sus consecuencias para la dogmática constitucional y, especialmente, para la de los derechos fundamentales, no ha sido abordado en profundidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. En este sentido, si bien es posible encontrar diferentes afirmaciones normativas repartidas entre una y la otra, ellas no han sido, en general, desarrolladas sistemáticamente.

En este plano, el TC ha relevado desde sus inicios el rol interpretativo que juega la norma al intentar aclarar otras cláusulas constitucionales²⁰. Además, la ha calificado como una regla o norma, sin perjuicio, agrega el tribunal, de contar con una estructura de principio²¹. En consecuencia, la dignidad tiene un efecto irradiativo doble en el resto

17 Rol 389-2003, num. 17°; Rol 3729-2017, num.132°.

18 Rol 1287-2008, num. 16.

19 Rol 3729-2017, num. 132°.

20 Rol 53-1988, par. 12°.

21 Rol 1348-2009, num 30°.

del articulado constitucional: como principio y como norma positiva²².

En la literatura, Nogueira ha señalado que la dignidad tendría el rol de completar lagunas y de cooperar a reconocer derechos constitucionales implícitos (1997, p. 108); que sería un precepto constitucional con fuerza directa, bajo cuya luz todo el orden jurídico debe ser interpretado (2006b, p. 70); y que significaría la concretización de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (1997, p. 178). Pfeffer, por su parte, indica que la dignidad serviría de principio orientador en caso de colisión de derechos constitucionales (1998, p. 227). Uno de los pocos que ha realizado, a partir de la dignidad, una construcción dogmática concreta en conjunción con otra norma constitucional, ha sido Rodríguez, quien afirma que la dignidad implica el reconocimiento de la autonomía del ser humano, lo que fundamenta un derecho de autodeterminación, contenido en el inc. 4° del Art. 1 (1999, p. 12). Vivanco destaca que la cláusula de la dignidad cubre la libertad de conciencia, de opinión y de autonomía moral (2006, p. 44). En fin, a partir de la definición del TC, Contreras deriva dos elementos: la dignidad como autonomía, entendida como respeto a la agencia moral; y la dignidad como igualdad, entendida como igual rango entre los sujetos legales de una comunidad política (2007, p. 122).

f) Consideraciones finales

Como conclusión puede señalarse que, si bien existen valiosas contribuciones sobre el tópico y que a éste se le atribuye una elevada importancia normativa, todavía el concepto tiene un desarrollo más bien limitado en nuestra jurisdicción. En ese sentido, aún las afirmaciones más frecuentes, es decir, la consideración de la dignidad como fundamento de los derechos, por una parte, y su alta valoración dentro de la estructura constitucional, por otra, requieren mayor articulación argumentativa y conexión con el texto constitucional concreto. En especial, cabe destacar que el rol que juega la dignidad en la dogmática de los derechos fundamentales (titularidad, tipicidad iusfundamental, restricciones a los derechos, etc.) ha sido escasamente abordado. En esto sería útil, al menos como punto de partida, que el TC, cada vez que sea pertinente, concrete su propia conceptualización de la dignidad.

La dignidad en una nueva constitución

a) La dignidad como concepto constituyente y como concepto constitucional

El concepto de dignidad ha sido uno de los únicos capaces de comprimir todas las demandas sociales que irrumpieron en octubre de 2019. Con ello, se ha alzado como el principal concepto constituyente del actual proceso constitucional. Vale la pena indagar, entonces, en cómo se concretiza en

22 Rol 1348-2009, num. 31°.

el trabajo constituyente propiamente tal y en cuál es su relación con el concepto constitucional de dignidad.

La dignidad pareciera representar, en una sola palabra, ese nuevo orden social que se anhela. En efecto, la dignidad como concepto constituyente todavía no ha entrado a la esfera del derecho y puede ser dotada de contenidos relativamente ambiciosos: al invocarla, las distintas aspiraciones del pueblo en su búsqueda de una vida mejor quedan cubiertas por el aura de lo absoluto. Ello puede contribuir significativamente a generar las condiciones para construir un texto constitucional que posibilite un país más justo, igualitario y mejor. Con todo, no debe olvidarse que, como algo superior a cada una de esas demandas por separado, la dignidad, en su significado primario, refiere a la pretensión constituyente de establecer un orden político al servicio del ser humano, es decir, como alternativa a aquellos que lo han considerado tan solo como un instrumento para algún fin pretendidamente superior, v.g., la raza o la sociedad sin clases (Wiegand Cruz, 2020, p. 171).

En cambio, la dignidad como concepto constitucional —que es solo una de las concretizaciones posibles del concepto constituyente— debe ser analizada a través de las herramientas propias de la dogmática. Desde esta perspectiva, la dignidad puede jugar un rol muy positivo, por ejemplo, en cuanto a norma protectora —de forma resistente a cualquier otra pretensión o interés— de los elementos configurativos del núcleo de la personalidad humana. Pero ello dependerá de la disciplina con la cual se le interprete y se le use para resolver conflictos jurídicos, lo que implica renunciar a la ambición de que por sí sola sea capaz de solucionar los múltiples desafíos, que sobrepasan por mucho al mero orden jurídico, que enfrenta el país. En ese sentido, vale la pena destacar que no es sólo una determinada cláusula de dignidad, sino el entramado constitucional completo, el que ilustra como se ve un orden capaz de garantizar, al menos desde el punto de vista constitucional, el respeto de la dignidad humana (Isensee, 2006).

b) A considerar en una nueva carta constitucional

La incorporación del concepto de dignidad humana en una nueva Constitución no sólo es deseable sino que altamente probable. Ante ello, hay tres preguntas básicas en cuanto a la redacción de la norma: ubicación, técnica y naturaleza jurídica. Frente a lo primero, tanto por su importancia como concepto constituyente como por su relevancia en el constitucionalismo contemporáneo, parece conveniente mantener a la cláusula de la dignidad en el umbral de la constitución. La técnica jurídica, en cambio, debiera ser revisada. Algunas correcciones podrían ser un buen punto de partida para que a una nueva cláusula de dignidad la acompañe una dogmática capaz de aprovechar sus potencialidades. El enunciado actual contiene al menos dos desventajas: por un lado, no establece con cla-

ridad la relación de preeminencia de la dignidad sobre los demás conceptos citados en la norma (libertad, igualdad y derechos); por otro, la utilización de la voz “personas” es redundante, por cuanto el contenido mínimo del concepto legal de dignidad es justamente el de atribución de personalidad jurídica²³. Finalmente, que, al menos en el caso alemán, considerar a la dignidad no sólo como un principio, sino también como un derecho con contenido subjetivo, corresponde a una construcción dogmática a partir de un enunciado especial, en conjunción con una cláusula de eternidad, y en el contexto de una práctica jurídica con métodos compartidos de tratamiento de casos de derechos fundamentales.

Epílogo

Quien encabeza sus demandas con el título de la dignidad busca respeto. Como concepto constituyente, ella da cobijo a una serie de ideales que merecen ser perseguidos. Su significado esencial es, sin embargo, unívoco: la razón de ser del Estado es el servicio de los hombres y mujeres que habitan su territorio. El constituyente que la ha incorporado también en el texto positivo ha buscado, además, entregar una herramienta concreta y poderosa al derecho para que ello no se olvide. Éste deberá aproximarse a ella a través de sus mejores armas. La funcionalidad jurídica de un concepto de radical apertura, de origen extralegal y de antigua presencia en la historia de las ideas, como el de dignidad humana, depende de un preciso y metódico manejo dogmático. Dicho de otra manera, pasar de la proclamación a la institucionalización de la dignidad requiere que el concepto sea tratado con disciplina por los operadores jurídicos correspondientes. Esta austeridad, que en principio puede ser vista como una pérdida, es en realidad una de las mejores formas en las que el derecho puede honrar a esa dignidad que se proclama con generosidad en las calles.

Bibliografía

- Aldunate Lizana, E. (2008). *Derechos Fundamentales* (1ª ed.). Thomson Reuters.
- Barak, A. (2015). *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right* (1ª ed.). Cambridge University Press.
- Cea Egaña, J. L. (1999). *El Sistema Constitucional Chileno: Síntesis Crítica* (1ª ed.). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.
- Cea Egaña, J. L. (2019). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías* (3ª ed.). Ediciones Universidad Católica de Chile.

²³ La norma actual, en términos legales, equivale a decir: “todas las personas nacen libres e iguales en cuanto a ser personas [y derechos]”. En forma similar nota esta inconveniencia Aldunate (2008, p. 100).

- Contreras Vazquez, P. (2007). Titularidad de derechos fundamentales. En P. Contreras Vazquez & C. Salgado (Eds.), *Manual sobre Derechos Fundamentales* (1ª ed., pp. 119-160). LOM.
- della Mirandolla, P. (1486). *Discurso sobre la Dignidad del Hombre / Oratio de hominis dignitate*.
- Dreier, H. (2013). Art. 1 Abs. 1 Rn. 1-18. En H. Dreier (Ed.), *Grundgesetz* (3ª ed.).
- Dürig, G. (1956). Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetz. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 81(2), 117-157.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde. (2003). Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioetische Debatte. *Juristenzeitung*, 58(17), 809-815.
- García-Huidobro Correa, J. (1997). La Dignidad del Hombre. En J. García-Huidobro Correa, J. I. Martínez Estay, & M. A. Núñez Poblete (Eds.), *Lecciones de derechos humanos* (1ª ed., pp. 28-35). Edeval.
- Hoffmann, H. (1993). Die Versprochene Menschenwürde. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 118(3), 253-377.
- Hufen, F. (2020). *Staatsrecht II. Grundrechte* (8ª ed.). C.H. Beck.
- Isensee, J. (2006). Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche dem Absoluten. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 131(2), 173-218.
- Kant, I. (1998). *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (M. Gregor (ed.); 1ª ed.). Cambridge University Press.
- Kingreen, T., & Poscher, R. (2016). *Grundrechte Staatsrecht II* (32ª ed.). C.F. Müller.
- Molina Guaita, H. (2006). *Derecho Constitucional* (7ª ed.). Lexis Nexis.
- Nogueira Alcalá, H. (1997). *Dogmática Constitucional*. Editorial Universidad de Talca.
- Nogueira Alcalá, H. (2006a). Dignidad de la Persona y Bloque Constitucional de Derechos *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 13(1), 67-101.
- Nogueira Alcalá, H. (2006b). *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos* (1ª ed.). Librotecnia.
- Pfeffer Urquiaga, E. (1998). Algunos Criterios que Permiten Solucionar el Conflicto Derivado de la Colisión de Derechos. *Revista de Derecho, Número Esp*, 225-227.
- Rodríguez Collao, L. (1999). Honor y Dignidad de la Persona. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 20, 9-22.
- Ruiz-Tagle Vial, P. (2006). Una Visión Democrática y Liberal de los Derechos Fundamentales para la Constitución Constitución Chilena del Bicentenario. En A. Borda-lí Salamanca (Ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (1ª ed., p. 206). Lexis Nexis.
- Silva Bascuñan, A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*. (2ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Vivanco Martínez, A. (2001). El Derecho a la Vida y a la Integridad Física y Psíquica en la Carta Fundamental de 1980. En E. Navarro Beltrán (Ed.), *20 Años de la Constitución Chilena: 1981-2001* (1ª ed., pp. 143-164). Editorial Jurídica Conosur.
- Vivanco Martínez, A. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Vol.II*. (1ª ed.). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Wiegand Cruz, A. (2020). El Concepto Constitucional de Dignidad Humana: Notas introductorias para una aproximación dogmática. En G. A. Encinas Duarte & M. de J. Neria Govea (Eds.), *Ordenamiento Jurídico: Fundamentos y Apertura* (1ª ed., pp. 163-189). Derecho Global.

Subsidiariedad y Solidaridad: ¿Qué aporte pueden hacer estos principios del Pensamiento Social de la Iglesia a un Nuevo Pacto Social?

Juan José Richter Espinosa

RESUMEN: Según la comisión redactora de la Constitución de 1980, sus principios fundantes se inspiraron en el humanismo cristiano. El que parece ser más relevante, y hoy en día más criticado, es el de la subsidiariedad, que, sin estar mencionado explícitamente en la Constitución vigente, puede verse en contenido desde el artículo 1. La forma en que la Constitución chilena comprende este principio deja fuera aspectos clave de la Doctrina Social de la Iglesia como es el rol del Estado en la promoción de la autonomía de los cuerpos intermedios, entendidos estos más allá de la mera iniciativa empresarial.

En el presente artículo se revisará de manera crítica el concepto definido por la dictadura como subsidiariedad, a la luz de la enseñanza social más actual, analizando la proyección que podría tener este principio en diálogo con el de la solidaridad hacia un nuevo pacto social.

Influencia del Humanismo Cristiano en la Constitución de 1980, una lectura crítica.

La Comisión Ortúzar, encargada por el régimen dictatorial de elaborar una Nueva Constitución, definió su “espíritu” (carta de navegación) en un documento llamado “Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República”, elaborado en noviembre de 1973, donde plantearon:

“La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección”. (Comisión Ortúzar, Tomo I, pág 212).

Esta comisión, que se creó a inicios de la dictadura militar estaba compuesta por expertos constitucionalistas, entre ellos Enrique Ortúzar (académico de la UC), Jaime Guzmán (posterior fundador de la UDI), Sergio Diez (posterior senador de RN) y Alicia Romo, quienes eran de exclusiva confianza de la Junta Militar; además de dos demo-

cratacristianos Alejandro Silva y Enrique Evans, quienes renunciaron en 1977; y un ex radical, Jorge Ovalle que también sería reemplazado. Desde sus inicios ya se definieron conceptos que luego se plasmarían en la Constitución que nos rige hasta el día de hoy. Algunos de estos principios atribuidos a la tradición humanista cristiana, pero desde una mirada conservadora o corporativista (Correa, 2008), como el bien común y la criticada subsidiariedad, se presentan en los párrafos siguientes del texto antes mencionado: “La Constitución organizará un Estado de Derecho cuya misión principal sea promover el bien común y proteger efectivamente las garantías fundamentales de las personas, de la familia y de los cuerpos intermedios” (Comisión Ortúzar, Tomo I, pág. 214). Pero como se verá más adelante, en su desarrollo distan bastante de las reflexiones de la Doctrina Social de la Iglesia.

Ahora, al revisar el artículo primero de la Constitución vigente se puede apreciar cómo en sus primeros párrafos están presentes tres principios de la Doctrina Social de la Iglesia (DSI): dignidad (párrafo 1), subsidiariedad (párrafo 3) y bien común (párrafo 4). Así también en el párrafo 2 se reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

Subsidiariedad: un principio clave para los redactores de la Constitución

Como se acaba de mencionar, la presencia del concepto de subsidiariedad en el primer artículo de la Constitución vigente no es explícita: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos». En este artículo introductorio se presenta la autonomía de los cuerpos intermedios, la que será prontamente limitada, como se mostrará más adelante en especial a lo de carácter gremial o comunitario, en contraposición a lo que plantea el concepto de subsidiariedad del magisterio social católico.

Según diversos autores del texto "Subsidiariedad en Chile, justicia y libertad" (Arqueros e Iriarte, 2016), entre ellos el abogado y académico Carlos Frontaura, uno de los autores intelectuales de la Constitución, el senador Jaime Guzmán, sería el principal impulsor de la adopción política de la subsidiariedad y su aceptación como inspiración jurídica para la Carta Magna (Arqueros e Iriarte, 2016, p. 89). Guzmán, quien fuera principal exponente del Gremialismo y fundador de la Unión Demócrata Independiente (UDI), se reconocía como católico y el mismo Frontaura destacará la inspiración cristiana que habría tras el concepto usado por la derecha chilena: «Es evidente que la concepción guzmaniana de subsidiariedad está sostenida en los criterios entregados por la Doctrina Social de la Iglesia» (Arqueros e Iriarte, 2016, p. 122).

En la redacción de la Constitución puede verse que el principio de subsidiariedad fue promovido por Guzmán desde las primeras conversaciones de la Comisión Ortúzar:

"El señor Guzmán, junto con participar de las ideas del señor Silva Bascuñán, destacó la importancia de consagrar el principio de la descentralización del poder o de la "subsidiariedad", entendiendo que la función del Estado es, en primera instancia, la de integrar y coordinar las diversas actividades del país, y sólo, en subsidio, y en segunda instancia, la de asumir en forma directa una tarea específica, cuando, por su importancia, no pueda ser entregada a la órbita de los cuerpos intermedios, o cuando, por lenidad de éstos, no cumplan el objetivo que la sociedad reclama de ellos" (Comisión Ortúzar, Tomo I, página 171).

En distintos textos de los 11 tomos de las Actas de la Comisión Ortúzar se reconoce la relevancia del principio de subsidiariedad para la Constitución, a pesar de que no se declare explícitamente en la Constitución vigente, esto se menciona por ejemplo al revisar el orden público económico: "Respecto del planteamiento tendiente a consagrar expresamente la subsidiariedad en el Capítulo I, se declara conforme, pero reconoce la dificultad de llevarlo a cabo, por ser un principio que estará implícito en todo el texto constitucional" (Comisión Ortúzar, Tomo XI, pág 374, Sesión 388, 27 de junio 1978).

Una mirada reduccionista de los cuerpos intermedios en la Constitución del 80'

Al revisar el principio plasmado en el cuerpo constitucional vigente, se ve una preponderancia de la acción privada, principalmente en tanto empresa. Esto en tanto que otros "cuerpos intermedios" ven limitado su campo de acción, entre ellos sindicatos o colegios profesionales, donde la Constitución plantea: «Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una de-

terminada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos» (Art. 19, N°16).

Así, a los colegios profesionales (Art. 19, N°16) sólo les da la facultad de conocer las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros, sin poder entregar algún tipo de certificación o licencia a quienes se afilien a ellos. Por otro lado, a pesar de consagrar el derecho de sindicarse de los trabajadores, puntualiza que «la afiliación sindical será siempre voluntaria» (Art. 19, N°19), excluyendo así de manera constitucional la posibilidad de la sindicalización automática bajo ninguna circunstancia. Así también reduce la acción política de las organizaciones de trabajadores: «La ley contempla los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas". Además presenta sanciones a algunos cuerpos intermedios (Art. 23) por lo que se menciona como "mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce", así también sanciona la incompatibilidad de cargos directivos superiores de organizaciones gremiales con cargos en partidos políticos a distinto nivel.

La libertad de la iniciativa privada y la provisión de derechos constitucionales.

Respecto al rol del Estado y de los privados en la provisión de derechos constitucionales, se puede leer claramente el principio de subsidiariedad impulsado por la dictadura, abriendo un gran espacio a que privados puedan ofrecer servicios en ámbitos como la salud (inciso 9, Art. 19), la educación (incisos 10 y 11, Art. 19) o la seguridad social (inciso 18, Art. 19). Respecto a la salud, el texto constitucional vigente plantea "es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud" pero al mismo tiempo puntualiza "sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas". Luego dice "cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

En tanto a la educación, el numeral 10 del Art. 19 parece atribuir bastante relevancia al Estado respecto a este derecho, planteando que éste debe otorgar especial protección al ejercicio de los padres a educar a sus hijos, que debe financiar un sistema gratuito para asegurar el acceso a la educación básica a toda la población¹, y que tienen el rol de "fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles". Aún así luego plantea "es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación" dando paso al numeral 11 donde se presenta la "libertad de enseñanza" como "el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales", siendo sus

¹ Este numeral ha sufrido importantes modificaciones desde la promulgación de la Constitución, por ejemplo se incorporó la obligatoriedad que tiene el Estado de promover la educación parvularia financiando un sistema gratuito (Ley 20.710, 2013) y la obligatoriedad de la Educación media de la misma manera que antes lo era la básica (Ley 19.873, 2003).

únicas limitaciones “las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Así no se hace hincapié en su calidad o si tiene fin de lucro.

Sólo para hacer un breve contrapunto, en la Constitución de 1925 se consagraba que “La educación pública es una atención preferente del Estado” (Cap. III, art. 7), esto fue profundizado en la Reforma Constitucional de 1971, durante el Gobierno de Allende, planteando que “la educación es una función primordial del Estado”, así también se agregó respecto a la acción de los privados: “sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley” (Ley 17.398, 9 de enero de 1971).

Otro derecho constitucional que limita el rol del Estado es el de la libertad económica o de empresa, contenida en los numerales 21 y 22 del Art. 19. En ellos se consagra que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”. Además de esta limitación, se plantea que las actividades económicas desarrolladas por el Estado “estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”, obligando a empresas estatales a competir con las privadas, a menos que se establezcan excepciones por ley, las que también serán de quórum calificado. Por otro lado, se consagra como derecho constitucional “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

Proyecciones y aportes de la subsidiariedad desde el Pensamiento Social de la Iglesia

A la luz de lo revisado cabe preguntarse hasta qué punto la subsidiariedad de los redactores de la Constitución de 1980 dialoga con el principio de la enseñanza social cristiana. Desde esta mirada, la subsidiariedad es entendida como “la exigencia de tutelar y promover las expresiones originarias de la sociabilidad” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n°186), en tanto expresiones de la dignidad de la persona, entre ellas la familia, pero también los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, agrupaciones económicas, sociales, culturales, etc.

Este concepto se presenta por primera vez en un texto papal en la Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) de Pio XI. En ella se puede leer:

“Conviene (...) que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija” (Pio XI, 1931, n° 80).

Esto se debe entender desde la reflexión que hace Pio XI sobre el modelo económico, donde, a pesar de reconocer la importancia del libre mercado, critica duramente la búsqueda desenfadada del lucro:

“en algunos se han embotado de tal modo los estímulos de la conciencia, que han llegado a tener la persuasión de que les es lícito no sólo sus ganancias como quiera que sea, sino también defender unas riquezas ganadas con tanto empeño y trabajo, contra los reveses de la fortuna, sin reparar en medios” (Pio XI, 1931, n° 132).

El principio de subsidiariedad para la Doctrina Social de la Iglesia tiene dos implicancias que se complementan (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n°186). Por una parte, la consecuencia en positivo, refiere a la actitud de “subsídium” o de suplencia, es decir, de apoyo o promoción a entidades sociales más pequeñas, organizaciones comunitarias de todo tipo, para que se desarrolle la sociedad civil, robusteciéndose el tejido social de las comunidades². Se vuelve clave este apoyo en realidades de grave desequilibrio o de injusticia social, pero no debe prolongarse en el tiempo porque tiene el peligro de generar asistencialismo.

La segunda implicancia, que se ha llamado de carácter negativo, porque describe el restarse de una acción, refiere al cuidado de la autonomía de las organizaciones comunitarias o cuerpos intermedios, para que las agrupaciones mayores, incluyendo el Estado y la Iglesia, no suplanten su iniciativa, libertad ni responsabilidad, lo que podría destruir las o absorberlas en la agrupación mayor. Esto se basa en el principio de dignidad de la persona, “porque toda persona, familia y cuerpo intermedio tiene algo de original que ofrecer a la comunidad” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n°187).

Así las dos implicancias, en positivo y en negativo de la subsidiariedad son como dos caras de una moneda que deben estar siempre dialogando³. Esto en términos concretos se puede traducir en la promoción de la centralidad de la persona y la familia; la valoración de las asociaciones y organizaciones de la sociedad civil; el impulso de la iniciativa privada en su amplitud y al servicio del bien común; la articulación pluralista de la sociedad; la defensa de los derechos humanos y de las minorías; y en un equilibrio entre lo público y lo privado, reconociendo la función social del sector privado (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n°187).

2 Respecto a la relevancia que el concepto de subsidiariedad cristiano le da a las organizaciones de la sociedad civil, revisar Alvarado y Galaz, “Subsidiariedad y vida pública: una mirada a los orígenes” en “Subsidiariedad, Más allá del Estado y del mercado”, IES (2015), pp. 33-51.

3 Respecto a las dos implicancias del principio de subsidiariedad para la DSI (positiva y negativa), revisar Petersen, M. “Subsidiariedad, Neoliberalismo y el Régimen de lo Público” en “Subsidiariedad, Más allá del Estado y del mercado”, IES (2015), pp.139-167.

Al contrastar estas indicaciones concretas, con los textos constitucionales antes revisados, pareciese que el concepto presente en la Constitución vigente no tendría mucho que ver con el promovido por el pensamiento social cristiano, dado que usaría la implicancia en negativo para restringir la acción del Estado en diversos campos y por otro lado, reconocería como cuerpos intermedios principalmente a las empresas privadas. Respecto a esta contradicción, es interesante ver la crítica al principio de subsidiariedad realizado por académicos cercanos a la ex Concertación que luego sería la Nueva Mayoría, en el libro "El Otro Modelo" (Atria et al., 2013), donde se plantea "lo que en Chile se denomina principio de subsidiariedad se reduce a una prohibición de acción para el Estado: no puede actuar cuando hay iniciativa privada" (Atria et al., 2013, p. 152).

Proyecciones de la subsidiariedad desde la Enseñanza Social de los últimos Pontífices

Para revisar las proyecciones que el principio de la subsidiariedad puede tener en una futura discusión constitucional, hay que tener en cuenta que los principios propuestos por la DSI están interrelacionados, así la subsidiariedad se complementa con otros conceptos como son la dignidad de la persona humana, la solidaridad, el bien común, el destino universal de los bienes y la participación.

El cambio de siglo encontró encabezando la Iglesia a un ya deteriorado Papa Juan Pablo II (Pontífice entre 1978-2005), afectado por la enfermedad de Parkinson desde inicio de los '90. Su impronta social es contradictoria, por una parte se le critica por detener el avance del Concilio Vaticano II, oponerse a la Teología de la Liberación en América Latina, y por otra se le destaca por su cercanía a los jóvenes y su importante aporte a la Doctrina Social de la Iglesia. En este sentido es interesante destacar su preocupación y aporte a la mirada cristiana al mundo del trabajo, especialmente al rol de los sindicatos, en distintos textos, como la encíclica *Laborem Exercens* (Juan Pablo II, 1981). Por otro lado, destaca su reflexión sobre el principio del destino universal de los bienes y la definición que hace de la solidaridad, que es la más usada para la DSI.

Su sucesor, Benedicto XVI (Pontífice entre 2005-2013), aportó un importante sustento teológico y filosófico a los principios de la DSI. Respecto a la crisis económica mundial de 2008 (*Subprime*), abre una crítica sobre las bases de la economía neoliberal, planteando el principio de la gratuidad o del don, cuando el utilitarismo y el pragmatismo parecen ser las bases del sistema económico y político global (Benedicto XVI, 2009). Sin duda, de los tres Pontífices que ha tenido la Iglesia Católica en el siglo XXI, el Papa Francisco (pontífice desde 2013 a la actualidad) es quien, desde la periferia de América Latina, ha llevado un paso más allá los planteamientos sociales sus predecesores. De

hecho, no ha tenido reparos para criticar a la economía en la que sería su marco pastoral, la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium* (2013), así también ha generado un importante movimiento verde al interior de la Iglesia con la Encíclica *Laudato Si* (2015), además de reivindicar postulados de la Teología Latinoamericana desde el concepto de la misericordia y la opción preferencial por los pobres.

La subsidiariedad en íntima relación a la solidaridad

Retomando el concepto de subsidiariedad, Benedicto XVI recalca el carácter de ayuda o "subsidium", al ser "ante todo una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios" (Benedicto XVI, 2009, n° 57), la que se ofrecería cuando los sujetos sociales y las personas no son capaces de valerse por sí mismas, buscando siempre la libertad de éstas, respetando su dignidad. Así, vincula explícitamente a la subsidiariedad con la solidaridad: "porque así como la subsidiariedad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado" (Benedicto XVI, 2009, n° 58).

Esto tiene implicancias directas en la economía, donde el Pontífice se aventura a vincularla con la "gratuidad" o el "don": "En la época de la globalización, la actividad económica no puede prescindir de la gratuidad, que fomenta y extiende la solidaridad y la responsabilidad por la justicia y el bien común en sus diversas instancias y agentes" (Benedicto XVI, 2009, n° 38). En ese sentido, planteará que junto con las empresas con fines de lucro y los distintos tipos de empresas públicas, deberían poder existir "organizaciones productivas que persiguen fines mutualistas y sociales" (Benedicto XVI, 2009, n°38). Por otro lado, mencionará por primera vez en una encíclica la "solidaridad intergeneracional" (Benedicto XVI, 2009, n°48), que como idea ya había sido planteada por Juan Pablo II en distintos discursos y que Francisco ha retomado. Este concepto permea los ámbitos ecológico y económico, al proyectar la responsabilidad de unos con otros hacia las generaciones que están por venir, dándole una mayor amplitud al concepto.

El Papa Francisco, también se referirá a la subsidiariedad al hablar de la relación entre la política y la economía en su encíclica "ecológica", *Laudato Si* (2015), recalcando que el principio no refiere a la debilitación del Estado, sino que implica la responsabilidad de los poderosos, incluidas las empresas: "recordemos el principio de subsidiariedad, que otorga libertad para el desarrollo de las capacidades presentes en todos los niveles, pero al mismo tiempo exige más responsabilidad por el bien común a quien tiene más poder" (Francisco, 2015, n°196).

Como ya se mencionó, la definición más utilizada desde la DSI para la solidaridad es la de Juan Pablo II "no es (...) un sentimiento superficial por los males de tantas perso-

nas, cercanas o lejanas. Al contrario, es la *determinación firme y perseverante* de empeñarse por el *bien común*; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos” (Juan Pablo II, 1987, n°38). Al ligarla con el bien común, le da de alguna manera un rol político, dado que para la DSI la búsqueda de este principio es la finalidad del Estado y la política en general. Así se puede leer como una crítica a miradas conservadoras o reduccionistas que muestran a la solidaridad como un acto espontáneo, motivado por el sentimentalismo, lo que se aleja de toda responsabilidad fraterna.

Juan Pablo II, dará un ejemplo práctico de la relación subsidiariedad-solidaridad, planteando respecto al salario que el Estado debe participar indirectamente desde el principio de la subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica; y directamente desde el principio de la solidaridad poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando un mínimo vital al trabajador cesante (Juan Pablo II, 1991, n°15).

El Papa Francisco, agregará que la solidaridad supone crear una mentalidad nueva que piense comunitariamente, que priorice la vida de todos sobre la apropiación de los bienes por parte de algunos (Francisco, 2013, n°188). Así, se requiere tanto de convicciones y hábitos de solidaridad, como transformaciones estructurales, ya que los primeros cuando se hacen carne abren camino a las segundas, y los cambios de estructuras requieren de nuevas convicciones y hábitos para no volverse corruptas, pesadas e ineficaces. En palabras del Papa Francisco “la solidaridad debe vivirse como la decisión de devolverle al pobre lo que le corresponde” (Francisco, 2013, n°189).

La solidaridad parece cruzar muchas de las demandas levantadas durante el llamado Estallido Social, por ejemplo, cuando se ve desde una perspectiva intergeneracional para repensar la seguridad social. En este sentido reflexionaron los Obispos latinoamericanos en la última reunión del CELAM (2007):

“Muchos de nuestros mayores han gastado su vida por el bien de su familia y de la comunidad, desde su lugar y vocación. (...) La sociedad no puede considerarlos como un peso o una carga. Es lamentable que en algunos países no haya políticas sociales que se ocupen suficientemente de los mayores ya jubilados, pensionados, enfermos o abandonados. Por tanto, exhortamos a elaborar diseños de políticas sociales justas y solidarias que atiendan estas necesidades” (CELAM, 2007, n°449).

Por otro lado, la solidaridad también juega un rol en relación a los sistemas tributarios, como se ha reflexionado en distintas latitudes a raíz de la crisis socio sanitaria actual, el desafío de definir impuestos que permitan redis-

tribuir de manera solidaria y justa la carga para proveer servicios públicos de calidad en educación o en salud.

Subsidiariedad, participación y ciudadanía

Para la DSI, una consecuencia característica de la subsidiariedad es la participación (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n°189), y como expresará Juan Pablo II, valora la democracia en tanto asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas:

“Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana. Requiere que se den las condiciones necesarias para la promoción de las personas concretas, mediante la educación y la formación en los verdaderos ideales, así como de la «subjetividad» de la sociedad mediante la creación de estructuras de participación y de corresponsabilidad” (Juan Pablo II, 1991, n° 46).

Por otro lado, la subsidiariedad favorece la libertad y la participación al reconocer que las personas siempre son capaces de aportar algo a los otros, así también asume la pluralidad de los sujetos y la múltiple articulación de los niveles en una sociedad (Benedicto XVI, 2009, n° 57). En este sentido, a la luz de la crisis económica de 2008, Benedicto XVI planteó que un aprendizaje debiera ser una renovada valoración del papel de los poderes públicos del Estado, fortaleciendo nuevas formas de participación política a través de las organizaciones de la sociedad civil y, por ende, de los ciudadanos (Benedicto XVI, 2009, n° 24).

En esta línea, es interesante revisar los mensajes que ha entregado el Papa Francisco a los Movimientos Populares, entendiéndolos como parte fundamental de la sociedad civil. En su primer encuentro con los Movimientos Populares (EMMP) el 2014 en Roma, destacó el rol protagónico de los pobres en las luchas por la justicia social, desde la solidaridad de quienes sufren. También ha motivado la participación protagónica de los pobres en las soluciones a sus realidades de exclusión, dado que estarían llamados a revitalizar las democracias se encuentran en crisis y enfrentar a los populismos:

En estos tiempos de parálisis, desorientación y propuestas destructivas, la participación protagónica de los pueblos que buscan el bien común puede vencer, con la ayuda de Dios, a los falsos profetas que explotan el miedo y la desesperanza, que venden fórmulas mágicas de odio y crueldad o de un bienestar egoísta y una seguridad ilusoria” (Francisco, 2016).

Para la DSI los diversos sujetos de la comunidad civil, en sus distintos niveles, deben ser informados, escuchados e implicados en el ejercicio de las funciones ciudadanas (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n°190). Esto dado que la libertad se vigoriza cuando las personas aceptan las obligaciones inevitables de la vida social y responde al

servicio de la comunidad en que vive (Pablo VI, 1965, n°31). Por ello la Iglesia promueve que “los ciudadanos deben cuanto sea posible tomar parte activa en la vida pública” (CCE, n°1915).

Respecto a la participación, nuestra Constitución deja mucho que desear, dado que no es posible la iniciativa legislativa popular⁴, tampoco hay mucho espacio para la generación de plebiscitos vinculantes a nivel local. Por otro lado, como se revisó brevemente respecto a la mirada que le da la Constitución vigente a los cuerpos intermedios que no son empresas privadas, hay mucho camino para avanzar, empoderando esos espacios ciudadanos que le dan vida al complejo tejido social.

Recuperar la subsidiariedad para un nuevo pacto social

Si es que la ciudadanía elige el camino de construir una Nueva Constitución para Chile, es factible ver la utilidad del principio de subsidiariedad, a la luz de lo recientemente expuesto. Para ello se debe avanzar a una mirada más rica del concepto promovido por el pensamiento social cristiano, comprendiendo sus dos caras y la relevancia que le da al tejido social, dado que la Carta Magna vigente ha dado fuerza sólo a la implicancia que hace referencia a la autonomía de los cuerpos intermedios, y más aún, limitando gran parte de ellos, salvo la iniciativa empresarial. Lo que se ha traducido en que los privados participen de manera importante en la provisión de derechos constitucionales como la educación y la salud, sumado a que asociaciones como los gremios profesionales y los sindicatos tengan un campo de acción restringido constitucionalmente. Esto puede leerse también en el ideario corporativista y desde una economía liberal que motivó muchos cambios en dictadura, y que por lo menos en la Comisión encargada de redactar la Constitución de 1980 se atribuyó un ideario humanista cristiano que como se revisó brevemente respecto al principio de subsidiariedad no reflejó la riqueza del pensamiento social de la Iglesia.

Por otro lado, como se puede profundizar en la enseñanza social de los últimos Papas, el principio de subsidiariedad está interrelacionado con otros, siendo claves para los tiempos que corren el de solidaridad, entendido desde la responsabilidad que tenemos unos con otros, y el de la participación, dado que la autonomía que busca la subsidiariedad no estaría completa sin la participación de los ciudadanos a distintos niveles. Este trío de conceptos, contenidos en una Constitución pueden favorecer el desarrollo del tejido social, el ejercicio de la dignidad humana y por ende la paz social. Existen otros principios y valores de la DSI que también se relacionan con la subsidiariedad, pero no son objeto del presente texto.

⁴ Presente en países como Alemania, Argentina, España, Estados Unidos y México entre otros.

Bibliografía

- Arqueros, C.; Iriarte, A. 2016. Subsidiariedad en Chile, justicia y libertad. Santiago de Chile. Instituto Res Pública-Fundación Jaime Guzmán.
- Atria, F.; Larraín, G.; Benavente, J.; Couso, J.; Joignant, A. 2013. El otro modelo. Santiago de Chile. Random House Mondadori S.A.
- Benedicto XVI. 2009. Encíclica Caritas in veritate.
- CCE. 1992. Catecismo de la Iglesia Católica (Catechismus Catholicae Ecclesiae).
- CELAM (Conferencia Episcopal Latinoamericana). 2007. Documento Aparecida.
- Comisión Ortuzar. Actas Constitución 1980. 1973-1974. TOMO I. Acceso: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf
- Comisión Ortuzar. Actas Constitución 1978. TOMO XI. Acceso: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3769/2/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf
- Correa, S. 2008. El corporativismo como expresión política del socialcristianismo. En Berríos, F.; Costadoat, J; García, D. 2013. Catolicismo Social Chileno. Pp. 269-294. Francisco. 2013. Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium.
- Francisco. 2015. Encíclica Laudato Si.
- Francisco. 2016. Discurso a los participantes en el Encuentro Mundial de Movimientos Populares, 2016.
- Juan Pablo II. 1991. “Encíclica Centesimus Annus.
- Juan Pablo II. 1987. Encíclica Sollicitudo Rei Socialis.
- Pablo VI. 1965. Vaticano II. Constitución Pastoral Gaudium et Spes.
- Pio XI. 1931. Encíclica Quadragesimo Anno.
- Pontificio Consejo Justicia y Paz. 2004. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia.
- Ortúzar, Pablo (Editor). 2015. Subsidiariedad, Más allá del Estado y del mercado. Santiago de Chile. Instituto de Estudios de la Sociedad.

Hacia la configuración de una educación inclusiva y participativa en la nueva Constitución

Camila Carvallo Perlo y Tomás Ilabaca Turri

RESUMEN: Al día de hoy, la Constitución chilena, en materia de educación, entrega un rol mínimo al Estado, reduciéndolo a garantizar el derecho de libertad de enseñanza y a un rol de ente fiscalizador. En ese sentido, no existe un posicionamiento activo por parte del Estado a la hora de establecer mínimos en regular la oferta privada. Contemplando el momento único en el que nos encontramos, el capítulo busca entregar pistas y sugerencias para la construcción de la educación en el futuro entregue herramientas al Estado para concebir un nuevo tipo de sistema educativo, en base a la capacidad de regular la oferta privada. Abordamos este punto desde la necesidad que el Estado pueda exigir un rol de justicia educativa a las escuelas (“instituciones educativas inclusivas”) y de participación democrática (“instituciones educativas democráticamente abiertas”).

Introducción

Dentro de las características que se suelen mencionar acerca del sistema educativo chileno, una de las más recurrentes ha sido la caracterización de este como uno de los más desiguales y segregados en el mundo, ya sea por la el acceso y distribución en los establecimientos, así como en los resultados (OCDE, 2016; Chmielewski & Savage, 2015; OCDE, 2009), problemas que, al menos a nivel escolar, han generado altos niveles de polarización y baja cohesión social (Villalobos & Valenzuela, 2012). Pero la desigualdad y la segregación no son los únicos problemas del sistema educativo chileno; desde hace al menos una década se viene observando demandas por parte de la ciudadanía por formas de participar, no únicamente reducidas al campo político institucional, sino también en instituciones cotidianas de sus vidas, como lo son la escuela, liceo, la universidad o el centro de formación técnica. Se ha erigido, entonces, una crítica, fundamentalmente desde el movimiento estudiantil, hacia lo poco democráticas y participativas de las instituciones educativas del país.

Frente a este contexto educativo, la Constitución actual entrega un reducido marco de acción al Estado, de ma-

nera de poder solucionar los problemas mencionados. En ella, no solo no se aborda la educación en tanto derecho social, sino que no aborda la educación como espacio de construcción de ciudadanía, formación y traspaso de valores cívico-democráticos; es decir, y siguiendo a Durkheim (1985), la educación como espacio fundamental a la hora de formar un lazo social.

Es por ello que, desde hace algunos años, se ha posicionado en la discusión pública la necesidad de generar una nueva Constitución en Chile. Esta demanda por una nueva Constitución ha sido impulsada desde el mundo social, elaborándose como un proceso “desde abajo”, o lo que Ackerman (1993) denomina como momento constitucional. En ese sentido, es la ciudadanía quien pide una Carta que sea formulada a partir de la voluntad popular y no a partir de la voluntad de una elite. Por consiguiente, es importante que la Constitución sea en sí misma un reflejo de esta voluntad popular y establezca mecanismos a través de los cuales la ciudadanía pueda ser parte de la toma de decisiones.

En el presente trabajo se propone una reflexión en torno al rol que debe entregar la nueva Constitución a la educación, particularmente respecto al desafío de concebir un sistema educativo cuyos horizontes normativos apunten a una educación que cumpla un rol en la construcción de comunidad y formación cívica del individuo. Para ello, se sostiene, a modo general, que la educación (en todos sus niveles) debe ser un espacio al cual cualquier habitante del país pueda acceder, es decir, inclusiva y con una orientación de justicia social; y paralelamente, debe ser incluyendo en la toma de decisiones a las comunidades educativas, lo que implica imprimirle, deliberadamente, un sentido democrático a nivel de gobernanza. En ese sentido, pensar una educación para y desde la ciudadanía sin exclusión alguna, es fundamental para la construcción de esta ciudadanía chilena en el siglo XXI. Para lograr aquello, es necesario una nueva forma de pensar el rol del Estado respecto, fundamentalmente, a los agentes privados.

Estado, Constitución y educación en el mundo

Como explica Townsend (2016) toda Constitución representa una base filosófica de lo que se espera de la educación en la sociedad. Según el autor, una constitución define la relación de los diferentes actores (el Estado, los privados, las familias e individuos) frente al poder. En ese sentido un punto de discusión importante en la creación de una nueva Constitución es establecer el rol que cumplen cada uno de los actores en la formación de un individuo. Mourshed & Barber (2012) hacen un análisis comparativo de las reformas legislativas hechas a los diferentes sistemas educativos y su impacto en la calidad educativa en veinte países. Los autores concluyen que un factor importante de una mejora en la calidad educativa se explica por la promoción de prácticas cooperativas que consisten en que los docentes, los líderes educativos y, los y las estudiantes trabajen juntos. Complementariamente, diversas investigaciones han relevado la importancia de contar con escuelas más heterogéneas, pensando en el impacto que ello tiene en la cohesión social de las sociedades (Peña, 2013; Crouch, Gove & Gustafsson, 2009; Green & Preston, 2001). Sin embargo, estos puntos no están siempre presentes en las constituciones de forma explícita, se consideran más bien a niveles de leyes de educación. Como es el caso de la selección o discriminación a poblaciones en educación, es decir, la institucionalización de prácticas discriminatorias orientadas hacia la segregación. En general, lo que se puede observar, es que en las “cartas magnas” se tiende a abordar el derecho a la educación, materializado en la gratuidad; la libertad de enseñanza, es decir, espacio para la diversidad de proyectos educativos (públicos y privados); y los tipos de gobernanza. Así en los casos como los de las constituciones española o francesa se garantiza la gratuidad en el acceso y la libertad de enseñanza. En el caso de Bélgica, la constitución va un poco más allá al señalar que “todos los alumnos sujetos a la educación obligatoria tienen derecho, a cargo de la comunidad, a la educación moral o religiosa” (Const. 1994; art. 24).

A pesar de no profundizar en aspectos sobre la discriminación o selección, la evidencia internacional tiende a mostrar, que en los casos en que la oferta privada posee un peso relevante al interior del sistema, esta se suma a los criterios públicos de funcionamiento, por lo que, no pueden seleccionar o discriminar alumnos (Bellei & Trivelli, 2014). Caso sintomático es el de la Constitución uruguaya, la cual no solo establece el derecho a la educación de todos los habitantes del país (Const. 1967, art. 6), sino que en el artículo 8 se señala que el Estado debe velar por los derechos de los pueblos y colectivos minoritarios, con el objetivo del derecho a la educación y la inclusión social; para ello, las propuestas educativas deben respetar las capacidades y características individuales de los educandos.

Por último, en el artículo 13, se establece que la política educativa debe seguir los fines de “Promover la justicia, la solidaridad, la libertad, la democracia, la inclusión social, la integración regional e internacional y la convivencia pacífica” (Const. 1967, art. 13).

En cuanto a la incorporación de la comunidad en la toma de decisiones, a la discusión a nivel mundial se ha centrado particularmente en la educación superior y sobre la participación de los diferentes actores en mecanismos de cogobernanza o triestamentalidad (Reale & Seeber, 2013). Particularmente, la discusión pública y académica ha buscado profundizar sobre el rol que tienen los y las estudiantes en la toma de decisiones (Klemenčič, 2012). De Boer, Enders & Schimank (2007) “new governance” has been at the forefront of discussions on governance in higher education and elsewhere. “Less government and more governance” has become the widely shared credo (Frederickson 1999:705 concluyen que, sobre todo en Europa, la coordinación de las universidades ha cambiado hacia un modelo en donde varios actores coordinan la gobernanza. Según los autores, esta nueva gobernanza busca la cooperación entre el nivel global y el nivel local en el cual las universidades están inserta e incluyendo diferentes actores del contexto. Kehm (2019) también observó que la nueva gobernanza en las universidades de diversos países se caracteriza precisamente por la incorporación de nuevas relaciones entre las instituciones de educación superior, el Estado o autoridades públicas y la sociedad. La autora observa que, en los países europeos, el Estado ha dado más autonomía a las instituciones de educación superior, pero bajo ciertas condiciones ligadas a la introducción de más actores en la toma de decisiones. Bengoetxea (2012) ha observado también que una mayor participación de la comunidad en la toma de decisiones de las instituciones de educación superior contribuye principalmente a la percepción de transparencia por parte de la ciudadanía. Asimismo, Bouttemont (2004) observa que una mayor incorporación de la comunidad en la toma de decisiones, también tiene un efecto en el desafío para una mayor equidad entre los y las estudiantes de los diferentes establecimientos educativos.

En el sistema escolar también autores se han interesado por el impacto positivo de la incorporación de los estudiantes y los padres en la toma de decisiones (Salimbeni, 2011). Para Salimbeni (2011), el principal problema de las escuelas en Europa es la integración de la ciudadanía, principalmente migrantes, y sus comunidades que han sido excluidos de la planificación del sistema educativo. En el caso de América Latina, Mingorance & Esteban (2009) observan que las comunidades de aprendizaje son proyectos que pretenden que todas las personas puedan participar en la dinámica de la comunidad de aprendizaje.

Los autores observan que la cooperación es la que permite un desarrollo más completo de la ciudadanía.

La pregunta que surge es entonces como incluir el rol de la comunidad en una futura Constitución en Chile. La Constitución española define que el objeto de la educación es “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia a los derechos y libertades fundamentales” (Const., 1978, art. 27). Asimismo, especifica que el derecho a la educación solo puede ser garantizada a través de la participación efectiva de todo los sectores afectados y la creación de centros docentes (Const., 1978, art. 27). Queda plasmado así en esta Constitución que “los profesores, los padres y los alumnos intervienen en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la administración de fondos públicos” (Const., 1978, art. 27). Igualmente la Constitución francesa establece que “la educación y la formación del contexto tienen por deber el ejercicio de los derechos y deberes definidos por la presente Carta” (Const., 1958, art.8). La Constitución belga pone el énfasis en que es la comunidad incluyendo a los padres y a los estudiantes la que organiza la educación en conjunto (Const., 1994, art.24). Dentro de la región, la Constitución uruguaya establece que el objetivo de las instituciones docentes es aquella de la formación del carácter moral y cívico de los alumnos (Const., 1967, art.71). Igualmente la Constitución argentina promueve la participación de los padres, tutores, familias, pueblos indígenas, las entidades, las instituciones y la sociedad en general en la educación (Const., 1995, art.36).

¿Cómo la Constitución actual aborda la educación?

La actual Constitución que nos rige ha sido caracterizada como de carácter “minimalista”, en relación al rol que le asigna al Estado frente a los diversos desafíos que debe afrontar, y por el carácter subsidiario que esta posee (Const., 2009). A pesar de los múltiples cambios que se le han realizado ya en democracia, y la gran reforma que se llevó a cabo durante el gobierno de Ricardo Lagos (2005), las lógicas centrales que se implementaron durante la dictadura militar no han sido afectadas por las modificaciones realizadas durante las últimas tres décadas (Atria et al. 2013).

Respecto a la educación, el Estado chileno se compromete a proteger el derecho de los padres de educar a sus hijos. Conjuntamente, se estipula que es responsabilidad del Estado “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación” (Const., 2009, art. 10). Se puede constatar entonces, que el Estado, a nivel constitucional, no juega un rol preferente y activo en la generación de la educación en tanto derecho social, sino más bien, fijar los mínimos necesarios como la obligatoriedad y la libertad de enseñanza (derecho de las

familias a elegir y libertad para formar proyectos educativos) (Alcalá, 2008).

El reducido rol del Estado no solo se articula en torno a garantizar la libertad de enseñanza y el fomento a la oferta educativa. Las reformas pro-mercado y privatización en dictadura introdujeron nuevas lógicas al sistema educativo; pasando de una oferta mixta (público y privada) basada en una relación de colaboración, a adquirir una dinámica de competencia entre ambas (Ilabaca, Falabella y Madero, 2020). Paralelamente, se configuró se conjugó un rol del Estado en tanto posee un rol de fiscalizador, evaluador y sancionador de las escuelas. A pesar de la búsqueda de cambios sobre estas lógicas, los principales esfuerzos, como el caso de la Ley General de Educación (2009), se han traducido en cambios en los márgenes, pero no en la principal lógica de funcionamiento del Estado (Falabella, 2015). Un cambio mayor, aunque no pleno en cuanto a una justicia educativa fue la Ley de Inclusión, eliminando el lucro, el co-pago y la selección, aunque tampoco significó un cambio significativo el rol del Estado respecto a la educación.

Con respecto al rol de las comunidades en la educación, la Constitución chilena actual establece que la educación tiene por objeto “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, obviando la mención a la ciudadanía y a la democracia (Const., 2009, art.19). La Constitución si establece que es “deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación” (Const., 2009, art.19), pero no explicita cómo se debe llevar a cabo dicha contribución. En ese sentido, la experiencia de los últimos años ha demostrado que esta formulación no es suficiente. En el movimiento estudiantil del año 2011 una de las demandas más era la llamada democratización de la educación y por tanto, una mayor participación de los estudiantes y otros actores de comunidad en la toma de decisiones (Silva, Kronmüller, Cruz, & Rifo, 2015). Los jóvenes hoy en día demandan por nuevas formas de participación política y una nueva Constitución debiese dar respuesta a dicha demanda (Jara, 2014).

Una educación construida de forma participativa e inclusiva

De esta manera, en este trabajo se plantea que, por medio de diversas regulaciones establecidas en la nueva Constitución deben abordarse explícitamente ambos desafíos, con el propósito de avanzar hacia un sistema educativo en el que participe y sea integrada la comunidad, constituyéndose así el espacio escolar como un lugar de un sentido cívico democrático.

a) Educación para la diversidad de la comunidad: *Hacia un sistema educativo inclusivo y justo*

Es importante partir de la base que no existe un modelo educativo completamente justo. Independiente de los diferentes tipos de sistemas educativos (más burocrático

estatales o mayormente regulados por el mercado), en todos ellos existen niveles de desigualdad (Draelants, 2018; Dubet, 2005). Tampoco existe algo así como una escuela/sistema educativo completamente justo, debido a que la misma idea de justicia educativa ha ido cambiando en el tiempo y según países (Dubet, 2012; 2005).

Se entenderá por escuela justa como aquella escuela que busca evitar, en una primera instancia y en la mayor medida posible, la reproducción de desigualdades sociales a partir de procesos de discriminación (Ilabaca, 2017). En este sentido, la expulsión de estudiantes y selección de estos a partir de diversos criterios operan como formas clásicas de desigualdad. Pero también, la justicia ha de ser comprendida en el proceso educativo mismo: contar con un currículum lo más inclusivo teniendo en cuenta la diversidad sociocultural existente (inmigrantes, pueblos originarios, minorías sexuales, etc.), o evitar discriminaciones al interior de los establecimientos, como la agrupación de estudiantes según su rendimiento.

Junto a la segregación y desigualdad, la investigación educativa ha evidenciado la existencia de otros problemas del sistema educativo chileno, los cuales no han sido abordados en profundidad por las políticas educativas, bajo la mirada del concepto de sistema educacional justo (Ilabaca, 2017). La *guetificación* de la población inmigrante en escuelas públicas, junto a las dinámicas de discriminación y racismo a los cuales son sometidos cotidianamente estos grupos (Riedemann y Stefoni, 2015; Tijoux, 2013); la generación de una educación no sexista e inclusión de las minorías sexuales, pero también con el género femenino, masculino u otro; o la generación de proyectos educativos interculturales que incorporen activamente los saberes de los pueblos originarios; urge, a su vez, repensarse el sistema de rendición de cuentas (SIMCE) de las escuelas, dado que no está operando en las lógicas en que fue pensado (Falabella, 2015). Por último, es necesario plantear, al menos, regulaciones hacia la educación particular pagada, la cual, históricamente ha sido des-regulada en un sentido de justicia educativa, lo que ha posibilitado que se configure como un espacio homogéneo para la reproducción de las elites (Ilabaca y Corvalán, 2020; Moya y Hernández, 2014). Todos estos aspectos mencionados representan también hoy en día un desafío respecto a la búsqueda de construir un sistema educacional inclusivo y justo.

En el caso de la educación superior, es necesario contemplar dos lógicas normativas que rigen este nivel; la formación profesional y de las elites del país, junto a un acceso determinado por una selección meritocrática (por ello se entiende contar con sistemas de selección en su ingreso). Por lo mismo, es difícil pensar en una inclusión en el sentido del nivel escolar. A pesar de este límite, la evidencia ha mostrado como el acceso a la educación superior en Chile se encuentra correlacionado directamente con el

nivel socioeconómico, así como también la retención (Rivera y Guevara, 2017; Espinoza y González, 2015). Sumado a ello, y considerando la amplia oferta de instituciones y las bajas regulaciones existentes, las desigualdades en calidad y composición de alumnado operan también a un nivel horizontal, el cual se suma a la desigualdad en el acceso (desigualdad a nivel vertical y horizontal). Es necesario, entonces, articular un sistema de educación superior, que pueda garantizar el acceso realmente meritocrático, pero que, a su vez, posea un sentido de justicia social. Por lo mismo, se necesita configurar y regular el sistema hacia nuevas formas de admisión, así como los esfuerzos por evitar la deserción escolar producto de causas ligadas al origen de clase.

b) Una educación con la comunidad: *Hacia una gobernanza cooperativa*

Una segunda dimensión de esta propuesta se centra en la construcción de una educación "con la comunidad", es decir, que contemple mecanismos de participación de las comunidades educativas en la toma de decisiones. Desde su origen, la futura Constitución chilena busca reflejar la voluntad de la ciudadanía en una nueva Carta que será construida por primera vez a través de un proceso participativo. En ese sentido, es fundamental que el apartado dedicado a la educación en esta Carta sea asimismo un reflejo del principio de la participación ciudadana. A nivel internacional, la investigación ha demostrado que la educación de los principios democráticos es la base de la sociedad (Ekström & Östman, 2013). La puesta en práctica de dichos principios democráticos a través del diálogo con otros es lo que permite una mayor confianza en el sistema democrático (Biesta, Lawy & Kelly, 2009; Joignant Rondon, 1997). Las instituciones educativas son aquel lugar en donde se promueven dichos principios y el diálogo puede llevarse a cabo como una forma de sostener el sistema político (Boontinand & Petcharamesree, 2018; Nieuwelink *et al.*, 2016).

Una nueva Constitución debiese entonces hacer énfasis en que el objeto de la educación no es únicamente el pleno desarrollo de la persona, pero así mismo su integración ciudadana en una sociedad que se rige por principios democráticos. La Constitución debiese asimismo promover que la comunidad y todos los actores involucrados en la formación del individuo sean considerados de alguna forma en la organización de las instituciones educativas. Como se presentó previamente en la literatura, la gobernanza cooperativa contribuye a la autonomía de las instituciones en tanto aumenta su transparencia y su capacidad de adaptarse al contexto (Bengoetxea, 2012; Kehm, 2019). Esta cooperación entre los actores resulta beneficiosa entonces para las instituciones, pero también es fundamental en la formación ciudadana. La teoría de la socialización política ha mostrado que la escuela es uno de los agentes más importantes de la transmisión de valores democráti-

cos, pero además modeladores de la participación política futura de la ciudadanía (Quintelier, 2015; Abendschön, 2013). La nueva Constitución tiene también un deber hacia la formación cívica de los y las jóvenes chilenos. Es posible observar como el compromiso hacia el acto de votar ha disminuido significativamente los últimos años en Chile, sobre todo con la instauración del voto voluntario (Contreras y Morales, 2014). Los y las jóvenes, entre 18 y 29 años, votan menos que los adultos (Quiroga, 2011), pero además votan menos que los jóvenes de la misma edad en los años 80' (Contreras y Navia, 2013). En ese sentido, esta nueva Constitución también tiene una responsabilidad, hacia el compromiso democrático.

Una educación en la que las comunidades educativas participan hace alusión una vez más a la forma en que se articula la relación entre el Estado y los privados que proveen la educación. Esto implica que, dado los argumentos expuestos anteriormente, el promover espacios de participación en la toma de decisiones por parte de los actores involucrados en la educación se transforma en un mínimo exigible para el Estado. Esta propuesta implica entonces que la nueva Carta genere el marco de regulación general con el propósito de buscar promover, entre todas aquellas organizaciones que reciben financiamiento del Estado, una gobernanza cooperativa en los diferentes niveles de educación desde la primera infancia y en la tapa escolar, con la incorporación de los padres y los y las estudiantes y en la educación superior a través de un grupo de actores mucho más amplio.

Estas propuestas solo son posibles en la medida en que el Estado pueda exigir un rol de justicia educativa a las escuelas e universidades ("instituciones educativas inclusivas") y de participación democrática ("instituciones educativas democráticamente abiertas") en todas las instituciones, incluida aquella oferta privada. Considerando que en Chile menos de un 40% de los estudiantes asisten a escuelas públicas y menos 27% lo hace a universidades del Estado¹, es claro que la próxima Constitución tiene que hacer referencia a la manera como los privados participan de este nuevo modelo educativo. Como Uauy y Holzapfel (2014) lo explican, el rol del Estado debe ser el de exigir ciertas garantías a aquellas instituciones que reciben financiamiento de su parte, y que la literatura reconoce cada vez más como instituciones con un rol público. Desde el punto de vista de estas garantías, los autores explican, por ejemplo, que las alternativas de participación de la comunidad dependerán de cada institución, siempre y cuando se asegure la participación de todos los estamentos como una condición mínima. Castro y Navarro (2017) defienden que es necesario mejorar la calidad de la educación privada en Chile para terminar así con las desigualdades educativas.

¹ Datos obtenidos a partir de <https://centroestudios.mineduc.cl/>

Según los autores, esto sólo es posible en la medida en que el Estado asuma un rol más activo en la fiscalización, siempre respetando la autonomía de estas instituciones, pero también acompañando mucho más los procesos de cada una de estas instituciones con rol público.

Conclusiones

En este capítulo la discusión se centró en dos pilares fundamentales de la educación que comparativamente, son discutidos en menor medida que otros pilares como el derecho a la educación y la libertad de cátedra. Un sistema educativo inclusivo, justo y de gobernanza cooperativa son dos pilares que llevan a cuestionarse sobre cuál es el objetivo final de la educación en una sociedad. A su vez, poco se habla de cómo la educación y estos dos pilares a los que se alude en el texto poseen una relación con la formación en valores cívicos y democráticos de la ciudadanía; es decir, si se desea contar con una ciudadanía participativa en la vida política y con valores asociados a la formación de una comunidad y sentido de pertenencia, el contar con instituciones educativas inclusivas (social, cultural y económicamente heterogéneas) y participativas en la toma de decisiones se torna un elemento central.

La nueva Constitución debiese ser así un reflejo de este cuestionamiento de la educación como un medio y no solamente como un objetivo en sí-mismo. Un primer aspecto que parece central en esta discusión es el hecho de que esta nueva Carta será formulada en democracia y, por lo tanto, debe ser un reflejo de los valores democráticos. El sistema educativo tiene así un nuevo lugar en la Constitución, como un promotor en su propia concepción de los valores democráticos tales como la tolerancia, justicia social, igualdad y bien común.

El pensar en un sistema educacional (los tres niveles) para la diversidad de la comunidad y con la comunidad, implica finalmente, que el Estado asuma un mayor rol en la arquitectura, regulación y sentido en el sistema educativo, y particularmente al sector privado. Esto cobra particular importancia en Chile en donde la oferta de educación estatal se constituye como uno de los países con más baja oferta estatal en la OCDE y en Latinoamérica, no superando el 38% de la matrícula (OECD, 2018). La propuesta de este capítulo implica que el Estado, por medio de la Constitución, exija que los establecimientos educacionales privados sean coherentes con esta nueva concepción sobre la educación. Se propone que las instituciones educativas privadas deban tener un rol público, es decir, que velen por la formación de la ciudadanía y por el bien común a través de la inclusión de los actores relacionados con el proceso educativo. Contar con instituciones educativas inclusivas y heterogéneas ("*con la diversidad de la comunidad*"), en el caso del sistema escolar, y avanzar a un sistema de acceso a la educación superior en el que se elimine el sesgo de

clase social, junto con regular el tipo de instituciones de educación superior, a las cuales se les exija un rol público (Rodríguez-Ponce, 2009). En ese sentido, se propone que la nueva Constitución incluya una frase haciendo alusión a que todas aquellas instituciones que sean financiadas por el Estado, tengan un rol público y que dentro de sus principios esté la no discriminación y la gobernanza cooperativa.

Una educación con la comunidad, y para la diversidad de la comunidad representa la construcción de un individuo con valores democráticos cívico que se forma a través de la cohesión social. Como el filósofo (Dewey, 1969) dijo: "El mismo proceso de convivir educa, amplía e ilumina la experiencia; estimula y enriquece la imaginación; crea responsabilidad respecto a la precisión y la vivacidad de expresión del pensamiento" (p. 17).

Bibliografía

- Abendschön, S. (2013). *Growing into Politics: Contexts and Timing of Political Socialisation* (ECPR Press).
- Ackerman, B. (1993). *We the People, Volume 1: Foundations* (Vol. 1). Harvard University Press.
- Alcalá, H. N. (2008). El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 14(2), 209-269. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000200007>
- Bellei, C., & Trivelli, C. (2014). Apoyo público a escuelas privadas. Casos nacionales y lecciones para Chile. *Centro de Investigación Avanzada En Educación*, 1(12), 1-38. <https://doi.org/10.13140/RG.2.1.3743.0163>
- Bengoetxea, E. (2012). La reforma de la gobernanza de la educación superior en la práctica. Puesta en práctica de los objetivos políticos en la gestión universitaria. *Revista de Universidad y Sociedad Del Conocimiento*, 9, 86-99.
- Biesta, G., Lawy, R., & Kelly, N. (2009). Understanding young people's citizenship learning in everyday life: The role of contexts, relationships and dispositions. *Education, Citizenship and Social Justice*, 4(1), 5-24. <https://doi.org/10.1177/1746197908099374>
- Boontinand, V., & Petcharamesree, S. (2018). Civic/citizenship learning and the challenges for democracy in Thailand. *Education, Citizenship and Social Justice*, 13(1), 36-50. <https://doi.org/10.1177/1746197917699413>
- Bouttemont, C. de. (2004). Le système éducatif belge. *Revue Internationale d'éducation de Sèvres*, (37), 101-108. <https://doi.org/10.4000/ries.1466>
- Castro, C. de M., & Navarro, J. C. (2017). Will the invisible hand fix private higher education in Latin America? *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas Em Educação*, 25(96), 770-797. <https://doi.org/10.1590/s0104-40362017002501055>
- Chmielewski, A., y Savage, C. (2015). Socioeconomic segregation between schools in the US and Latin America, 1970-2012. En G. McCarthy, G. Ingram, y S. Moody (eds.), *Land and the City* (pp. 394-423). Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Const. (1958). *Constitution de la République française*.
- Const. (1967). *Constitución de la República Oriental del Uruguay*.
- Const. (1978). *Constitución Española*. Madrid.
- Const. (1994). *La Constitution Belge*.
- Const. (1995). *Constitución de la Nación Argentina*.
- Const. (2009). *Constitución de la República de Chile*.
- Contreras, G., & Morales, M. (2014). Jóvenes y participación electoral en Chile 1989-2013. Analizando el efecto del voto voluntario. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(2), 597-615. <https://doi.org/10.11600/1692715x.1226100414>
- Contreras, G., & Navia, P. (2013). Diferencias generacionales en la participación electoral en Chile, 1988-2010. *Revista de Ciencia Política*, 33(2), 419-441. <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2013000200001>
- Crouch, L., Gove, A., Gustafsson, M. (2009). Educación y cohesión social. En Cristián Cox y Simon Schwartzman, (Eds.) *Políticas educativas y cohesión social en América Latina*. Uqbar.
- De Boer, H. F., Enders, J., & Schimank, U. (2007). Comparing higher education governance systems in four European countries. *Governance and Performance of Education Systems*, 35-54. https://doi.org/10.1007/978-1-4020-6446-3_3
- Dewey, J. (1969). Democracia y Educación. In *Revista española de la opinión pública*. <https://doi.org/10.2307/40181166>
- Draelants, H. (2018). *Comment l'école reste inégalitaire. Comprendre pour mieux réformer*. PUL Presses universitaires de Louvain.
- Dubet, F. (2012). Existe-t-il une justice scolaire ? En Serge Paugam (ed) *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*. (pp. 111-123) Paris: PUF
- Dubet, F. (2005). *La escuela de las oportunidades: ¿qué es una escuela justa?*. Gedisa
- Durkheim, E. (1985). *Education et sociologie*. (5 edición) Paris: PUF
- Ekström, M., & Östman, J. (2013). Family talk, peer talk and young people's civic orientation. *European Journal of Communication*, 28(3), 294-308. <https://doi.org/10.1177/0267323113475410>
- Espinoza, Ó., & González, L. E. (2015). Equidad en el sistema de educación superior de Chile: acceso, permanencia, desempeño y resultados. *Educación superior en Chile: transformación, desarrollo y crisis*, 12.
- Falabella, A. (2015). El mercado escolar en Chile y el surgimiento de la Nueva Gestión Pública: El tejido de la política entre la dictadura neoliberal y los gobiernos de la

- centroizquierda (1979 a 2009). *Educação & Sociedade*, 36(132), 699-722.
- Green, A., & Preston, J. (2001). Education and social cohesion: Recentering the debate. *Peabody Journal of Education*, 76(3-4), 247-284.
- Ilabaca, T., Falabella, A., & Madero, C. (2020). Educación Privada: desde una alianza en tensión con el Estado a la competencia en el mercado educativo. En Alejandra Falabella y Juan Eduardo García-Huidobro (eds). A 100 años de la Ley de Educación Primaria Obligatoria. La educación chilena en el pasado, presente y futuro. Facultad de educación, Universidad Alberto Hurtado. (pp. 88-107)
- Ilabaca, T., y Corvalán, J. (2020). Configuración y legitimación del campo de los colegios de élite en Chile ¿Quiénes son y que dinámicas han posibilitado su acceso a posiciones de poder en el campo educativo?. *Revista Izquierdas*, 49, pp. 3567-3586
- Ilabaca, T. (2017). Desafíos para la educación escolar chilena: reflexiones a la luz del concepto Sistema Educacional Justo. En Javier Cifuentes, Claudio Pérez y Sebastián Rivera (Eds.) ¿Qué políticas públicas para Chile? Propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia. CED
- Jara, C. (2014). Democratic Legitimacy under Strain? Declining Political Support and Mass Demonstrations in Chile. *European Review of Latin American and Caribbean Studies | Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y Del Caribe*, 97(97), 25. <https://doi.org/10.18352/erlacs.9794>
- Joignant Rondon, A. (1997). La socialisation politique. Stratégies d'analyse, enjeux théoriques et nouveaux agendas de recherche. *Revue Française de Science Politique*, 47(5), 535-559. <https://doi.org/10.3406/rfsp.1997.395202>
- Kehm, B. (2019). La nueva gobernanza de los sistemas universitarios. In *Política, Globalidad y Ciudadanía* (Vol. 4). <https://doi.org/10.29105/pgc4.8-1>
- Klemenčič, M. (2012). Student participation in higher education governance in Europe. *International Higher Education*, 66(iii), 32-33.
- Mingorance, P., & Estebaranz, A. (2009). Construyendo la comunidad que aprende: la Vinculación efectiva entre la escuela y la comunidad. *Fuentes: Revista de La Facultad de Ciencias de La Educación*, (9), 179-199.
- Mourshed, M., & Barber, M. (2012). *Cómo continúan mejorando los sistemas educativos de mayor progreso en el mundo* (McKinsey &). Santiago.
- Moya, E., & Hernández, J. (2014). El rol de los colegios de elite en la reproducción intergeneracional de la elite chilena. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (26), 59-82.
- Nieuwelink, H., Dekker, P., Geijsel, F., & ten Dam, G. (2016). 'Democracy always comes first': adolescents' views on decision-making in everyday life and political democracy. *Journal of Youth Studies*, 19(7), 990-1006. <https://doi.org/10.1080/13676261.2015.1136053>
- OECD. (2018). *Panorama de la educación 2016* (Fundación). <https://doi.org/10.1787/eag-2016-es>.
- Peña, C. (2013). Educación y ciudadanía: los problemas subyacentes. En J.E. García-Huidobro y A. Falabella (Eds.), *Los fines de la educación* (Pp. 163-173). Santiago, Chile: Ediciones UC.
- Quintelier, E. (2015). Engaging Adolescents in Politics. *Youth & Society*, 47(1), 51-69. <https://doi.org/10.1177/0044118X13507295>
- Quiroga, M. M. (2011). Identificación partidaria y crisis de representación. América Latina en perspectiva comparada. *Revista de Ciencias Sociales*, XVII(4), 583-597. Retrieved from <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4113637>
- Reale, E., & Seeber, M. (2013). Instruments as empirical evidence for the analysis of Higher Education policies. *Higher Education*, 65(1), 135-151. <https://doi.org/10.1007/s10734-012-9585-5>
- Riedemann, A., & Stefoni, C. (2015). Sobre el racismo, su negación, y las consecuencias para una educación anti-racista en la enseñanza secundaria chilena. *Polis. Revista Latinoamericana*, (42).
- Rivera, M., y Guevara, J. (2017). *Selección en la educación secundaria y acceso a universidades de elite por tipos de establecimiento en Chile. Análisis de la cohorte 2016. Documento de trabajo n°8*. Santiago: Mineduc.
- Rodríguez-Ponce, E. (2009). El rol de las universidades en la sociedad del conocimiento y en la era de la globalización: evidencia desde Chile. *Interiencia*, 34(11), 824-829.
- Salimbeni, O. (2011). Escuela y Comunidad: participación comunitaria en el sistema escolar. *Tendencias Pedagógicas*, (17), 19-31.
- Silva, C., Kronmüller, C., Cruz, M., & Riffo, I. (2015). Empoderamiento en el movimiento estudiantil durante 2011 y 2012 en Chile. *Universitas Psychologica*, 14(4), 1299-1310. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.up14-4.eeme>
- Tijoux, M. E. (2013). Niños (as) marcados por la inmigración peruana: estigma, sufrimientos, resistencias. *Convergencia*, 20(61), 83-104.
- Townsend, K. L. (2016). Education and the Constitution: Three Threats to Public Schools and the Theories That Inspire Them. *Mississippi Law Journal*, 85, 327.
- Uauy, R., & Holzapfel, C. (2014). *Estudio Técnico N°22. Análisis Comparado de Tipos de Gobernanza y Rankings Internacionales*.
- Villalobos, C., & Valenzuela, J. P. (2012). Polarización y cohesión social del sistema escolar chileno. *Revista de análisis económico*, 27(2), 145-172.

La educación como derecho social: un cambio constitucional para una educación de calidad

Angélica Bonilla Castro y Catalina Fernández Carter

“Es dudoso que se pueda esperar razonablemente que un niño tenga éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación”

Corte Suprema de Estados Unidos (Brown v. Board of Education of Topeka, 1954)

RESUMEN: Este capítulo examina el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile, a la luz de su regulación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Tras identificar los avances y deficiencias de la regulación actual, se realiza una doble propuesta a ser considerada en el proceso constituyente. Por un lado, pasar de la lógica del mercado, cuyo método es la oferta y la demanda, a una lógica de derecho social, que opera sobre la base de la responsabilidad del Estado y sobre la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos. Por otro lado, pasar de políticas de *accountability*, donde la calidad y la responsabilización se establecen en base a resultados, a políticas de regulación común de procesos e insumos de la oferta educativa, a fin de resguardar la calidad y justicia del sistema. De esta manera, la nueva Constitución podrá ser una herramienta que garantice verdaderamente una educación de calidad para niños, niñas y adolescentes.

Introducción

Han pasado catorce años desde la Revolución Pingüina, y la demanda por una educación pública, gratuita y de calidad sigue estando presente. Algunos podrían argumentar que la educación pública existe (aunque esté diezmada), es gratuita (a través de subvenciones) y de calidad (en algunos liceos de excelencia). Pero aquello supondría no comprender lo que estos catorce años han significado: un constante llamado a un cambio de paradigma, que no ha sido posible al enfrentarse con el techo impuesto por la Constitución de 1980.

Sin desconocer los avances logrados en este periodo, este capítulo busca mostrar cuáles son sus limitaciones y las posibilidades que se abren en el debate constituyente, recurriendo tanto al derecho internacional de los derechos

humanos como a la evidencia empírica acumulada en el campo de la educación. Como veremos, la insuficiente regulación del derecho a la educación a nivel constitucional ha tenido consecuencias directas en la calidad y justicia del sistema. Una nueva Constitución podría enfrentar esos problemas, consolidando la Nueva Educación Pública (“NEP”), y recuperando la prerrogativa del Estado en materia educativa, de modo que se garantice la libertad de enseñanza (entendida como diversidad de proyectos educativos), pero estando supeditada a reglas comunes que resguarden el ejercicio efectivo e igualitario del derecho a la educación.

Una nueva aproximación a las demandas ciudadanas: la educación como un derecho exigible

El campo educativo postdictadura en Chile no ha estado exento de conflictos, caracterizándose por ciclos regulares de protesta. Sin embargo, a partir del año 2006 se observa un mayor protagonismo y convergencia de estudiantes secundarios y universitarios, así como un fuerte aumento de magnitud de los movimientos sociales por la educación (Villalobos, 2019). Lo anterior refleja un malestar persistente y demandas no resueltas por el sistema político, identificándose en la actual Constitución uno de los principales obstáculos a reformas más profundas¹.

Sin embargo, las primeras reformas al sistema educativo en democracia fueron formuladas aceptando que el sistema educativo se regía por un modelo de mercado (López, 2014). En palabras de Atria (2010), la discusión sobre educación se trataba de discutir “las políticas”, pero no “la política”. Si bien las movilizaciones del año 2006 buscaban cuestionar aquello, las reformas legales logradas en 2009 y 2015 no pudieron dismantlar dicha estructura, realizando arreglos bajo las reglas del juego ya existentes (Picazo y Pierre, 2016).

¹ Ello también quedó reflejado en los Encuentros Locales Autoconvocados, donde una gran mayoría de los participantes destacó la necesidad de contar con un rol protagónico del Estado en materia educativa, sumado a un fortalecimiento de la educación pública (Soto, Millaleo e Ihnen, 2020).

Aun así, en los últimos años se han aprobado una serie de reformas más ambiciosas, que han alterado algunos de los aspectos más criticados del sistema. Por una parte, el deterioro de la educación pública se enfrentó por medio de la NEP (Ley N°21.040, 2017), reconocida como la mayor transformación institucional de la educación pública en los últimos 30 años (Bellei, 2018). Por otra, la Ley de Inclusión (Ley N°20.845, 2015) se hizo cargo de las críticas asociadas al lucro, el copago y la selección escolar. Sin embargo, otros aspectos criticados del sistema, como el esquema de *vouchers* que mantiene una lógica de mercado y promueve la competencia entre escuelas (Treviño, Villalobos, Morel y Carrasco, 2020) no han sido alterados sustancialmente, más allá de incrementar los recursos disponibles.

En este contexto, la discusión constitucional se presenta en un momento especialmente propicio, con reformas significativas en curso. Ante ello, ¿cuál es la relevancia que puede tener una nueva Constitución para el desarrollo de éstas y otras reformas?

Este capítulo parte de la premisa de que la forma más apropiada de hacer dialogar el debate constitucional con la implementación de las reformas es por medio de una aproximación que enfatice la educación como un derecho humano, *exigible y justiciable*², y que subraye la obligación del Estado de desarrollar políticas que permitan a todos los niños, niñas y adolescentes (“NNA”) acceder a educación de calidad, sin perjuicio de su origen (McMillan, 2010).

Este enfoque de derechos humanos permitirá además revitalizar el carácter social del derecho a la educación (Murphy, 2018). Como explica Atria (2015), los derechos sociales constituyen la sustancia de la ciudadanía y reflejan la idea de que ciertos aspectos del bienestar de los demás son responsabilidad de todos, bajo nociones de cooperación y reciprocidad. Sin embargo, para el neoliberalismo, la educación constituye un bien de consumo individual, con la consecuencia de que los estudiantes devienen consumidores, no ciudadanos (Torres, 2013). Por ello, es fundamental que el debate constitucional examine el derecho a la educación como un derecho social exigible y justiciable, dejando atrás la noción neoliberal que pone excesivo énfasis en la idea de subsidiariedad y resulta hostil a la idea de derechos económicos, sociales y culturales (“DESC”) (Wills, 2017).

El derecho a la educación: el rol del Estado en la provisión y financiamiento

El derecho a la educación en el derecho internacional

El derecho a la educación se encuentra reconocido en una serie de documentos internacionales, incluyendo la Decla-

2 Usamos el término “*exigible*” para referirnos a la obligatoriedad del derecho a la educación, en tanto este impone verdaderos deberes al Estado (y no meras declaraciones de principios). Por su parte, que sea “*justiciable*” se refiere a la posibilidad de que un individuo reclame ante un tribunal de justicia el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado (ver Abramovich y Courtis, 1997).

ración Universal de Derechos Humanos (1948) (“DUDH”, artículo 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (“PIDESC”, artículo 13) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (“CDN”, artículos 28 y 29). Los últimos dos, que son tratados internacionales vinculantes, regulan elementos como la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, el fomento de la enseñanza secundaria y superior (adoptando progresivamente la gratuidad) y la importancia de que la educación se oriente al desarrollo de la personalidad y el sentido de la dignidad, además de favorecer la comprensión, tolerancia y amistad entre diversos grupos. Los mismos objetivos son reconocidos en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) (“Convención UNESCO”).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) (“CADH”) sólo contiene una referencia amplia a la educación en su artículo 26, que se refiere a los DESC en términos generales³. Sin embargo, dicha disposición ha sido interpretada de manera amplia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”), indicando que ella establecería obligaciones concretas para los Estados⁴.

A su vez, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (“Comité DESC”, 1999b), interpretando el PIDESC, ha indicado que el derecho a la educación es un medio indispensable de realizar otros derechos, y que el Estado debe respetar, proteger y garantizar que la educación, en todas sus formas y niveles, cumpla con cuatro características: disponibilidad (incluyendo no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica), aceptabilidad y adaptabilidad. Estos criterios, que han sido reconocidos por la Corte IDH⁵, requieren un rol activo del Estado que desarrolle un sistema educativo al alcance de todos, sin discriminación de ningún tipo y con suficiente flexibilidad para adecuarse a diversos grupos sociales y culturales.

Si bien el PIDESC otorga flexibilidad a los Estados para implementar los derechos, considerando la disponibilidad de recursos, algunas obligaciones son de aplicación inmediata, incluyendo la obligación de “adoptar medidas” para lograr la plena efectividad de los derechos, y garantizar el ejercicio sin discriminación. En ese sentido, el Comité DESC (1999b) ha notado que las políticas de gastos que tienen como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares, pueden constituir una discriminación.

3 El derecho a la educación se encuentra regulado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana (1988) (Protocolo de San Salvador), que no ha sido ratificado por Chile.

4 La Corte IDH ha interpretado el artículo 26 de manera de establecer la justiciabilidad de los DESC, señalando que los Estados se encuentran sujetos a las obligaciones generales de respetar y adoptar medidas legislativas para hacer efectivos esos derechos: *Acevedo Buendía y otros v. Perú*, paras. 99-100. Ello ha sido reiterado en otros casos: *Lagos del Campo vs. Perú*, paras. 142, 154; *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, para. 100.

5 Corte IDH. *Gonzales Llu y otros vs. Ecuador*, para. 235.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño (2001) ha puesto énfasis en los contenidos de la educación y los valores que en ella deben inculcarse, respetando la dignidad de los NNA. En ese sentido, el derecho a la educación involucra no sólo la provisión de habilidades básicas, sino también el desarrollo amplio de la personalidad (Delbruck, 1992).

La regulación del derecho a la educación en la legislación chilena

La Constitución reconoce el derecho a la educación en el artículo 19 N°10, sin hacer referencia a la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar este derecho, sino enfatizando *el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos*. El rol del Estado es evidentemente secundario. Asimismo, si bien la Constitución reconoce la gratuidad de la educación básica y media, no menciona la progresiva gratuidad de la educación superior —que forma parte de las obligaciones internacionales—, ni hace referencia a los objetivos sociales de la educación, como la cohesión o el fomento de la tolerancia e inclusión.

A nivel legal, la Ley General de Educación (Ley 20.370, 2009) establece el marco general de la institucionalidad, mientras que la Ley 21.040 (2017) establece las bases para el nuevo Sistema de Educación Pública. Esta reforma establece una institucionalidad que busca revitalizar la educación pública, desmunicipalizando la educación y articulando redes de cooperación (los Servicios Locales de Educación), destinando fondos y capacidades profesionales al apoyo pedagógico, y creando mecanismos para lograr involucrar en la toma de decisiones a la comunidad educativa y local (Villalobos, Carrasco, Treviño y Wyman, 2019).

Si bien el cambio de escala de la administración es necesario, el éxito de la política se juega, en último término, en la mejora pedagógica. Las evaluaciones de su implementación temprana coinciden en señalar que el foco ha estado puesto en el traspaso administrativo, mientras que los pilares de participación local y apoyo pedagógico han quedado rezagados (Concha y García-Huidobro, 2020). Para avanzar en esa línea, sigue pendiente avanzar en la definición de un *gran proyecto educativo* para la educación pública. Entre otras cosas, esta podría recoger un enfoque de derechos humanos en materia educativa, poniendo énfasis en la promoción de la cohesión social e integración donde diversas visiones se encuentran (UNESCO-UNICEF, 2008), que resulta especialmente necesaria en el contexto chileno actual.

La nueva estructura administrativa tiene el potencial de adaptarse a los cambios establecidos por una nueva Constitución. Por eso, y bajo el entendido de que la NEP requiere tiempo de maduración, este capítulo no aventura modificaciones en la administración de la educación pública. Ahora bien, una definición del derecho a la educación que incorpore el interés superior de NNA o que enfatice el

rol social de la educación puede ayudar a orientar el proyecto de la NEP y consolidar su potencial transformador.

Financiamiento basal y proporcional

Uno de los pilares del sistema educativo impuesto en 1980 es el esquema de financiamiento a la demanda vía *voucher*, condicionado a la matrícula y asistencia mensual del estudiante. Sin embargo, el modelo de financiamiento no es solamente un aspecto económico, sino fundamentalmente un *“instrumento de organización política, social y cultural del sistema educativo”* (Treviño, Carrasco, Villalobos y Morel, 2019, p.510), que promueve ciertos comportamientos y también genera efectos no deseados.

En ese sentido, el modelo ha demostrado tener bastantes falencias y los autores lo describen como un verdadero *“Frankenstein”*: ante el sucesivo reconocimiento de fallas en su funcionamiento, que difieren de lo supuesto por la teoría clásica de *vouchers*, las políticas públicas han ido *“parchando”* el modelo, sin cuestionarlo en su fondo. Así, han proliferado subvenciones adicionales⁶ que intentan alternativamente incluir o apoyar a estudiantes vulnerables y/o con necesidades educativas especiales, o evitar la exclusión y segregación. La diversificación de *vouchers* complejizó y burocratizó el proceso de rendición (Carrasco, Treviño, Villalobos y Wyman, 2019), al punto de que muchos sostenedores deben destinar la mayor parte de su tiempo y recursos humanos sólo a esta tarea (Raczynski, Rivero y Yáñez, 2019).

Paralelamente, no hay evidencia contundente de que el modelo fomente la retención escolar y la asistencia, considerando que los factores más determinantes del ausentismo y la deserción escapan al rango de acción de las escuelas (CEPPE, 2017; Reiningger, Villalobos y Wyman, 2018). Esto se traduce en que los colegios deben cubrir gastos fijos con ingresos variables, lo que resulta especialmente problemático para las escuelas más vulnerables. A pesar de que cerca del 80% de los gastos fijos de los colegios se mantienen estables entre escuelas de distintas comunas, dependencias y tamaños (MINEDUC, 2013), la contingencia de los ingresos genera grandes dificultades para hacer planificaciones financieras a largo plazo.

Sin embargo, existen otros modelos que pueden corregir estos defectos, sin sacrificar eficiencia económica. En Chile existen los liceos de Administración Delegada (creados en 1980 mediante el Decreto Ley N°3.166), que cuentan con financiamiento basal, pero cuya administración fue traspasada a otras instituciones públicas o personas jurídicas. Un convenio regula este traspaso, con una duración de entre 3 y 5 años, y cuya renovación depende de una evaluación global positiva respecto a las metas educativas acordadas. Un estudio de CEPPE UC-DESUC (2017), que

⁶ Por ejemplo, las subvenciones por ruralidad, indigencia, Subvención Escolar Preferencial (SEP) o del Programa de Integración Escolar (PIE).

los comparó con otros establecimientos subvencionados similares encontró que estos liceos tienen una mejor gestión financiera y mejores resultados educacionales.

Si bien el sistema de *vouchers* favorece a algunas escuelas de gran matrícula y de bajo nivel socioeconómico (cuestión que podría ser ajustada mediante un mecanismo de bonificación), este sistema de financiamiento basal permitiría que las demás escuelas recibieran ingresos similares. Más aún, y como veremos en la sección siguiente, la entrega de recursos podría condicionarse a aspectos que estén directamente relacionados con la calidad de la provisión.

La Libertad de Enseñanza como un derecho: exigencias para la diversidad y calidad

La libertad de enseñanza en el derecho internacional

La libertad de enseñanza puede examinarse desde dos puntos de vista en el plano internacional. Por una parte, puede referirse al derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones, que encuentra reconocimiento en la DUDH (artículo 26), el PIDESC (artículo 13.3), la CADH (artículo 12.4) y la Convención UNESCO (artículo 2.b). Por otra parte, algunos textos internacionales se refieren a la libertad de los particulares de establecer instituciones de enseñanza (PIDESC —artículo 13.4—, CDN —artículo 29.2— y Convención UNESCO —artículos 2 y 5—).

En esta segunda variante, el Comité DESC (1999b) ha enfatizado que los establecimientos creados por particulares deben respetar normas mínimas y seguir los objetivos educativos ya discutidos. El Comité también señaló que los Estados deben velar por que esta libertad no provoque disparidades extremas en el acceso a la educación.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño (2013) ha enfatizado la importancia del interés superior del niño en el marco del derecho a la educación. Desarrollando esta idea, se ha entendido que el interés superior del niño siempre prevalece ante un conflicto con el derecho de los padres a escoger o crear establecimientos, puesto que "[l]a finalidad de que los progenitores tengan libertad de elección no es legitimizar la denegación de los derechos de sus hijos, sino evitar que el Estado monopolice la educación y proteger el pluralismo educativo" (UNESCO-UNICEF, 2008, p.21).

Tradicionalmente se entiende que la libertad de enseñanza tiene su base en el respeto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Beiter, 2005), y busca garantizar que los individuos puedan seguir sus propias concepciones de cómo vivir una buena vida (Curren, 2009), no la creación de oportunidades de negocio. Sin embargo, la libertad de enseñanza debe siempre considerarse conjuntamente con la obligación del Estado de proteger el derecho a la educación. Por ello, debe estar sujeta a los estándares mínimos

de educación que establezca el Estado (Nowak, 2001), de manera que la privatización no suponga una amenaza a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la educación (Ssenyonjo, 2009).

Como cuestión final, cabe destacar que la libertad de enseñanza no supone una obligación de trato igualitario a establecimientos públicos o privados. El Comité de Derechos Humanos (1990) señaló que otorgar un tratamiento preferencial al sector público era razonable y se basaba en un criterio objetivo, no pudiendo constituir una discriminación contra los padres que libremente eligen no aprovechar los beneficios que están generalmente abiertos a todos.

La libertad de enseñanza en la legislación chilena

La libertad de enseñanza se encuentra reconocida en el artículo 19 N°11 de la Constitución, que reconoce el "derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales", sin otras limitaciones "que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional". La Constitución también reconoce el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. A diferencia del derecho a la educación, la libertad de enseñanza sí se encuentra protegida por medio del recurso de protección.

La aproximación chilena a la libertad de enseñanza es muy distinta a la internacional: en nuestro país se consagra como una libertad de emprendimiento, de manera amplísima y con pocas restricciones, sin hacerse referencia a la protección de modelos educativos diversos, a los derechos de NNA o su interés superior, aspectos fundamentales a nivel internacional. Al mismo tiempo, el Estado adopta una posición neutral, tratando a colegios públicos y privados por igual, algo que no sucede en otros países latinoamericanos con altos niveles de educación privada (Bellei, 2009).

Como contrapeso a esta falta de regulación, la Ley de Aseguramiento de Calidad de la Educación (Ley 20.529, 2011) creó instituciones independientes con funciones de fiscalización, y de evaluación y orientación: la Superintendencia y la Agencia de Calidad de la Educación, respectivamente. Mientras la primera fiscaliza el cumplimiento de la normativa, la segunda evalúa los resultados educacionales. Aquellos establecimientos que obtienen resultados insuficientes de manera reiterada arriesgan su cierre. Este modelo corresponde a uno de *accountability* con altas consecuencias, es decir, la política se centra en los resultados educacionales (principalmente pruebas estandarizadas), con independencia de los contextos, insumos y procesos internos.

Regulación: hacia un marco normativo mínimo común

Históricamente, el sistema educativo chileno fue siempre mixto, con escuelas y liceos públicos, y una minoría de

colegios privados que pertenecían mayoritariamente a la Iglesia Católica o colonias extranjeras. Sin embargo, la redefinición de la libertad de enseñanza en la Constitución, junto con la posibilidad de recibir la subvención escolar y cobrar copago disparó la apertura de colegios privados. Hoy el 56% de la matrícula asiste a establecimientos particulares subvencionados, mientras que la matrícula pública ha disminuido drásticamente (Centro de Estudios MINEDUC, 2017). Adicionalmente, se observa una altísima segregación del sistema educativo: los colegios públicos concentran a la población más pobre del país, mientras que los colegios particulares pagados presentan una “hipersegregación” socioeconómica (Valenzuela, Bellei y De los Ríos, 2014).

La regulación de los sostenedores particulares subvencionados en Chile es muy poco exigente: para recibir el reconocimiento oficial del MINEDUC sólo se exige al sostenedor (persona natural o jurídica) contar con un título profesional o licenciatura, y no haber sido condenado por crimen o simple delito, entre otros requisitos menores que no tienen relación con su experiencia educativa (Ley 20.370, 2009, Art. 46, letra a). Por otro lado, cuestiones como el lucro, el copago o la selección de estudiantes solo fueron prohibidas muy recientemente mediante la Ley de Inclusión⁷.

Como resultado de años de desregulación, el sector particular subvencionado presenta una alta heterogeneidad en términos de sus recursos, capacidades profesionales, composición socioeconómica y resultados educativos. Muchos de ellos se encuentran en situaciones precarias, concentrados en comunas de clase media y baja (Carrasco, Bonilla y Rasse, 2019), cuestión preocupante si consideramos que además entre un 18% y un 26% de los sostenedores chilenos declara tener un bajo nivel de preparación en prácticas, conocimientos y habilidades de gestión pedagógica (Raczynski, Rivero y Yáñez, 2019). Aun así, hay casos positivos y que exhiben un patrón común: pertenecen a fundaciones y corporaciones sin fines de lucro, cuentan con una amplia experiencia institucional, trabajan en red, ponen énfasis en la formación y retroalimentación docente, y cuentan con equipos multidisciplinarios de inclusión escolar (Carrasco, Bonilla y Rasse, 2019). Todo ello es, sin embargo, absolutamente contingente, sujeto a la iniciativa del sostenedor.

¿Por qué la regulación del sector privado importa, y por qué la actual no es suficiente? La literatura y la legislación comparada muestran la importancia de que existan reglas del juego impuestas por el Estado, que resguardan la calidad y justicia de la oferta en un sistema educativo mixto. La idea es asegurar que los privados actúen como “cooperadores del Estado” (Almonacid, 2008). Estas reglas de-

terminan el tipo de sostenedores privados que se atraerán al sistema, ya sea para generar proyectos educativos innovadores o con otras formas de administración —como las *Charter Schools* en Estados Unidos (Stillings, 2006)—, o para resguardar el pluralismo cultural y religioso —como en el caso de Europa (Leenknecht, 1998)—.

Sin embargo, la regulación en otros países es exigente. En Reino Unido, sólo personas jurídicas pueden ser sostenedoras, y se les exige un proyecto educativo definido y experiencia previa, entre otros requisitos. En España, existe la posibilidad de intervenir o incluso anexar al sistema público aquellas escuelas con una mala gestión financiera o resultados insuficientes reiterados (Villarroya, 2000). Estos ejemplos ilustran el supuesto base de que la educación es responsabilidad del Estado, y donde prima el interés superior de NNA. En cambio, la legislación chilena permite la apertura desregulada y el posterior cierre de escuelas por bajos resultados, perjudicando directamente a los estudiantes que asisten a ellas.

La revisión anterior muestra porqué la definición *sui generis* de la libertad de enseñanza en la Constitución es problemática, en tanto limita la acción del Estado y protege el emprendimiento privado en educación. La ausencia de normas mínimas sobre la calidad de la provisión, la extrema desigualdad en los recursos y capacidades profesionales de los colegios, así como la aguda segregación socioeconómica, genera inequidades inaceptables que no pueden justificarse en la libertad de enseñanza, tal como advertía el Comité DESC (1999b y 2009).

Discusión: ¿Qué rol puede tener la nueva Constitución en el contexto actual?

La revisión de estándares internacionales y evidencia empírica demuestran la importancia de contar con un rol activo de parte del Estado en materia educativa. Esto resulta imposible bajo el modelo constitucional actual y su excesivo énfasis en la subsidiariedad. Por eso, una nueva Constitución debiera ampliar la función del Estado, velando activamente por el aseguramiento del derecho a la educación.

Ello no se trata de eliminar la educación privada, sino de que la misma sea una colaboradora del Estado. En conformidad con la protección internacional de los derechos humanos, el Estado no puede desprenderse de sus obligaciones en materia educativa por medio de la implementación de un sistema mayoritariamente privado y desregulado, como ha ocurrido a la fecha.

Por eso, el sentido global de nuestra propuesta es doble. Por un lado, pasar de la lógica del mercado, cuyo método es la oferta y la demanda, a una lógica de derecho social, que opera sobre la base de la responsabilidad del Estado y la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos. Por otro lado, pasar de políticas de *accountability* —donde la calidad y la responsabilización se establecen en base a

⁷ El fin del copago está programado de forma gradual, reemplazando progresivamente los aportes de los padres por un aumento de la subvención escolar.

resultados—, a políticas de regulación común de procesos e insumos de la oferta educativa, a fin de resguardar la calidad y justicia del sistema.

Ahora bien, reconocer y revitalizar el rol del Estado en materia educativa no implica *necesariamente* un aumento del gasto público, pues éste no es el único medio para asegurar el acceso a una educación de calidad (Cortés y Villalobos, 2018). El Estado puede imponer reglas del juego que hagan más probable la entrega de una educación de calidad en las escuelas. Dicho lo anterior, no hay duda de que el gasto público actual en educación es inferior al promedio de la OCDE y es deseable que aumente, pero esto es independiente del proceso constituyente.

Un aspecto crucial que ya adelantábamos es el relativo a la justiciabilidad del derecho a la educación, que actualmente no se encuentra reconocida en la Constitución. Quienes se oponen a la justiciabilidad de los DESC señalan que ello podría tener importantes consecuencias económicas. Sin embargo, ellos pasan por alto que en el caso de los derechos civiles y políticos (“DCP”), cuya justiciabilidad no es disputada, una acción judicial puede igualmente resultar en gastos de dinero⁸. Otros sostienen que la justiciabilidad de los DESC sería antidemocrática y afectaría de la separación de poderes, puesto que correspondería a las autoridades elegidas democráticamente tomar las decisiones sobre la utilización de recursos públicos (en Chile, particularmente al Presidente, dada su iniciativa exclusiva en esta materia). Sin embargo, ello depende de lo que entendamos por democracia. Como explica Gargarella (2015), los tribunales pueden realizar una importante contribución a la deliberación democrática, dada su posición institucional que les permite dar cuenta de los intereses de quienes normalmente quedan excluidos del debate político. Ello no sería antidemocrático: supondría, por el contrario, fortalecer la democracia.

En cualquier caso, al momento de discutir la justiciabilidad del derecho a la educación es útil recordar las distintas obligaciones que asume el estado en materia de derechos humanos. Como explica Eide (2001), las obligaciones de los Estados en materia de DESC deben ser examinadas bajo la obligación tripartita de *respetar, proteger y garantizar*. Dado que la obligación de *respetar* suele implicar obligaciones negativas, ellas son fácilmente justiciables (Beiter, 2005). Asimismo, la obligación de *proteger* exige que el Estado tome medidas para regular la acción de privados, siendo posible accionar frente a su inactividad en esta materia (Langford, 2008).

8 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa (CCT 23/96)*, para. 78: “muchos de los derechos civiles y políticos arraigados en [la nueva Constitución] darán lugar a implicaciones presupuestarias similares, sin comprometer su justiciabilidad. El hecho de que los derechos socioeconómicos casi inevitablemente den lugar a tales implicaciones no nos parece un obstáculo para su justiciabilidad” (nuestra traducción). Ver también Comité DESC (1998).

El mayor debate se genera respecto de la obligación de *garantizar*. Sin embargo, los tribunales pueden evaluar críticamente, bajo criterios de razonabilidad, los programas y la distribución de recursos que ha planificado el Estado para la ejecución de los DESC⁹. Así lo han hecho, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica¹⁰, la Corte Suprema de Canadá —reconociendo que la discreción del Estado en la distribución de recursos públicos no es infinita, y puede y debe ser revisada por los tribunales¹¹—, y la Corte Constitucional de Colombia —que se ha referido a la “colaboración armónica” entre las distintas ramas del Estado, indicando que los tribunales están facultados para ordenar a las autoridades que diseñen e implementen un plan para enfrentar la afectación de los DESC cuya violación hubiera quedado acreditada¹²—. En suma, si bien los tribunales pueden tener cierta deferencia en casos que pueden tener consecuencias económicas de amplio alcance, eso no significa que las Cortes deban abdicar de su responsabilidad en la protección de DESC (Liebenberg, 2001).

En el caso específico del derecho a la educación, Coomans (2009) indica que el cumplimiento de los criterios de disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad de la educación debieran ser (y han sido) directamente justiciables. Ello no significa que los tribunales se encarguen de revisar decisiones eminentemente políticas, sino que ellos determinen si los órganos políticos han cumplido su obligación constitucional de proveer un derecho a la educación con esas características.

En definitiva, alternativas de diseño e implementación de la justiciabilidad del derecho a la educación hay muchas¹³ y este artículo no pretende determinar cuál es la solución precisa para el modelo chileno. Lo que es claro es que una negativa categórica a reconocer dicha justiciabilidad en la Constitución no sólo es incompatible con la necesaria revitalización del rol del Estado en materia educativa, sino que parte de premisas erradas que deben ser desenmascaradas.

Por su parte, en lo relativo a la libertad de enseñanza, la propuesta de este capítulo es que sea redefinida como un resguardo para el pluralismo educativo, a fin de que distintos grupos sociales tengan la posibilidad de establecer y elegir proyectos educativos acordes con sus convicciones. Sin embargo, y para resguardar el interés superior del

9 Ello permitiría responder a quienes sostienen que transformar derechos sociales en justiciables requeriría reconfigurarlos como derechos individuales (la protección de la propia educación, o la propia salud), perdiendo su verdadero carácter social (Atria, 2015). En esta variante, el análisis no sería individual, sino que se examinarían críticamente los programas de aplicación general.

10 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa v Grootboom (CCT 11/00)*, paras. 43-44.

11 Corte Suprema de Canadá, *Eldridge v. Attorney General of British Columbia*, 3 S.C.R. 624.

12 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-025/04*.

13 Williams (2015) recoge una serie de modelos de justiciabilidad, que no afectan la separación de poderes del Estado ni pretenden que los tribunales tomen todas las decisiones sobre distribución de recursos públicos.

niño, el límite a esta libertad de enseñanza debe ser un piso mínimo de calidad, y reglas comunes para todos los establecimientos con independencia de su sostenedor y de su financiamiento.

Lo anterior debiese ser válido incluso para el sector particular pagado. Resulta injustificable que un sector del sistema educativo continúe operando bajo una normativa independiente, cuando el derecho involucrado es el mismo. En efecto, más allá de la discusión sobre el lucro sin fondos públicos o el pago de mensualidades, difícilmente se pueden justificar prácticas como la selección extrema o la inexistencia de un porcentaje de becas, que sí se encuentra regulada para colegios particulares subvencionados. La razón, esperamos haberlo dejado en claro, es que la libertad de enseñanza es *complementaria* al derecho a la educación que tienen todos los NNA de Chile, y es este último el que tiene primacía en caso de conflicto.

En suma, el proceso constituyente otorga una oportunidad única para adoptar un modelo institucional que reconozca la educación como un verdadero derecho humano. Como hemos demostrado en este trabajo, un adecuado reconocimiento del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la nueva Constitución puede tener consecuencias importantes en las reformas que se encuentran en curso, y puede permitir hacer efectiva la promesa de una educación pública, gratuita y de calidad, que la ciudadanía viene demandando hace décadas.

Bibliografía

- Abramovich, V., & Courtis, C. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares Internacionales y Criterios de Aplicación en Tribunales Locales. En: Abregú, M., y Courtis, C. (Eds.). *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 283-350). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Almonacid, C. (2008). La educación particular subvencionada como cooperadora del Estado. En: Bellei, C., Contreras, D. y Valenzuela, J.P. (Eds.). *La Agenda Pendiente en Educación. Profesores, Administradores y Recursos: Propuestas para la Nueva Arquitectura de la Educación Chilena*. Programa de Investigación en Educación Universidad de Chile/UNICEF.
- Atria, F. (2010). ¿Qué educación es "pública"? En: Bellei, C., Contreras, D. y Valenzuela J.P. (Eds.). *Ecos de la revolución pingüina: Avances, debates y silencios en la reforma educacional* (pp. 153-181). Santiago: Universidad de Chile, UNICEF.
- Atria, F. (2015). Social Rights, Social Contract, Socialism. *Social & Legal Studies*, 24(4), 598-613.
- Beiter, K.D. (2005). *The Protection of the Right to Education by International Law*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff.
- Bellei, C. (2009). The Private-Public School Controversy: The Case of Chile. En: P. Peterson y R. Chakrabarti (Eds.). *School Choice International* (pp. 165-192). MIT Press.
- Bellei, C. (2015). *El gran experimento. Mercado y privatización de la educación chilena*. Santiago: LOM Ediciones.
- Bellei, C. (Coord.). (2018). *La Nueva Educación Pública. Contexto, contenidos y perspectivas de la desmunicipalización*. Santiago, Chile: CIAE-Universidad de Chile.
- Bellei, C., y Orellana, V. (2014). *What does "education privatisation" mean? Conceptual discussion and empirical review of Latin American cases*. ESP Working Paper Series, N°62.
- Carrasco, A., Bonilla, A. y Rasse, A. (2019). Capital profesional del sector particular subvencionado en Chile: ¿Oferta diversa o desigual? En: Carrasco, A. y Flores, L.M. (Eds.). *De la reforma a la transformación: Capacidades, innovaciones y regulación de la educación chilena* (p. 449-503). Santiago: Ediciones UC.
- Carrasco, A., Treviño, E., Villalobos, C. y Wyman, I. (2019). Desafíos para el funcionamiento del financiamiento de la educación escolar a nivel local en Chile. Una mirada cualitativa. CEPPE Policy Briefs, N°23. Santiago: Centro UC de Estudios de Políticas y Prácticas en Educación. Disponible en <http://ceppe.uc.cl/images/contenido/policy-briefs/ceppe-policy-brief-n23.pdf>
- Centro de Estudios MINEDUC. (2017). "Informe Nacional: Revisión de políticas educativas en Chile desde el 2004 al 2016". Santiago, Chile: Ministerio de Educación. Disponible en: https://centroestudios.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/100/2017/06/CBR_Mineduc-WEB.pdf
- CEPPE UC (2017). *Estudio cualitativo a nivel local sobre el funcionamiento del sistema de financiamiento de la educación escolar en Chile*. Informe Final, CEPPE UC-Banco Interamericano de Desarrollo— BID. Santiago, Chile
- CEPPE UC-DESUC. (Diciembre de 2017). Colegios técnico-profesionales de Administración Delegada: Aprendizajes de un sistema de financiamiento a la oferta. CEPPE Policy Briefs, N° 17. Santiago: Centro UC de Estudios de Políticas y Prácticas en Educación. Disponible en: http://ceppe.uc.cl/images/contenido/policy-briefs/ceppe-colegios_tcnico-profesionales_de_administracion_delegada_aprendizajes_de_un_sistema_de_financiamiento_a_la_oferta.pdf
- Concha, C. y García-Huidobro, J.E. (2020). La educación pública, una construcción histórica. En: Corvera, M.T y Muñoz, G. (Eds.). *Horizontes y propuestas para transformar el sistema educativo chileno* (p. 278-299). Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Coomans, F. (2004). Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Persona y Derecho*, 50, 61-100.
- Coomans, F. (2009). Justiciability of the right to education. *Erasmus Law Review*, 2(4), 427-444.
- Cortés, A. y Villalobos, C. (2018). El derecho a la educación

- en el Chile contemporáneo. Cuatro argumentos para su reconocimiento constitucional. En: J. Gajardo & Y. Vásquez (Eds.). *Nueva Constitución. Ideas y propuestas para el cambio Constitucional* (pp. 135-154). Santiago de Chile: Rubicón.
- Curren, R. (2009). Education as a Social Right in a Diverse Society. *Journal of Philosophy of Education*, 43(1), 45-56.
- Delbruck, J. (1992). The Right to Education as an International Human Right. *German Yearbook of International Law*, 35, 92-104.
- Eide, A. (2001). Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights En: Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (Eds.). *Economic Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff.
- Gargarella, R. (2015). Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights. En: Alviar García, H., Klare, K. y Williams, L.A. (Eds.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Abingdon: Routledge.
- Langford, M. (2008). The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. En: Langford, M. (Eds.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leenknecht, G. (1998). Freedom of education in five European countries. *Tilburg Foreign Law Review*, 7(2), 105-118.
- Liebenberg, S. (2001). The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems. En: Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (Eds.). *Economic Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff.
- López, N. (2014). *Mercado o garantía de derechos. Modelos en debate para la educación escolar en Chile*. Buenos Aires: UNICEF-IIPE UNESCO.
- McMillan, L. (2010) What's in a right? Two variations for interpreting the right to education. *International Review of Education*, 56(5-6), 531-535.
- MINEDUC (2013). Hacia la medición del costo de una educación de calidad: resultados preliminares. Serie Evidencias N°2. Santiago.
- Murphy, J. (2019). Neoliberalism and the privatization of social rights in education. En: MacNaughton, G. y Frey, D.F. (Eds.). *Economic and Social Rights in a Neoliberal World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nowak, M. (2001). The right to education. En: Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (Eds.). *Economic Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff.
- Picazo, M.I. & Pierre, C. (2016). La educación como derecho social: La construcción del referencial de acción pública del movimiento estudiantil chileno. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 25(2), 99-120.
- Raczynski, D., Rivero, R. y Yáñez, T. (2019). Nivel intermedio del sistema escolar en Chile: Normativa y visión de los sostenedores acerca de las funciones, preparación para el cargo y las prácticas. *Calidad en la Educación*, 51, 382-420.
- Reininger, T., Villalobos, C. y Wyman, I. (2018). CCTs and conditionalities: an exploratory analysis of not meeting conditional cash transfer conditionalities in Chile's Families Programme. *Journal of Poverty and Social Justice*, 27(1), 95-114.
- Soto, F., Millaleo, S. y Ihnen, C. (2020). *Educación y debate constitucional. Reflexiones sobre la deliberación pública en Chile*. Valencia: Tirant Humanidades.
- Ssenyonjo, M. (2009). *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. Portland: Hart Publishing.
- Stillings, C. (2006) Freedom of Education and Charter Schools. *International Journal for Education Law and Policy*, 2, 59-73.
- Torres, C.A. (2013). Neoliberalism as a New Historical Bloc: A Gramscian Analysis of Neoliberalism's Common sense in Education. *International Studies in Sociology of Education*, 23(2), 80-106.
- Treviño, E., Carrasco, A., Villalobos, C. y Morel, M.J. (2019). Financiamiento de la educación escolar en Chile: La reforma estructural aún pendiente. En: Carrasco, A. y Flores, L.M. (Eds.). *De la reforma a la transformación: Capacidades, innovaciones y regulación de la educación chilena* (p. 505-544). Santiago: Ediciones UC.
- Treviño, E., Villalobos, C., Morel, M.J. y Carrasco, A. (2020). Financiamiento de la educación pública: Hacia la construcción de un nuevo trato. En: Corvera, M.T y Muñoz, G. (Eds.). *Horizontes y propuestas para transformar el sistema educativo chileno* (p. 300-323). Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- UNESCO-UNICEF (2008). *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*. Nueva York; París.
- Valenzuela, J.P., Bellei, C., and Ríos, D.D.L. (2014). Socio-economic school segregation in a market-oriented educational system. The case of Chile. *Journal of Education Policy*, 29(2), 217-241.
- Villalobos, C. (2019). *Los conflictos sociales en el campo educativo en el Chile postdictadura. Análisis de su evolución, principales características y factores relacionados*. (Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile). Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/173279>
- Villalobos, C., Carrasco, A., Treviño, E., y Wyman, I. (2019). La puesta en marcha de la Nueva Educación Pública: Relevancia, impacto y sustentabilidad. En: Carrasco, A. y Flores, L. (Eds.). *De la Reforma a la Transformación: Capacidades, innovaciones y regulación de la educación chilena* (pp. 387-420). Santiago: Ediciones UC.
- Villarroya, A. (2000). *La financiación de los centros concertados*. Madrid: Ministerio de Educación y Cultura, CIDE.
- Williams, L. (2015). Resource questions in social and eco-

conomic rights enforcement. En: Alviar García, H., Klare, K. y Williams, L.A. (Eds.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Abingdon: Routledge.

Wills, J. (2017). *Contesting world order? Socioeconomic rights and global justice movements*. Cambridge: Cambridge University Press.

Documentos Naciones Unidas

Asamblea General de Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 (III). 10 de diciembre.

Comité de Derechos Humanos (1988). Carl Henrik Blom v Sweden, Communication No 191/1985, UN Doc CCPR/C/32/D/191/1985. 4 de abril.

Comité de Derechos Humanos (1990). G. and L. Lindgren and L. Holm and A. and B. Hjord, E. and I. Lundquist, L. Radko and E. Stahl v. Sweden, Communications No. 298/1988 and 299/1988, Un Doc CCPR/C/40/D/298-299/1988. 9 de noviembre.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998). Observación General N°9: La aplicación interna del pacto. E/C.12/1998/24. 3 de diciembre.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999a). Observación General N°11: Planes de acción para la enseñanza primaria. E/C.12/1999/4. 10 de mayo.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999b). Observación General N°13: El derecho a la educación. E/C.12/1999/10. 8 de diciembre.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). Observación General N°20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/20. 2 de julio.

Comité de los Derechos del Niño (2001). Observación General N°1: Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación. CRC/GC/2001/1.17 de abril.

Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General N°14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14. 29 de mayo.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-025/04*, 22 de enero de 2004.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa (CCT 23/96)*, 6 de septiembre de 1996.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa v Grootboom (CCT 11/00)*, 4 de octubre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acevedo Buendía y otros v. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Suprema de Canadá, *Eldridge v. Attorney General of British Columbia*, 3 S.C.R. 624, 9 de octubre de 1997.

Leyes y tratados internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989, 1477 United Nations Treaty Series, 102.

Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969, 1144 United Nations Treaty Series, 124.

Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 14 de diciembre de 1960, 429 United Nations Treaty Series, 108.

Decreto Ley N° 3.166. "Autoriza entrega de la administración de determinados establecimientos de educación técnico-profesional a las instituciones o a las personas jurídicas que indica". Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 6 de febrero de 1980.

Ley 20.370. "Establece Ley General de Educación". Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de septiembre de 2009.

Ley 20.529. "Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización". Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 27 de agosto de 2011.

Ley 20.845. "De inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado". Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 8 de junio de 2015.

Ley 21.040. "Crea el sistema de educación pública". Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 24 de noviembre de 2017.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966, 993 United Nations Treaty Series, 44.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de noviembre de 1988, 28 International Law Materials, 156.

Consagración Constitucional y Arreglos Sociales para el Derecho a la Salud

Fernando González Escalona y Laura Mancilla Rubio

"El problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no [es] el de fundamentarlos, sino el de protegerlos"
Bobbio, 1991.

RESUMEN: El presente capítulo tiene por objeto presentar algunas de las aristas que se deberán discutir en el proceso constituyente que se avecina, en torno al derecho a la salud. Así, se introduce la discusión sobre las formas de abordar los derechos sociales en general, y de salud en particular, así como de qué forma esto influye en la efectividad de los mismos. Se plantean también las dificultades que una u otra postura pueden generar. Otro aspecto desarrollado son las formas de cobertura en salud que pueden adoptarse y cuáles son sus características generales, beneficios y dificultades de cada una de ellas. Por último, se aborda la situación constitución actual del derecho a la salud en Chile y se plantean ciertas perspectivas para la discusión constitucional considerando los argumentos desarrollados anteriormente.

Introducción

El derecho a la salud es y ha sido una de las preocupaciones más constantes para los chilenos y chilenas. En diversas encuestas es posible observar esta situación: en el Estudio Social y de Opinión Pública (Centro de Estudios Públicos), del año 1990, a la pregunta sobre los tres problemas a los que el gobierno debería dedicar mayor esfuerzo, "salud" obtiene el porcentaje más alto (50%)¹, el año 2000 es el tercer lugar (41%)², y el año 2010 ocupa el segundo lugar (36%)³. Luego, el 2015, "la encuesta de

opinión publicada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de 2015 señala que el 65,7% de los encuestados considera que es de cargo del Estado la garantía y protección del derecho a la salud; el 30,8% piensa que es una responsabilidad compartida por igual entre el Estado y la persona, y 3,2% piensa que es una responsabilidad que recae principalmente en la persona" (Allard Soto, Hennig Leal, & Galdámez Zelada, 2016).

El año 2016 el derecho a la salud está entre los cinco derechos priorizados en todas las fases de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente⁴. Observando nuevamente el Estudio Social y de Opinión Pública del año 2019, "salud" es el segundo tema con más menciones (46%)⁵.

Coherente con lo anteriormente expuesto, los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) demuestran "la existencia de serios problemas de discriminación y equidad asociados a los altos índices de desigualdad tanto en el acceso a los servicios básicos como en los deficientes resultados de los indicadores nacionales que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad" (Zuñiga Fajuri, 2011).

Estos datos nos permiten sacar dos conclusiones: el derecho a salud está dentro de los temas que más importan a la ciudadanía y el Estado chileno no ha sido capaz de avanzar hacia una garantía integral de la provisión de este derecho. El avance más significativo en este sentido fue la aprobación e implementación de la Ley N° 19.966 el año 2004 que establece un régimen de garantías de salud⁶, delimitando un contenido mínimo del derecho a la salud

1 Estudio Social y de Opinión Pública N°14, Junio 1990, Centro de Estudios Públicos, disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304092748/cuestionario_ddet136.pdf

2 Estudio Social y de Opinión Pública, marzo - abril 2000, Centro de Estudios Públicos, disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304092717/encCEP_mar-abr2000_cuestionario.pdf

3 Estudio Nacional de Opinión Pública N°62, Junio-Julio 2010, Centro de Estudios Públicos, disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095248/>

EncuestaCEP_Jun-Jul2010.pdf

4 Sistematización de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía, Comité de Sistematización, 2017, disponible en: http://archivoweb.biblioteca-nacionaldigital.cl/wayback/20180213151008/http://sistematizacionconstitucional.cl/app/themes/cs/dist/docs/informe_ejecutivo.pdf

5 Estudio Nacional de Opinión Pública N°84, Diciembre 2019, disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200116/20200116081636/encuestacep_diciembre2019.pdf

6 Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías de salud, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834>

que posee exigibilidad directa (Allard Soto, Hennig Leal, & Galdámez Zelada, 2016).

En consideración a lo anterior, ¿cómo puede el texto constitucional guiar al Estado a garantizar los elementos que aseguren el ejercicio y respeto del derecho a la salud? Para responder esta pregunta es útil observar las formas en que se pueden consagrar los derechos sociales en general, ver ejemplos de cómo otras constituciones abordan esta temática y la relación con sus sistemas de salud, cuál es el modelo chileno, incluyendo un exposición de los estándares internacionales a los que el país se ha comprometido, y en virtud de todo lo anterior, cuáles podrían ser elementos a considerar en su consagración.

El proceso constituyente que se avecina se presenta como una oportunidad para que el Estado chileno adopte el deber, las herramientas y la flexibilidad para asegurar y proveer el derecho a la salud de la mejor forma posible y posibilitando un mejoramiento progresivo en dicha provisión. En el presente capítulo se presentarán algunas consideraciones que, esperamos, sean un insumo a la discusión.

Derechos sociales y la consagración del derecho a la salud

La consagración de los derechos sociales en las constituciones es un fenómeno que se explica por su desarrollo desde la mitad del siglo XX en adelante. Este desarrollo se ha dado tanto a nivel doctrinario como de instrumentos internacionales⁷. Una de las problemáticas más importantes al abordar los derechos sociales (entre ellos el derecho a la salud), se refiere a cómo lograr que dichos derechos sean exigibles y se provean en la práctica. Existe el riesgo de que buenas intenciones legislativas, reformas profundas o nuevos textos constitucionales sean ricos en derechos y los desarrollen ampliamente, y esto no se traduzca en una provisión efectiva o en una mejora de esta provisión.

Sin entrar en la discusión sobre la naturaleza de los derechos sociales, es útil hacer algunas precisiones conceptuales. Es posible encontrar una rica discusión respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, y cuáles serían las implicancias de su consagración constitucional⁸. Varias distinciones doctrinarias son útiles en el análisis de la consagración de derechos. Éstos pueden ser considerados derechos u obligaciones negativas (obligan al respeto y la protección del ejercicio del derecho, evitando la interferencia con éste) o derechos u obligaciones positivas (que exigen una prestación, una acción del obligado). Los primeros se asimilan a los derechos de primera genera-

ción, civiles y políticos, y los segundos a los derechos de segunda generación, económicos, sociales y culturales.

Una segunda distinción relevante se refiere a la naturaleza de los derechos sociales en particular, y los efectos que de ésta se derivan. Una primera postura, caracteriza los derechos sociales como principio, de modo que la consagración de estos derechos tiene como propósito establecer objetivos generales a los que el Estado debe apuntar, siempre teniendo en consideración la aplicación de principios de realización progresiva y de no regresividad⁹. Un ejemplo de esta forma de entender los derechos sociales es la norma contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales:

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, (...) en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Así, estos derechos servirían de guía para la acción del Poder Ejecutivo y Legislativo. La crítica a este entendimiento es que las personas carecen de formas de exigir el cumplimiento de los derechos; circunscribe la exigibilidad de estos derechos a las elecciones tanto del ejecutivo como del legislativo (rendición de cuentas vertical, en palabras de Morlino).

Una segunda postura interpreta los derechos sociales como principio y regla, por lo que poseerían exigibilidad directa. Lo anterior se asimila generalmente a exigibilidad judicial, es decir, estos derechos estarían (o deberían estar) protegidos mediante acciones constitucionales, tales como el recurso de protección. Así, por ejemplo, el texto constitucional vigente en Chile establece el recurso de protección para resguardar directamente el derecho a la vida o el derecho a la elección del sistema de salud, entre otros¹¹. Se critica esta forma de entender los derechos sociales, entre otras razones, por darle un rol protagónico a los jueces en la determinación del alcance de los derechos, cuestión que es problemática desde dos puntos de vista. Primero, respecto de las falencias democráticas de

7 Por esto entendemos todos los pactos, tratados, protocolos, convenciones y otros acuerdos internacionales.

8 Para una interesante discusión respecto de la consagración de derechos ver en Sierra, Lucas (2016). Propuestas constitucionales. Santiago: CEP, los capítulos de Jorge Correa, Miriam Henríquez, Jaime Gajardo, José Francisco García, Francisco Soto y Sebastián Soto.

9 Estos principios implican que el Estado debe tender constantemente al mejoramiento y al pleno goce de los derechos, y que el Estado no puede retroceder en los estándares ya alcanzados en cuanto a acceso, provisión y exigibilidad del derecho.

10 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

11 El artículo 20 de la Constitución establece los elementos de los derechos que actualmente están protegidos por el recurso de protección: la igualdad ante la ley, inviolabilidad del hogar y la comunicación privada, libertad de conciencia, libertad de enseñanza, desarrollo de actividad económica, no discriminación arbitraria en materia económica, derecho a la propiedad, derecho de propiedad, entre otras.

esta definición, y porque puede perpetuar desigualdades al supeditar el acceso a los derechos al acceso a la justicia que tengan las personas (Ronconi, 2012).

Esta distinción no implica una elección binaria, por el contrario, permite una configuración más completa del derecho a la salud (y los derechos sociales en general), en la que se distinga qué elementos son programáticos (primera postura) y cuáles son necesariamente exigibles judicial o administrativamente (segunda postura). Siguiendo esta lógica, es esperable que el poder constituyente determine qué aspectos del derecho a la salud deben ser protegidos directamente, a través de una acción, sea judicial o administrativa (por ejemplo, el derecho al acceso a la atención de salud). Por otro lado, las dimensiones que dan contenido al derecho a la salud y a los estándares de calidad de las prestaciones de salud, probablemente deban ser recogidas bajo los principios generales de realización progresiva y no regresividad¹².

De esta forma es importante que la configuración del derecho dé cuenta de las obligaciones que asume el Estado y permita la determinación legal de el o los entes responsables de su realización y cumplimiento (Shelton & Gould, 2013); vale decir, es fundamental lograr claridad respecto de cuál será el rol del poder legislativo, ejecutivo y judicial en el respeto y provisión del derecho en cuestión.

Arreglos sociales para garantizar el acceso a la Salud

Desde mediados del siglo XX los países han establecido ordenamientos y pactos de seguridad social para promover un buen nivel de salud y el bienestar de su población. Esto ocurre en un marco constitucional, el que necesariamente es implementado a través de políticas públicas y reformas de salud. Existe un creciente consenso mundial sobre la necesidad de lograr una Cobertura Sanitaria Universal (CUS) y un acceso equitativo a los servicios de salud. La Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2014) establece la CUS como una línea de acción estratégica, definiéndola como una situación “donde todas las personas y comunidades tienen acceso equitativo a los servicios integrales y de calidad garantizados que necesitan, en todo el curso de la vida, sin dificultades financieras”. Esta definición establece prioritariamente la proporción de una protección financiera para lograr garantizar un acceso equitativo y sus invaluable beneficios sobre la población, como elementos cruciales para alcanzar la CUS.

Un sistema de salud podría definirse en términos generales como «todas las actividades cuyo objetivo principal es promover, restaurar o mantener la salud» (OMS, 2000). La OMS ha descrito seis funciones esenciales o compo-

12 Cabe la prevención de que este tipo de consagración, programática, no obste que los derechos puedan ser exigibles y aplicables por vía judicial o administrativa (mediante acciones legales, por ejemplo).

entes básicos, que conforman los sistemas de salud. Estos son: la gobernanza, la información, el financiamiento, la prestación de servicios, los recursos humanos y los medicamentos/tecnologías.

El seguro de salud se define como «una forma de distribuir el riesgo financiero asociado con la variación de los gastos de atención médica de los individuos al mancomunar los costos a lo largo del tiempo a través del pago anticipado, y de las personas mediante la agrupación de riesgos” (OECD, 2004). Por lo tanto, un buen seguro de salud debiera generar una mancomunidad de recursos amplia y efectiva, o bien incorporando a toda la población en un solo fondo de riesgo, o bien por grupos heterogéneos (sin selección por riesgo ni capacidad de pago), desvinculando la capacidad de pago de las necesidades de salud. Esto se puede lograr a través de diferentes diseños institucionales. Entre ellos se encuentran: el Sistema (o Servicio) Nacional de Salud; el Seguro (o Fondo) Único de Salud; el Sistema de Seguros Sociales de Salud; y el Sistema de Seguros Privados de Salud.

Consagración constitucional y sistemas de salud

¿Cómo se han traducido estas posibilidades, relativas a derechos sociales y a los sistemas de salud, en distintas constituciones? Por una cuestión histórica del desarrollo de los derechos sociales, muchas constituciones no los contemplan. Su desarrollo se ha producido a nivel de jurisdicción internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras), o de constituciones recientes (el constitucionalismo latinoamericano ha sido especialmente importante en este sentido).

Al revisar las fórmulas de consagración del derecho a la salud y sus elementos en distintas constituciones, es posible apreciar diferencias y similitudes¹³. Así, al comparar las diferentes consagraciones del derecho a la salud en 14 constituciones, resumidas en la Tabla N°2, nos permite observar cómo existen distintos tipos de configuración de este derecho y sus elementos.

13 Las constituciones dan cuenta de la evolución histórica y política de los países y las sociedades, y dicen mucho del momento en que son elaboradas, por lo que ciertas comparaciones específicas pueden dar cuenta de distintos períodos en el desarrollo de los derechos sociales.

Tabla N°1: Consagración del derecho a la salud y sus elementos.¹⁴

País	Año de aprobación (reforma)	Elementos Consagrados en la Constitución						
		Inclusión y acceso	Prevención	Protección	Asistencia médica	Promoción(1)	Administración de la Prestación (pública, privada o mixta)	Cobertura Universal de Salud (CUS) (2)
Bolivia	2009	x						x
Brasil	1988 (2017)	x		x		x	x	x
Chile	1980 (2005)			x		x	x	
Colombia	1991	x		x	x	x		
Corea del Sur	1948 (1988)			x				
Ecuador	2008	x	x	x	x	x	x	
España	1978 (2011)			x				
Francia	1958 (2008)			x				
Grecia	1975 (2008)			x				
México	1917 (2015)	x		x				
Holanda	1814 (2008)					x		
Perú	1993 (2009)	x		x		x	x	
Portugal	1976 (1982, 1989, 2005)	x	x	x	x	x	x	x
Uruguay	1966 (1985, 2004)					x		

Elaboración propia en base a compilación de The Comparative Constitutions Project (CCP) y versiones oficiales de las constituciones. (1) Incluye menciones a determinantes sociales de la salud; (2) Por medio de un Sistema único (nacional) de salud.

La Tabla N°1 muestra que hay diversas formas de regular el derecho a la salud. Por otro lado, es posible observar que la configuración del derecho a la salud no necesariamente determina el arreglo social por el cual se protege éste. Así, el desarrollo y discusión de los derechos sociales y la consagración comparada del derecho a la salud nos permiten delimitar la pregunta sobre cómo debe la constitución abordar el derecho a la salud, y cómo puede ser esta consagración la base para la determinación del sistema de salud del país. Por un lado, es esperable que se distingan los elementos a consagrar, y que la forma de hacerlo dé cuenta de los efectos institucionales que se esperan obtener: como principio rector para orientar la acción de los poderes legislativo y ejecutivo, o exigibilidad directa ante el poder judicial o la administración.

En la revisión de experiencia constitucional comparada, la Constitución de Portugal resulta meritoria de ser destacada, ya que contempla la mayor cantidad de elementos consagrados, pero de forma sucinta, estableciendo un marco general de lo que se debe entender como parte de esta garantía (ver Tabla N°2).

Tabla N°2: Elementos consagrados en el artículo 64 de la Constitución de Portugal:

1. El derecho se realiza a través de:
 - Un sistema universal de salud.
 - En consideración de las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos será tendencialmente gratuito.
 - La creación de condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales que garanticen especialmente la protección de la infancia, juventud y vejez.
 - La mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo.
 - La promoción de la cultura física y deportiva (escolar y popular).
 - Desarrollo de la educación sanitaria y de las prácticas de vida saludable.
2. El Estado es el responsable de:
 - Garantizar el acceso a todos los ciudadanos a cuidados de medicina preventiva, curativa y de rehabilitación.
 - Garantizar la cobertura mediante recursos humanos e infraestructura.
 - Propender hacia el financiamiento público de los costos de los cuidados médicos y de medicamentos.
 - Regular las formas empresariales privadas de medicina, articulando con el Servicio Nacional de Salud, con especial preocupación en asegurar eficiencia y calidad.
 - Regular y controlar la producción, distribución, comercialización y uso de productos químicos, biológicos y farmacéuticos, y otros medios de tratamiento y diagnóstico.
 - Establecer políticas de prevención y tratamiento de la dependencia a las drogas.
3. El servicio nacional de salud se gestiona descentralizada y participativamente.

¹⁴ Vale hacer la precisión de que la información contenida en el cuadro no refleja el modelo del sistema de salud, sino que los elementos contemplados en la Constitución de cada país.

El derecho a la salud en Chile¹⁵

El actual sistema se instala a través de una importante reforma administrativa que tuvo por objetivo descentralizar el sistema, que culmina en el año 1980, con la creación del Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) que otorga prestaciones al sistema público, por medio de 27 servicios públicos descentralizados, y la municipalización de la atención primaria de la salud. En este período el fenómeno de la privatización se hizo creciente, tanto en la prestación de servicios como en el aseguramiento, con la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), que abre la posibilidad de que la seguridad social sea administrada por el sector privado. Junto a la creación del SNSS, se creó el Fondo Nacional de Salud (FONASA), encargado de las funciones de financiamiento del sistema, desde la recaudación hasta la compra, pasando por la mancomunación (o *pooling*), así como también de la administración financiera del mismo. En definitiva, según la ley, el Ministerio de Salud tenía la función de la definición de las políticas, gobernanza y la rectoría del sector y el FONASA la función financiera¹⁶.

A principios de los noventa, la evolución de las ISAPRE había consolidado el desarrollo de un subsistema de salud que se encontraba en manos de privados, con cerca de un tercio de la población adscrita a las ISAPRE y alrededor de un 40% de las camas hospitalarias pertenecientes a las clínicas y establecimientos privados.

Por lo anterior, el modelo de salud chileno puede caracterizarse como un sistema dual o mixto porque se compone de un subsistema público y otro privado. El modelo plantea una cobertura muy amplia, casi universal. Los afiliados al sistema público son categorizados según su nivel de ingreso en cuatro grupos. Las personas que no generan ingresos tienen cobertura total y se atienden exclusivamente en el SNSS, mientras que las otras categorías tienen distintos porcentajes de cobertura en atención médica, odontológica, parto, medicamentos, etc, y pueden optar entre el SNSS en modalidad de atención institucional o a prestadores privados por modalidad de libre elección. Mientras que los que cotizan en ISAPRE, tienen una cobertura según el aporte y el contrato adscrito individualmente con cada ISAPRE. Cabe señalar que estas entidades realizan selección por riesgo, contemplan preexistencias y no existe el principio de solidaridad entre la distribución de la recaudación entre ambos sistemas, recibiendo las mayores cotizaciones las ISAPRE y las meno-

¹⁵ Para mayor detalle y profundidad de esta materia, consultar el informe n° 1.390 de Asuntos Públicos: "El Derecho a la Salud en Chile de cara al Proceso Constituyente" de Fernando González y Laura Mancilla Mancilla. Disponible en: <http://www.asuntos-publicos.cl/>

¹⁶ Artículos 4 y 49 y siguientes del DFL 1 de 2006 del Ministerio de Salud, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id-Norma=249177>

res, así como quienes no cotizan, FONASA.

En definitiva, la Constitución de 1980 no pretende hacer responsable al Estado de los derechos sociales, otorgándole un rol subsidiario. Claramente este diseño no ha sido suficiente, de acuerdo a lo que han manifestado ampliamente los ciudadanos en cuanto a la satisfacción respecto del derecho a la salud, y como este modelo ha profundizado inequidades. Estas se pueden ver en indicadores sanitarios como esperanza de vida al nacer, con cerca de 8 años de vida de diferencia entre el 10% con peor nivel socioeconómico y 10% con mejor nivel socioeconómico de un estudio realizado en Santiago (Bilal, 2019), en mortalidad infantil con riesgo de mortalidad de hasta 4 veces mayor entre las comunas con mayor y menor tasas de mortalidad infantil de la Región Metropolitana (Gonzalez, Alfaro y Horna, 2020). También en indicadores de prevalencia de condiciones de salud, como por ejemplo que los adultos con menos de 8 años de estudios tienen prevalencia de 57% de tener Hipertensión Arterial, y 25% de tener Diabetes Mellitus, mientras que quienes tienen más de 12 años, tienen prevalencias de 15% y 7,7% respectivamente (ENS 2016-2017), y en indicadores de Calidad de Vida, en que un 12% de la población con educación superior completa refieren tener una regular o mala percepción de su estado de salud, versus un 44% de la población con educación básica incompleta o completa (ENCAVI 2017).

Consagración constitucional vigente

La Constitución actualmente contempla el derecho a la protección de la salud en el artículo 19 N°9. Considerando la redacción de dicho numeral, podemos distinguir los siguientes elementos:

- Respecto del Estado, le corresponde:
 - a) Protección del acceso.
 - b) La coordinación y control de las acciones relacionadas a la salud.
 - c) Garante de la ejecución de acciones de salud, sea a través de instituciones públicas o privadas.
- Respecto de las personas:
 - d) Protege el derecho de elegir el sistema de salud.

Al analizar estos elementos, bajo las distinciones antes expuestas, es posible caracterizar el derecho a la salud de la siguiente forma: 1) Respecto de los elementos relativos al Estado, se establecen obligaciones positivas programáticas; vale decir, son obligaciones de prestación o provisión no exigibles por vía judicial o administrativa. 2) Respecto de los elementos relativos a las personas se establece una obligación negativa ("protección de la libertad" o no interferencia), que sí está protegida por una acción constitucional judicializable. ¿Es ésta una buena forma de establecer este derecho? ¿Son esos los elementos que deberían establecerse o es necesario agregar otros?

¿Bajo qué fórmula de obligaciones positivas y negativas?
¿Cuáles elementos deben necesariamente judicializarse y cuáles son programáticos?

El actual numeral es considerado una de las expresiones de lo que se denomina "estado subsidiario", en el que se limita la acción del Estado a la situación en la que no se pueda exigir o esperar actividad de los privados, permitiendo, así, el desarrollo de actividad lucrativa en la provisión de los derechos sociales¹⁷.

¿Cómo se traduce esto en términos del derecho a la salud? La Constitución no contempla formas en que los ciudadanos puedan exigir al Estado ciertas dimensiones sociales del derecho, sólo se protege la libertad de elegir el sistema de salud. En otras palabras, solo se garantizan los contenidos asociados a la libertad. Además, cabe hacer presente que no hay desarrollo sustantivo de otros elementos del derecho que puedan servir de orientación al legislativo o al ejecutivo. Esto último no sería problemático si la falta de orientación programática estuviera acompañada de libertad de desarrollar programas de salud diversos; pero esto no es así, ya que los principios derivados del carácter subsidiario del Estado limitan el ámbito de acción de los programas y políticas públicas en general. Así, como es de esperar, esta visión del rol del Estado se replica en la legislación relacionada con salud. Para ejemplificar lo anterior basta observar la normativa contenida en el DFL N°1 de 2006 del Ministerio de Salud, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469¹⁸, que establece que corresponde al Estado: "garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones".

Sin perjuicio de lo anterior, se ha podido expandir el contenido de este derecho. Larrañaga señala que se han introducido un conjunto de políticas de protección social que reducen la vulnerabilidad en que viven amplios sectores de la población. Este es el caso de las Garantías Explícitas en Salud (GES), seguro de desempleo, pensiones solidarias y la política de Chile Solidario contra la extrema pobreza (Larrañaga, 2010). El GES es la herramienta de exigibilidad directa del derecho a la salud, establecida el 2004. Es importante hacer presente que ante el incumplimiento sólo se puede proceder por vía administrativa (ante la Superintendencia de Salud) y no por vía judicial.

En segundo lugar, encontramos la ampliación de la pro-

tección a través de la tutela judicial. En este caso la acción e interpretación de la judicatura ha permitido matizar el principio de Estado subsidiario y acercarlo a un Estado social. Ha existido también una forma indirecta de proteger el derecho a la salud y es acudir a tribunales por una afectación al derecho a la vida¹⁹ (Allard Soto, Hennig Leal, & Galdámez Zelada, 2016).

Obligaciones internacionales del Estado chileno

La Constitución chilena contempla, en su artículo 5° inciso 2°, que el Estado debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los derechos sociales, entre los cuales se cuenta el derecho a la salud, se han desarrollado en variados instrumentos internacionales que sirven de marco normativo y contribuyen a entender su contenido y las obligaciones que tiene el Estado chileno a su respecto. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25 establece que *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)"*²⁰. A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala, en su artículo XI *"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*²¹.

Las normas anteriores no solo dan muestra de las obligaciones contraídas por el Estado chileno respecto del derecho a la salud, sino que demuestran que el contenido al cual está obligado el Estado actualmente va mucho más allá de lo contenido en la Constitución, incorporando condicionantes sociales que determinan el pleno goce de este derecho. En otras palabras, hay una definición amplia a la que el Estado de Chile está obligado internacionalmente en la actualidad. Cualquier discusión constitucional a este respecto debe considerar estas obligaciones.

Conclusiones, perspectiva y propuestas

Como fue expuesto al inicio de este capítulo, la salud es uno de los temas más sentidos por la ciudadanía. *Ad portas* de un proceso constituyente, es de vital importancia

17 Para profundizar en las discusiones sobre derechos sociales durante la elaboración de la actual Constitución ver: Lovera, Domingo. 2010. Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005). En Fuentes, Claudio (Ed.), En Nombre del Pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile" (pp. 217-243). Santiago: Universidad Diego Portales.

18 DFL N° 1 del Ministerio de Salud del año 2006, disponible en Ley Chile: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=249177>

19 Recordar que los tribunales deciden casos concretos y, por lo tanto, sus decisiones solo se aplican a esos casos, no tienen efecto general. Una excepción a este efecto en casos concretos fue la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 Ter de la Ley de Isapres (reajuste unilateral -por edad y sexo- de los planes de salud).

20 Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

21 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

analizar cómo la constitución puede encauzar y facilitar la mejora en este ámbito.

La consagración de los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la salud, va a ser un tema ampliamente discutido, pero el énfasis tiene que estar puesto en cómo el texto constitucional puede permitir la mejora en la provisión de servicios de salud en Chile, y en consecuencia en la salud y bienestar de chilenos y chilenas. Es por esto que es fundamental reconocer y acordar los elementos esenciales del derecho a la salud, cuáles de éstos sería necesario constitucionalizar, y cómo hacerlo. Es importante tener presente los riesgos de una consagración que signifique solo normas programáticas, y por tanto, no mejore la legitimidad democrática del sistema sanitario. Este riesgo no solamente se podría producir por una deficiente o confusa redacción del derecho a la salud, sino, quizá más relevante aún, por los acuerdos establecidos a nivel legal, institucional y presupuestarios que se deriven de la nueva configuración constitucional. Es deseable que dicha configuración no solo refleje elementos esenciales del derecho y anhelados por la ciudadanía, sino que permitan efectivamente su desarrollo mediante políticas públicas impulsadas tanto por el poder ejecutivo como por el legislativo, y que tenga la flexibilidad y apertura para adaptarse a nuevos escenarios y alternativas que puedan presentarse en las próximas décadas.

Existen variadas formas de poner esto en práctica, dado que existen distintos arreglos sociales y modelos de sistema de salud que responden a ello. Como se planteó anteriormente, las recomendaciones de organizaciones internacionales sectoriales y los sistemas más usados por los países desarrollados apuntan a lograr la cobertura universal de salud. La actual Constitución presenta importantes limitaciones para lograr una provisión de servicios de salud universal de calidad garantizada, por la falta de integración y solidaridad entre los subsistemas público y privado.

La consagración de un Estado comprometido con la salud de todos los chilenos y chilenas puede ser un primer e importante paso en el cambio de condiciones de vida para muchas personas, y en consecuencia en su calidad de vida relacionada a la salud. El Estado debe propender al principio de justicia que asegure la protección del interés general y colectivo de nuestra población por sobre intereses privados.

Bibliografía

- Acheson, D. 1988. Public Health in England: The Report of the Committee of Inquiry into the Future Development to the Public Health Function. Dept. of Health & Social Security. Stationery Office Books.
- Allard Soto, R., Hennig Leal, M. C., & Galdámez Zelada, L. 2016. El Derecho a la salud y su (des)protección. Estudios Constitucionales, vol.14 (n.1), pp. 95-138.

- Bilal Usama. Inequalities in life expectancy in six large Latin American cities from the SALURBAL study: an ecological analysis. *Lancet Planet Health* 2019; 3: e503-10 December 10, 2019 [https://doi.org/10.1016/S2542-5196\(19\)30235-9](https://doi.org/10.1016/S2542-5196(19)30235-9)
- Centers of Disease Control and Prevention. Public Health System and the 10 Essential Public Health Services.
- Freeman, R & Frisina, L. 2010. Health Care Systems and the Problem of Classification. *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol. 12 (n.1-2), pp. 163-178.
- Gonzalez F, Alfaro T, Horna-Campos O. Mortalidad Infantil en las comunas de la Región Metropolitana, periodo 2005-2014. *Rev Chil Pediatr.* 2020;91(1): 34-45. Disponible en: [doi:10.32641/rchped.v91i1.1205](https://doi.org/10.32641/rchped.v91i1.1205)
- Kutzin, J. 2011. Bismarck vs. Beveridge: is there increasing convergence between health system financing. Geneva, Switzerland.
- Mossialos, E, & Dixon, A. 2002. Funding health care: an introduction. En Mossialos, E; Dixon A, Figueras, J & Kutzin, J (Ed.), *Funding health care: options for Europe* (pp. 59- 79). Buckingham: Open University Press.
- OECD. 2004. Proposal for a Taxonomy of Health insurance.
- OMS, 2000. WHO, Musgrove P, Creese A, Preker A, Baeza C, Anell A, et al. *The world healthreport 2000. Health systems: improving performance.* Geneva,Switzerland; 2013.
- OPS (PAHO). 2014. Strategy for universal health coverage.
- Ronconi, L. M. 2012. Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos. *Salud Colectiva*, vol. 8(n.2), pp. 131-149.
- Saltman RB. (2004) Social health insurance in perspective: the challenges of sustaining stability. En Saltman RB, Busse R, Figueras J (Ed.), *Social health insurance systems in western Europe* (pp. 3-20). Maidenhead: Open University Press.
- Shelton, D., & Gould, A. 2013. Positive and negative obligations. En Shelton, D. (Ed.) *The Oxford Handbook of Human Rights Law* (pp. 562-583). Oxford: University Press.
- Zuñiga Fajuri, A. 2011. El derecho a la protección de la salud en la Constitución chilena, antes y después de la reforma AUGE. *Medwave.* [doi:10.5867/medwave.2011.08.5107](https://doi.org/10.5867/medwave.2011.08.5107)

Salud y Constitución: antecedentes para la discusión*

Alejandra Benítez Ureta y Carolina Velasco Ortúzar

RESUMEN: El artículo presenta antecedentes para la discusión constitucional en materia de salud, revisando en qué medida la definición del derecho a la protección de la salud en la Constitución ha permitido avanzar en su protección, posibilitando al sistema de salud cumplir sus objetivos de alcanzar el acceso y cobertura universales (según definición de la OMS). Para ello, primero, se analizan las reformas necesarias al sistema de salud chileno para cumplir con dicho objetivo. Luego, se presentan algunos aspectos que debieran ser debatidos en una futura revisión de la carta magna de manera que esta permita a la legislación realizar las reformas al sistema de salud adecuadas. Estos son: (i) aspectos del derecho a la protección de la salud que impiden avanzar hacia cobertura y acceso universal; (ii) relación entre los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social; y (iii) exigibilidad del derecho en materias sanitarias.

1. Introducción

En noviembre de 2019 se inició un proceso que podría significar un reemplazo de la actual Constitución Política de la República de Chile, en adelante, la Constitución¹, cuyo texto original, promulgado en 1980 durante la dictadura militar, ha sido reformado en diversas ocasiones. Teniendo a la vista que la salud es uno de los temas que la población chilena percibe que debieran ser prioritarios en la agenda del gobierno² y que debe ser incluido en la Constitución³, se hace relevante analizar el contenido de la actual Constitución chilena en materia sanitaria y los aspectos que son

necesarios de debatir respecto a cómo debiera concebirse la salud en el texto constitucional para alcanzar los objetivos de cobertura y acceso universales en salud.

Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, 2019 y 2020), el desempeño del sistema de salud chileno en general es mejor que el de los países de la región. No obstante, Chile está lejos aún de alcanzar los niveles de acceso, cobertura y calidad de los países más desarrollados. Por ejemplo, el país tiene un elevado gasto de bolsillo en salud⁴ (34% del gasto total en salud), similar al promedio de América Latina y el Caribe, pero muy por sobre el promedio de los países de la OCDE (21%). Además, comparado con la región, está entre los países en los que el gasto en salud produce mayor empobrecimiento (OCDE, 2020). Por otro lado, el promedio de días de espera para cirugías no electivas es alto en el país si se compara con países desarrollados (OCDE, 2020). Todo ello limita el acceso oportuno a las acciones de salud, sean preventivas, curativas, paliativas o de rehabilitación.

La redacción del texto constitucional enmarca los límites en los que la legislación puede moverse y define los derechos que tienen las personas y la forma en que estos pueden ser exigidos. En este trabajo se plantean ciertos aspectos del derecho a la protección de la salud que son relevantes de considerar en la discusión constitucional, desde una mirada aplicada del funcionamiento de los sistemas de salud. Para ello, en la sección 2 se argumenta que el sistema de salud chileno requiere ser modificado para alcanzar el acceso universal en salud. La sección 3 analiza si la definición actual del derecho a la protección de la salud (Art. 19 N°9 de la Constitución) limita o no el desarrollo del sistema de salud para el cumplimiento del objetivo de cobertura universal, reflexiona respecto sobre la relación entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, y revisa la exigibilidad de las materias comprendidas en la

* Se agradecen los comentarios de Pablo Fuenzalida, Macarena Letelier, Sebastián Pavlovic y Lucas Sierra. Cualquier error u omisión es responsabilidad de las autoras.

1 Decreto 100 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

2 Consulta Ciudadana de la Asociación Chilena de Municipalidades 2019 (<https://www.uestatales.cl/cue/sites/default/files/RESULTADOS%20FINAL.%20Minuta%20Consulta%20Ciudadana%202019.%2026.12.pdf>) y encuesta CEP, 2019 (<https://www.cep-chile.cl/cep/encuestas-cep/encuestas-2009-2018/estudio-nacional-de-opinion-publica-n-84-diciembre-2019>).

3 Según la encuesta Cadem del 31 de agosto de 2020, un 93% de los encuestados cree que el derecho a la salud debiera estar garantizado en la Constitución (<http://www.cadem.cl/encuestas/plaza-publica-no-346-31-de-agosto/>).

4 Gasto en salud de las personas que no es cubierto por esquemas previsionales de salud.

definición del derecho a la protección de la salud. A partir de ello, se plantean algunas materias a considerar en la discusión constitucional. Por último, se presentan algunas conclusiones y reflexiones finales.

2. El sistema de salud de Chile y el objetivo de acceso y cobertura universales

La Organización Mundial de la Salud plantea como desafío de los sistemas de salud el acceso y cobertura universales en salud, definiéndolo como “asegurar que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos”⁵. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1968⁶, suscrito por Chile, establece en su artículo 12 que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, entre otros, creando “las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En Chile, como se detalla más adelante, el acceso dista de ser universal, siendo la población de menores recursos, así como quienes tienen un estado de salud más deteriorado los que enfrentan mayores barreras para acceder a servicios y tratamientos de forma oportuna y sin que ello les genere problemas financieros (Butelmann et al., 2014; Henríquez y Velasco, 2015; Benítez et al., 2018). Ante esta realidad, para la década 2011-2020 se plantearon los siguientes objetivos sanitarios para el país: (i) mejorar la salud de la población; (ii) disminuir las desigualdades en salud; (iii) aumentar la satisfacción de la población frente a los servicios de salud; y (iv) asegurar la calidad de las intervenciones sanitarias (Ministerio de Salud, 2010). Los déficits en estos ámbitos se asocian principalmente con el nivel de financiamiento (o aseguramiento) de los sistemas de salud⁷ y, a través de este, con el de provisión de los servicios.

Respecto al ámbito de financiamiento, que se relaciona con la administración de los recursos asociados a la salud, existe acuerdo en que los mercados de seguros corrientes tienen múltiples fallas en el área de la salud (Akerlof, 1970; Arrow, 1963; Rothschild y Stiglitz; 1976; Barr, 2003), las que también han sido evidenciadas en Chile (Sapelli, 2004; Pardo y Schott, 2013). A nivel mundial son dos los modelos de organización del financiamiento de la salud que prevalecen (Böhm, 2012; Velasco, 2016). Por una parte, está el esquema de seguros sociales, donde múltiples aseguradores administran las contribuciones salariales de los trabajadores y los recursos que aporta el Estado bajo un marco de competencia regulada (libre afiliación, plan de salud estándar, desconexión del riesgo de la persona

del pago o contribución, mecanismo de compensación por riesgo). Por otra parte, están el sistema y seguro nacional de salud, donde una única entidad estatal centraliza la recaudación, financia la prestación de servicios de salud a partir de impuestos generales y según sea un sistema o seguro, la atención de salud es provista por prestadores estatales, privados o ambos.

El sistema de salud chileno combina diferentes modelos en el ámbito asegurador (y prestador), acorde con las reformas ocurridas en la segunda mitad de la década de los 70 y durante la de los 80, que coinciden con el cambio constitucional de esa época. Estas transformaciones buscaban promover y resguardar la visión y principios de respecto del rol del Estado, tales como el principio de subsidiariedad (Atria et al., 2020), la participación de entidades privadas en la provisión de servicios básicos y la libertad de elección de las personas. Estos dos últimos aspectos ya formaban parte de la realidad chilena en salud, y se remontan a los inicios de la organización del sector salud en Chile, aun cuando el Estado había tenido un papel histórico predominante en los ámbitos de provisión y financiamiento (Miranda, 1990). Es así como queda plasmado también en la consagración del derecho a la protección de la salud, según se detalla en la sección 3.

Las modificaciones que se realizaron en el ámbito de salud⁸ buscaron separar las funciones de rectoría, de las de financiamiento y provisión de salud en el Estado, además de permitir la participación de entidades privadas en la administración de la cotización obligatoria. Así, los roles de rectoría, normativo y de fiscalización quedaron en manos del Ministerio de Salud. Por su parte, la función prestadora del Estado en salud se traspa en una primera etapa desde el Servicio Nacional de Salud⁹ al nuevo Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS)¹⁰. En una segunda etapa, se delega en los municipios la mayoría de la atención primaria de salud (atención de menor complejidad), dejando a los Servicios de Salud a cargo de la atención de especialidad y hospitalaria.

Más tarde, una de las reformas más relevantes del sistema de salud se dio en 2004 con la creación de las Garantías Explícitas en Salud (GES) para el diagnóstico y tratamiento de un grupo priorizado de condiciones de salud (actualmente 85)¹¹. La reforma también incluyó cambios relativos a las instituciones previsionales de salud (Isapres), tanto

5 Definición disponible en: https://www.who.int/universal_health_coverage/es/.

6 Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>.

7 Cuyos niveles se pueden resumir en tres, como se verá más adelante: rectoría, financiamiento/aseguramiento y provisión.

8 En este trabajo se analiza la salud común, regida por el Ministerio de Salud. La salud laboral se rige principalmente por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, normada por la Ley N° 16.744 de 1968.

9 Creado en los años '50 para administrar y operar el sector público de salud, que cubría a obreros e indigentes.

10 Este se componía de los diferentes Servicios de Salud, organismos estatales, funcionalmente descentralizados, que dependen del Ministerio de Salud y tienen a cargo la articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial (DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud).

11 Ley N° 19.966 de 2004 del Ministerio de Salud. Las garantías corresponden a los ámbitos de acceso, oportunidad, protección financiera y calidad.

para ajustarlas al nuevo régimen de garantías (por ejemplo, creando un fondo de compensación entre dichas entidades y fijando condiciones para la venta y prima asociada a dichas garantías)¹², como para otorgar mayor protección a los afiliados.¹³ Asimismo, incluyó cambios en la autoridad sanitaria que no serán detallados en este texto.

En cuanto a la administración del financiamiento de la salud, por una parte, está el componente estatal, que se asimila a un sistema nacional de salud. Este es administrado por una entidad única, el Fondo Nacional de Salud (Fonasa), el que se financia principalmente con aportes del Estado y con las cotizaciones salariales de sus beneficiarios (7% obligatorio del salario o pensión). En este componente se afilia el 78% de la población (encuesta CASEN de 2017¹⁴), quienes reciben atención de los prestadores estatales y, a excepción de los carentes de recursos (Grupo A de Fonasa), pueden optar por prestadores privados en convenio con Fonasa en la atención de especialidad y hospitalaria, con copagos mayores que en la red estatal.¹⁵ El componente estatal refleja las principales desventajas de los sistemas o seguros nacionales de salud: listas de espera, captura de grupos de interés, problemas de gestión y burocracia. Si bien estos problemas podrían subsanarse con una adecuada institucionalidad, tanto en el caso de Fonasa como de los prestadores de salud, ello no ha ocurrido en Chile (CEP, 2020; CEP y ESP, 2017). Lo anterior, junto con que el financiamiento podría ser insuficiente para costear el plan de salud comprometido y los altos pagos que debe hacer la persona para recibir atención en la alternativa privada, resultan en crecientes listas de espera, especialmente para las condiciones de salud que no cuentan con GES, siendo alrededor de 700 mil los casos que llevaban más de un año de espera a diciembre de 2019, elevándose a cerca de 920 mil a junio de 2020, en parte explicado por la pandemia¹⁶.

Por otra parte, la reforma de los 80 permitió la participación de entidades privadas (Isapres) en el aseguramiento¹⁷, las que cubren a 14,4% de la población (encuesta CASEN de 2017¹⁸). Si bien este esquema partió funcionando como uno de seguros privados en salud, se ha ido regulando con el tiempo, aunque los cambios han sido parciales y no han logrado una coherencia ni una mejor integración con el componente estatal. Así, se mantienen los problemas asociados a estos esquemas: exclusión, baja asequibilidad y

falta de cobertura (Cid et al., 2013; Pardo y Schott, 2013; Sapelli, 2004; Velasco, 2014). Actualmente, se financian con las contribuciones salariales obligatorias de sus afiliados y aportes voluntarios, ya que se ofrecen planes de salud individuales, cuyas primas están asociadas a la edad y contenido del plan (y, hasta hace poco, al sexo del afiliado)¹⁹. Las Isapres pueden rechazar la afiliación a quienes tienen condiciones de salud preexistentes (aunque recientemente se prohibiera para algunos casos)²⁰. En general, la atención de salud es provista por prestadores privados (salvo excepciones como las urgencias) y, dependiendo de la configuración (libre elección, prestador preferente o plan cerrado) y costo del plan de salud, las personas pueden elegir dónde atenderse. A mayor libertad de elección, mayor costo del plan. Solo un 1,1% de los afiliados a Isapres estaba adscrito a un plan de salud cerrado en 2019 (otorga cobertura únicamente en prestadores determinados especificados en el plan) (Superintendencia de Salud 2020).

Las diferencias en los marcos que rigen a ambos componentes han generado otros problemas. Por ejemplo, Fonasa recibe a las personas rechazadas por las Isapres y a aquellas que en el tiempo no pueden continuar costeadando el plan producto de los aumentos de sus primas. Así, el asegurador estatal concentra a la población de mayor riesgo y menores ingresos, lo que le significa mayores costos. Por otro lado, aun cuando los contratos de salud son indefinidos, las Isapres tienen bajos incentivos para desarrollar estrategias sistemáticas de prevención y cuidado de su población, así como de disminución de costos. Principalmente, por la posibilidad de rechazar y diferenciar primas según la edad, la falta de esquemas de compensación por riesgo para la totalidad del plan de salud y el contar con un asegurador de última instancia, Fonasa. Entre otros, ello genera que haya personas que se vean cautivas de la Isapre a la que están afiliadas²¹ y que los costos (crecientes) sean traspasados a los usuarios en las alzas anuales de las primas (CEP y ESP, 2017; Velasco, 2014; Butelmann et al., 2014; Arredondo et al., 2017).

Si bien hay algún grado de acuerdo respecto al diagnóstico presentado, el debate respecto de cómo debería organizarse el nivel de financiamiento se arrastra desde los años 90 y no ha habido consenso²². La reforma que creó las GES logró parcialmente avanzar en acceso universal para un grupo de condiciones de salud, pero mantuvo el funcionamiento separado de los componentes del sistema y, por lo tanto, no se ha logrado establecer un sistema coherente en la línea con los de países más desarrollados. Por ello, el debate y las propuestas en este

12 Ley 20.015 de 2005 del Ministerio de Salud.

13 Ley 19.895 de 2003 del Ministerio de Salud.

14 Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php.

15 DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud.

16 Glosa 06 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales. Disponibles en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/05/Ord-251-Glosa-06.pdf> (al 31 de diciembre de 2019) y <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/08/ORD-2386-DIGERA-Glosa-06.pdf> (al 30 de junio de 2020).

17 Decreto de Ley N° 3.626 y DFL N° 3 de 1981 del Ministerio de Salud.

18 Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php.

19 Circular N° 343 de diciembre de 2019 de la Superintendencia de Salud.

20 Circular N° 354 de junio de 2020 de la Superintendencia de Salud.

21 Si se cambiaran podrían ser rechazados o enfrentar primas muy altas (por ejemplo, la población de mayor edad).

22 Baeza y Coppetta (1999).

ámbito han proliferado durante la última década (Illanes, 2010; Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuestas de un Nuevo Régimen Jurídico para el Sistema de Salud Privado, 2014; Colmed y ESP, 2018; Butelmann et al., 2014; Paolucci y Velasco, 2017; Arredondo et al., 2017). Más aún, actualmente hay tres proyectos de ley en el Congreso relativos al nivel de aseguramiento en salud²³, aunque no han logrado mayor avance legislativo.

3. Derecho a la protección de la salud y la actual Constitución: aspectos a considerar en el debate de una nueva Constitución

El derecho a la protección de salud en la Constitución vigente, que no ha sido modificado desde la versión original de 1980, se define de la siguiente manera:²⁴

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

El análisis respecto de los potenciales aspectos del derecho a la protección de la salud en la Constitución se realiza sobre la base de que, primero, un buen estado de salud es valorado, ya que permite a las personas ejercer su libertad, desarrollarse plenamente y aumentar su bienestar. Segundo, el estado de salud depende de múltiples factores, muchos de estos ajenos a la voluntad y decisión (Contreras et al., 2010). Tercero, dado lo anterior, en la gran mayoría de los sistemas de salud del mundo se reúnen recursos anticipadamente para solventar los gastos de salud (prepagos), principalmente a través de seguros sociales o de un sistema o seguro único (Böhm, 2012).

3.1 ¿Cómo conversa la Constitución con las reformas al sistema de salud?

Independientemente del modelo de salud que se opte, hay aspectos del sistema de salud que requieren importantes cambios. En relación con la administración del financiamiento a la salud²⁵, cualquiera de los modelos predomi-

nantes exige disociar el pago en salud de las características personales asociadas a un mayor riesgo y gasto en salud. Lo anterior se logra mediante la mancomunación de parte o todos los recursos para la salud, ya sea a través de cotizaciones o de impuestos generales, para luego distribuirlos según las necesidades de las personas.

El uso de cotizaciones para compensar riesgos, mecanismo empleado en esquemas de seguros sociales, ha generado arduos debates en Chile, como ocurrió en la reforma de salud de 2005. Esta buscaba crear un fondo que reuniera recursos para Fonasa y las Isapres (Nancuante y Romero, 2008; Salgado, 2015), y fue aprobado en la Cámara de Diputados en su primer trámite legislativo²⁶. Ello no prosperó, planteándose que de la Constitución se desprendía que las contribuciones salariales son de propiedad de las personas, ergo, los trabajadores no pueden ser obligados a entregar parte o su totalidad para un uso solidario²⁷. De todas maneras, la reforma creó un fondo de compensación solidario entre las Isapres, financiado con un monto fijo por cada beneficiario, el que corresponde a una parte reducida de la prima. Solidarizar una fracción mayor o la contribución completa podría, por lo tanto, trabar el avance de una reforma en esa dirección, aun cuando en la práctica dicha mancomunación ya se aplica a las cotizaciones de los afiliados de Fonasa. Actualmente solo las cotizaciones de los afiliados a Isapres se tratan con carácter de propiedad individual (Salgado, 2015).

Por otro lado, la inclusión del derecho de cada persona a elegir su sistema de salud, de alguna manera, define la estructura y organización del sistema de salud o, al menos, limita algunas alternativas, como podría ser la adopción de un único asegurador. Dado que la Constitución no es clara en definir qué es un "sistema" de salud, dicha garantía se abre a interpretaciones. Cabe señalar, sin embargo, que la actual Constitución no es la primera en dejar estipulada una estructura del sistema de salud. En efecto, la reforma constitucional de 1971 modificó la carta fundamental de 1925 quedando dentro del derecho a la seguridad social la obligación del Estado de destinar "cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud"²⁸.

Finalmente, es interesante notar que al revisar diferentes constituciones a nivel internacional (Sierra, 2015; Colegio Médico de Chile A.G., 2016) se aprecia que ni la inclusión de la salud como derecho en las constituciones ni la forma en que se define cuando se incluye, es determinante en el desempeño de los sistemas de salud (Sierra, 2015)²⁹. Países

23 Boletines N°13178-11 (reforma Fonasa y crea un Plan de Salud Universal), 12662-11 (otorga cobertura especial a modalidad de atención de libre elección en Fonasa) y 8105-11 (modifica sistema privado de salud y crea un Plan Garantizado de Salud).

24 Artículo 19 n° 9, DFL 100 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

25 Un aspecto que no se desarrolla en este texto tiene que ver con la necesidad de mejorar y modernizar la institucionalidad a cargo de los prestadores de salud del Estado (Vergara, 2014; CEP y ESP, 2017), aspecto que cobra mayor relevancia con la pandemia de COVID-19, que ha desviado recursos para la atención de los infectados con el virus SARS-CoV-2, postergando la atención de otras condiciones que requerirán ser resuel-

tas en los años venideros.

26 Ver trámite legislativo en: https://www.senado.cl/appsenedo/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=2947-11.

27 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>.

28 *Ibid.*

29 Nancuante y Correa Sutil en el Coloquio de la Universidad Andrés Bello. Disponible en: <https://odont.info/minuta-4-coloquio-nuestro-sistema-de-salud-y-la-nueva-constitu>.

que regulan de manera extensa el derecho a la (protección de la) salud en su Constitución (Brasil, Colombia) no muestran un mejor o peor desempeño que otros que apenas lo definen o no lo mencionan (Reino Unido, Holanda).

El desarrollo de la estructura del sistema de salud debe atender a los desafíos sanitarios de cada época, que son dinámicos, por lo que se recomienda que el texto constitucional permita que sea la ley, vehículo por el cual se materializa mayoritariamente la protección en salud (Couso y Reyes, 2009), la que defina el modelo de organización que mejor se alinee con los objetivos perseguidos.

3.2 Relación entre los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social

Un segundo ámbito para considerar en la reflexión se refiere al tratamiento constitucional de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social. El artículo 19 N°18 define el derecho a la seguridad social como:

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del único derecho a la seguridad social;

Como se comentó anteriormente, tanto en la Constitución de 1925 como en la reforma de 1971 se ligó la protección en salud a los derechos, ya sea de protección del trabajo, a la previsión social y a la seguridad social. Por otra parte, la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional (TC) ha vinculado la salud y seguridad social en sus fallos (Jordán, 2013). Por ejemplo, en 2010 el TC señaló que³⁰:

“(...) el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N°9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N°18)”

El mismo fallo prosigue señalando que de ello se desprende el deber del Estado de garantizar económicamente el goce de estos derechos³¹ y que la carta magna faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias. Por otro lado, en un fallo de 2008 el TC menciona³²:

“Que el legislador comprendió bien el vínculo de la seguridad social con el derecho a la protección de la salud, evidencia de lo cual es que, en el artículo 92 del DL. N° 3.500, de 1980, contempló la cotización del

7% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona”

De dicha interpretación se infiere que lo que se busca es otorgarle al derecho a la protección de la salud un tratamiento similar al que se le da a la seguridad social. Por tanto, un aspecto a definir en una futura carta fundamental es si existirá o no una relación entre ambos derechos y, en caso de haberla, cuál sería el ámbito en que se relacionan. Por ejemplo, si se aplicarán al primero los objetivos del derecho a la seguridad social, como es el garantizar el acceso a prestaciones básicas uniformes y algunos de los principios de dicho derecho, así como qué diferencias o limitaciones se dan entre ambos derechos, o qué rol y relación tienen las cotizaciones, mencionadas en ambos derechos.

3.3 Justiciabilidad de los derechos garantizados en la Constitución

Un tercer aspecto para considerar en la discusión constitucional se refiere a la forma en que el derecho a la protección de la salud se hace exigible, en caso de ser incorporado en la carta magna. En esta dimensión la discusión es más amplia, puesto que existe un debate en torno a dónde y en qué nivel se hacen exigibles y, en particular, a la ampliación de la jurisdicción de los recursos de protección (Atria, 2015; Solari y Viera, 2015).

En el caso de salud, la Constitución establece como rol del Estado proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, regulado en el DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud la ley N° 18.469 de 1985³³ que crea el régimen de prestaciones de salud. Dicha norma no definió los mecanismos para hacerlas exigibles. Recién en 2004, con la creación de las GES, ello se materializó para algunas condiciones.

La falta de mecanismos de exigibilidad del derecho a la protección de la salud se ha prestado para interpretaciones diversas y para una proliferación de jurisprudencia que ha tenido diversas consecuencias. En algunos casos se ha fallado en contra de la norma, como en aquellas sentencias que revocan el alza de los precios de los planes de salud a quienes recurren a la justicia en Isapres. En otros, se ha cambiado la norma para todos, lo que ocurrió con el mencionado fallo de 2010 del TC y la eliminación de parte del artículo que regulaba la tabla de factores. Además, la jurisprudencia ha influenciado la definición de la política pública, por ejemplo, en la eliminación de las diferencias por sexo en los planes de salud y de preexistencias para ciertos grupos en Isapres.³⁴ Si

html.

30 Considerando centésimo trigésimo primero de la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710 de 2010.

31 Siguiendo el principio de solidaridad.

32 Considerado vigésimo séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287 de 2008.

33 Actualmente DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud.

34 Circular N° 343 de diciembre de 2019 y Circular N° 354 de junio de 2020, de la Superintendencia de Salud.

bien los cambios en algunos casos pueden ser positivos, la influencia del poder judicial no es deseable porque debilita la democracia, ya que los jueces no son representantes elegidos por la población. Además, sus fallos se dictan para el caso particular³⁵, pero tienen implicancias legales y financieras globales que no son consideradas a la hora de dictar sentencia y, adicionalmente, podrían ir en contra de la focalización que busca la política pública y tener criterios más regresivos (Correa, 2016). Aun así, no es función de los jueces balancear los recursos disponibles, sino exigir que se cumplan los derechos garantizados en la Constitución (Contreras et al., 2010). Finalmente, la evidencia internacional indica que la judicialización en salud no necesariamente favorece a los más vulnerables, ya que quienes acceden al sistema legal son principalmente aquellos de ingresos medios y altos (Ferraz, 2010; Landau, 2012; Correa, 2016).

Por otra parte, y relevante para el caso particular de salud, es que las sentencias asociadas a este ámbito, se sustentan en base al resguardo de otros derechos, como el derecho de propiedad, el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley y a la no discriminación arbitraria (Contreras et al., 2010; Figueroa, 2013; Soto, 2008). Ello evidencia un déficit en las garantías asociadas al derecho a la protección de la salud, que vale la pena debatir. El mecanismo de exigibilidad (así como el nivel normativo en el que se hacen exigibles) no es claro, y escapa al ámbito de este trabajo, puesto que, por una parte, existen múltiples argumentos a considerar en la discusión (progresividad de los derechos sociales, la dificultad de establecer un límite a lo exigible, la relevancia de la salud como habilitante para ejercer otros derechos, entre muchos otros). Y, por otra parte, dichos mecanismos dependen del contenido del derecho a la protección de la salud, en caso de que este quede incorporado.

4. Comentarios finales

No es trivial determinar si la Constitución debería o no incorporar las materias sanitarias y, en caso de hacerlo, cómo (definición y garantía), tal como se refleja en la discusión de los propios académicos jurídicos en Chile (Sierra, 2016). Este texto busca aportar en dicho debate planteando algunos tópicos a considerar en la argumentación constitucional desde una mirada aplicada del funcionamiento de los sistemas de salud.

La revisión de la definición del derecho a la protección de la salud indica que habría al menos tres ámbitos que debieran ser considerados en un debate constitucional. El primero, respecto de los elementos de la actual Constitución que se han usado para limitar cambios sustancia-

les a la organización del sistema de salud. Por una parte, la ambigüedad en relación con el uso que se puede dar a las cotizaciones y con la definición de "sistema de salud" y, por otra, en cuanto podría imponer una estructura al sistema de salud. El segundo ámbito, se refiere a la relación entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a seguridad social, ya que, quizás en parte por su conexión histórica, la jurisprudencia los ha tratado conjuntamente en sus fallos, a pesar de estar definidos separadamente en la Constitución actual. En esta materia se recomienda explicitar en qué medida habrá o no una relación entre ellos y, en caso de haberla, en qué ámbito (por ejemplo, si compartirán los mismos principios) y cuáles serían sus límites. Por último, el tercero, corresponde a la justiciabilidad de los derechos relativos a salud. Se concluye que sería positivo una mayor claridad en cuanto a los mecanismos de exigibilidad y pareciera ser más favorable que ello se delegue a la ley, permitiendo un debate democrático respecto de lo exigible, que considere la realidad global del país.

Es deber de la sociedad, como un todo, otorgar las mejores condiciones posibles de salud a cada persona. Por ello, es importante debatir con una mirada de largo plazo cómo concebirla en un texto constitucional, de manera que permita, a través de la legislación, avanzar hacia el cumplimiento de los objetivos del sistema de salud. La constitución no debe frenar ese ejercicio democrático.

5. Referencias

- Akerlof, G. 1970. The Market for "Lemons": Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3).
- Arredondo, A., Bertoglia, M. P., Inostroza, M., Labbé, J., Lenz, R., y Sánchez, H. 2017. Construcción política del sistema de salud chileno: La importancia de la estrategia y la transición. En Inostroza, M. y Sánchez, H. (Eds.), Santiago: Instituto de Salud Pública, Universidad Nacional Andrés Bello.
- Arrow, K. 1963. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review* 56(5).
- Atria, Fernando. 2015. Social Rights, Social Contract, Socialism. *Social & Legal Studies*, 24(4), 598-613
- Atria, Fernando, Salgado, Constanza, y Wilenmann, Javier. 2020. El proceso constituyente en 138 preguntas y respuestas. Chile: LOM Ediciones.
- Baeza, Cristián, y Copetta, Claudia. 1999. Análisis conceptual de la necesidad y factibilidad de introducir mecanismos de ajuste de riesgo y portabilidad de los subsidios públicos en el sistema de seguros de salud en Chile. Centro Latinoamericano de Investigación para Sistemas de Salud (CLAISS) y Fondo de Promoción de Políticas Públicas de la Universidad de Chile.
- Barr, N. 2003. *The welfare state as piggy bank*. Oxford:

³⁵ Excepto en el caso de las acciones de inconstitucionalidad.

- Oxford University Press.
- Benítez, Alejandra, Hernando, Andrés, y Velasco, Carolina. 2018. Radiografía del gasto de bolsillo en salud: Análisis del cambio en el gasto entre 2012 y 2016. Puntos de Referencia, 491. Centro de Estudios Públicos.
- Böhm, Katharina, Schmid, Achim, Götze, Ralf, Landwehr, Claudia, y Rothgang, Heinz. 2012. Classifying OECD Healthcare Systems: A Deductive Approach. TranState Working Papers, 165.
- Butelmann, A. 2014. Tratamiento para un enfermo crítico. Propuestas para el sistema de salud chileno. Informe de políticas públicas, Espacio Público.
- Centro de Estudios Públicos y Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile (CEP y ESP). 2017. Propuesta de modernización de los prestadores de servicios de salud estatales.
- Centro de Estudios Públicos. 2020. Propuestas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Salud. Comisión integrada por Aninat, I., Arteaga, O., Benítez, A., Cuadrado, C., Inostroza, M., Izquierdo, S., Jadue, L., Palma, A., Pinilla, V., González, N., Sánchez, H. y Velasco, C.
- Cid, C., Torche, A., Bastías, G., Herrera, C., y Barrios, X. 2013. Bases para una reforma necesaria al seguro social de salud chileno. Propuestas para Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Colegio Médico de Chile A.G. 2016. Salud y Constitución. Vida Médica, 68(2), 66-69.
- Colegio Médico de Chile A.G y Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile (Colmed y ESP). 2018. Propuestas para una reforma integral al financiamiento de la salud en Chile.
- Contreras, P., García G., Jordán, T., y Villanueva, A. 2010. Informe en derecho presentado ante el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. Estudios Constitucionales, 8(2), 633-74.
- Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuestas de un Nuevo Régimen Jurídico para el Sistema de Salud Privado. 2014. Informe Final. Gobierno de Chile.
- Couso, J., y Reyes, M. 2009. Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile. Revista de derecho (Coquimbo. En línea), 16(2), 161-194.
- Correa, Jorge. 2016. Propuesta inicial sobre derechos constitucionales. En: Sierra, Lucas (Ed). 2016. Propuestas Constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile. Centro de Estudios Públicos.
- Ferraz, Octavio Luiz Motta. 2010. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. Tex. L. Rev., 89, 1643.
- Figueroa, Rodolfo. 2013. El derecho a la salud. Estudios Constitucionales, 11(2), 283-332.
- Henríquez, Josefa, y Velasco, Carolina. 2015. Radiografía del uso de sistemas de salud en Chile (1992-2000-2013). Puntos de Referencia, 407. Centro de Estudios Públicos.
- Illanes, J. P., 2010, 'Informe comisión presidencial de salud diciembre 2010'
- Jordán, Tomás. 2013. El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud. Estudios Constitucionales, 1, 333-380.
- Landau, David. 2012. The reality of social rights enforcement. Harvard International Law Journal, 53, 189.
- Ministerio de Salud (Minsal). 2010. Estrategia nacional de salud para el cumplimiento de los objetivos sanitarios de la década 2011-2020.
- Miranda, Ernesto. 1990. Descentralización y privatización del sistema de salud chileno. Estudios Públicos, 39, 5-66.
- Nancuante, Ulises, y Romero, A. 2008. La reforma de la salud. Santiago: Instituto de Políticas Públicas y gestión, Salud y Futuro-Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago: Editorial Biblioteca Americana.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2019. Health at a Glance 2019: OECD Indicators. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/4dd50c09-en>.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). 2020. Health at a Glance: Latin America and the Caribbean 2020. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/6089164f-en>.
- Paolucci, Francesco, y Velasco, Carolina. 2017. Reformando el sistema de seguros de salud chileno: elección, competencia regulada y subsidios por riesgo. Debates de Política Pública, 25. Centro de Estudios Públicos.
- Pardo, C. y Schott, W. 2013. Health insurance selection in Chile: a cross-sectional and panel analysis. Health Policy Plan, 9 (3), 302-312.
- Rothschild, M. y Stiglitz, J. 1976. Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information. The Quarterly Journal of Economics, 90(4).
- Salgado, Constanza. 2015. Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional. Revista de derecho (Coquimbo), 2(1), 401-32.
- Sapelli, Claudio. 2004. Risk Segmentation and Equity in the Chilean Mandatory Health Insurance System. Social Science & Medicine, 58: 259-265.
- Sierra, Lucas (Ed). 2015. Diálogos Constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile. Centro de Estudios Públicos.
- Sierra, Lucas (Ed). 2016. Propuestas Constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile. Centro de Estudios Públicos.
- Solari, Enzo, y Viera, Christian. 2015. Justiciaabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de

- Fernando Atria). *Estudios constitucionales*, 13(2), 13-56.
- Soto, S. 2008. Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces. *Sentencias Destacadas 2008*, Libertad y Desarrollo.
- Superintendencia de Salud. 2020. Principales indicadores de monitoreo del sistema Isapres a diciembre de 2018. Documentos de trabajo. Departamento de Estudios y Desarrollo.
- Velasco, C. 2014. Desafíos y algunos lineamientos para el sistema de seguros de salud en Chile. *Debates de Política Pública*, 3. Centro de Estudios Públicos.
- Velasco, C. 2016. ¿Hacia dónde vamos en salud? Cómo avanzar hacia un sistema de seguros sociales., *Puntos de Referencia*, 436. Centro de Estudios Públicos.
- Vergara, Marcos. 2014. Propuesta de reformas a los prestadores públicos de servicios médicos en Chile. Documento de Referencia. Espacio Público.

Libertad sindical y derecho de huelga en el sector público. Ideas para una nueva definición constitucional

Paula Donoso Vergara

RESUMEN: Este artículo trata sobre el principio de libertad sindical y el reconocimiento constitucional de los derechos que comprende, enfocando su estudio particularmente en el derecho de huelga y la prohibición de su ejercicio en el sector público. Este análisis se efectúa revisando la normativa internacional sobre la materia, en especial la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998¹ y los respectivos convenios internacionales que los desarrollan. En este marco, se examina también su tratamiento en la actual Constitución, para concluir con algunas ideas en torno a una nueva definición constitucional, en el contexto del proceso constituyente que vive Chile.

Introducción

En el contexto del debate constitucional y de los acontecimientos sociales recientes que han dado paso a la apertura de un proceso de definición constitucional en Chile, resulta de interés profundizar sobre algunos aspectos de discusión acerca de los derechos humanos esenciales en el trabajo y su tratamiento en la carta fundamental, en especial en cuanto al derecho a la libertad sindical.

Como consideración previa es preciso señalar que el problema constitucional no es nuevo, pues desde el retorno a la democracia se ha planteado en forma recurrente la necesidad de un cambio. Los cuestionamientos derivan ciertamente de su ilegitimidad de origen y del modelo que representa, lo que toca sin duda también a sus definiciones en el plano de los derechos laborales colectivos.

Las reformas constitucionales durante la transición estuvieron especialmente orientadas a superar aquellas instituciones que formaron parte de los enclaves autoritarios dejados por la dictadura, abordando además temáticas específicas para avanzar hacia la consolidación demo-

crática². Ahora se ha generado un punto de inflexión. El sistema democrático y la sociedad chilena se enfrentan a determinaciones más profundas, que obligan a la reflexión y generación de propuestas constitucionales en las distintas áreas de definición, entre otras, los derechos sociales, culturales, económicos y políticos de carácter esencial.

En tal sentido, uno de los aspectos que resulta necesario revisar es aquel relativo a las normas y principios de rango constitucional, teniendo como punto de referencia las determinaciones existentes en el orden jurídico internacional. En materia laboral, estas definiciones se encuentran contenidas en diversos instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que es el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, a través de sus Convenios, Declaraciones, Recomendaciones, Comité de Libertad Sindical y Comisión de Expertos.

Pues bien, a modo de aporte a este debate, en este capítulo, se desarrollará un análisis y propuesta relativa al principio de libertad sindical, enfocando su estudio en el derecho de huelga y particularmente en la prohibición constitucional de su ejercicio en el sector público, todo ello en el marco de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998³ y los respectivos convenios internacionales que regulan estos derechos y principios. Luego, a la luz de tales definiciones se efectuará un análisis crítico de la regulación en la actual Constitución, intentando conforme a dicho examen, generar una propuesta en esta materia con miras a una nueva definición constitucional, para concluir con una reflexión final sobre el tema en estudio.

1 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998. Disponible en: <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>,

2 Para profundizar sobre enclaves autoritarios y consolidación democrática ver "La Posibilidad Democrática en Chile" (Santiago: FLACSO, Cuadernos de Difusión, 1989. Disponible en <http://flacsochile.org/biblioteca/pub/publicos/1989/libro/000052.pdf>)

3 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998. Disponible en: <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>,

Libertad sindical según la OIT

La Organización Internacional del Trabajo, en el marco de su declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, determina cuatro categorías de principios y derechos. Estas son: (a) libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Asimismo, la OIT reconoce el carácter universal de estos principios y su esencialidad para alcanzar la justicia social, entendiendo que el crecimiento económico no es suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza⁴.

En este apartado, según se ha señalado previamente, se abordará sólo la primera de estas categorías, esto es libertad sindical. Interesa destacar en todo caso que cada una de estas cuatro categorías son igualmente significativas, constituyen los pilares esenciales, y se encuentran estrechamente imbricados, para los fines que la declaración establece.

La libertad sindical puede ser analizada, y de hecho así lo ha sido, desde sus diversas dimensiones. En tanto principio, es reconocida desde la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1919, y en sus convenios sobre libertad sindical⁵. Así, con base en estos instrumentos desde la doctrina *ius laborista* se ha concebido el principio de la libertad sindical como *“los derechos y garantías de los trabajadores y de sus organizaciones para constituir organizaciones sindicales, afiliarse a ellas y desarrollar actividad sindical para la defensa de sus intereses, entre los que se cuentan, necesariamente, los derechos de negociación colectiva y de huelga”* (Rojas, 2017, p. 11). De tal forma, en tanto principio jurídico las exigencias desde la normativa y el derecho imponen su respeto y el despliegue de conductas conforme a ella. En lo que toca a los Estados los obliga por la sola membresía a la OIT. Ahora bien, según se ha expresado la libertad sindical puede también ser observada atendiendo a los derechos que la integran. En tal sentido la libertad sindical es entendida como un conjunto de derechos que se interrelacionan, pero que a la vez cada uno de ellos constituye un derecho fundamental en sí mismo, estos son derecho de sindicación, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga.

⁴ Idem

⁵ Convenios n° 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948), y n° 98, sobre protección del derecho de sindicación y fomento de la negociación colectiva (1949) Convenios n° 135 (1971), sobre los representantes de los trabajadores, n° 151 (1978) sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, y n° 154 (1981) sobre el fomento de la negociación colectiva. También la libertad sindical ha sido reconocida en otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales, y Culturales (1966), entre otros.

Sobre el derecho de sindicación

El Convenio 87 de la OIT se refiere a la libertad sindical y trata específicamente la protección del derecho de sindicación, que comprende el derecho tanto de organizaciones de trabajadores como de empleadores a constituirse en carácter de tal, desarrollar sus actividades y definir sus planes y programas de acción, todo ello en un marco de las libertades colectivas de reglamentación, representación, gestión interna, posibilidad de constituir organizaciones de nivel superior (federaciones y confederaciones) y de disolución. Asimismo, este convenio establece una obligación de inhibición para las autoridades públicas de los Estados referida al deber de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio en conformidad a la ley. A su turno, esta normativa impone a los trabajadores y empleadores y sus respectivas organizaciones el deber de respetar la legalidad, estableciendo como contrapartida límites a los poderes legislativo y judicial, dado que la legislación no puede menoscabar ni afectar las garantías antes mencionadas, tanto en cuanto a las definiciones que la misma contiene como en la aplicación que de ella se hace (Gamonal, 2011, p. 69).

A su turno, el Convenio 98 de la OIT, establece también una serie de normas en protección al derecho de sindicación, en particular respecto al adecuado resguardo de los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, así como la protección contra actos de injerencia que afecten a las organizaciones sindicales.

El derecho de negociación colectiva

Por su parte, la Declaración de Filadelfia de 1944, referida a los fines y objetivos de la OIT y que forma parte de su Constitución, establece como una de sus misiones fundamentales el fomento de la negociación colectiva en el mundo, a cuyo efecto menciona *“la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan [...] lograr el reconocimiento efectivo del derecho de la negociación colectiva. Luego, el Convenio 98, antes mencionado reafirma este concepto y el principio que dicha declaración establece imponiendo la obligación de adoptar medidas para fomentar el uso de procedimientos de negociación voluntaria, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”*. Pues bien, la negociación colectiva, según ha sido concebido desde la normativa OIT, constituye un proceso cuyo propósito es concluir en un contrato colectivo, definido según la Reco-

mendación 91 de la OIT de 1951, como un "acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, por los representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional" (Gernicon, Odero, Guido, 2003, p. 34). Desde el punto de vista de los sujetos de la negociación colectiva el Convenio 135 sobre representantes de los trabajadores, así como el Convenio 154 refuerzan la idea de priorizar al sindicato como titular en el proceso de negociación colectiva y que la existencia de representantes de los trabajadores en ningún caso puede ser en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes.

Finalmente, importante también señalar que la normativa de la OIT reconoce el derecho de negociación colectiva para las organizaciones de funcionarios públicos. El Convenio 98 de la OIT de 1949, no contemplaba en su ámbito de aplicación a los trabajadores del sector público, no obstante con la aprobación del Convenio 151 de 1978, se avanza en este sentido imponiendo la exigencia, según señala su artículo 7 en orden a "adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones". De este modo, se insta a establecer mecanismos de negociación colectiva o de mecanismos alternativos que permitan a los trabajadores públicos, a través de sus organizaciones, la participación en la definición de sus condiciones de trabajo.

En cuanto al derecho de huelga

En el sistema internacional de Derechos Humanos, el derecho de huelga es reconocido expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el sistema interamericano también se encuentra reconocimiento expreso en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶.

6 El artículo 8.1 letra b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de huelga ejercido en conformidad a las leyes de cada país con la limitación de respetar las garantías relativas a la libertad sindical de acuerdo al convenio de la OIT. También el artículo 8.1 letra b, del mencionado protocolo de la CADH, reconoce expresamente el derecho de huelga limitándolo en el ámbito del sector público sólo a las fuerzas armadas, las policías y otros servicios esenciales. Cabe hacer presente que este protocolo fue firmado por Chile el año 2001, encontrándose pendiente su ratificación en el Congreso Nacional (Mensaje N°390-353 de 24 de octubre de 2005)

Ahora bien, respecto al derecho de huelga en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, se ha sostenido que si bien no existe un reconocimiento expreso en los convenios 87 y 98, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios lo han considerado como un corolario indisociable de la libertad sindical (Gamonal, 2013, p.116). A su turno, y específicamente respecto los funcionarios públicos se ha señalado que las disposiciones del Convenio 151 y la Recomendación 159, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública tratan sobre la solución de conflictos, pero no se refieren explícitamente al derecho de huelga. No obstante, los órganos de control de la OIT, han admitido excepciones a cierto tipo de funcionarios y a quienes cumplen funciones en servicios esenciales y que en todo caso deberán disfrutar de garantías adecuadas para la protección de sus intereses. En cuanto a su posible exclusión esta sólo alcanzaría a "los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado" (Gernicon, Odero, Guido, 2000, p. 17). Es decir, la excepción estaría delimitada, en todo caso, por la naturaleza de las funciones realizadas y en ningún caso por la condición de trabajador público.

Habiendo analizado entonces a grandes rasgos los principales elementos de definición normativa en el contexto de la OIT en cuanto a los mínimos exigibles en relación con el principio de libertad sindical y los derechos que lo integran, corresponde ahora revisar su tratamiento en la Constitución de 1980 y su compatibilidad con las normas y recomendaciones de la OIT.

Constitución de 1980 y libertad sindical

En primer término, es necesario considerar que desde la doctrina *ius laboralista* chilena este es un asunto que ha sido tratado desde distintas perspectivas, existiendo además diversas interpretaciones y análisis en cuanto al reconocimiento de la libertad sindical en la Constitución Política de 1980. En tal sentido, existirían aquellas posiciones que postulan un reconocimiento explícito de la libertad sindical en su texto original y de otra parte las que sostienen que dicho reconocimiento sólo se alcanzaría con la norma del inciso 2° del artículo 5° incorporada el año 1989 que remite a los tratados internacionales de derechos humanos y en este caso específico con la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT (Rojas, 2017, p. 18). Pues bien, se ha señalado, así desde esta segunda tesis, que el texto de la Constitución de 1980 se ha limitado a mencionar ciertos derechos fundamentales de carácter sindical y que, con la integración de los convenios internacionales, se configura el modelo chileno, que debe en cualquier caso entenderse en el contexto y armonía del texto constitucional en su conjunto (Tapia, 2007, p. 198).

Más allá de este debate, y para efectos de este análisis interesa destacar en este punto que resulta evidente que

el desarrollo de la libertad sindical en el texto constitucional actual presenta importantes distancias y contradicciones con la normativa e interpretaciones emanada de los órganos de la OIT, al menos claramente en lo que se refiere a los derechos de negociación colectiva y huelga.

En efecto, analizadas las normas constitucionales de los N°s 16 y 19 del artículo 19 de la Constitución es posible afirmar que dicho contenido pugna con las exigencias que la OIT contempla en sus Convenios, recomendaciones e interpretaciones de sus órganos. Esto, al menos, en cuanto a las restricciones al reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, así como en cuanto a la declaración del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución que lo define como un derecho de los trabajadores, lo que dio lugar a la interpretación del Tribunal Constitucional contraria a la titularidad sindical en la discusión de la reforma laboral de 2016⁷. Esto, en sentido contrario a las normas de la OIT antes analizadas que se orientan al reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la actividad sindical desplegada por los sindicatos, en los distintos niveles, y en forma prioritaria para las organizaciones sindicales. Este es, sin duda un tema de gran interés y que daría para un trabajo a parte, por lo que este análisis se limitará a señalar que una propuesta constitucional en este ámbito debería adecuar la norma constitucional chilena al mínimo establecido por la OIT a través de sus convenios y recomendaciones y en consecuencia tender al fortalecimiento y promoción de los sindicatos entendiéndolos como los representantes prioritarios de las y los trabajadores.

Asimismo, es posible señalar que la norma constitucional es contraria a las normas de la OIT en lo referido a la prohibición de huelga para determinados trabajadores, en particular para los empleados públicos, para quienes tampoco se establece alternativa ni regulación alguna, pues la disposición constitucional contenida en el numeral 16 del artículo 19 se limita simplemente a prohibirla.

En el siguiente acápite se abordará en particular sobre esta prohibición del ejercicio del derecho de huelga para los funcionarios públicos y en que sentido esta se aparta de las definiciones desde la regulación internacional.

Sobre las restricciones y prohibición del derecho de huelga

En primer término, resulta necesario hacer una breve referencia a las razones históricas y dogmáticas que podrían explicar las restricciones al ejercicio del derecho de huelga, no sólo en Chile, sino también en el resto del mundo. El reconocimiento del derecho de huelga para los

⁷ Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2016, en requerimiento de inconstitucionalidad en proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín N° 9835-13.

funcionarios públicos ha generado más de una controversia y en los sistemas que lo contemplan se ha verificado en forma tardía. Esto tiene directa relación con el sujeto titular, que hizo posible sostener en forma generalizada hasta la segunda guerra mundial la incompatibilidad entre función pública y huelga. Esto además reafirmado por la naturaleza misma de la función pública. El vínculo entre el funcionario y el Estado se presenta como una relación disciplinario-jerárquica en la que se exigiría al funcionario los deberes de lealtad, obediencia y voluntad de servicio (Baylos, 1998, p. 32).

El esquema de relaciones que se daría en el ámbito de la Administración Pública estaría definido por su carácter *unilateralista* a diferencia del tipo *contractualista* propio del vínculo estrictamente laboral. En aquel ámbito es la voluntad del ente administrativo la que da origen a la relación, a través del acto administrativo del nombramiento (Diez, 1990, p. 30). Esto sumado a la idea de que el funcionario es un agente del Estado que lo representa en su función de poder público y en resguardo de los intereses generales. La posibilidad de que los funcionarios públicos gocen de derechos sindicales, incluso del derecho de huelga, está dada por la superación de las concepciones ante señaladas entendiéndose que es preciso distinguir entre los funcionarios dotados de autoridad y los funcionarios de gestión. Otro elemento a tener en cuenta para estos efectos sería que el Estado no siempre opera ejerciendo actos de imperio, también tiene actuaciones al nivel del particular (Diez, 1990, p. 32).

De tal modo, si bien la tendencia ha sido hacia el reconocimiento del derecho de huelga para los funcionarios públicos, en diversos sistemas jurídicos, ello no significa que se pueda igualar o asimilar, si más, la situación de los funcionarios públicos a la relación entre trabajador del sector privado y empleador. Ello especialmente porque se encuentra comprometido un tercer actor que es el ciudadano-usuario de los servicios públicos (Monereo, 2002, p. 74). En tal sentido, es admisible que existan restricciones al ejercicio del derecho de huelga para los funcionarios públicos⁸, en los distintos sistemas jurídicos, no obstante, una prohibición como la establecida en el ordenamiento jurídico chileno, que la excluye absolutamente para todo el colectivo de trabajadores públicos y para sus diversas calidades, es sin lugar a dudas una situación que atenta contra el principio de libertad sindical, en nuestros días.

La regulación de la huelga en el sector público chileno y su compatibilidad con las normas internacionales

La prohibición del ejercicio del derecho de huelga a los funcionarios públicos se encuentra establecida a nivel

⁸ Ver a modo ejemplar, Suárez González, Fernando, La huelga en el derecho español, En Marzal, Antonio (Ed.). "La huelga hoy en del derecho social comparado". J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2005. Pág 212-218.

constitucional en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, señalando expresamente la disposición que “no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las Municipalidades”.

Se ha señalado que esta referencia negativa al derecho fundamental de huelga, obedece a las concepciones ideológicas del gobierno de facto de la época de dictación de la Constitución Política de 1980, dada su desconfianza con el conflicto colectivo y su estimación de la huelga como un hecho que causa perjuicio a la sociedad y frecuentemente utilizado como una herramienta política (Varas, 2012, p. 118). Al respecto, es conveniente precisar que si bien es efectiva esta advertencia relativa a los motivaciones de la dictadura para dar este tratamiento a la huelga, también se debe tener en cuenta que antes sólo existió un fugaz reconocimiento del derecho de huelga en la Constitución de 1925, entre los años 1971 y 1973, con la modificación de la ley 17.398, la que además remitía a la ley el ejercicio de este derecho y que según se verá contemplaba una prohibición expresa para los trabajadores del Estado.

En efecto, en lo que respecta a la regulación legal de la huelga para los funcionarios del Estado, ya desde el año 1960, año en que se dictó el Estatuto Administrativo, este cuerpo legal establecía dicha prohibición⁹. Actualmente, ésta se mantiene en el artículo 84 letra i) de la ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, estableciendo como una conducta expresamente prohibida el dirigir, promover o participar en huelgas. La sanción para el funcionario público que incurra en tales conductas, en conformidad al artículo 125 del mismo cuerpo legal, es la destitución. Las mismas disposiciones se repiten en iguales términos para los funcionarios municipales¹⁰. Además, de estas prohibiciones y sanciones disciplinarias establecidas a nivel estatutario, la ley N°12.927, sobre Seguridad Interior del Estado, sanciona como delito la huelga de servicios públicos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones de los servicios de utilidad pública, entre otras conductas.

La prohibición absoluta relativa al ejercicio del derecho de huelga alcanza a todos los trabajadores del sector público, incluido el personal sujeto al Código del Trabajo, dado que para estos efectos tienen la calidad de funcionarios, en la medida que desempeñan una función pública. Se excluirían sólo los trabajadores de las empresas del Estado, con la salvedad de aquellas dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con este

Ministerio, las que tendrían igualmente vedado el recurso a la huelga (Varas, 2012, p. 120).

Tal como se advertía, entonces, en el ordenamiento jurídico chileno, desde la Constitución hasta la norma estatutaria sanciona fuertemente la participación de los funcionarios públicos en huelgas, constituyendo una constante este enfoque restrictivo en la historia del sector público chileno.

De este modo, es posible observar una manifiesta incompatibilidad entre la norma constitucional y demás normas legales que en el derecho interno chileno prohíben el ejercicio de la huelga a todos los trabajadores del sector público sin distinción, y las normas internacionales de Derechos Humanos y los Convenios y Recomendaciones de la OIT de acuerdo a las decisiones de sus órganos de control.

Conclusión e ideas para una propuesta

En estas páginas se ha analizado brevemente el principio de libertad sindical desde la perspectiva de la OIT y sus órganos de interpretación. Se ha establecido al mismo tiempo que la libertad sindical en tanto principio y derecho fundamental, obliga a su respeto como tal por la membresía a la OIT, exigiendo de parte de los Estados que forman parte de ella un marco favorable para el efectivo ejercicio de los derechos de asociación, negociación colectiva y huelga. En tal sentido, es de vital importancia la existencia de un ordenamiento jurídico e institucional que permita cumplir con tales fines y objetivos. De allí la relevancia de adecuar la normativa interna, tanto a los Convenios de la OIT, como a las recomendaciones y decisiones interpretativas de sus órganos de control.

Pues bien, en este análisis sobre compatibilidad de la Carta Política con tales normativas de carácter internacional, es posible concluir que pese a sus modificaciones y eventual efectividad de integración de tales normas por la vía de su incorporación a partir de la norma constitucional del inciso 2 del artículo 5°, esto no alcanza para sostener un reconocimiento real y efectivo de los derechos de libertad sindical. El modelo chileno presenta evidentes contradicciones con aquella, las que ciertamente se reflejan en sus disposiciones de orden constitucional y legal que limitan la libertad sindical, generando con ello un sistema que debilita a la organización sindical y sus posibilidades de acción.

En cuanto al ejercicio de estos derechos para los trabajadores del sector público es posible observar la contradicción existente, de una parte, entre la norma constitucional chilena que prohíbe explícitamente el derecho de huelga para los funcionarios públicos y su manifestación en el terreno de los hechos, dado que las asociaciones de funcionarios, a quienes corresponde el rol sindical en el sector público, han abierto espacios de negociación, usando in-

9 El Artículo 166° del DFL 338 de 1960, sobre Estatuto Administrativo, señalaba: “Los empleados y obreros que presten sus servicios al Estado no podrán sindicarse ni pertenecer a sindicato alguno, ni formar brigadas, equipos o grupos funcionales de carácter esencialmente político. Tampoco podrán declararse en huelga, suspender o interrumpir total o parcialmente sus labores en cualquier forma, ni realizar acto alguno que perturbe el normal funcionamiento del servicio a que pertenezcan”.

10 Ver artículos 82 letra i) y 123 letra b) de la Ley 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

cluso la paralización de actividades como instrumento de presión, pese a la estricta regulación legal que la prohíbe. De tal forma, se ha advertido que desde el punto de vista de la normativa se presenta una evidente incompatibilidad de dicha regulación con las normas internacionales que reconocen el derecho de huelga. Por lo que, además de ser necesaria la adecuación de la norma constitucional a los estándares internacionales, se hace necesario al mismo tiempo abordar con detención el marco constitucional y legal de definición en esta materia, reconociendo el derecho de huelga en la carta fundamental y estableciendo asimismo sus límites.

De esta manera, se puede sostener que los efectos previstos en la legislación interna chilena para los funcionarios públicos pugnan con las normas internacionales en el ámbito del derecho internacional del Trabajo y de los Derechos Humanos. Esto, desde que se prohíbe la huelga de modo genérico a los funcionarios públicos, contemplándola incluso como falta disciplinaria que da lugar a la destitución y como delito, en circunstancias que por aplicación de los convenios en las materias señaladas, ratificados por Chile, tales normas deberían entenderse derogadas.

Así, por todo lo dicho, el texto de la actual Constitución Política de 1980 no recoge adecuadamente el principio de libertad sindical, desde que como se ha dicho respecto a la negociación colectiva, atiende más a la dimensión individual del derecho, al establecerlo como una garantía para los trabajadores y no para los actores sindicales, circunscribiéndolo por lo demás al ámbito de la empresa, y por su parte respecto del derecho de huelga, por la ausencia de su reconocimiento y prohibición expresa en todo el sector público.

Hoy Chile atraviesa un momento histórico, la redacción de una nueva Carta Fundamental, en democracia y elaborada por un órgano representativo elegido especialmente para tal efecto. Sin duda una oportunidad para revisar sus normas fundamentales, principios inspiradores y derechos esenciales.

En el ámbito laboral y específicamente en cuanto a los derechos colectivos del trabajo, a modo de propuesta para un nuevo texto constitucional en primer término se plantea una formulación más bien mínima, pero suficiente para adecuar al actual modelo de relaciones laborales chileno a la normativa y recomendaciones de la OIT, de modo tal exista un efectivo reconocimiento de la libertad sindical, así como a los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que la integran.

En concreto, en cuanto al derecho a negociación colectiva se propone su reconocimiento en tanto derecho colectivo del trabajo, ejercido a través de las organizaciones de trabajadores, tanto en el ámbito del sector privado como en el sector público, sin la limitación actualmente existente

que la circunscribe al ámbito de la empresa, de tal forma que se amplíe a la negociación colectiva por rama o área de actividad. Asimismo, en lo relativo al derecho de huelga, se plantea también su expresa mención en la Carta Fundamental, siendo admisible sólo las limitaciones necesarias que permitan asegurar la provisión de servicios de esenciales para la comunidad. En tal sentido, la restricción respecto a los funcionarios debería enfocarse en aquellos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, tales como Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad y en todo caso, debiendo disponer de mecanismos adecuados en resguardo de sus intereses, de tal manera que permita establecer de una regulación legal que, con respeto al contenido esencial de la libertad sindical, otorgue un marco de acción y reglas claras, para los trabajadores, actores sindicales y la comunidad toda.

Bibliografía

- Baylos Grau, Antonio. *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Editorial Tecnos Madrid, 1988.
- Diez Sánchez, Juan José. *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*. Editorial Civitis, Madrid, 1990.
- Gamonal Contreras, Sergio. *Trabajo y Derecho*. En Revista Laboral Chilena, Febrero-Marzo 2011. 59-67
- Gamonal Contreras, Sergio. *Trabajo y Derecho*. En Revista Laboral Chilena, julio 1998.
- Gamonal Contreras, Sergio. *El derecho de huelga en la Constitución Chilena*. En revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, sección estudios, año 20, N°1, 2013. P. 105-127.
- Tapia Guerrero, Francisco. *Sindicatos en el derecho chileno del trabajo*. Legal Publishing Chile, 2007.
- Gernicon, Bernard; Odero, Alberto y Guido, Horacio. *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, 2003.
- Gernicon, Bernard; Odero, Alberto y Guido, Horacio. *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Oficina Internacional del Trabajo, 2000.
- Marzal, Antonio (Ed.). *La huelga hoy en del derecho social comparado*. J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2005.
- Monereo Pérez, José Luis. *Derecho de huelga y conflictos colectivos*. Editorial Comares, Granada, 2002.
- Rojas Miño, Irene. *El derecho de libertad sindical en la Constitución chilena*. En Revista de Derecho (Valdivia), Vol XXX N°1, 2017. P. 9-31.
- Varas Machant, Karla. *Laboralización de la función pública en Chile*. Tesis de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Talca y Universidad de Valencia.

Constitución, Seguridad Social y Rol del Estado

Marco Vásquez Bermejo

RESUMEN: El presente artículo tiene por finalidad entregar una visión general de la Seguridad Social tanto a nivel nacional como comparado, teniendo como punto de comparación la regulación en las Cartas Fundamentales de cuatro países del ámbito iberoamericano, y con un análisis crítico de la regulación constitucional chilena, considerando la importancia del rol del Estado no sólo como garante de los diversos regímenes de Seguridad Social, sino también en la administración, gestión y gobernanza de los mismos, sin perjuicio de efectuar una breve relación de los aspectos generales del sistema de pensiones y las particularidades constitucionales a las que se ha visto expuesto en el último tiempo.

Introducción

El derecho de la Seguridad Social es de desarrollo reciente en comparación a otras clásicas ramas del derecho, como el civil. Con un impulso decisivo del canciller Bismarck a finales del siglo XIX y con la importancia de las leyes sociales de 1924 en Chile, que establecieron las bases del Sistema de Seguridad Social (Cifuentes, 2018, p. 1) podemos reconocer que, habiendo transcurrido ya casi 150 años desde esa época a la actualidad, la Seguridad Social es claramente una obra de humanidad.

Para Cifuentes, Arellano y Walker (2013, p. 42), la Seguridad Social en cuanto rama del derecho se constituye como un *"conjunto integrado de principios, de normas e instituciones de ordenación estatal, destinadas a otorgar protección a las personas frente a las contingencias o estados de necesidad (riesgos sociales) a través de prestaciones (transferencias) en dinero o en especie, de financiamiento contributivo o no contributivo, cuya administración puede ser pública y/o privada, debiendo el Estado asegurar un mínimo de protección a su población"*.

De la definición antes señalada, ha de tenerse presente que conforme la evolución histórica de la Seguridad Social se encuentra en permanente mutación adecuándose

a la realidad de cada nación, fijando el rol de los distintos intervinientes tanto públicos como privados, siempre considerando en su espíritu los principios que le son consustanciales; como son los de solidaridad, universalidad, suficiencia e igualdad y unidad o uniformidad (Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10, 2010).

En consecuencia, todos los elementos anteriormente expresados son necesarios para considerar que una adecuada interpretación y regulación del derecho de la Seguridad Social a nivel constitucional, debe considerarse como una rama jurídica autónoma, en la que, siguiendo a Novoa (1977, p. 127), sus normas "se deben a principios particulares y constituyen, por sí mismas, un sistema jurídico propio dentro del ordenamiento jurídico general".

Breve análisis constitucional comparado

Para efectos de una adecuada comparación, se analizan las normativas constitucionales de cuatro países del ámbito iberoamericano: Argentina, Colombia, España y Perú, todas las anteriores naciones que manifiestan regulaciones diversas a la Seguridad Social en sus Constituciones, algunas en forma más escueta, otras de forma más amplia, pero que sirven de base para comprender las diversas consagraciones que pueden efectuarse respecto del derecho de la Seguridad Social, y que se adoptan por presentar criterios relativamente similares en cuanto a evolución y desarrollo de la Seguridad Social, con énfasis marcados en mayor o menor énfasis en el rol del Estado y las instituciones privadas como parte de la gobernanza de la Seguridad Social.

Argentina

La Constitución de la Nación Argentina de 1853, cuya última gran reforma es de 1994, en el capítulo de las declaraciones, derechos y garantías, señala en su Art. 14 bis inciso final que *"el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En*

especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

De esta forma, se recoge la integralidad e irrenunciabilidad de los derechos y beneficios de Seguridad Social remitiendo a norma legal al establecimiento del seguro social, así como los temas previsionales, la protección integral y defensa de la familia e incluso el derecho a vivienda en un concepto muy amplio de prestaciones que si bien no se encuentran en las básicas de la Seguridad Social adoptadas en el Convenio 102 de la OIT, la declaración universal de los derechos humanos lo ha expresado en su Art. 25 al indicar que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Así, establece criterios generales de la regulación del derecho de la Seguridad Social, remitiendo a las normas de menor grado la especificidad de las prestaciones.

Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991, fruto de la Asamblea Constituyente del mismo año, regulaba de forma sucinta a la Seguridad Social como derecho fundamental, pero con posterioridad a las reformas del 2005 pasa a constituirse como una normativa muy detallada en el texto constitucional, el que desarrolla de forma extensa en su Art. 48¹ los aspectos generales de

¹ Art. 48: "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 1. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

la Seguridad Social, en que sus ejes centrales son los siguientes:

- Seguridad Social como servicio público de carácter obligatorio.
- Reconocimiento expreso de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.
- Intervención de entidades públicas y privadas.
- Destino exclusivo de los recursos de las Instituciones de Seguridad Social para los fines sociales.
- Regulación específica del "sistema pensional" velando por su sostenibilidad financiera, los requisitos generales para acceder a ello, el respeto a los derechos adquiridos, el monto mínimo equivalente al salario mínimo mensual respecto de las prestaciones contributivas.

Al regular el derecho de la Seguridad Social, si bien originalmente se enfatizaba en el rol del Estado, los principios e irrenunciabilidad y los gestores/intervinientes público o privados, pasa con posterioridad a detallar de forma muy específica lo pertinente al sistema previsional colombiano en que, para apreciación del suscrito, se regula en demasía temas que debieran encontrarse amparados en normas de menor grado sin perjuicio de reconocer que tal establecimiento da un mayor respaldo a la normativa sin que sea fácilmente modificable, requiriendo de grandes acuerdos para la modificación de sus bases.

España

La Constitución Española de 1978, en su capítulo III al tratar de los principios rectores de la política social y económica, expresa en su Art. 41 que "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres". Asimismo, el Art. 129 indica que "La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

calidad de la vida o al bienestar general", y el Art. 149 señala que "El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) 17.a Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

En consecuencia, la regulación constitucional española establece criterios generales respecto a la Seguridad Social, dejando a la normativa propiamente legal el establecimiento de los aspectos principales del sistema de Seguridad Social de España.

Perú

Nuestro vecino país del norte, a través de su Constitución Política de 1993 establece los aspectos generales de la regulación del derecho de la Seguridad Social, señalando en su Art. 10° que "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida". Por su parte, el Art. 11° indica que "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado". Finalmente, el Art. 12° expresa que "Los fondos y las reservas de la Seguridad Social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley".

Por tanto, la Constitución peruana establece el derecho a la Seguridad Social sin mención expresa a los mismos, pero con la particularidad de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y previsionales delegando en la ley la determinación del ente público que administra pensiones (ONP, Oficina de Normalización Previsional), no pudiendo tocarse las reservas previsionales y de Seguridad Social.

Análisis de la regulación constitucional de la Seguridad Social en Chile

Previo a la revisión de la normativa constitucional vigente, es necesario considerar como la historia constitucional de Chile recogió con anterioridad tal derecho, cuya primera referencia podría considerarse la Constitución de 1925 en su Art. 10 N° 14 en que se aseguraba "la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización". De lo anterior se destacaba no sólo la referencia a las obras de previsión social, sino que la importancia de asegurar

un mínimo de bienestar. Por su parte, una primera restricción de relevancia se incorpora a través de la Ley 17.284 de 1970 que agregó al art. 45 de la Constitución de 1925 en atención a la iniciativa de las normas de Seguridad Social, señalando que: "Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa ... [entre otras materias] ...; para establecer o modificar los regímenes previsionales o de Seguridad Social; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia".

Con posterioridad, mediante la publicación de la Ley 17.398 del 09.01.1971 que estableció el "Estatuto de Garantías Democráticas", y que señalaba que se aseguraba:

"El derecho a la Seguridad Social.

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud".

Esta inclusión, la primera en consagrar expresamente el derecho a la Seguridad Social, tiene la particularidad de establecer un rol activo del Estado respecto a la adopción de medidas dirigidas a satisfacer derechos sociales, económicos y culturales, lo que Humeres (2011) considera como un "reforzamiento del rol preponderante del Estado, como el gran gestor de la política de Seguridad Social".

Posteriormente, previo a la Constitución de 1980, el Acta Constitucional N° 3, establecida en el Decreto Ley N° 1552 del 13.09.1976 aseguraba a todas las personas; "El derecho a la Seguridad Social.

Corresponde al Estado formular la política nacional de Seguridad Social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de Seguridad Social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los esta-

dos de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras".

Cabe consignar que conforme tal Acta ya se configuraba el rol del Estado como un formulador de la política nacional con un rol de control/supervisor, señalando además expresamente principios como la uniformidad, solidaridad y suficiencia, así como las contingencias sociales cubiertas a través de diversas prestaciones.

Finalmente, la Constitución vigente de 1980, expresa en su Art. 19 N° 18 que: "*La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la Seguridad Social.*

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la Seguridad Social".

De su lectura, se debe considerar que se elimina la mención a los principios, pero conforme su historia fidedigna, y según los recogidos en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente (Acta de la sesión 204ª, pp. 4 y 6) y conforme lo citado en sentencia de nuestro Tribunal Constitucional (2010):

"...se extrae el pasaje siguiente, que demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente en relación con el principio de solidaridad: `El señor Ortúzar (Presidente) pregunta al señor Camiruaga (Asesor de la Superintendencia de Seguridad Social) si podría definirle los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, a que se ha hecho referencia. (...) El señor Camiruaga agrega que la solidaridad se manifiesta en un principio fundamental; es de la esencia de la Seguridad Social. Donde no existe el principio de solidaridad, acota, no se puede hablar de Seguridad Social, sino de algún sistema de ahorro obligatorio o de otro similar. (...) Es un principio totalmente opuesto al sistema del Derecho Civil que parte de la base de la conmutatividad: en una compraventa los valores deben ser equivalentes. Aquí no.` (Acta de la sesión 204ª, pp. 4 y 6)".

Los principales aspectos que considera la garantía constitucional actual pueden resumirse en lo siguiente:

- a) Se protege el derecho a la Seguridad Social.
- b) Las normas que regulan su ejercicio son de quórum calificado (aprobación con mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio).

c) Rol del Estado: Garantizar acceso a prestaciones básicas uniformes y supervigilancia del adecuado ejercicio del derecho.

d) Organismos gestores públicos o privados.

e) Cotizaciones previsionales pueden ser establecidas por ley.

En consecuencia, y conforme lo expresado en la disposición constitucional vigente, Obando (2012) ha señalado que "dicho derecho es un continente en busca de su contenido", lo que puede resumirse en que la normativa no limita los cambios que puedan realizarse en cualquiera de los factores claves de la Seguridad Social, los que conforme a Cifuentes, Arellano y Walker (2013) son población cubierta, prestaciones aseguradas, financiamiento y administración, gestión y control.

Esbozos y propuestas para una nueva norma constitucional

Tal como se expresó al final del párrafo anterior, la Constitución vigente permite que las definiciones del sistema de pensiones, de seguridad laboral, salud, cesantía, etc., no quedan limitadas constitucionalmente en su diseño, sino que sólo establece reglas básicas en las eventuales modificaciones (quórum, gestores, cotizaciones, entre otros), teniendo el Estado un rol principalmente de supervisor, sin perjuicio de permitirse su intervención en la administración de los distintos regímenes de Seguridad Social.

De todas formas, entre las distintas modificaciones propuestas al Art. 19 N° 18 de la Constitución, se tiene presente lo reseñado en el proyecto de nueva Constitución presentado al término del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, iniciado en Boletín N° 11.617-07 señala al tratar los derechos fundamentales, garantías y deberes constitucionales como derechos directamente aplicables:

"Art. 19 N° 25.- El derecho a la Seguridad Social.

El Estado garantiza el acceso de todas las personas al goce de prestaciones necesarias para llevar una vida digna en el caso de jubilación, retiro o pérdida de trabajo, sean aquellas provistas por instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias, siempre en proporción a los ingresos de los afiliados.

El Estado supervigilará el ejercicio del derecho a la Seguridad Social, así como el adecuado funcionamiento de las instituciones prestatarias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir, sin ser discriminación negativamente, el sistema de pensiones al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

De la propuesta anterior, se mantienen las líneas generales de la disposición vigente, manteniendo el Estado un rol supervisor, pero consagrando ciertos aspectos relevantes de considerar:

- a) Garantizar prestaciones para llevar una vida digna ante jubilación, retiro o pérdida de trabajo.

- b) Cotizaciones proporcionales a los ingresos de los afiliados.
- c) Derecho a opción entre sistema público o privado de pensiones.

Con este fin, y teniendo presente las decisiones futuras ante el proceso constituyente ya en curso, deberá determinarse que realizar con la regulación constitucional del derecho de la Seguridad Social, sea que se opte por mantener una protección general del derecho o definiendo un rol activo del Estado no sólo en la formulación de estas políticas públicas, sino que en la directa intervención como gestor en los regímenes de Seguridad Social.

Constitución, Seguridad Social y Pensiones

Sin ánimo de distanciarse del objeto del presente artículo, un elemento clave de la Seguridad Social en la actualidad es la referencia a los sistemas de pensiones, los que en muchas oportunidades pasan a ser el factor central al momento de discutir temas claves del derecho de la Seguridad Social. Es necesario considerar que independiente de la importancia de aquellos, la regulación constitucional de la Seguridad Social debe tener presente el contenido general de la misma, como lo se ha indicado con anterioridad, no centrándose la discusión constitucional en la regulación particular de la protección de parte de las contingencias sociales protegidas por la Seguridad Social, como lo son la vejez, la invalidez y la sobrevivencia.

La necesaria reforma previsional, sus implicancias para las actuales y futuras generaciones, son temas que debiesen quedar enmarcados en la normativa legal, por cuanto la Seguridad Social se construye con la Constitución, pero se delegan a la ley el establecimiento y regulación de las distintas contingencias sociales.

De todas formas, se tiene presente el rol que el retiro del 10% de los fondos previsionales de la Ley 21.248 ha abierto un frente no abordado con anterioridad al ser la primera iniciativa parlamentaria al amparo de la Carta Magna de 1980, pero con la particularidad de no atentar contra el fondo del derecho de la Seguridad Social, sino que como una inclusión transitoria a la Constitución (disposición trigésimo novena transitoria), atendido el carácter excepcional de la norma y su finalidad más bien de protección social al buscar *"mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19"* (Art. 39 transitorio CPR, inc. 1º).

Conclusiones y reflexiones finales

Conforme lo analizado, el rol del Estado es fundamental, debiendo centrarse no sólo en garantizar el correcto ejercicio del derecho a la Seguridad Social, sino que también debe propender a tener un rol activo en la gobernanza, situación que motiva la necesaria inclusión del Estado en

áreas en que predomina el rol de las Instituciones de Seguridad Social de orden privado, al alero del principio de subsidiariedad.

De esta forma, los principales puntos de la regulación de la Seguridad Social a considerar, sea en la nueva Constitución o en una reforma constitucional, podrían reducirse en los siguientes:

- a) Estado como garante del derecho a la Seguridad Social.
- b) Necesaria participación del Estado a través de entidades públicas, con un rol de fomento, regulación, control y gestión de la Seguridad Social.
- c) Rol de los privados y gestión mixta: subsidiaridad.
- d) Prestaciones mínimas, cotizaciones obligatorias y supervigilancia del ejercicio del derecho.

De esta forma, no es necesario el expresar los principios que rigen a la Seguridad Social en la Constitución, puesto que aquellos son consustanciales a la misma, siendo innecesario el establecimiento de los mismos en la norma constitucional ya que, conforme lo expresa Nogueira (2009, p. 456), "lo trascendente es que los principios básicos de la Seguridad Social se respeten y garanticen, cubriéndose en condiciones de igualdad y eficiencia los servicios asegurados dando cobertura eficaz a toda la población concernida, sin discriminación o diferencia arbitraria".

Por tanto, una propuesta de nueva garantía constitucional puede incluir elementos de la disposición vigente, asegurando a todas las personas el derecho a la Seguridad Social mediante el otorgamiento de prestaciones básicas contributivas o no contributivas, a fin de otorgar cobertura para las contingencias sociales de asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, cesantía, vejez, invalidez, sobrevivencia, maternidad, prestaciones familiares, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, así como futuras contingencias sociales, debiendo el Estado proveer un mínimo en base a parámetros de sostenibilidad financiera de los regímenes sociales, con intervención en la gestión de entidades públicas, sin perjuicio de reconocer el rol de los privados en la gobernanza de los sistemas, manteniendo el Estado la supervigilancia de los sistemas de Seguridad Social.

Considerando la suma importancia de las normas de Seguridad Social y, en vista de lo analizado a lo largo del presente artículo, es necesario establecer ciertos contrapesos con el fin de dar una mayor estabilidad a la regulación de la Seguridad Social, procurando evitar la multiplicidad de reformas que pudieren surgir ante los distintos vaivenes políticos, por lo que estimo necesario, a efectos de tener una mayor certidumbre jurídica, la mantención de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para establecer o modificar tanto normas de Seguridad Social como aquellas que incidan en ella.

Finalmente, señalar que muchas de las dificultades actuales de la Seguridad Social, se radican principalmente en las contingencias sociales de la vejez y la salud, las que pueden y deben solucionarse legislativamente. La legitimidad ciudadana de la Seguridad Social chilena y, particularmente de las áreas antes señaladas, pueden encontrar un camino mediante la búsqueda de una detallada o minuciosa regulación en la nueva Constitución pero, independientemente de la forma en la que se consagre la protección al derecho de la Seguridad Social, lo importante es que vele por la consistencia de los diversos regímenes previsionales, con un fuerte rol del Estado, que reconozca la importancia de los privados y permita lograr la necesaria legitimidad de la que adolece parte de la Seguridad Social chilena.

Bibliografía

- Cifuentes Lillo, Hugo; Arellano Ortiz, Pablo; y Walker Errázuriz, Francisco. 2013. "Seguridad Social Parte General y Pensiones". Santiago. Editorial Librotecnia.
- Cifuentes Lillo, Hugo. 2018. "El sistema de Seguridad Social chileno. Descripción y aspectos generales." Santiago. Ediciones UC.
- Humeres Noguera, Héctor. 2013. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo III Derecho de la Seguridad Social". Decimooctava edición ampliada y actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2009. "Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 3". Santiago. Editorial Librotecnia.
- Novoa Fuenzalida, Patricio. 1977. "Derecho de la Seguridad Social". Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Obando Camino, Iván. 2012. "El derecho a la Seguridad Social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido". En Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, 2012, pp. 289-338. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.
- Tribunal Constitucional: Rol N° 1710-10, de 06.08.2010.

El derecho de propiedad y las cargas públicas: desde la Constitución vigente hacia una nueva Constitución

Andrés Peñaloza Muñoz

RESUMEN: Hoy se encuentra muy extendida la creencia de que la Constitución chilena protege demasiado la propiedad. Sin embargo, no parece existir claridad a la hora de señalar, exactamente, dónde se encuentran los excesos de protección. En el presente artículo trataré de mostrar que la regulación constitucional de la propiedad, en su parte general (heredada de la reforma constitucional de 1967), no es excesiva, si se lee adecuadamente y considerando las posibilidades que ofrece la categoría constitucional de “cargas públicas”. Lo que se percibe como exceso proviene, probablemente, de lo que llamaré “ideología sobreprotectora de la propiedad” en la interpretación constitucional. Desde este punto de vista, analizaré y evaluaré las reglas constitucionales generales sobre la propiedad y sus posibles modificaciones, considerando como estándar mínimo de evaluación que la Constitución nos permita vivir coherentemente con la legislación razonable que ya tenemos.

Introducción

La *parte general* de la regulación de la propiedad en la Constitución vigente es, en su mayoría, un texto heredado de la redacción de la reforma constitucional de 1967 que posibilitó la reforma agraria. Me refiero, concretamente, a su art. 19 N° 24, incisos 1 al 5. No me referiré aquí a la *parte especial* de la regulación de la propiedad en la Constitución, es decir, al resto de los incisos del art. 19 N° 24 (del 6 al 11) y su N° 25. Intentaré mostrar que la parte general de la regulación constitucional de la propiedad, correctamente interpretada, es técnicamente adecuada y políticamente razonable, por lo que merece ser mantenida en la nueva Constitución.

Para ello, mostraré (1) cuáles son las actuales circunstancias de la regulación constitucional de la propiedad y luego (2) detallaré cómo la parte general del texto constitucional vigente en este asunto se adapta a tales circunstancias. Para exponer la parte general de la regulación

constitucional de la propiedad me referiré a (2.1) quiénes reconoce el texto como posibles propietarios, (2.2) qué formas de control o “especies de propiedad” hoy se protegen y (2.3) cómo están reguladas las formas de circulación de la propiedad (su adquisición, conservación y extinción). Luego examinaré (4) cómo el texto constitucional vigente, en virtud de las categorías de “tributos” y “cargas públicas”, ha permitido un amplio espectro de políticas públicas recientes e incluso polémicas. La exposición y los diferentes ejemplos que usaré me serán suficientes para sugerir que la percepción ciudadana de que la propiedad está sobreprotegida en la Constitución vigente es errada, *si sólo miramos* las consecuencias jurídicas *del texto* vigente, bajo cierta perspectiva de lectura. Hay un sentido, por cierto, en que esa percepción de sobreprotección no es errada, pero, como espero mostrar, ese deberá ser buscado en fuentes ajenas al *texto*; por ejemplo, en una parte de la cultura jurídica chilena que sostiene una ideología altamente sobreprotectora de la propiedad y su influencia en las sentencias del Tribunal Constitucional o en otras instancias decisivas relevantes.

Dicho lo anterior, partiré el análisis en el orden señalado.

Las circunstancias de la regulación constitucional de la propiedad

Hay, al menos, dos fenómenos políticos y económicos, en algún sentido inevitables, al que una regulación constitucional de la propiedad debe ser sensible. Estos son:

- a) **La prestación de servicios públicos por agentes privados.** La ruptura de la equivalencia entre “estatal” y “público” en la realización de ciertas actividades de servicio público ha creado prestadores no-estatales que satisfacen ciertas obligaciones que antes se consideraban propias del Estado o sus órganos. Por ejemplo, la mayoría de los prestadores de seguridad social hoy son agentes privados y, por

tanto, lo que cada afiliado paga a ellos (p. ej. cotizaciones) tiene un régimen constitucional diferente del aplicable a los pagos hacia servicios estatales.

- b) **La existencia de bienes de interés público no consistentes en dinero.** Existen necesidades públicas que no necesariamente se satisfacen con dinero, es decir, donde no siempre el objeto de interés público es fungible (intercambiable por dinero) o es mejor que no lo sea. Un buen ejemplo de este tipo de casos es la obligación de los desarrolladores inmobiliarios de ceder gratuitamente terrenos para circulación, áreas verdes, equipamiento, etc.

En el curso de este texto se verán ejemplos que dan cuenta de tales circunstancias. Analizaré ahora lo que he llamado “la parte general” de la regulación de la propiedad en la Constitución chilena vigente.

Parte general de la propiedad en la Constitución: propietarios, especies de propiedad y su circulación

Si consideramos que los aspectos relevantes de la propiedad son la identificación de los potenciales propietarios, las formas de control que la propiedad otorgará sobre diferentes cosas y su circulación (adquisición, conservación y extinción), entonces la regulación constitucional de la propiedad debe ser vista con cierta perspectiva más amplia que la habitual. El siguiente análisis adoptará esta perspectiva.

Propietarios

Hay disposiciones constitucionales que reconocen la personalidad, lo que implica —bajo la tesis clásica de los atributos de la personalidad— la titularidad sobre un patrimonio, o que reconocen la pertenencia de bienes a ciertas entidades. En este sentido, la Constitución reconoce *personalidad*: a las personas naturales (arts. 1 y 19, N° 24, CPR); a las asociaciones y, dentro de estas, expresamente la de los sindicatos (art. 19, N°s 15 y 19, CPR); y a los gobiernos regionales y municipalidades (arts. 111 y 118, CPR). También se reconoce la titularidad de la Nación y de la humanidad sobre ciertos bienes (art. 19, N° 23, CPR). Esos son los casos más relevantes, pero hay otros (p. ej., otras “entidades fiscales” o “semifiscales”, art. 124, inc. 3, CPR).

Este aspecto, en mi opinión, no merece mayores reparos. Si no genera más complicaciones, sería aconsejable uniformar el vocabulario usado para referirse al patrimonio del Estado, pues la distinción entre Fisco y Nación genera ciertos problemas teóricos, especialmente en el Derecho Administrativo¹.

1 P. ej., que se debe considerar al “Estado” como “una persona jurídica, compuesto por distintas personas jurídicas estatales, regidas por el derecho público” (Soto 2012, p. 169). Es decir, se intenta teóricamente unificar al Estado, lo que es adecuado para los efectos expositivos teóricos, pero la responsabilidad del Estado está, de hecho, dispersa en diferentes *personalidades* que tienen su propia responsabilidad (Fisco, Municipalidades, servicios descentralizados, etc.).

Veamos ahora qué formas de control de cosas o “especies de propiedad” consagra la Constitución vigente.

Especies de propiedad

El art. 19, N° 24 de la Constitución garantiza a las personas “el derecho de propiedad sobre sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales” (art. 19, N° 24, inc. 1, CPR). Por otro lado, el siguiente inciso del mismo artículo señala que corresponde al legislador establecer las formas de uso, goce y disposición de la propiedad, además de las limitaciones y obligaciones que le impone su función social (art. 19, N° 24, inc. 2, CPR). Estas disposiciones reconocen la existencia de bienes tanto corporales como incorporeales y la posibilidad de que diferentes tipos de bienes sean apropiados bajo distintas *especies de propiedad*, cada una con una forma de ejercicio determinada por la ley. En definitiva, este reconocimiento implica que el legislador puede crear diferentes figuras o tipos de propiedad, con más o menos características (diferente regulación) en cada caso.

La posibilidad de limitar la propiedad en virtud de su *función social* suele jugar un rol central en las exposiciones sobre la materia. Sin embargo, la importancia de la posibilidad de crear y delimitar especies de propiedad no ha sido lo suficientemente recalçada. Dos ejemplos pueden ilustrar dicha importancia: el caso “Fondos de Pensiones” y la polémica sobre la perpetuidad de los derechos de aguas. En ambos casos se ha pretendido atribuir características propias del *dominio* (propiedad sobre cosas corporales) a otras especies de propiedad configuradas (o susceptibles de ser configuradas) por la ley de otra forma, con otras características.

¿Es una afectación ilegítima al derecho de propiedad el prohibir que las personas exijan, a su arbitrio, disponer del dinero destinado a financiar sus pensiones?² Bajo el modelo de —por llamarle de algún modo— “propiedad como dominio (sobre cosas corporales)” parecería ilegítimo impedir la disposición del dinero sin una prohibición legal expresa, ya que la disposición a voluntad del dinero (visto como un bien) es una facultad del dominio. Sin embargo, si identificamos adecuadamente la especie de propiedad a la que corresponde lo reclamado, la respuesta es diferente. El dinero de las cotizaciones previsionales, en el sistema chileno de Administradoras de Fondos de Pensiones, se transfiere a ciertos patrimonios llamados “Fondos de Pensiones”, en los cuales tenemos propiedad de *cuotas* de tales patrimonios (no del dinero), cuyo valor se contabiliza en las llamadas “cuentas de capitalización (individuales)”. La propiedad de una *cuota de un patrimonio* es una especie de propiedad distinta de la propiedad del dinero, entendido como una cosa corporal

2 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, “Fondos de Pensiones”, Rol 7442-2019.

(como monedas o billetes), y es la ley la que determina las particularidades de ella. En este caso, si un abogado experto en Derecho Civil —supongamos— detecta bien la calificación jurídica de los elementos en juego y un abogado especialista en Derecho Constitucional identifica esto como un problema de configuración de una especie de propiedad, la respuesta salta a la vista: exigir el dinero destinado a los Fondos de Pensiones es ilegal y la regla que lo hace ilegal es conforme a la Constitución, porque el legislador puede establecer las características de cada especie de propiedad. La última sentencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia confirmó este criterio: “existen sólo propiedades distintas, con estatutos propio [...] [N]o hay en la Constitución un modelo a partir del cual se configuren las distintas propiedades”³.

¿Es inconstitucional establecer la extinción de los derechos de aprovechamiento de aguas en caso de que no sean usados durante cierto lapso?⁴ Nuevamente, bajo el modelo de “propiedad como dominio (sobre cosas corporales)”, pareciera que hay una inconstitucionalidad, pues la *perpetuidad* (no-extinción por el mero paso del tiempo) sería un atributo (esencial) de la propiedad de las cosas (corporales) que la Constitución prohíbe eliminar⁵. Ahora bien, también en este caso, si identificamos adecuadamente el problema jurídico, desaparece el cuestionamiento constitucional. Los derechos de aprovechamiento de aguas son cosas incorpóreas (derechos reales) y esta especie de propiedad no goza de la perpetuidad. Así, por ejemplo, las servidumbres (también un derecho real incorporal) se extinguen si no son gozadas durante tres años (cfr. art. 885, N° 5, Código Civil), que es el mismo tipo de regla que pretende aplicarse respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas. Por tanto, agregar una nueva causal de extinción a un derecho real (como el de aprovechamiento de aguas) es conforme a la Constitución, pues el legislador puede configurar las especies de propiedad, dándole efectos futuros (como la extinción del derecho) a hechos presentes o en curso⁶.

Los dos ejemplos anteriores muestran que el reconocimiento constitucional de las diversas *especies de propiedad* representa una importante habilitación para que el legislador configure legalmente las reglas que determinarán cada tipo de derecho de propiedad. A su vez, el hecho de que estas dos discusiones hayan estado cruzadas por ar-

gumentos sólo aplicables, en el mejor caso, a la propiedad de cosas corporales, es indicativo de la existencia de una ideología sobreprotectora de la propiedad.

La mencionada ideología, cuyas causas no va al caso analizar, ha minado la valoración ciudadana de las reglas sobre la protección constitucional de la propiedad, por ser percibidas como extremas, a pesar de que una lectura basada en un par de herramientas dogmáticas de análisis arroja resultados menos sobreprotectores. No olvidemos que los incisos 1 al 5 (con ciertas modificaciones) son una reformulación que guarda muchas semejanzas (especialmente en los incisos 1 al 3) con el texto constitucional de 1967, que fue el mismo que permitió la reforma agraria, es decir, una política pública alejada de los estándares que podrían ser atribuidos a la ideología sobreprotectora de la propiedad⁷.

Por lo antes señalado, creo que una nueva Constitución debiera conservar los incisos 1 al 3 del actual numeral 24 del art. 19 de la CPR, pero con las siguientes modificaciones tendientes a evitar la retórica de la ideología sobreprotectora de la propiedad:

- a) En el inciso 2, luego de la mención a la función social, creo que debería eliminarse la frase que detalla, no *el* contenido, sino *lo que* está contenido en ella (desde “Esta comprende [...]” hasta “[...] patrimonio ambiental”). Lo anterior, porque el listado es meramente *ejemplar*, pero su inclusión permite argumentos retóricos destinados a limitar o restringir el contenido de la función social de la propiedad al listado allí enunciado.
- b) En el inciso 3, que protege, entre otras cosas, los “atributos o facultades esenciales del dominio”, eliminaría la expresión “atributos”, pues, aunque en la dogmática civil chilena temprana (sobre bienes corporales) ambos términos (atributos, facultades) eran sinónimos para hablar de “uso, goce y disposición”, la disyunción gramatical (“atributos o facultades”) ha alimentado el argumento retórico según el cual también se protegerían las características del dominio (usando siempre el modelo de cosas corporales) tales como la perpetuidad y el uso exclusivo⁸.

La parte de los incisos 3 al 5, que regula la expropiación, creo que bien puede mantenerse o bien puede ser eliminada. La Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones regula bien tales asuntos. De tal regulación, la regla central que debe permanecer —creo— es la que impide tomar posesión del bien expropiado antes de haber pagado el total de la indemnización, aunque podría cambiarse este requisito por el de un pago parcial significativo.

3 Cfr. Considerando 35° del fallo “Fondos de Pensiones”, donde cita el 28° del Rol N° 2912-15 (caso “Decreto Ladrón”).

4 He tratado este tema en *Asuntos Públicos*, Nos 1370 y 1371. Este asunto ha sido también tratado por Atria & Salgado (2015), con otros argumentos, pero coincidiendo en la relevancia de las “especies de propiedad”.

5 Asumiré esta hipótesis para el ejemplo, porque ha sido un argumento bastante usado. Sin embargo, dicha tesis es falsa, por razones que no puedo detallar acá.

6 También podría ser retroactivo, pues la retroactividad en materia civil no está constitucionalmente prohibida. Sin embargo, la retroactividad debe ser evaluada considerando el principio de protección de la propiedad del art. 19, N° 24, inc. 1, CPR, que ordena proteger la conservación de la propiedad en la medida de lo posible, conforme a algún criterio (p. ej., la ponderación).

7 Sobre la reforma constitucional de 1967, véase la Ley N° 16.615 y el comentario de Evans de la Cuadra, 1967, p. 33 y ss.

8 Véase *Asuntos Públicos* N° 1370, p. 7, nota 24.

Veamos ahora las reglas constitucionales sobre la circulación de la propiedad.

Circulación de la propiedad

Otro aspecto relevante de la regulación constitucional de la propiedad es su circulación: las reglas que rigen la adquisición, conservación y extinción de la propiedad. La siguiente tabla sintetiza las partes en que la Constitución regula, de forma general, lo que he llamado “circulación de la propiedad”.

Resumen de materias en la regulación constitucional general de la propiedad		
Materia	Disposición - CPR	Descripción
Adquisición	Art. 19, N° 23 Art. 19, N° 24, inc. 2 Art. 19, N° 24, inc. 3-5	Libertad de adquirir toda clase de bienes, con excepciones Reglas sobre modos de adquirir el dominio Adquisición de la propiedad por expropiación
Conservación	Art. 19, N° 24, inc. 1 Art. 19, N° 24, inc. 3 Art. 19, N° 26	Derecho a conservar la propiedad (principio) Prohibición de privación de propiedad (regla) Prohibición de afectación al contenido esencial del derecho de propiedad (o a cualquier otro derecho constitucional)
Extinción	Art. 19, N° 24, inc. 3-5 Arts. 39-45	Extinción de la propiedad por expropiación Extinción de la propiedad en estados de excepción constitucional

Lo interesante de este cuadro es que la Constitución, en estas materias, afirma pocas *reglas* para los individuos sobre la circulación de su propiedad. En síntesis, dice: hay libertad para adquirir bienes (está permitido hacerlo y no hacerlo) y hay una prohibición de privar a las personas de su propiedad, salvo que medie una expropiación (regla del art. 19, N° 24, inc. 3, CPR). Lo demás son principios o reglas para el legislador. En efecto, se afirma el “derecho de propiedad”, que, leído como un *principio*, ordena proteger la conservación de la propiedad en la medida de lo posible, mientras que los modos de adquirir el dominio sólo se mencionan para que el legislador los regule y los modos de extinción del dominio no son siquiera señalados (ni general ni particularmente), salvo los casos puntuales de la expropiación y —en estado de excepción constitucional— la requisición.

Sobre estas materias, creo que una nueva Constitución debería introducir un cambio en las reglas sobre expropiación, eliminando los problemas que surgen de que sean necesarios *dos* actos para poder expropiar: una declaración legal de utilidad pública o interés nacional y el acto administrativo expropiatorio. Se debe evitar la ganancia injusta, para los dueños de bienes expropiados, que deriva del aumento de valor de un predio meramen-

te por causa de la regulación urbana y evitar la pérdida injusta, para los mismos propietarios, que ocasionan las declaratorias de utilidad pública que no se materializan en una expropiación o que bien, al ejecutarse, han disminuido (de forma no indemnizable y artificial) el valor del predio. Ambos inconvenientes provienen del hecho de que la regla constitucional ordena una indemnización “por el daño patrimonial efectivamente *causado*” por el “acto expropiatorio” (art. 19, N° 3, CPR, énfasis míos), lo que fuerza a establecer un vínculo directo entre el acto administrativo de expropiación y el valor de mercado del bien al tiempo de ese acto (valor que fija el monto de la indemnización). Esta regla debe ser sustituida por otra que mire a la expropiación como un conjunto de dos actos (declaratoria y expropiación) y conecte la indemnización justa con el conjunto, no sólo con el acto administrativo de expropiación.

Pasando a otro tema, creo conveniente enfatizar que el principio de protección de la propiedad (art. 19, N° 24, inc. 1, CPR), las reglas que prohíben su privación (art. 19, N° 24, inc. 3, CPR) y la toma de posesión del bien antes del pago de la indemnización expropiatoria (art. 19, N° 24, inc. 5, CPR), no son del todo problemáticas y cumplen funciones valorables. En efecto, éstas poseen la ventaja de proveer un marco razonablemente claro y fuerte de protección de la conservación de la propiedad (contra los particulares o los órganos del Estado), que garantiza que sólo existirá privación del dominio dentro del marco de la expropiación o de las cargas públicas o tributos, definidos por ley, según mostraré enseguida.

Este conjunto de reglas y principios relativos a la propiedad, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no han sido obstáculo para el diseño de políticas públicas en tiempos de crisis, lo que refuerza la idea de que, si antes lo fueron, se debió a una *lectura* ideológica del texto constitucional. Señalaré dos ejemplos que ilustran este punto: la “Ley de Precio Estabilizado de la Energía”⁹ y la “Ley de Servicios Básicos”¹⁰.

Ambas leyes se crearon con el fin de disminuir los gastos mensuales de las familias chilenas por concepto de servicios básicos. La Ley de Precio Estabilizado de la Energía, entre otras cosas, intervino contratos privados (entre generadoras y distribuidoras de energía eléctrica) forzando a que las generadoras de energía no pudieran exigir, según lo pactado, a las distribuidoras, los precios reajustados de la energía de sus contratos y generando reglas (plazos y condiciones) para que tales reajustes se pagaran en el futuro.¹¹ De este modo, se estabilizó el precio

9 Ley N° 21.185 que crea un mecanismo transitorio de estabilización de precios de la energía eléctrica para clientes sujetos a regulación de tarifas.

10 Ley N° 21.249 que dispone, de manera excepcional, las medidas que indica en favor de los usuarios finales de servicios sanitarios, electricidad y gas de red.

11 Concretamente, la Ley N° 21.185 derogó el Decreto 7T de 2019 del Ministerio de Energía, que fijaba los llamados “precios nudo promedio”, lo que incluye el cálculo de los

de la energía que es parte del cargo por energía que pagan los clientes regulados (p. ej., un departamento o una casa). Por su parte, la Ley de Servicios Básicos, entre otras cosas, obligó a las empresas de gas, electricidad y servicios sanitarios a otorgar plazos (cuotas) a sus clientes para el pago de deudas impagas. En ambos casos la política pública agregó, en definitiva, modalidades (plazos, condiciones) a las obligaciones, en favor de los deudores y contra el interés de los acreedores (empresas), pero mantuvo la propiedad o titularidad del acreedor sobre sus derechos. Esto, creo, demuestra la fortaleza de las reglas y principios constitucionales antes analizados, cuando se leen adecuadamente: protegen la propiedad, pero permiten cierto grado de flexibilidad para diseñar políticas públicas.

Ahora bien, también en tiempos de crisis, han existido políticas públicas que sí han implicado privación del dominio. Por ejemplo, la "Ley de Protección al Empleo"¹² estableció la obligación, para las compañías de seguros, de otorgar las prestaciones de sus contratos de seguro por desempleo en favor de las personas beneficiarias de dicha ley (cfr. art. 21, Ley N° 21.227), aun cuando esta hipótesis no formaba parte y estaba excluida de la generalidad de pólizas de seguro por desempleo¹³. ¿Fue constitucional esta norma? ¿No podría tratarse acaso de una privación de la propiedad justificada como una carga pública? Analizaré este problema a continuación.

Cargas públicas, tributos y privación de la propiedad

Hablar de la propiedad sin hablar de los tributos es, políticamente, un análisis cojo. Lo interesante es que cada vez se ha vuelto más relevante otro concepto, relacionado al de tributo, aunque diferente: el de "cargas públicas". Explicaré ahora estos conceptos y sus aplicaciones.

El art. 19, N° 20, de la CPR establece:

"La Constitución garantiza a todas las personas: [...] 20°.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las *demás cargas públicas*."

Las cargas públicas son cualquier prestación patri-

monial o personal a la que una persona es obligada para satisfacer una finalidad pública querida por el legislador¹⁴. Por ejemplo, es una "carga [pública] personal", establecida en la Constitución, el servicio militar obligatorio (art. 22, inc. 3, CPR), mientras que es una carga pública real, impuesta por la ley, la que tienen ciertos agentes inmobiliarios de transferir gratuitamente su dominio de ciertos terrenos urbanizados al dominio nacional, como explicaré.

En España, p. ej., la discusión que nosotros damos bajo el concepto de "cargas públicas" ellos la dan bajo el título de "prestaciones patrimoniales públicas no tributarias", basados en su consagración en el art. 31.3 de la Constitución Española de 1978¹⁵.

Dentro de las cargas públicas reales encontramos a los tributos, que son "cualquier prestación pecuniaria que el Estado exige en virtud de su potestad tributaria y como consecuencia de la realización del hecho imponible previsto en la ley, al que ésta vincula el deber de contribuir, con el objeto de satisfacer necesidades públicas"¹⁶. Las cargas públicas se diferencian de los tributos, entre otras cosas, porque éstos tienen como acreedor al Estado (Fisco o algún órgano con patrimonio propio) y son pecuniarios (dinerarios)¹⁷, mientras que las cargas públicas no necesariamente.

La diferencia entre cargas públicas y tributos se puede apreciar en materia urbanística. En Chile, el desarrollador urbano tiene la obligación de ceder (transferir el dominio) gratuitamente parte de los terrenos urbanizados a la Nación (como bien nacional) o a la Municipalidad respectiva (p. ej., como equipamiento), sea para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, o equipamiento¹⁸. En este caso, como las cesiones son terrenos y no dinero, se trata de cargas públicas y no de tributos. Por su parte, esta obligación también la tienen quienes desarrollan proyectos de crecimiento urbano por densificación y puede satisfacerse de forma alternativa mediante los "aportes al espacio público"¹⁹, es decir, transferencias de dinero a los municipios²⁰ (o sea, tributos), los que se integran al patrimonio municipal, pero afectos a un fin (sujetos a una modalidad)²¹. Según las definiciones da-

reajustes aplicables a los precios de los contratos privados -licitados- entre generadoras y distribuidoras (precios nudo largo plazo), forzando la aplicación, a nivel de tarifas de clientes regulados, del Decreto 20T de 2018, del mismo órgano, que era el decreto de precios nudo promedio anteriormente vigente. El monto de dinero no recaudado por concepto de reajustes no aplicados puede ascender, según la propia ley, a 1.350 millones de dólares, cuyo costo financiero (valor de dinero en el tiempo) lo asumen las empresas de generación eléctrica (cfr. art. 1, N° 4, Ley N° 21.185).

12 Ley N° 21.227 que facultó el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales.

13 Me refiero aquí al caso de las pólizas de seguro por desempleo nominadas, cuya característica es establecer un conjunto taxativo y excluyente de riesgos cubiertos (cfr. Contreras, 2016, p. 1382 y ss). Las pólizas de seguro por desempleo involuntario, como puede verse en el Depósito de Pólizas disponible en el sitio web de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), suelen ser de este tipo. La Ley de Protección al Empleo, al obligar a pagar una indemnización al beneficiario del seguro para un caso de riesgo no pactado, impuso una obligación de transferencia del dominio del dinero (privación del dominio) que, en el Derecho, es un bien mueble (cfr. art. 574, Código Civil).

14 La definición canónica es de Evans de la Cuadra (1999), p. 286.

15 El texto del citado artículo establece: "Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley" (art. 31.3, Constitución Española de 1978). Cfr. sobre la materia, el interesante texto coordinado por López Ramón (2015).

16 Art. 2 del Modelo de Código Tributario del CIAT. Tomo la definición de un código *modelo* para reflejar el sentido dogmático del término "tributo" y no su sentido legal (infra-constitucional).

17 Cfr. arts. 21, 2.2, CIAT, pp. 35-36.

18 Cfr. arts. 70 y 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (= Decreto N° 458 de 1975 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que Aprueba la Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones).

19 Cfr. el Título V de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, introducido por la Ley N° 20.958 que Establece un Sistema de Aportes al Espacio Público.

20 Cfr. art. 179, LGUC.

21 Cfr. art. 180, LGUC.

das, si la obligación se satisface en dinero, sería un tributo; si se satisface en especie (terrenos), sería una carga pública, aun cuando el desplazamiento patrimonial es en favor del Estado (Nación o Municipalidad).

Veamos otro ejemplo, pero de diferentes acreedores, ya no de objeto. Las cotizaciones de seguridad social (constitucionalmente reconocidas), pueden ser pagadas a órganos del Estado o a administradores privados. Por ejemplo, si la cotización es debida al Fondo Nacional de Salud, sería un tributo (parafiscal)²², pero si es debida a una Institución de Salud Previsional (ISAPRE), no lo sería. En el mismo sentido, las cotizaciones que se pagan a las Administradoras de Fondos de Pensiones, no son tributos (como dicen los antiguos manuales de Seguridad Social), sino cargas públicas.

Como sea, volviendo al punto, las cargas públicas (reales) y los tributos se relacionan con la propiedad, ya que en virtud de aquellas alguien puede ser obligado a transferir el dominio de sus bienes, privándosele de su propiedad.

Ahora bien, ¿acaso no era cierto que una persona sólo puede ser privada de su propiedad mediante una expropiación, conforme a la regla del art. 19, N° 24, inc. 2, de la CPR? Efectivamente, eso dice la regla referenciada en la pregunta. En consecuencia, la existencia de las cargas públicas reales o de los tributos es contradictoria con la prohibición de privación de la propiedad, que sólo admite como excepción la expropiación. La forma en que esta contradicción se resuelve, en la dogmática jurídica, es mediante la aplicación de la regla teóricamente denominada *lex specialis derogat generali*, que en este caso significa: "la ley especial se aplica en vez de la ley general"²³ Corresponde aplicar esta regla porque el concepto de "cargas públicas" cae bajo el concepto de "hechos que privan de la propiedad", pero no tiene la misma extensión conceptual, sino que aquél es más específico, es decir, no todo hecho que priva de la propiedad es una carga pública. Lo anterior es así, entre varias otras razones, porque las privaciones de la propiedad pueden ser consecuencia de vías de facto y vías jurídicas, mientras que las cargas públicas son, por definición, una vía jurídica. Por tanto, el establecimiento de una carga pública permite privar a alguien de su propiedad, pues prima esta regla (especial) sobre la prohibición (general en relación con aquella) del art. 19, N° 24, inc. 3 de la CPR.

Otra discusión es, por cierto, si una carga pública se ha establecido, en algún caso, sin vulnerar el texto constitucional. La imposición de una carga pública debe satisfacer alguna caracterización de lo que sea una "carga pública" y

22 El que, teóricamente, sería una *contribución especial*, según la dogmática tributaria, no según la nomenclatura legal chilena.

23 Aunque tal regla se formula como derogatoria por un viejo uso (derogat, en latín), ésta se entiende como un criterio de solución de antinomias normativas de reglas -según algunos- del mismo nivel jerárquico (cfr. Ferrajoli 2013, p. 649).

algún criterio de justificación para la afectación de la propiedad. Así, por ejemplo, si usamos la caracterización a la que recurre el Tribunal Constitucional en algunos de sus fallos, una carga pública (o una legítima) requiere que el titular de la actividad gravada obtenga un beneficio compensatorio relacionado a la actividad gravada²⁴. En este sentido, se consideró constitucional que las compañías de seguro que comercializaban seguros de incendios financiaran ciertas prestaciones en favor de los miembros de los Cuerpos de Bomberos de Chile, porque la actividad de éstos beneficiaba la disminución de la siniestralidad de los asegurados²⁵. Ahora bien, usando el mismo criterio, debe considerarse inconstitucional la obligación que la Ley de Protección del Empleo impuso a las compañías de seguro de pagar las indemnizaciones por desempleo involuntario a quienes se acogieran a dicha ley, pues esa prestación no es parte de los contratos y tampoco conlleva un beneficio compensatorio acreditable para las compañías.

Lo que he llamado "ideología de la sobreprotección de la propiedad" evitó, en mi opinión, durante un tiempo, la toma de consciencia del rendimiento de esta categoría jurídica como medio para disponer de la propiedad privada en la ejecución de políticas públicas. Por su parte, como he mostrado, el rendimiento de esta categoría no es ilimitado, por lo que no puede verse como una amenaza a la propiedad. Más bien, su adecuado uso sólo viene a corregir una ideología de interpretación constitucional incorrecta.

Conforme a lo dicho y considerando la necesidad de regular adecuadamente la imposición de cargas públicas, yo mantendría el actual texto del art. 19, N° 20, de la CPR, pero modificando sus dos primeros incisos para hacer aplicable a las cargas públicas la obligación de su establecimiento por ley y la prohibición de que sean manifiestamente desproporcionadas o injustas.

Finalmente, volviendo a lo prometido al inicio de este texto, pareciera que la regulación constitucional de la propiedad en general, según la he descrito, no es excesiva. Más bien, lo excesivo, en algún sentido, ha sido la ideología de interpretación constitucional. Quizás puede haber excesos, reales o retóricos, en las reglas constitucionales de protección a la actividad empresarial o en las reglas especiales de la propiedad. Pero lo cierto es que, a mi juicio, las reglas generales de protección a la propiedad, leídas como he sugerido, son lo suficientemente adecuadas como para proteger la conservación de los derechos sobre los bienes y permitir políticas públicas de un amplio espectro político. Por ello, creo que debe mantenerse la prohibición de privación del dominio (inc. 3 del art. 19, N° 24, CPR), regla heredada de 1967 y más fuerte que el principio

24 Cfr. las sentencias del Tribunal Constitucional de los casos "Abogado de Turno", Rol 1254-08, y "Bomberos", Rol 1295-08. Enuncio el criterio de modo intencionalmente vago, pues así es. Este tema ha sido bien tratado por Ponce de León (2015).

25 Cfr. el caso "Bomberos", Rol 1295-08, antes señalado.

del art. 19, N° 24, inc. 1, CPR, pero con el contrapeso que significa la categoría de "cargas públicas". Sin este contrapeso, la regla constitucional vuelve imposibles (inconstitucionales) disposiciones tan elementales y necesarias como las cesiones de terrenos en la regulación urbanística o las cotizaciones previsionales que se pagan a instituciones privadas de seguridad social²⁶, entre otros casos.

Bibliografía

- Atria, Fernando (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Ed. LOM.
- Atria, Fernando & Salgado, Constanza (2015): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Ed. Thomson Reuters, Santiago.
- Evans de la Cuadra, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- Evans de la Cuadra, E. (1967): *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- CIAT (Centro Iberoamericano de Administraciones Tributarias) (2015): *Modelo de Código Tributario del CIAT: Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*. Ed. CIAT, Panamá.
- Contreras Strauch, Osvaldo (2016): *Instituciones de Derecho Comercial. Tomo II*. Ed. Thomson Reuters, Santiago.
- López Ramón, Fernando (2015): *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2013): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Ed. Trotta, Madrid.
- Ponce de León, Viviana (2015): "La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, pp. 843-871.
- Soto Kloss, Eduardo (2012): *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. 3° Ed. Actualizada. Ed. Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago.

²⁶ No estoy sugiriendo que sea políticamente deseable, o indeseable, la existencia de agentes privados en estos servicios. Con todo, como ha mostrado Atria (2014, especialmente pp. 238-240), la institucionalización de los derechos sociales no implica necesariamente que el prestador ser un órgano del Estado, sino la forma de su régimen, el "de lo público", en palabras del autor.

La protección constitucional de la propiedad industrial en Chile: análisis y desafíos para un nueva Constitución

Leonardo Castillo Cárdenas

RESUMEN: En este artículo se analiza la propiedad industrial en cuanto a su concepto y definición, contenido, teorías justificatorias, clasificación e importancia, así como su relación con la propiedad intelectual. En segundo término, se estudia la evolución histórica de la consagración de su protección a nivel constitucional desde la Carta de 1833 hasta el texto actualmente vigente. Posteriormente, se examinan los textos constitucionales de 10 países que por proximidad o influencia se estiman relevantes como la garantía del derecho consagrada junta o separada de la propiedad intelectual, establecimiento como materia de ley o facultad del ejecutivo en cuanto al otorgamiento de privilegios industriales. Finalmente, se plantea en coherencia con nuestra historia constitucional, la necesidad de garantizar constitucionalmente la propiedad intelectual e industrial, y el hacerlo de manera conjunta en un texto que pueda, otorgando certeza, incorporar nuevas manifestaciones de la propiedad intelectual en sentido lato, de manera amplia y comprensiva.

Introducción

La Constitución vigente, tal como sus predecesoras, garantiza la propiedad industrial, específicamente en el artículo 19 numeral 25. La presente contribución académica consiste en analizar la disposición, su evolución histórica, el tratamiento que tiene en el derecho comparado y discute acerca del contenido que debiera tener esta garantía en un nuevo texto constitucional.

En primer término, debemos señalar que la propiedad intelectual en sentido amplio “dice relación con toda creación que produce la mente humana: esto es los inventos, modelos de utilidad, marcas, obras literarias y artísticas, etc.” como señala INAPI (Instituto Nacional de Propiedad Industrial) en su web, incluyendo tanto el derecho de autor y derechos conexos como la propiedad industrial. Sobre esta última, el artículo 1º de la Ley 19.039 señala que “comprenden las marcas, las patentes de invención, los modelos

de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer” prosiguiendo en el inciso siguiente “Asimismo, esta ley tipifica las conductas consideradas desleales en el ámbito de la protección de la información no divulgada”, información que el profesor Sandoval, identifica con el *know how* (2018, p. 17).

Respecto del objeto de protección, en una reciente obra, Bercovitz (2016, p. 67) plantea que corresponderían a bienes inmateriales —lo mismo que el Derecho de Autor— consistiendo en “objetos que carecen de corporalidad” y que además son ilimitadamente reproducibles. La propiedad industrial para Otero Lastres (2017, p. 61) se divide en cuanto a los objetos protegidos, en las creaciones industriales y los signos distintivos. Ejemplo de los primeros encontramos las patentes de invención y de los segundos las marcas comerciales y las Denominaciones de Origen. Las creaciones industriales pueden también sub clasificarse en creaciones técnicas y en estéticas, y los signos distintivos pueden servir para distinguir al empresario como en el caso de las marcas o bien diferenciar prestaciones. En cuanto a sus características, el tratadista destaca que se trata de derechos exclusivos y excluyentes, registrales, territoriales, temporalmente limitados, con vocación internacional y regidos por el principio *ex uberrima bona fides* (pp. 62-73).

Si bien en el contexto internacional generalmente se entienden como derechos de propiedad intelectual tanto a los derechos de autor y derechos conexos, como a los derechos de la propiedad industrial, en Chile y en España se hace la distinción. La propiedad industrial estaría dentro de la propiedad intelectual en términos amplios, junto por ejemplo con los derechos de los obtentores de las nuevas variedades vegetales. Estas últimas coincidiendo con Díaz (2016, p. 60) estarían comprendidas dentro de las “creaciones análogas” a que hace referencia el inciso 3º del artículo 19 N° 25 de la Constitución de 1980. Los

derechos de propiedad intelectual e industrial, tienen su propia regulación en nuestro país con la ley 19.039 para la propiedad industrial y 17.336 para la intelectual, además de otras normas como la 19.342 para los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales. En el ámbito internacional, los Convenios de París de 1883 para la protección de la Propiedad industrial y de Berna de 1886 para la protección de obras literarias y artísticas, entre varios otros conformaron un completo y complejo entramado internacional compuesto por varios tratados. En los últimos años ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994), que como señala Santa Cruz (2005, p. 23), es el acuerdo más comprensivo de propiedad intelectual, trata tanto el derecho de autor como la propiedad industrial. Miguel Ruiz Muñoz (2017, p. 34) sostiene que la dualidad se ha ido suavizando por tres razones fundamentalmente: a) el mayor peso de los aspectos patrimoniales del derecho de autor; b) nuevas normas especializadas que hacen más difusa la distinción, en el ámbito de la propiedad industrial dando como ejemplo las ya mencionadas variedades vegetales, innovaciones biotecnológicas, las topografías de los semiconductores y diseño industrial, y en el de derecho de autor con los denominados derechos conexos, los programas de ordenador y los bancos de datos; y c) tanto la propiedad intelectual como la industrial se completarían con el derecho de la competencia y la competencia desleal¹. A este respecto, el progreso de la técnica ha llevado a que problemas antes impensables relativos a materias que se relacionan con la protección de activos intangibles como el derecho a la propia imagen, algunos relativos a la Inteligencia Artificial, el tratamiento de datos personales, plantean desafíos para la propiedad intelectual en sentido amplio debe abordar, y donde la definición de la frontera se tornará relevante atendido los principios a través de los cuales se resolverán las dificultades que ya se prevén.

Existen diferentes teorías que justifican el establecimiento de los derechos de propiedad industrial: desde las teorías utilitaristas que sostienen el sistema como incentivo a la innovación al permitir resarcir el costo que importa el desarrollar una invención, conocida como la teoría de la recompensa, a las teorías pragmáticas en las que los derechos que se confieren constituyen instrumentos de mercado que permiten el acceso a tecnología elaborada por un tercero, mediante el intercambio de otros derechos u la obtención de financiación (D'Amore & Mackiello, pp. 7-10). Desde el análisis económico del derecho, como señala Lemley (2004), las ideas son bienes públicos las cuales pueden ser copiadas gratuitamente y usadas por cualquiera, sin que se pueda limitar el uso a terceros. El problema radica en que se invierte tiempo y recursos en

crearlas siendo fácilmente distribuidas y difícil de controlarlas, lo que dificulta a los creadores recuperar su inversión. En el mismo sentido, el Juez Posner señala que, de no existir las patentes, la actividad inventiva estaría sesgada hacia invenciones que podrían mantenerse en secreto, de la misma manera que la ausencia de derechos de propiedad sobre los bienes físicos sesgaría la producción hacia cosas que implican una mínima inversión preparatoria en crear la idea. De este modo, la ausencia de protección de la propiedad intelectual haría prevalecer la copia sobre la creación y un resultado ineficiente, pues menos ideas serían creadas (Posner, 2011, p. 48)².

La propiedad industrial es fundamental para el comercio y el tráfico económico para el aprovechamiento comercial de las ideas o descubrimientos, como de los signos distintivos como señalan Pérez de la Cruz (2008, p. 189) y Bercovitz (2017, pp. 564 y 476) constituyendo muchas veces constituye el mayor activo de la empresa (Saieh, 2010, p. 46) siendo “negociable, transferible, arrendable, susceptible de cesión temporal o permanente, otorgable como garantía crediticia” además de otras múltiples formas de explotación. Sin embargo, no solo es el interés privado como se ha señalado, sino como bien apunta la profesora Teodora Zamudio, las innovaciones merecen protección jurídica, en fundamento del interés público mediante la promoción del progreso cultural o técnico (2001, p. 23). Además, constituyen poderosas herramientas de competencia para construir ventajas comparativas entre las empresas y entre los países o bloques económicos Schmitz (2005, p. 40). Siguiendo a mi maestro, el Catedrático Fernando Carbajo, quien junto a la Profesora Dra. María Mercedes Curto nos recuerdan el objetivo que ha de perseguir la normativa en esta área del conocimiento: “lograr establecer un adecuado equilibrio entre los intereses que pueden verse implicados en la creación de un determinado resultado intelectual: los del creador, por un lado, que pretende verse recompensado por su esfuerzo creador; y los intereses de la sociedad, por otro, que desea que dicha creación intelectual pueda ser libremente utilizada con el objetivo de enriquecer el acervo cultural y tecnológico de la comunidad y lograr impulsar el desarrollo social y económico” (2018, pp. 19-20).

Desarrollo histórico de la protección de los derechos de propiedad industrial.

Como señala Ruiz-Tagle (2004, p. 78), “en sus orígenes, los derechos exclusivos de propiedad intelectual se basan en un texto constitucional”. Ejemplo de aquello es la Constitución americana. En Chile ocurrió algo similar. Tanto la Constitución de 1833 como la de 1925 desarrollaron esta materia. García-Huidobro (1992, p. 33) a este

1 Entre nosotros, Schmitz (2006) trata in extenso el tema.

2 Un desarrollo completo en Landes, William M & Posner, Richard A. (2003) *The Economic structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, MA. The Belknap Press of Harvard University Press.

respecto señala que la Constitución de 1833 ya garantizaba a los autores o inventores la propiedad exclusiva de sus descubrimientos o producciones por el tiempo que les concediera la ley. Así, el artículo 143 (152) de la Constitución de 1833 disponía a la letra que: *“Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que le concediere la ley; i si ésta exijere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente”*. Larraguibel (1987, p. 7) comenta que “inventor sería quien, a fuerza de ingenio o meditación, halla una cosa nueva o no conocida”, y que “el Constituyente al usar la conjunción disyuntiva ‘o’ quiso denotar la diferencia entre autor e inventor. Ciertamente que se refirió en forma un tanto equívoca al autor e inventor y a su descubrimiento o producción, siendo que por descubrimiento debe entenderse el invento de una cosa nueva aplicable en la industrial, y ello es propio del inventor; y por producción, las creaciones literarias y artísticas, que son propias del autor”. Coincidiendo con el profesor Larraguibel, hoy dicha definición nos parecería por cierto imprecisa, toda vez que el art. 37 de la ley 19.039 en su letra a) establece como materia no patentable precisamente los descubrimientos, norma coherente con lo que ADPIC dispone en su artículo 27 en orden a los requisitos de patentabilidad. Esto es que sea nueva, presente actividad inventiva y susceptibilidad de aplicación industrial, los que un descubrimiento no cumpliría.

La Constitución de 1925, por su parte, señalaba en el artículo 10 N° 11: *“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 11.o “La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exijere su espropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente”*. Al respecto Larraguibel sostiene que ni durante la vigencia de la Constitución de 1925 (1987, pp. 16-17) ni la del Acta Constitucional N° 3, o de la Constitución de 1980 (1995, p. 174) se habrían producido expropiaciones de derechos de propiedad industrial.

Larraguibel en su Tratado de 1995 (pp.159-175), como especialmente en su libro de 1979 (pp. 181-272), desarrolla detalladamente la discusión que se dio en la Comisión de Estudios para una nueva Constitución y en la subcomisión de propiedad que dieron origen al Acta Constitucional N° 3 de 1976, que en el artículo 1° N° 17 asegura a todas las personas:

“El derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. Este derecho comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que señale la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.”

La Constitución vigente, consagra finalmente la garantía en comento con la siguiente redacción en su artículo 19 asegura a todas las personas N° 25 *“El derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.*

El derecho del autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior...”

El inciso 3° de la Constitución de 1980 innova respecto de la consagración constitucional de su predecesora, contemplando en el ámbito de protección además los modelos en general, los procesos tecnológicos y otras creaciones análogas, usando así una fórmula más comprensiva. Felipe Burgos (2014, p. 94) entiende que se garantiza el título de propiedad industrial, y no la propiedad sobre la invención misma, y respecto de la expresión “procesos tecnológicos” se estaría garantizando constitucionalmente lo que se conoce como “conocimientos técnicos no patentados” dentro de los cuales se incluye el secreto industrial. Respecto de “u otras creaciones análogas” plantea Burgos que se incorpora “para comprender futuros títulos de protección no existentes en ese momento”, fórmula que parece adecuada atendido que el desarrollo en esta área es vertiginoso.

Respecto del inciso 4°, García-Huidobro (1992, p. 28) señala que “la remisión al número anterior incide fundamentalmente en dos aspectos, a saber: que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que le afecten, y que nadie puede ser privado de su propiedad o de alguno de los atributos esenciales del dominio sino en virtud de ley expropiatoria”. También, Larraguibel (1979, p. 188 y 1995, p. 162) destaca que el inciso cuarto del art. 19 N° 25 viene en ratificar que tanto la propiedad intelectual como la industrial son una “especie de propiedad” en el sentido del artículo 584 del Código Civil “y no un mero derecho de exclusividad restringido a las acciones administrativas de oposición y nulidad, y a las acciones penales que tipifica la ley del ramo” y siendo “una forma especial del dominio en general con sus atributos, limitaciones y facultades esenciales”. A esta aplicación de la normativa general del Derecho de propiedad a la propiedad intelectual e industrial se le denominó el “engarce de preceptos” por la Subcomisión.

Se coincide con Schmitz (2005, pp. 50-51) en que es necesario complementar la garantía en estudio con otras disposiciones como el numeral 24 referido a la propiedad, el artículo 20 relativo al recurso de protección y con el artículo 63 (60) que dispone las materias de ley. En cuanto al derecho de propiedad, que garantiza el artículo 19 N° 24, Zavala y Morales (2011) recuerdan que constituye un pilar fundamental del sistema capitalista junto a la libertad económica, reconociéndolo sobre “toda clase de bienes corporales e incorporeales” donde precisamente se encontrarían los derechos, en todos sus atributos y regulando las facultades y bienes sobre las que recae, la función social, la protección del dominio, entre otras materias fundamentales. La propiedad privada como principio sería una “derivación inmediata del principio de autonomías sociales” (Fernandois, 2006, p. 110), así el producto del esfuerzo de las personas y los grupos organizados se entiende protegido.

A las anteriores garantías y disposiciones constitucionales relacionadas o complementarias, agregaría las del art. 19 N° 23 que consagra “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”. A este respecto el profesor Ruiz-Tagle planteaba en términos sencillos la distinción entre el derecho a la propiedad del derecho de propiedad, correspondiendo al primero aquel que “tiene por objeto todos aquellos aspectos que se refieren a iniciar empresas a iniciar actividades en forma libre” estando relacionado con las actividades empresariales y con los factores productivos, constituyéndose en la posibilidad de adquirirlos (2018, p.198).

La protección a la propiedad industrial en el derecho comparado

Sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva, se examinará la regulación que en diferentes textos constitucionales de países que, aunque corresponden a una selección arbitraria, se suelen tener en consideración por su cercanía geográfica, o por la influencia que tienen al momento inspirar nuestra legislación. Ello con la finalidad de extraer elementos comunes que pudieren alimentar el debate respecto de lo que debiera contemplar —o no— la protección constitucional a la propiedad industrial.

1.- En la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, de 23 de mayo de 1949, encontramos que su artículo 73 dispone que “La Federación tendrá derecho exclusivo a legislar sobre ...9) la propiedad industrial (*gewerblicher Rechtsschutz*), la propiedad intelectual (*Urheberrecht*) y el derecho de edición (*Verlagsrecht*).

2.- La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 en su artículo 1 que define el poder legislativo, en la sección 8, cláusula 8 se refiere a las patentes y el derecho de autor: “El Congreso tendrá facultad para: ... Fomentar el progreso de la Ciencia y las Artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descu-

brimientos”. De este modo, el Gobierno federal para el caso de las marcas y otras formas de propiedad intelectual solo tiene autoridad para legislar mediante su capacidad para regular el comercio.

3.- La Constitución de la República de Italia de 1947, en su artículo 9 plantea que “*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*” (“La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica”). Donde dicha promoción del desarrollo e investigación científica y técnica, es necesario relacionarlo con el artículo 177 que regula la potestad legislativa exclusiva del Estado relativas a la propiedad intelectual donde en su número 2) letra r) contemplando las “*opere dell’ingegno*” (“obras del ingenio”, o trabajos intelectuales); y en el artículo 117 3) la competencia compartida entre el Estado y las regiones para dictar leyes relativas a la investigación científica y tecnológica y la promoción del patrimonio cultural al referirse a la “*ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all’innovazione per i settori produttivi*” (“investigación científica y tecnológica y apoyo a la innovación para los sectores productivos”).

4.- En España, la Constitución española de 1978, con la modificación de 27 de septiembre de 2011, señala en su artículo 149 que 1. “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 9ª Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.” Esta disposición también se puede relacionar con el artículo 33 que dispone “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.”

5.- La Constitución de la nación argentina, reformada en 1994 y promulgada el 03 de enero de 1995, en su artículo 17 dispone sobre la materia en comento que “*Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley*”. También respecto de las atribuciones del Congreso, el artículo 75 señala que le corresponde al Congreso: 19 ... “*Proveer lo conducente... al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento*” ... “*Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales*”.

6.- La Constitución uruguaya de 1966 con sus modificaciones en su Sección II de “Derechos, Deberes y Garantías” en particular el artículo 33 establece que “*El trabajo intelectual, el derecho de autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley*”. El artículo 34 por su parte, señala “*Toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa*”. El artículo 168 señala que, “*Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: ... 21) Conceder privilegios industriales conforme a las leyes*”.

7.- La Constitución de la República Federativa del Brasil, de 4 de octubre de 1988, dispone en su artículo 5º del título II relativo a los derechos y garantías fundamentales, planteando desde la igualdad ante la ley sin distinción para brasileños y extranjeros residentes, en el XXIX que la ley le asegurará a los autores de inventos industriales “...*privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*” (“*privilegio temporal para su uso, así como protección de creaciones industriales, titularidad de marcas, nombres de empresas y otros signos distintivos, teniendo en cuenta el interés social y el desarrollo tecnológico y económico del país*”).

8.- En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en el artículo 28 que “*Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.*” El artículo 73 establece como facultad del Congreso, XXV “*Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma.*” El artículo 89 respecto de las facultades y obligaciones del Presidente, XV “*Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.*”

9.- La Constitución Política del Perú, consagra en su capítulo I sobre los derechos fundamentales de la persona, artículo 2º, que toda persona tiene derecho inciso 8º “*A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.*”

10.- La Constitución Política de Colombia de 1991, establece en el artículo 61, “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.*” El artículo 150 establece las funciones que corresponde al Congreso hacer las leyes y ejercer las funciones que enumera donde está 24, “*Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.*” En el artículo 189 dentro de las facultades que corresponde al Presidente de la República, 27, “*Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.*”

A modo de conclusión: propuestas para una modificación y/o profundización

Del análisis precedente se puede extraer como primera conclusión que, si bien hay elementos que suelen repetirse, como consagrar la propiedad industrial como garantía constitucional —junta o separada de la propiedad intelectual—,

al establecerla como materia de ley, o al dotar de la facultad al ejecutivo el otorgamiento de privilegios industriales, reina la diferencia. Como se ve, hay regímenes constitucionales que definen de forma escueta, y otras de manera más precisa y específica qué se entiende protegido por la propiedad intelectual.

No obstante, y atendido lo desarrollado precedentemente, pareciera ser que atendida la máxima jerarquía de la norma y los quórum para aprobar ulteriores modificaciones que pudieran fijarse para dar permanencia a las disposiciones de la misma, se estima que la redacción debiera permitir la incorporación de las nuevas formas que adopte la propiedad industrial o intelectual en sentido lato, para no dificultar artificialmente su necesaria y permanente actualización.

También, se sostiene que la nueva Constitución debe necesariamente reconocer la propiedad privada y la propiedad intelectual e industrial como motor a la innovación y generador de ventajas competitivas. Ello de manera coherente con nuestra historia constitucional que así lo ha venido haciendo desde hace 187 años. Del mismo modo, pero quizá con una redacción más amplia y comprensiva, se debiera incorporar las diferentes manifestaciones de la propiedad industrial e intelectual que actualmente se consagran, manteniendo quizá la regulación de manera conjunta, en el entendido de que existen elementos que se comparten por ambos tipos de propiedad y donde la línea divisoria en algunos casos se difumina, cuidando por cierto de no sacrificar la necesaria certeza. Esto también permitiría entender comprendidas aquellas nuevas manifestaciones y aquellas que se entienden incorporadas como el *know how*, los derechos de los obtenedores de las nuevas variedades vegetales y abrir la discusión, porqué no, a los nombres de dominio en internet cuya relevancia ya no puede ser puesta en duda. Así, se lograría una mayor coherencia con esta nueva realidad en la que cada vez la protección de los activos intangibles vienen a ser más necesaria y gravitantes, atendido el porcentaje que revisten en cuanto al valor total de las empresas, lo que provoca que esta área se continúe desarrollando. El derecho así, debe dar respuestas a los nuevos desafíos que se presentan en un mundo cambiante que así lo requiere.

Finalmente y como se ha señalado en otras ocasiones³, quizá también es la oportunidad de regular adecuada y específicamente en la norma de mayor jerarquía, otras materias relacionadas a la propiedad intelectual en sentido amplio como la protección de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales relativos a estos de titularidad de las comunidades indígenas y locales, para evitar los

3 Castillo- Cárdenas, Leonardo (2018) Biodiversidad y conocimientos tradicionales: análisis de incentivos y propiedad industrial. En Treggiari, Ferdinando y Mayorga, Cecilia (coords. y eds.) Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales. Perspectivas históricas, socioculturales y jurídicas. (pp. 125-147) Temuco: Ediciones Universidad de La Frontera – Università degli Studi di Perugia; Castillo-Cárdenas, Leonardo. 2018. El Protocolo de Nagoya y el Congreso Nacional: una deuda pendiente. Revista Hemiciclo, (17), pp. 25-40

abusos y biopiratería de parte de bioprospectores, como elemento para que los beneficios puedan ser efectivamente gozados por sus legítimos titulares. Cuestión esta, por cierto íntimamente relacionada con el reconocimiento constitucional de los Pueblos Originarios, que es su necesario punto de partida.

Referencias bibliográficas

- Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (2017) Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial. 18ª Edición. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Bercovitz, Alberto (2016) Algunas ideas preliminares sobre la relación entre la propiedad intelectual y la propiedad Industrial. En Aparicio, Juan Pablo, Bercovitz, Alberto y otros. Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes. ALADDA (Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor) (pp 65-73) Madrid: Dyckinson
- Burgos Osorio, Felipe (2014). Innovación. Su promoción a través de la Propiedad Intelectual, subsidios e incentivos tributarios. Santiago, Legal Publishing.
- Carbajo Cascón, Fernando y Curto Polo, Mercedes (2018). Introducción. El valor de la Propiedad Intelectual en la universidad y los centros de investigación: docencia, investigación y transferencia. En Carbajo Cascón, Fernando y Curto Polo, Mercedes (dirs.) Propiedad intelectual y transferencia de conocimiento en Universidades y centros públicos de investigación. (pp. 15-37) Valencia: Tirant Lo Blanch- Ediciones Universidad de Salamanca.
- D'Amore, Marcelo y Mackielo, Andrea (2015) Propiedad intelectual, defensa de la competencia y relación entre ambas disciplinas. En D'Amore, Marcelo (coord.) Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. (pp. 1-66) Buenos Aires: B de F.
- Díaz Wiechers, Juan Alberto (2016). Estado actualizado de la legislación chilena sobre las variedades de las plantas. Iglesias Muñoz, Carmen (coord.) Revista de Derecho Universidad Finnis Terrae. Propiedad Intelectual e Industrial. (pp. 59- 79) Santiago: Facultad de Derecho Universidad Finnis Terrae
- Fernandois Vöhringer, Arturo (2006) Derecho Constitucional Económico. Santiago, Ediciones UC.
- Fernandez-Nóvoa, Carlos; Otero Lastres, José Manuel y Botana Agra, Manuel (2017) Manual de la Propiedad Industrial. Tercera edición. Madrid, Marcial Pons.
- García-Huidobro Amunátegui, Vladimir (1992). Legislación sobre Propiedad Industrial. Análisis, Jurisprudencia y Guía Práctica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Instituto Nacional de Propiedad Industrial, INAPI. Disponible en: <https://www.inapi.cl/propiedad-intelectual-e-industrial/para-informarse/que-es-la-propiedad-intelectual-e-industrial>. Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2020.
- Larraguibel Zavala, Santiago (1979). Derecho de autor y Propiedad Industrial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Larraguibel Zavala, Santiago (1987). Tratado de Marcas Comerciales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Larraguibel Zavala, Santiago (1995). Tratado sobre la Propiedad Industrial. Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- Lemley, Mark A. (2004). Ex ante versus ex post Justifications for Intellectual Property. University of Chicago Law Review, (71), pp. 129-149
- Pérez De La Cruz, Antonio (2008). La propiedad industrial e intelectual: teoría general. Signos distintivos. En Menéndez, Aurelio. (dir.) Lecciones de Derecho mercantil. (pp 189-208). Cizur Menor: Thomson Civitas
- Posner, Richard (2011) Economic Analysis of Law. Eighth edition. New York, Aspen -Wolters Kluwer.
- Ruiz Muñoz, Miguel (dir.)(2017). Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Propiedad industrial. Valencia, Tirant Lo Blanch
- Ruiz-Tagle Vial, Carlos (2018). Curso de Derecho Económico. Santiago, Editorial Librotecnia
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2004). Propiedad Intelectual y Contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Saieh Mena, Cristián (2010). Derecho para el emprendimiento y los negocios. Los aspectos legales que un empresario debe conocer para generar ventajas competitivas. Santiago, Ediciones UC.
- Sandoval López, Ricardo (2018). Derecho Comercial. Tomo III. Propiedad Industrial. Marcas. Nombres de Dominio. Patentes. Arbitraje Comercial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Santa Cruz, Maximiliano (2005). La propiedad intelectual y los acuerdos internacionales. En Alianza chilena por un comercio justo y responsable. Los Derechos de Propiedad Intelectual y el libre comercio. (pp. 21-24) Santiago: ACJR- OXFAM
- Schmitz Vaccaro, Christian (2005). Propiedad Intelectual a la luz de los Tratados de Libre Comercio. Santiago, Editorial Lexis Nexis.
- Schmitz Vaccaro, Christian (2006). Propiedad Industrial y Derecho de Autor ¿Una división vigente?. En Morales Andrade, Marcos (coord.) Temas actuales de Propiedad Intelectual. Estudios en Homenaje a la memoria del Profesor Santiago Larraguibel Zavala. (pp. 21-51) Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- Schmitz Vaccaro, Christian (2011). Legislación Chilena de Propiedad Intelectual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Católica de la Santísima Concepción.
- Zamudio, Teodora (2001) Protección Jurídica de las innovaciones. Buenos Aires, Ad-Hoc
- Zavala Ortíz, José Luis y Morales Godoy, Joaquín (2011). Derecho Económico. Santiago, Thomson Reuters

De la ausencia al reconocimiento y del reconocimiento a la eficacia: La incorporación del derecho a la vivienda en la Nueva Constitución como una necesidad democrática

Martín Canessa Zamora

RESUMEN: En este artículo, se argumenta en favor del reconocimiento del derecho a la vivienda adecuada o digna en la Nueva Constitución. Para ello, se revisa el estado actual de este derecho en Chile, que carece de reconocimiento expreso bajo la Constitución de 1980. Contra la idea de que un catálogo de derechos demasiado abultado puede limitar y perjudicar el ejercicio democrático, se propone que el reconocimiento constitucional de un derecho a la vivienda adecuada, justiciable y en diálogo con el derecho a la ciudad, incidiría no sólo en un aseguramiento más eficaz de condiciones de vida digna para todas y todos, sino que contribuiría a construir una mejor democracia y propiciaría la deliberación ciudadana en torno a este derecho fundamental. Finalmente, se ofrecen algunos lineamientos concretos para su constitucionalización.

Introducción: hablar del derecho a la vivienda en el Chile de 2020

Es posible que nuestra lectora o lector ya haya escuchado —gracias a los meses de discusión constitucional que se desataron desde octubre de 2019— que la Constitución de 1980 no es muy generosa con los derechos sociales y que, en su lugar, sí manifiesta predilección por otros, los derechos llamados liberales (vida, propiedad, vida privada y honra, etc.). Sin embargo, incluso en comparación con los demás derechos sociales, el derecho a la vivienda está en peor posición: el constituyente autoritario de 1980 decidió no reconocerlo expresamente en la Constitución.

En estas páginas, me propongo argumentar, desde la preocupación por una mayor y mejor democracia, por qué es urgente el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la vivienda, especialmente en miras a la redacción de una Nueva Constitución. Luego de una revisión de su estado bajo la Constitución de 1980, argumento en favor de la comprensión del derecho a la vivienda como un derecho de igual ciudadanía y detallo qué implica. A continuación, abogo por la constitucionalización (expresa)

del derecho a la vivienda, como una forma de alcanzar una mayor deliberación democrática en torno a la materia. En consecuencia, destaco la importancia de que la Constitución fije ciertos estándares al legislador, así como un contenido mínimo justiciable. A modo de conclusión, aventuro 7 principios que debiésemos considerar a la hora de incorporar el derecho a la vivienda en la Nueva Constitución.

La conversación que propongo es doblemente apremiante. Por un lado, el 25 de octubre de 2020 el pueblo ha exigido con fuerza una nueva institucionalidad capaz de reflejar sus anhelos por dignidad y de responder oportunamente a las demandas ciudadanas del futuro. Por el otro, la pandemia mundial de coronavirus ha hecho todavía más evidente (por si alguien no se había percatado ya de ellas) las graves desigualdades existentes en nuestro país. Esto ha sido especialmente cierto en materia de vivienda, donde el hacinamiento, la inseguridad de la tenencia, la precariedad material y los problemas de localización y barrio, han impedido la práctica de las cuarentenas y aislamiento social, poniendo a los habitantes de las comunas más hacinadas en un riesgo de contagio desproporcionadamente superior¹. Adicionalmente, el confinamiento/hacinamiento ha obligado a muchas personas —en su mayoría mujeres— a una convivencia estrecha con sus agresores o abusadores sexuales, aumentando también la violencia de género².

El reconocimiento constitucional de un derecho a la vivienda digna, justiciable y en diálogo con el derecho a la

1 Un informe de la consultora Atisba de junio de 2020 concluye que, efectivamente, "el hacinamiento y la pobreza son el mayor motor de contagio". Para combatir el contagio de coronavirus, se propone, en el corto plazo, "reducir el hacinamiento moviendo a la población de mayor riesgo de los barrios detectados. Para ello, se deben implementar subsidios de arriendo, focalizados en estos sectores" y, en el mediano plazo, "construir nuevas viviendas de interés social, tanto de los programas DS 49 como DS 19, aprovechando los sitios fiscales abandonados o subutilizados que se ubican cerca de los *cluster* de barrios críticos" (2020, p.20)

2 Según cifras del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, las consultas al teléfono de ayuda por violencia intrafamiliar han aumentado en un 70% respecto del mismo período en 2019. Adicionalmente, cerca de 8 mil personas han utilizado el Whatsapp Silencioso, un nuevo canal creado a raíz del aumento de VIF en pandemia que, lamentablemente, ha demostrado ser un canal necesario para muchas mujeres (nota de 2 de julio de 2020, disponible en: <https://www.sernamegob.cl/?p=31955>).

ciudad no sólo permitiría un aseguramiento más eficaz de condiciones de vida digna y de ejercicio de la ciudadanía, sino que le entregaría más herramientas a nuestra institucionalidad democrática para responder a los reclamos del pueblo por mayor igualdad y dignidad.

Entre desconfianza y desdén: el silencio de la Constitución de 1980

Uno de los aspectos más criticados de la Constitución de 1980 es que opta normativamente por consagrar los derechos sociales como meras declaraciones programáticas, fines orientadores de la actividad estatal sin un contenido verdaderamente obligatorio (o sea, no como verdaderos derechos o, al menos, unos de categoría inferior). Así, la declaración igualitaria de su artículo 1º termina siendo vacía, por ineficaz (Muñoz, 2013).

En efecto, la normativa constitucional relativa a los derechos fundamentales refleja la predilección de sus autores por los derechos llamados liberales, los que consagra robustamente y garantiza con un entramado de reglas (normas rígidas que no admiten ponderación), además de una acción constitucional especialmente eficaz (el recurso de protección del artículo 20). Por el contrario, su aproximación a los derechos sociales es, cuando menos, temerosa³. Junto con utilizar una redacción menos prolija y notablemente más general, el constituyente autoritario excluyó los derechos sociales de la garantía jurisdiccional, salvo en su faz liberal. En palabras de Patricio Zapata, “temiendo una explosión populista de las expectativas y/o queriendo evitar una inmanejable judicialización de las prestaciones sociales, los redactores de la Constitución de 1980 optaron por un doble estándar en materia de derechos. Los derechos liberales reciben un trato VIP o *full equipo*. Los derechos sociales son parientes pobres o derechos de segunda” (2020, p. 205).

En el caso del derecho a la vivienda, esta opción es todavía más radical. La Comisión Ortúzar primero, y la Junta Militar después, decidieron derechamente no incorporarlo en la Constitución, a pesar de que ya era un derecho reconocido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Esta omisión consciente no parece tan sorpresiva, conociendo el trauma que movió gran parte de las decisiones de la Comisión Ortúzar, así como la visión que la propia dictadura tenía respecto de la vivienda, en contraste con el avance de este derecho bajo los gobiernos inmediatamente anteriores⁴. La políti-

3 Pueden hallarse ejemplos de ello la discusión de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución (llamada Comisión Ortúzar, por su presidente). Para la diferencia entre derechos (y predilección por los derechos liberales) véanse las sesiones iniciales de discusión acerca de derechos fundamentales (Nº80-89). Sobre su obligatoriedad y garantía, la sesión Nº213. Sobre el recurso de protección y la exclusión de los derechos sociales, la sesión Nº214. Todo en: Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC) (1973-1978), Actas de la Comisión Constituyente, Tomos III (sesiones 83-115) y VI (sesiones 182-124).

4 Un documento del Minvu de la dictadura rezaba: “la vivienda es un derecho que se

ca habitacional en dictadura “tuvo la relevancia de marcar la evolución de la concepción de la vivienda: desde un derecho social función obligatoria del Estado, hasta el concepto de un Estado subsidiario inserto en la economía de mercado” (Minvu, 2004).

Entonces, ¿no existe el derecho a la vivienda en Chile? Sí y no. La falta de constitucionalización expresa de un derecho no significa que no sea tal, por dos motivos. Primero, es posible que *simplemente goce de jerarquía infraconstitucional*, es decir, que reciba una regulación legal o reglamentaria. Eso sí, esto implica que el derecho no está dotado de la misma fuerza normativa que aquellos expresamente reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, como veremos en los apartados siguientes, esto puede derivar (como ha derivado en Chile) en que la definición de política pública carezca de suficiente deliberación democrática, toda vez que no se requiere se produzca por ley, de modo que probablemente podrá definirse en reglamentos dictados por la Administración.

Segundo, podría sostenerse que el derecho a la vivienda recibe *reconocimiento constitucional indirecto*. Sería posible “construirlo dogmáticamente por aplicación de una serie de normas, y empleando criterios sistemáticos y finalistas de interpretación constitucional”, utilizando especialmente el artículo 5º y abrazando la doctrina del “bloque de constitucionalidad” (Tórtora, 2012, p. 350). Esta doctrina abre la puerta a que los derechos humanos reconocidos en tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, tengan fuerza normativa constitucional (Nogueira, 2015). Sin perjuicio de que mantengo afinidad teórica con la doctrina, lo cierto es que, como expone Núñez (2015), su aplicación todavía no es generalizada en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. El problema, entonces, persiste.

Pero... ¿cuál es ese problema?

Primero, el efectivo aseguramiento de cualquier derecho requiere de una tríada de reconocimiento, institucionalización y *accountability*. En Chile, la falta de reconocimiento constitucional expreso ha redundado en una institucionalidad y regulación relativamente cerradas al escrutinio público democrático (pocas leyes, mucho decreto). A su vez, el menor peso relativo de este derecho en el sistema normativo reduce las posibilidades para reclamar al Estado o a la comunidad por las carencias del “sistema” de acceso a la vivienda (Smart & Burgos, 2018).

Segundo, la falta de delimitación clara del contenido esencial del derecho a la vivienda ha permitido que las instituciones, al atacar el problema del déficit habitacional,

adquiere con esfuerzo y ahorro, acción en la cual la familia y el Estado comparten su cuota de responsabilidad. La vivienda no es, por lo tanto, un regalo del Estado” (documento de 1976, citado en Minvu 2004, p.187). A pesar de formalmente referirse a la vivienda como derecho, la última frase borra lo dicho con el codo. El nuevo Minvu evidentemente establecía su antonomasia respecto de las políticas habitacionales de los gobiernos democráticos anteriores.

se centren casi únicamente en los aspectos materiales de la vivienda en sí misma (cantidad, tamaño y materialidad, aunque a veces ni siquiera estas últimas dos⁵), descuidando otros de sus elementos esenciales. Así, aunque durante buena parte de las últimas décadas pudimos lucir números verdes en términos de reducción del déficit habitacional; como contrapartida, la misma política habitacional se transformó en causante de la segregación urbana, pues “se ha privilegiado la construcción de grandes cantidades de vivienda en la periferia de las ciudades” (Simian, 2010, p. 305). Para colmo, entre 2011 y 2019, hemos vuelto a ver un aumento rápido y sostenido (salvo por 2014) del número de campamentos (+21%) y de familias viviendo en ellos (+71,9%) (Bravo, 2019)⁶.

Tercero hemos adoptado para con la vivienda y el suelo la misma actitud que adoptamos respecto de cualquier otro bien de consumo. Hemos restringido el rol de la comunidad sólo a la provisión de subsidios para alcanzar mínimos que las personas no pueden procurarse en el mercado. El derecho a la vivienda consagraría una mera aspiración o, cuando mucho, estaría dibujando ciertos mínimos (muy mínimos) de vida. Esta suerte de enfoque no parece verdaderamente compatible con su naturaleza de derecho fundamental.

El derecho a la vivienda como derecho de igual ciudadanía

El contenido preciso de las obligaciones que los derechos sociales imponen a la comunidad y al Estado, así como las garantías constitucionales con que debiéramos protegerlos, es uno de los debates más interesantes y divisorios en el derecho constitucional. Seguramente será central en la redacción de un proyecto de Nueva Constitución. Con todo lo complejo que es este debate —y a riesgo de sobre simplificar— podríamos dividir las diferentes posiciones en tres: aquella que entiende los derechos sociales como meras declaraciones programáticas, fines del Estado sin un contenido verdaderamente exigible; aquella que cree que los derechos sociales dibujan mínimos de dignidad, que deben asegurarse especialmente a quienes no pueden procurárselos por su cuenta; y aquella que los entiende como derechos de igual ciudadanía que, por lo tanto, exigen su “descomodificación” (provisión bajo lógicas distintas del mercado)⁷.

5 Recuérdese la indignidad de las llamadas “casas chubi”. A propósito, la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada de la ONU observó que “debido a la baja calidad de las construcciones, en particular de la década de 1990, la garantía de la tenencia ha quedado obsoleta; desde 2005 se han producido desalojos forzosos y demoliciones de edificios de viviendas sociales que se encontraban en condiciones ruinosas” (Naciones Unidas, 2018).

6 Como complemento, el citado informe Relatoría Especial señalaba que, no obstante los logros del país en la materia, “sigue habiendo un déficit cuantitativo de más de 390.000 viviendas y un déficit cualitativo que afecta a más de 1,2 millones de viviendas que requieren mejoras y mantenimiento (un 88,2%), ampliación (un 20%), o acceso a servicios de saneamiento (19,9%)” (ONU, 2018).

7 Para una buena sistematización de estas posturas, véase Salgado, 2015.

En estos breves párrafos, quisiera proponer la adopción de la última de estas perspectivas para el tratamiento de los derechos sociales, en general, y del derecho a la vivienda, en particular. Al hablar de derechos de igual ciudadanía, partimos de un reconocimiento básico: el ejercicio de la ciudadanía, en un sentido *sustantivo*, requiere no sólo de la inexistencia de barreras formales para ello, sino también de condiciones materiales que permitan a todos participar en un pie de igualdad (Marshall, 1950). Esto implica que cualquier intento serio de asegurar las llamadas libertades cívicas o derechos políticos, requiere desafiar aquellas estructuras de desigualdad que impiden a las personas ser agentes políticos en su propia comunidad. En otras palabras, “el ejercicio efectivo de las libertades o el imperio de la igualdad no se alcanza con una mera abstención del Estado, sino que exige, a veces, una fuerte acción pública” (Zapata, 2020, p. 205). La ciudadanía social, como forma de membresía y pertenencia sustantiva de todas y todos a una misma comunidad política, requiere de derechos sociales que no sean sólo “ayudas” a quienes no pueden por su cuenta (Lovera, 2019), sino garantías universales que delimiten espacios donde impere la idea de igual dignidad de las personas por sobre las lógicas del mercado, donde la posibilidad de una vida digna no esté definida por el poder adquisitivo.

Por supuesto, la igual membresía de todas y todos en la comunidad política descansa en un entramado complejo de derechos, garantías e instituciones, de modo que no podría hacerse depender exclusivamente del aseguramiento de un único derecho fundamental. Sin embargo, el derecho a la vivienda en específico guarda una íntima conexión con otros derechos fundamentales, de modo que una vulneración del primero resulta, por definición, pluriofensiva.

Así, por ejemplo, en su función más básica, la vivienda sirve para proteger a la persona del entorno natural, sirviendo de resguardo para su salud, integridad y vida. Por otro lado, una vivienda digna es requisito indispensable para una eficaz protección de la familia, de modo que sólo podrá considerarse adecuada “cuando permita razonablemente la convivencia familiar” (Tórtora, 2012, p.351). Cruzando ambas dimensiones, dentro de la familia, “normalmente serán las mujeres quienes tendrán que sopor tar la carga de las falencias de una vivienda digna”, pues ante la incidencia de estas en la salud de los habitantes, es altamente probable que las mujeres “deban desplegar el doble de esfuerzos en sus labores reproductivas” (Espejo, 2010, p. 55), dada la desigual distribución de estas al interior de la familia promedio en Chile, expresión del patriarcado. Asimismo, es imposible concebir un derecho eficaz a la vida privada sin un espacio adecuado para el desarrollo de esta, que la persona sienta propio y le permita desenvolverse adecuadamente. Todo lo anterior dice

relación con el aseguramiento de lo que llamaremos “mínimos materiales” de una vivienda digna, así como a su “tenencia efectiva”.

Existen otros derechos fundamentales cuyo ejercicio depende de lo que llamaremos la “dimensión comunitaria” de la vivienda (ubicación y pertinencia cultural). La ubicación de la vivienda tiene una incidencia innegable en el acceso a servicios, entre ellos la educación y la salud. Incide también en el acceso a las oportunidades laborales y, en general, en la posibilidad real de movilidad social, al punto que crecer en un barrio segregado y pobre (peor si es estigmatizado como violento) perjudica enormemente la movilidad intergeneracional (posibilidad de alcanzar mayor bienestar socioeconómico que los padres)⁸. La pertinencia cultural de la vivienda, por su parte, es consecuencia de (y requisito para asegurar) un debido respeto y promoción de los derechos de los pueblos indígenas⁹.

Por último, esta dimensión comunitaria de la vivienda adecuada conecta íntimamente con el desarrollo del derecho a la ciudad. A través de este derecho, se reivindica y busca asegurar la deliberación democrática en las decisiones que configuran el espacio urbano (Borja, 2010), así como garantizar a la comunidad el goce efectivo del plusvalor que produce la vida en común (Sugranyes, 2010).

En síntesis: la tenencia de una vivienda adecuada o digna determinará el grado en que una persona puede gozar plenamente de otros derechos fundamentales, así como de su ciudadanía, entendida esta como membresía o igual pertenencia a la comunidad política. Dicho de otro modo, sin acceso igualitario a una vivienda digna, será imposible construir una democracia sustantiva, pues habrá quienes deban dejar de lado el ejercicio de sus derechos cívicos, para poder procurarse un techo. En ese sentido, un compromiso con la igual dignidad de las personas y con la construcción de una ciudadanía sustantiva, debiese reconocer en el acceso a (y tenencia de) una vivienda digna un derecho cuya provisión no puede quedar entregada ni exclusiva ni principalmente al mercado, un espacio que debe responder principalmente a la idea de igual dignidad de las personas (y no a su distinto poder adquisitivo). En

ello, el rol de la comunidad ha de ser preponderante y, ciertamente, más activo del que se le ha permitido hasta ahora. En las páginas siguientes, expongo por qué la constitucionalización del derecho a la vivienda adecuada puede ayudarnos a construir ese espacio de igual dignidad.

La constitucionalización del derecho a la vivienda como oportunidad para la deliberación democrática

Las próximas líneas pretenden ilustrar de qué modo la constitucionalización del derecho a la vivienda representa una oportunidad para la democracia, en el sentido de permitir (y obligar) a la comunidad deliberar acerca de las políticas tendientes a materializar tal derecho.

Esta idea parte de un diagnóstico: las decisiones sobre la política pública en materia de vivienda no son actualmente fruto de una deliberación democrática suficiente, sino que radican, principalísimamente, en oficinas administrativas (el Minvu y sus Serviu). En su mayor parte, los mecanismos de acceso y garantía del derecho a la vivienda han quedado fuera de la deliberación democrática y escrutinio público, cuya sede natural es el Congreso (Smart & Burgos, 2018). El grueso de estos mecanismos fue diseñado durante la dictadura¹⁰ y, en su mayor parte, se ha mantenido la lógica de subsidios habitacionales focalizados en los más pobres y complementado con el ahorro familiar, junto con una aproximación “minimalista” que constriñe la actividad regulatoria estatal y, en su lugar, privilegia la acción del mercado como mecanismo de provisión de vivienda social (Gil, 2016). Así, desde la segunda mitad de la década de los setenta, “los principales actores en el sector de la vivienda son los constructores privados, los promotores inmobiliarios y las instituciones financieras, que cuentan con gran influencia. Básicamente este modelo ha convertido en consumidores a los titulares de derechos” (Naciones Unidas, 2018).

En efecto, la normativa relevante en materia de política habitacional se encuentra en escasas leyes¹¹. Estas leyes sólo proveen un marco orgánico y atribuyen competencias que, en su mayoría, no representan decisiones sustantivas

8 Recientes estudios realizados a través del seguimiento de aproximadamente 7 millones de familias estadounidenses en contextos de segregación urbana concluyen: Primero, que la posibilidad de alcanzar bienestar económico se encuentra fuertemente determinada por el barrio en el que se crece. Crecer en un barrio segregado y pobre impacta negativamente los años de escolaridad y, en última instancia, los ingresos que percibirá ese niño en su adultez. En otras palabras, los barrios segregados y pobres producen peores oportunidades de movilidad intergeneracional (Chetty & Hendren, 2018). Y segundo, que mudarse a temprana edad (antes de los 9 años) desde un barrio de “bajas oportunidades” a otro de oportunidades medias o altas tiene un efecto real y positivo en el desarrollo de esos niños y en la movilidad social intergeneracional (Chetty et. al., 2016).

9 Al respecto, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 y ratificada por Chile en marzo de 2008), en su artículo 23, reconoce el derecho “a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

10 Hasta antes de la dictadura, la política habitacional tuvo como protagonistas a los Consejos de Habitaciones (entre 1906 y 1936), a la Caja de Habitación Popular (desde 1936) y la Corporación para la Reconstrucción (desde 1939), fusionadas ambas en la Corporación de la Vivienda (CORVI, creada en 1953) y luego a la Corporación de Servicios Habitacionales (CORHABIT, creada en 1965, junto con el Minvu). Estas instituciones se dedicaron a administrar fondos públicos, primero, y luego directamente a *construir y asignar* viviendas sociales (CORVI y CORHABIT, respectivamente), situándose en la primera línea de la provisión de vivienda. En 1976, tanto la CORVI como la CORHABIT fueron disueltas por la dictadura, que en su lugar estableció un sistema de subsidios entregados por el SERVIU, creado también ese año (Simian, 2010). Junto con ello, se liberalizó radicalmente el mercado del suelo, lo que propició la construcción de vivienda social en la periferia urbana.

11 Principalmente, la Ley N°16.391 Orgánica Constitucional del Minvu (que establece su competencia para definir y ejecutar la política pública en materia de vivienda) y en el DFL N°458 de 1975 ó Ley General de Urbanismo y Construcciones (que regula la planificación urbana y, desde 2016, establece un régimen de mitigaciones y aportes al espacio público). Son menos relevantes las leyes N°19.281 sobre leasing habitacional y N°19.537 sobre copropiedad inmobiliaria.

acerca de cómo debe materializarse el acceso a la vivienda¹². No existe tampoco una “ley marco de vivienda” sino que, en su lugar, impera “una remisión total de las decisiones de política habitacional al rango administrativo” (Schönsteiner et. al., p.109). Así, la definición de la política habitacional descansa en tres órdenes decisorios: (i) el diseño de programas vía decretos del MINVU y la asignación presupuestaria para su ejecución por el Gobierno; (ii) la asignación de subsidios por las SEREMIS del MINVU; y (iii) el control de la entrega de estos subsidios e inspección de las construcciones por parte del SERVIU. Todas estas son decisiones administrativas dependientes del gobierno de turno. Smart y Burgos (2018) destacan que “no existe debate público respecto de las modificaciones en el sistema de subsidios, en tanto [el MINVU] es un consorte del gobierno de turno” y no hay incentivos para que este dé cuenta públicamente de las razones que le asisten.

La falta de actividad legislativa y escrutinio público es un grave problema. Contra la vieja idea liberal de que los derechos fundamentales operan únicamente como un límite al ejercicio del poder político, la dinámica propia de los derechos sociales los sitúa también como un llamamiento a la acción de la comunidad y el Estado, de modo que convive en ellos una doble dinámica de restricción y habilitación al legislador (Atria, 2014). El legislador tiene el deber de configurar las instituciones (o el sistema) que aseguren su legítimo ejercicio y satisfacción (Salgado, 2017), de modo que las más de las veces será el déficit de acción estatal/pública la que producirá la vulneración. En este sentido, el ejercicio democrático del poder y su necesario escrutinio público son unas de las garantías más importantes de los derechos fundamentales, especialmente comprendidos como derechos de igual ciudadanía¹³.

12 Una creciente conciencia de esta falta de definiciones sustantivas en la ley, así como de la necesidad de integración urbana, llevó a que, en diciembre de 2018, se ingresara al Congreso un proyecto de ley que busca promover la integración (boletín N°12.288-14, actualmente en segundo trámite constitucional ante el Senado). El Proyecto propone dos fórmulas: (1) incorporar a la LOC del Minvu disposiciones que lo obligan a considerar la integración urbana como un objetivo de sus programas y políticas; y (2) permitir a las autoridades locales la entrega de incentivos normativos, a cambio de la construcción de viviendas sociales. A pesar de que esta iniciativa podría representar un avance, en el sentido de explicitar la importancia de la faz comunitaria de la vivienda, a mi juicio no constituye un cambio sustantivo. No altera la distribución competencial de la definición de política pública y sólo mandata al Minvu a incorporar “criterios de integración e inclusión urbana”, sin aumentar el escrutinio público y democrático sobre estas definiciones. Tampoco cambia la lógica de provisión de la vivienda y el protagonismo del mercado en la misma. Al contrario, el sistema de incentivos normativos descansa fuertemente en mejorar la rentabilidad de los proyectos inmobiliarios, desarrollados por privados, estableciendo un canje: las inmobiliarias desarrollarán proyectos integrados y el Estado les “pagará” con normativa de construcción más favorable.

La naturaleza genérica de la habilitación a la autoridad administrativa para establecer beneficios normativos (que le permite definir discrecionalmente los criterios de asignación y la magnitud de los beneficios) mantiene al legislador democrático relegado a un rol secundario. Además, como Larraín (2019) advierte, la falta de control podría redundar en una subversión de los fines de la medida, transformándola en un beneficio para las inmobiliarias sin suficiente retorno en términos de utilidad pública. Esta falta de control se vuelve altamente probable, toda vez que el proyecto de ley permite al MINVU pasar sobre las decisiones contenidas en los Instrumentos de Planificación Territorial de los gobiernos locales.

13 Tan importantes, que quienes suscriben esta visión habitualmente reprochan el que algunos autores cifren sus esperanzas de garantía de los derechos fundamentales en

La ausencia del derecho a la vivienda digna o adecuada en nuestra Constitución acarrea también la ausencia de llamamiento al legislador para que configure su ejercicio. A diferencia de lo que sucede con el derecho a la salud, a la educación o a la seguridad social —en que la propia Constitución encomienda a la ley la organización de sistemas en concordancia con un set de principios allí definidos—, no existe norma constitucional que expresamente asigne esta competencia en materia de derecho a la vivienda. De este modo, el legislador no tiene ninguna obligación clara, lo que ha permitido la inexistencia de una ley marco y la delegación del grueso de la definición de la política habitacional en la autoridad administrativa. Con ello, la posibilidad de escrutinio público democrático y discusión ciudadana en este ámbito se ha visto severamente coartada. La incorporación del derecho a la vivienda adecuada o digna a la Constitución, con un expreso mandato de configuración al legislador, sería un mecanismo especialmente eficaz para forzar el cambio de esta tendencia y llevar al Congreso la discusión que hasta ahora se ha producido casi exclusivamente en las oficinas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

La constitucionalización del derecho a la vivienda “con apellido” y la garantía de sus contenidos esenciales

No es suficiente, sin embargo, una constitucionalización genérica del derecho a la vivienda, sino que es necesario que se le consagre “con apellido”, es decir, como derecho a una vivienda adecuada o digna, estableciendo sus elementos esenciales y dejando a la ley su desarrollo. Adicionalmente, es importante que algunos de sus contenidos sean justiciables, especialmente la garantía de no-discriminación en el acceso y la seguridad en la tenencia.

Por suerte, no es un camino que recorramos solos. El derecho a la vivienda sí se encuentra reconocido en tratados internacionales y ha sido la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos la que ha precisado su contenido, agregándole el apellido *adecuada* (a veces también, digna). Por otro lado, son numerosas las Constituciones de otros países que, haciendo eco de este desarrollo, han incorporado explícitamente el derecho a la vivienda en sus catálogos de derechos fundamentales¹⁴.

Recurriremos, entonces —para dibujar la fisonomía del derecho en estudio—, a la sistematización que se ha hecho

su justiciabilidad. En Chile, por ejemplo, Atria, Salgado y Wilenmann (2017) lo caracterizan como un “error de énfasis”, que tiene por efecto su identificación con “reclamos individuales, como el reclamo de un individuo en particular en contra de la comunidad, para que esta le provea de determinada prestación social”, en vez de en el deber de la comunidad de organizar un sistema institucional que los garantice. Así, “es importante que haya alguna dimensión de ellos que sea justiciable, pero esa dimensión no es la principal” (Atria et al. 2017, p. 203).

14 De acuerdo con la información disponible en *Constitute Project*, 77 Constituciones vigentes a nivel global garantizarían el derecho a la vivienda (ver en www.constitute-project.org).

en doctrina internacional, a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Este instrumento, en su artículo 11.1, reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuada*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”¹⁵, cuyo ejercicio, además, no puede estar sujeto a ninguna forma de discriminación¹⁶.

El Comité de DESC de la ONU ha desarrollado su contenido. En su muy citada Observación General N°4 de 1991, recogiendo décadas de análisis y promoción de este derecho, aclara que “no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo”, como la mera tenencia de un techo, sino más bien “como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”¹⁷. Continúa el Comité: “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término ‘vivienda’ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos”¹⁸.

La observación agrega que una adecuada comprensión del derecho a la vivienda debe incorporar al menos siete elementos esenciales, de modo que faltando uno, el derecho queda cojo. Dos elementos delimitan los *mínimos materiales de la vivienda*: (i) “Habitabilidad” en el sentido más básico, esto es, servir de protección de los elementos de la naturaleza y dar seguridad frente a eventuales perturbaciones o ataques contra su vida privada, la propiedad, la integridad y la vida. Y (ii) “Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura”, lo que incluye acceso a agua potable, energía eléctrica, instalaciones sanitarias como baños, basureros, etc.

Tres elementos aseguran la *tenencia efectiva*: (iii) “Seguridad jurídica de la tenencia”. Como contraposición a la propiedad, la tenencia es un término deliberadamente más amplio, de modo que incluye la protección del arriendo, de viviendas de emergencia e incluso de figuras como la ocupación y los asentamientos informales o tomas. (iv) “Gastos soportables”, de modo que tener y mantener una vivienda no comprometa la satisfacción de otras necesidades básicas. Y (v) “Asequibilidad”, particularmente para los “grupos desfavorecidos”, cuyas especiales necesidades deben tomarse en cuenta en el diseño de política pública.

15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969.

16 Ibidem, artículo 2.2.

17 Observación General N°4 de 1991 sobre “El derecho a una vivienda adecuada” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. 6° período de sesiones (E/1992/23). Párrafo 7.

18 Ídem, destacado agregado.

Los últimos dos elementos se relacionan con la *dimensión comunitaria de la vivienda*: (vi) “Lugar”, en relación con el acceso a empleo, salud, educación y otros servicios sociales, especialmente en cuanto los costos de traslado (en tiempo y dinero) suelen afectar más a las familias más pobres. Y (vii) “Adecuación cultural”, es decir, que las políticas públicas y la misma construcción de las viviendas, permitan una adecuada expresión de la identidad cultural de sus habitantes¹⁹.

Una adecuada constitucionalización del derecho a la vivienda, que pretendiera ser transformadora de las lógicas imperantes de provisión de este derecho, debiese incorporar todos estos elementos y disponer de garantías para su eficacia.

En efecto, una constitucionalización del derecho a la vivienda que reconociera expresamente sus diversos contenidos esenciales —*mínimos materiales, tenencia efectiva y dimensión comunitaria*— permitiría superar algunos de los puntos ciegos que hasta ahora han existido en la política habitacional chilena, especialmente respecto de su ubicación y adecuación cultural, así como la protección de más diversas formas de tenencia (y no, como actualmente sucede, de la propiedad y, tímidamente, del arriendo). Parte de los problemas de segregación que hemos visto tienen que ver con la centralidad del factor cuantitativo, en desmedro de la importancia de la integración urbana, en la definición de la política pública²⁰. Un reconocimiento constitucional del derecho, que incorporara la localización y el acceso a servicios como elementos esenciales de la vivienda, permitiría establecer un estándar constitucional más alto con que evaluar las decisiones legislativas y políticas públicas, acorde a las exigencias ciudadanas por mayor igualdad y menor segregación. Me parece incorporar la ubicación como elemento esencial de una vivienda digna mejoraría dramáticamente las herramientas normativas para impugnar las medidas *periferistas*, lo que redundaría en ciudades menos segregadas. De todos modos, sería deseable que se declarara expresamente que la integración urbana es parte del rol social de la vivienda, así como del suelo urbano.

19 Ibid. párrafo 7. Para una explicación actualizada, véase también la versión de 2016 del Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile de la UDP (Schönsteiner et. al. pp. 91-97). También Espejo aterriza cada uno de estos elementos esenciales al contexto latinoamericano y chileno (2010, pp. 52-56).

20 Nótese, no sólo en los programas de subsidio y construcción “permanentes”, sino también en los programas de reconstrucción (que, por la naturaleza sísmica de nuestro país, también moldean las ciudades). En Talca, por ejemplo, con posterioridad al terremoto de 2010, un enfoque predominantemente cuantitativo y una insuficiente ponderación de la necesidad de protección de la comunidad y su vida en barrios llevó a que, como consecuencia de la reconstrucción, muchas familias residentes del centro de la ciudad fueran desplazadas hacia la periferia. En su lugar, sus barrios fueron destinados principalmente al comercio. Resultado: el detrimento en la calidad de vida de estas familias, por un lado, y la posibilidad de enriquecimiento de particulares que pudieron comprar esos terrenos a bajos costos para instalar sus negocios. Para un completo estudio de este caso, ver el trabajo de Letellier y Rasse (2016).

Para un escueto análisis del Proyecto de Ley de Integración urbana que se tramita en el Congreso, véase *supra*, nota 12.

Esto no es puro voluntarismo. Contra la idea de que no se pueden “forzar” los procesos de integración, estudios demuestran que la integración urbana no sólo tiene efectos positivos, sino que —lejos de lo que algunos vecinos de Las Condes nos mostraron en 2018 a propósito de las torres de la Rotonda Atenas— la mayoría de las personas guarda una disposición favorable a este tipo de políticas, disposición que además incrementa mientras menos segregado es el barrio en que se vive (Sabatini et. al., 2012). Adicionalmente, la integración urbana está en directa relación con la construcción de una sociedad de ciudadanas y ciudadanos iguales, en la medida que permite su convivencia. Si buscamos —como declaramos al comienzo— *descomodificar* la vivienda y avanzar hacia una comprensión en que impere la igual dignidad de las personas (y no solamente los criterios de mercado), no podemos dejar esta idea fuera de su estructura interna.

La constitucionalización del derecho a la vivienda digna tendría otro efecto virtuoso: entregarle un mayor peso relativo en el sistema de derechos fundamentales. Esto no es irrelevante, sino que tiene constantes repercusiones en el ámbito de los desalojos, donde la falta de consagración expresa del derecho a la vivienda (y de la garantía de seguridad en la tenencia) ha acarreado una jurisprudencia fundamentalmente formalista y poco garantista, cediendo habitualmente en favor del derecho de propiedad (Figuroa, 2019). Ello contrasta fuertemente con lo que ha ocurrido en Sudáfrica que, desde el fallo en el caso *Grootboom*, ha desarrollado criterios jurisprudenciales para armonizar el derecho a la vivienda con otros intereses, estatales y privados.

Esto nos lleva a la pregunta sobre la justiciabilidad (exigibilidad ante tribunales) del derecho a la vivienda digna. Sin perjuicio de que comparto que la principal garantía de los derechos sociales se encuentra en la acción del poder político democrático, por la vía legislativa, para la configuración de sistemas de provisión del derecho (tanto, que he dedicado a ello la mayor parte de este trabajo); creo también indispensable que existan ciertos contenidos esenciales justiciables. Cuando menos, la habitabilidad de la vivienda, la seguridad de la tenencia y la no-discriminación en el acceso, debiesen estar protegidos por la acción constitucional de tutela de derechos fundamentales que se establezca (actualmente, recurso de protección)²¹.

Finalmente, una adecuada constitucionalización del derecho a la vivienda digna debiese dialogar con otro derecho relacionado, pero más joven: el derecho a la ciudad. Este derecho “puede formularse como un *derecho a la vida urbana*, transformada, renovada” y centrada en la clase trabajadora (Lefebvre 2017, p. 139). Exige la reformulación de la vida urbana, contra las dinámicas propias

21 Para un desarrollo más acabado de esta idea, puede consultarse Canessa, 2020.

del neoliberalismo, para construir ciudades “donde la mayoría de los habitantes logren ser felices y solidarios, generando y redistribuyendo los beneficios de la ciudad para todas y todos” (Sugranyes 2010, p.72). Ello implica, por supuesto, dotar de agencia a los ciudadanos en las decisiones urbanísticas (para qué, para dónde y cómo crece la ciudad), fortaleciendo entonces las instancias locales de deliberación.

La relación del derecho a la ciudad con lo que he llamado la dimensión comunitaria del derecho a la vivienda parece evidente. No sólo en cuanto la realización plena del derecho a la vivienda digna sólo puede darse en el contexto de ciudades humanas, sino principalmente porque nos permite someter a un escrutinio más estricto políticas habitacionales, a la luz de la necesidad de agencia y transformación colectiva de la vida urbana (Harvey 2013). Esto requiere, a su vez, dar al derecho a la vivienda y al derecho a la ciudad un peso relativo suficiente, que permita, allí donde se la requiera, una limitación razonable del derecho de propiedad²². Lo anterior podría implicar constitucionalizar principios para un estatuto especial del suelo, en reconocimiento de sus particulares características y la prevalencia de su función pública por sobre la privada.

Conclusión: 7 propuestas para la consagración del derecho a la vivienda digna en la Nueva Constitución

En las páginas anteriores examinamos el silencio de la Constitución de 1980 en materia de derecho a la vivienda y propusimos su constitucionalización —en diálogo con el desarrollo de este derecho en el ámbito internacional y comparado— como una oportunidad para nuestra democracia, tanto procedimental como sustantivamente entendida. Quisiera cerrar este artículo proponiendo 7 consideraciones para el momento en que nos sentemos a discutir y redactar una Nueva Constitución.

- 1) Debiese reconocerse a todas las personas un “derecho a la vivienda digna” o “adecuada”. Si bien el vocablo “adecuada” conecta más fácilmente con su desarrollo en el derecho internacional, es posible que “digna” dialogue más con las ideas de la Nueva Constitución que, no me cabe duda, recogerá la igual dignidad de las personas como valor y principio fundante. En general, me parece que son relativamente intercambiables, pues ambos apuntan a dotar de contenido al derecho, más allá del sólo tener un techo sobre la cabeza.

22 Enrique Rajevic comenta cómo diversas propuestas de política pública favorable a la vivienda y la planificación urbana han fracasado al enfrentarse al derecho de propiedad (que, en la Constitución de 1980, fue fortificado enormemente). Así, por ejemplo, cita el fracaso de un anteproyecto de ley ideado durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, que aumentaría en un 5% las cesiones obligatorias de suelo de los proyectos de urbanización a los municipios, los que a su turno las destinarían a construcción de viviendas sociales. Las duras críticas que recibió de parte del sector inmobiliario y la prensa terminaron matando la propuesta (Rajevic, 2010).

- 2) La Constitución debiese incorporar los elementos esenciales de este derecho, fijando así objetivos al legislador. Entre estos elementos, deben estar los que hemos sistematizado antes como su materialidad (habitabilidad y disponibilidad de servicios), su dimensión comunitaria (adecuación cultural y lugar) y la tenencia efectiva (asequibilidad, gastos soportables y seguridad jurídica de la tenencia). El elemento de ubicación de la vivienda deberá hacer especial referencia a la función social de la misma y a la necesidad de integración urbana.
- 3) Debiese también explicitarse un derecho a no-discriminación arbitraria en materia de acceso a la vivienda, que funcionara como un especial resguardo a la población migrante, a mujeres, personas de la tercera edad, pueblos originarios, etc.
- 4) La Constitución debiese hacer un especial llamamiento al legislador a *configurar un sistema* de provisión y protección del derecho a la vivienda, el que deberá estar destinado a garantizar el derecho y sus elementos esenciales.
- 5) Algunos de sus contenidos esenciales debiesen ser justiciables, es decir, estar garantizados con la acción constitucional de tutela de derechos fundamentales que se establezca también para los demás derechos. Estos contenidos esenciales serían, a lo menos, la habitabilidad de la vivienda, la seguridad de la tenencia y la no-discriminación en el acceso.
- 6) Junto con el derecho a la vivienda, se debiese constitucionalizar el derecho a la ciudad, de modo que la función social de la vivienda se exprese también en este ámbito. La constitucionalización de este derecho debiese ir acompañada de una mayor descentralización del poder y exigir del legislador el establecimiento de mecanismos de democracia directa y participativa en el área de planificación territorial, con especial énfasis en el empoderamiento de las autoridades y comunidades locales.
- 7) Por último, sería deseable que la Constitución reconociera explícitamente el especial rol social del suelo urbano, habilitando al legislador a establecer un estatuto especial y, a su vez, a adoptar una actividad regulatoria intensa. El suelo urbano es una función social.

Bibliografía

- Atria, F. (2014). *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM.
- Atria, F., Salgado, C., & Wilenmann, J. (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago: LOM.
- Borja, J. (2010). La democracia en busca de la ciudad futura. En A. Sugranyes, & C. Mathivet (Edits.), *Ciudades*

- para Tod@s* (págs. 31-43). Santiago: Habitat International Coalition (HIC).
- Bravo, S. (2019). Asentamientos informales en Chile: un aumento esperable de un problema conocido. *Revista CIS, TECHO*(27), 7-13.
- Canessa, M. (2020) Propuestas para la garantía efectiva del derecho a la vivienda digna en la Nueva Constitución. *Asuntos Públicos*. Informe N° 1.391. Disponible en <http://www.asuntospublicos.cl/>
- Chetty, R., & Hendren, N. (2018). The Impacts of Neighborhoods on Intergenerational Mobility I: Childhood Exposure Effects. *The Quarterly Journal of Economics*, 133(3), 1107-1162.
- Chetty, R., Hendren, N., & Katz, L. F. (2016). The Effects of Exposure to Better Neighborhoods on Children: New Evidence from the Moving to Opportunity Experiment. *American Economic Review*, 106(4), 855-902.
- Espejo, N. (2010). El derecho a una vivienda adecuada. *Revista CIS*, 8(13), 48-62.
- Figuroa, R. (2019). Desalojos masivos de grupos vulnerables: Jurisprudencia constitucional de Chile y Sudáfrica. *Revista Chilena de Derecho*, 46(2), 323-344.
- Gil, D. (2016). Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile. *La Desigualdad* (págs. 262-281). SELA.
- Harvey, D. (2013). *Ciudades Rebeldes. Del derecho a la ciudad a la revolución urbana*. (J. Madariaga, Trad.) Madrid: Ediciones Akal.
- Larraín, C. (2019). Incentivos normativos para la integración social: modelación y análisis. *Revista CIS*, 13-33.
- Letelier, F. & Rasse, A. (2016). Política de reconstrucción y desplazamiento: el caso de las familias de bajos ingresos del centro de Talca. *Revista de Urbanismo* (35), 220-245
- Lefebvre, H. (2017). *El derecho a la ciudad*. (I. Martínez Lorea, & J. González-Pueyo, Trads.) Madrid: Capitán Swing Libros.
- Lovera, D. (2019). Derechos sociales en una nueva Constitución: el constitucionalismo transformador. En J. Bassa, J. Ferrada, & C. Viera, *La Constitución que queremos* (págs. 111-130). Santiago: LOM.
- Marshall, T. H. (1950). Citizenship and Social Class. En T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays* (págs. 1-85). Cambridge: University Press.
- Ministerio de Vivienda y Urbanismo. (2004). *Chile, un siglo de políticas en Vivienda y Barrio*. Departamento de Estudios, División Técnica de Estudios y Fomento Habitacional.
- Muñoz, F. (2013). La Constitución de la desigualdad. En F. Muñoz León (Ed.), *Igualdad, inclusión y derecho* (págs. 93-114). Santiago: LOM.
- Naciones Unidas. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante*

- del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto relativo a su misión a Chile. Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. 37° período de sesiones (A/HRC/37/53/Add.1). Obtenido de https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/53/Add.1
- Nogueira, H. (2015). El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 301-350.
- Núñez, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos*(11), 157-169.
- Poduje, I., Mieres, E., Vergara, J., & Iribarne, C. (2020). *Atisba Monitor. Barrios de riesgo Covid-19*. Obtenido de <http://www.atisba.cl/wp-content/uploads/2020/06/Reporte-Atisba-Monitor-Barrios-Riesgo-Covid19.pdf>
- Rajević, E. (2010). El paulatino pero insuficiente desarrollo del Derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*(54), 61-70.
- Sabatini, F., Rasse, A., Mora, P., & Brain, I. (2012). ¿Es posible la integración residencial en las ciudades chilenas? Disposición de los grupos medios y altos a la integración con grupos de extracción popular. *EURE*, 38(115), 159-194.
- Salgado, C. (2015). Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22(1), 401-432.
- Salgado, C. (2017). Límites y restricciones a los derechos fundamentales. En P. Contreras, & C. Salgado, *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general*. (págs. 207-255). Santiago : LOM.
- Schönsteiner, J., Alarcón, F., Cisterna, P., & Silva, V. (2016). Derecho a una vivienda adecuada en Chile: una mirada desde los campamentos. En Centro de Derechos Humanos UDP, & T. Vial (Ed.), *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2016* (págs. 81-121). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Simian, J. (2010). Logros y desafíos de la política habitacional en Chile. *Estudios Públicos*(117), 269-322.
- Smart, S., & Burgos, V. (2018). Chilean housing policy: a pendand human rights perspective. *Journal of Property, Planning and Environmental Law*. doi:<https://doi.org/10.1108/JPEL-02-2018-0004>
- Sugranyes, A. (2010). El derecho a la ciudad. Praxis de la utopía. *Hábitat y Sociedad*(1), 71-79.
- Tórtora, H. (2012). El derecho a la vivienda adecuada o digna. En G. Aguilar Cavallo (Ed.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno* (págs. 347-367). Santiago: Librotecnia.
- Zapata, L. (2020). *La casa de todos y todas. La nueva Constitución que Chile merece y necesita*. Santiago: Ediciones UC.

SEGUNDA PARTE:

Estado, Instituciones y Participación.

Un nuevo Estado para una nueva Constitución

Flavio Quezada Rodríguez

RESUMEN: En el presente ensayo se exploran las relaciones entre Constitución y reforma administrativa. Se señala que para concretar el paso de un Estado propio de un modelo neoliberal hacia uno de una República social (i. e. un Estado social), será necesaria una profunda reforma administrativa, respecto de la cual se avanzan algunas directrices generales. Solo de esta manera el nuevo pacto político-constitucional podría convertirse en una realidad social perceptible en la cotidianeidad de la ciudadanía y, de esta forma, alcanzarse una estabilidad democrática de la institucionalidad estatal.

Introducción

Hasta hace poco no resultaba extraño que se afirmase en el debate público que Chile tendría, en comparación a los demás países de la región, una institucionalidad estatal funcionando razonablemente; sin embargo, luego de los sucesos de los últimos meses, resulta particularmente difícil diseñar políticas públicas coherentes y pertinentes, implementarlas y lograr resultados efectivos. Esto no se debe solo a la fragilidad política de un gobierno torpe y lento, con tendencias autoritarias y débil compromiso con los derechos humanos; hay también problemas propios de un Estado estructurado según la lógica del modelo constitucional impuesto.

En efecto, tal como explica Huneeus, la profunda transformación social que impuso la dictadura de acuerdo con un “paradigma de neoliberalismo radical”, conllevó un reentendimiento del rol del Estado, el cual “experimentó profundos cambios por la transformación económica, con la desregulación y la privatización de las empresas públicas y del sistema de pensiones, así como la introducción de mecanismos de mercado en la salud y la educación” (Huneeus, 2018, p. 35). Como resultado de aquello, “...el Leviatán no se encuentra en este caso en el Estado poderoso, que interviene en todo, sino que principalmente en un poder privado frente a cuyos abusos y decisiones discrecionales el ciudadano carece de medios para defen-

derse” (Huneeus, 2018, p. 40). Ante ello, propone que el Estado “...debe contar con fuerzas centrípetas que le den coherencia y eficacia, una de las cuales se encuentra en los partidos y grupos de interés, que articulen los intereses de todos los grupos sociales, para que la agenda pública sea plural y no desequilibrada a favor de un actor económico. También se requiere una burocracia estatal independiente, con una carrera funcionaria, que otorgue capacidad a la administración pública para participar en la formulación y aplicación de las políticas” (Huneeus, 2018, p. 53).

Un diagnóstico similar desarrolla Cecilia Osorio al analizar el proceso de formulación de políticas públicas, señalando que aquello tiene, entre otras, por funciones ideales “...la coordinación política y técnica, la planificación estratégica, el seguimiento y la evaluación de las políticas y su comunicación” (Osorio, 2018, p. 32), las cuales no se cumplirían a cabalidad en el presente y, por lo mismo, se requeriría avanzar hacia una administración pública robusta y eficaz.

En suma, desde estos diagnósticos, es posible afirmar que el Estado chileno, para poder afrontar los desafíos que le impone la ciudadanía, requiere repensar su administración pública, superando sus debilidades actuales más apremiantes, tales como, su impotencia para disciplinar poderes privados y hacerlos compatibles con el interés general; la precariedad de sus servidores públicos entregados a las vicisitudes de los cambios de gobierno y degradados en su reconocimiento social; y un sistema de control de la acción pública disperso y que entrega señales contradictorias a los aparatos burocráticos. Se requiere, además de una nueva Constitución, una profunda reforma administrativa¹. En este breve ensayo se intentarán avanzar algunas ideas sobre aquello.

¹ Luciano Parejo entiende por ella: “...los perfeccionamientos y las mejoras a introducir en la organización y el procedimiento administrativo, la función pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es decir, la Administración como sujeto actuante para el cumplimiento de sus fines propios y en la Administración como sujeto justiciable” (Parejo, 1983, p. 21).

Nueva Constitución y reforma administrativa

Sea quien sea el grupo político que gobierne, una sociedad democrática que aspira a entregar progresivamente una mejor calidad de vida a todos sus miembros requiere de un Estado robusto y eficaz, que esté controlado para evitar excesos y que se haga responsable cuando incurra en ellos². Se requiere, por ejemplo, un Ministerio de Salud que sea creíble en sus cifras y decisiones, que pueda implementar medidas para resguardar de forma efectiva la salud de la población; asimismo, se requiere un Ministerio del Interior capaz de prevenir conflictos y que, una vez manifestados, pueda resguardar el orden público con pleno respeto a los estándares que imponen los derechos humanos.

El proceso constituyente en curso es una ocasión para asentar consensos mínimos sobre la acción pública, esto es, acuerdos sobre un nuevo modelo de Estado y una Administración que sea capaz de materializarlo. Esto es así en tres sentidos: primero, porque las constituciones normalmente establecen lo que se denomina “las bases constitucionales de la Administración”, es decir, los elementos fundamentales desde los cuales se organizan y estructuran los cuerpos burocráticos³. Segundo, porque la práctica política-constitucional que se desarrolle entenderá de determinada forma lo público, lo común, lo compartido, la ciudadanía y, en definitiva, la relación de todo aquello con las personas en la sociedad. En efecto, la práctica política no se detiene o agota ante la tecnificación del derecho administrativo, sino que halla en ella una forma específica o concreta de proyectarse (Caillousse, 2008 y 2017); es, parafraseando Pierre Legendre, el verdadero derecho político del Estado (1992, pp. 578-609). Finalmente, también porque las constituciones son expresión de objetivos sociales compartidos que se acuerdan alcanzar hacia el futuro (Rodríguez de Santiago, 2007, p. 17-42). De este modo, se entiende que sea del todo razonable plantear que, en la actualidad, el derecho administrativo sería más (materialmente⁴) constitucional que las constituciones (Ginsburg, 2010, p. 117), pues cumple un rol constitutivo de la estatalidad misma⁵.

En efecto, como explica Parejo, “[e]l Estado y, por tanto, la parte del mismo en que consiste la Administración, no tienen, sin embargo, una vida que gire en el vacío, sin conexión alguna con las circunstancias reales de orden político, social y económico y su evolución. [...] Toda Admi-

nistración debe estar construida y diseñada de forma que resulte apta para afrontar y resolver los problemas y las tareas propios de cada época histórica” (1983, p. 22). De este modo, para que la nueva Constitución no sea un mero papel o excusa de retóricas políticas intrascendentes, se requerirá de una estatalidad que se despliegue territorialmente y que, siendo coherente con lo que se entienda ser el acuerdo político constituyente, implemente sus decisiones de forma pertinente a cada contexto social en el que incida y de acuerdo a los cambios y transformaciones que vayan sucediendo en la sociedad chilena.

Es más, bien podría avanzarse que ya existiría en Chile, en los hechos, y antes incluso que se llegase al acuerdo que estableció el cronograma constituyente, un cambio en la constitución material (Goldoni y Wilkinson, 2018) —entendida aquella como el orden real del poder—, modificada por la acción directa de la ciudadanía que habría impuesto a la institucionalidad estatal una decisión profundamente política de redistribución del poder político, social y económico en la sociedad chilena. Así, en realidad, el proceso constituyente sería más bien el mecanismo para encauzar institucionalmente lo anterior en un texto, cuya generación daría lugar al establecimiento de una nueva práctica política constitucional. Por cierto, dicha decisión política redistributiva no solo resulta imposible dentro del marco constitucional actual (tanto como texto, como la práctica política), tal como lo explicaron previsoramente Bassa (2018) y Muñoz (2015), y, por lo mismo, exige su cambio, sino que también requiere un Estado distinto en otro entendimiento político: una República social cuya primera consecuencia sea un Estado social podría ser una buena síntesis.

La relación entre texto constitucional y estas reformas no ha sido algo ajeno a nuestra historia, muy el contrario, tal como el texto constitucional de 1925 fue evolucionado paralelamente con sucesivas reformas de la Administración que confluyeron en un incipiente Estado social “a la chilena” (Larraín, 2014, pp. 111-124); el texto dictatorial solo pudo implementar el ideario que lo sustentaba a través de profundas reformas administrativas, de características refundacionales, que se impulsaron durante los tiempos de Pinochet (Larraín, 2014: 124-132): en efecto, varias leyes básicas de la administración chilena datan de aquella época, la primera versión de la regionalización, como las grandes privatizaciones y mecanismos que permitieron aquellas en la década de los 90. Del mismo modo, durante la etapa transicional, junto a las reformas constitucionales que intentaron atenuar los rasgos más inaceptables del texto impuesto, se avanzó en democratización de la acción pública, siendo la ley de procedimiento administrativo, la ley de transparencia y la reforma de los gobiernos regionales buenos ejemplos en ese sentido. Sin embargo, tal como el marco constitucional actual resulta inadecuado

2 Una lúcida demostración de aquello en el contexto español en: (Parejo, 1983).

3 Así se explica la discusión francesa sobre esto tópico en Stirn, 2019. Una excelente explicación sobre cómo los principios políticos básicos que asume una comunidad política determinan la configuración de la administración pública en Dreyfus, 2012. Asimismo, respecto del caso español, la obra de Luciano Parejo antes citada.

4 Es decir, es un elemento configurador del orden real del poder en una sociedad. A este respecto, se sigue la buena exposición de la literatura al respecto, en Goldoni y Wilkinson, 2018, pp. 567-597.

5 Una explicación más detallada de este punto en Quezada, 2020.

para la reciente decisión de la agencia política ciudadana, el marco administrativo está desfasado de la realidad social y requiere una revisión total.

Una reforma administrativa para una nueva constitución

Como se explicó previamente, no es menor esta relación entre una Constitución y la Administración del Estado, puesto que un nuevo texto, para que pueda devenir efectivamente en una *nueva Constitución política*, capaz de constituir la comunidad política chilena, requiere repensar lo estatal; es decir, se necesitará impulsar, una vez finalizado el proceso constituyente, y desde las bases que él establezca, una reforma administrativa que potencie la acción pública y la finalice hacia los objetivos que la nueva Constitución disponga⁶. Este debiera ser el camino que permita dotar de cohesión social a nuestro país, relegitimando la institucionalidad estatal y, con ello, generar las condiciones de estabilidad democrática que se requieren para retomar el desarrollo económico y el bienestar social. Si bien esta reflexión ha sido avanzada por destacados administrativistas chilenos⁷, es necesario retomarla y profundizarla considerando los sucesos recientes. El éxito del proceso constituyente también se juega en estas reformas futuras. En lo que viene, se pondrán un conjunto de directrices de una reforma administrativa para una nueva Constitución.

Primero, será necesario robustecer el Estado y dotarlo de un despliegue territorial capaz de actuar de forma eficaz y pertinente al contexto social. El objetivo debe ser que cada habitante del país al acudir a los servicios públicos perciba en ellos un espacio de ciudadanía y se represente en igualdad a todos los demás. Es decir, los servicios públicos deben ser un lugar de encuentro en el cual las diferencias individuales sean reconocidas y valoradas, la desigualdad material irrelevante y el interés general un compromiso común entre funcionarios y usuarios. Deben ser, en definitiva, un genuino factor de cohesión social (Koubi, 2014, pp. 41-53). Para ello se requiere dotar a los servicios de mayores potestades normativas, a fin que sus reglamentaciones sean más sensibles a los cambios que se produzcan en sus tareas como a las especificidades locales; asimismo, será necesario fortalecer una participación ciudadana resguardada del riesgo de cooptación, como avanzar hacia una cultura de sencillez administrativa hacia el ciudadano, procedimentalizando de forma sencilla y unificada las decisiones administrativas. Por cierto, no puede olvidarse que, como plantea Parejo, "...la Administración no puede válidamente actuar por la vía de la transacción o la composición de los intereses en presencia, ni

aun cuando ésta quede en el marco de lo lícito [...]. El interés general no es nunca la mera suma, la simple media o el puro acomodo de los intereses que se manifiesten y hagan valer. Es más bien y tan sólo el preciado por el orden constituido, considerado como un bloque" (Parejo, 1983, p. 103).

Segundo, se requiere re-significar la función pública y dotarla de una ética de servicio a los futuros valores constitucionales, elevando y asegurando su carácter técnico y profesional, y cuya estabilidad esté protegida de los ciclos electorales. El Estado no es una entidad abstracta o conceptual que habite en los manuales de teóricos o juristas, sino el conjunto real y concreto de personas que laboran día a día por un interés que entienden trascender a sus asuntos individuales. La institucionalidad democrática es posible, ni más ni menos, que gracias a su trabajo. Por ello, el quid de una futura reforma administrativa debe estar en los funcionarios públicos, cuyo régimen no puede estar entregado, tal como es hoy, a la contingencia anual de glosas presupuestarias o construcciones jurisprudenciales que, muchas veces, son contradictorias.

En efecto, las normas constitucionales y legales configuran en su derecho positivo un modelo de función pública de inspiración estatutaria que bien podría catalogarse de "*a la francesa*"⁸. Lo cual, normalmente es ampliamente desarrollado por libros que compilan la jurisprudencia que lo interpreta y que gozan de una importante difusión⁹. Algunos manuales simplemente soslayan esta materia¹⁰, otros se limitan a sistematizar las normas positivas y, a veces, entregar ciertas opiniones¹¹. Este modelo sustentado en la Constitución impuesta por la dictadura militar chilena, como en la reforma administrativa emprendida bajo ese régimen, tuvo que sortear una transición hacia la democracia, cuyas particularidades¹², derivaron en un régimen cuyo derecho positivo y tratadistas, mediante sus categorías dogmáticas, describen algo que no existe en la realidad, pero que opera de una determinada forma en la sociedad. Superar esta situación será uno de los grandes desafíos del futuro próximo.

Tercero, la acción pública debe ser controlada y responsable; tal como afirmaba Silva Cimma, "...no hay democracia sin control, ni control sin democracia..." (Silva, 1994,

6 Un vínculo similar entre nueva constitución y reforma administrativa para Chile en: Ferrada, 2020, pp. 268-290.

7 Así, Juan Carlos Ferrada, Cristian Roman y Enrique Rajevic en Chia y Quezada, 2015.

8 Como explica Enrique Rajevic: "...un modelo de empleo basado en plantas de personal por cada organismo público, que serían "el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución" (Art. 3 b) EA), esto es, el que cada una necesitaba para cumplir sus funciones legales. En cada organismo una ley especificaría escalafones, grados, cantidad de cupos por grado y requisitos, tal como ocurría antes (de hecho, el EA facultó al Ejecutivo para adecuar en seis meses las plantas y los escalafones establecidos a las categorías del nuevo sistema). Una pequeña parte de esos cargos sería de exclusiva confianza" (Rajevic, 2018, p. 407).

9 El famoso "Estatuto Administrativo Interpretado y Concordado" que elabora la Contraloría General de la República.

10 Así, por ejemplo Cordero, 2015.

11 Así, por ejemplo, un manual de amplia difusión Bermúdez, 2014, pp. 435-476. También uno más reciente: Valdivia, 2018, pp. 105-138.

12 Así lo explica Enrique Rajevic, aunque, a mi juicio, el problema es más rico en su complejidad Rajevic, 2018, pp. 405-415.

p. 15). Pero no se trata solo de una exigencia propia de un régimen democrático y republicano, sino que también resulta "...inherente y necesario a la Administración: toda institución estructuralmente compleja no puede funcionar eficazmente sin procesos de verificación de que las operaciones ordenadas por las autoridades superiores han sido bien ejecutadas por las vías inferiores, de conformidad con las normas técnicas, contables o jurídicas que guían su acción concreta. [...] [El control] garantiza directamente el funcionamiento regular de la Administración e indirectamente la protección del ciudadano contra la mala administración" (Plessix, 2020, p. 1376).

Por ello, debe avanzarse en un nuevo paradigma de control, menos centrado en un modelo idealizado y lejano a la realidad, basado en una teoría del acto administrativo y su control jurídico-formal, cuya centralidad existe más en la mente y discursos de algunos administrativistas que en la realidad. En efecto, el Estado social opera de una manera distinta, porque la incidencia de los servicios públicos y sus prestaciones materiales es mucho mayor, lo cual, evidentemente, exige otro modo de controlar, más centrado en prácticas, procedimientos, adecuada organización administrativa y, por supuesto, en alcanzar los propósitos del interés general de una forma que resulte percibida por la ciudadanía a fin de reforzar la cohesión social (Rodríguez de Santiago, 2007, pp. 89-14; Letelier, 2015, p. 310).

El control debe ser tanto ciudadano como político y jurídico¹³. El primero mediante la mantención de la publicidad y transparencia como elementos constitucionales estructurante del quehacer estatal e incorporando la participación ciudadana. En este punto será de importancia crucial proteger la labor periodística para que se desarrolle libremente, amparándola tanto de la cooptación gubernamental como de los poderes privados. La rendición de cuentas ante la ciudadanía enriquece la discusión pública y permite actualizar el carácter servicial de las autoridades y funcionarios en tanto, precisamente, servidores públicos. Así, debe garantizarse de forma plena la libertad de expresión y el derecho a la información, permitiendo la creación y adquisición de medios sin más restricciones que las necesarias para evitar la excesiva concentración que existe actualmente. En efecto, un sistema plural de medios, que asegure la expresión de la real diversidad social, resulta esencial para la estabilidad democrática e institucional (Délano, 2018, pp. 259-299).

Por su parte, el control político debería pensarse en términos concordantes con la forma de gobierno que se adopte y los mecanismos de fiscalización política que se entreguen a las asambleas representativas a nivel nacional y territorial. El carácter efectivo de estas herramientas no solo es clave para el rol democrático propio de la oposi-

ción política, sino que también permite reforzar la tarea de representación de las diversas realidades del país, si cada representante puede convertir en un asunto de relevancia nacional los conflictos locales de los cuales tenga noticia.

Respecto al control jurídico, más allá del rango constitucional de los Tribunales de Justicia y la Contraloría General de la República, debería pensarse en una modernización de la labor de ambos¹⁴. Tal como lo ha defendido en los últimos años la Corte Suprema, sería necesario unificar la labor jurisdiccional destinada a controlar la acción pública, acabando con la tendencia legislativa de crear tribunales contenciosos administrativos *ad hoc* que terminan otorgando justicia *boutique* que acentúa la desigualdad en el acceso a la justicia entre la ciudadanía. Sea cual sea el modelo que se adopte, sería necesario que aquellos jueces que conozcan de estos asuntos se especialicen en esta tarea. Repensar el control judicial de la administración es un asunto que debería reflexionarse profundamente en los próximos años.

Cuarto, la reciente y grave crisis de derechos humanos, sin precedentes desde la dictadura, debe servir de experiencia ineludible para los desafíos futuros; así, tanto la discusión constitucional, como la reforma administrativa que debería seguirle, deben asumir como desafío sentar las bases de un consenso compartido que permita una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos. Para ello se podría reconocer un estatus constitucional de los organismos de protección de derechos humanos (el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Defensoría de la Niñez), fortaleciendo sus atribuciones y entregándole todos los medios necesarios para la constante mejora de su labor. Asimismo, otorgar una protección especial y efectiva a los defensores de derechos humanos de la sociedad civil.

Finalmente, asumiendo los compromisos internacionales que ha suscrito Chile, es necesario impulsar una nueva agenda anticorrupción. No bastará el necesario reconocimiento constitucional de la probidad como un principio medular de todo servicio público, sino va acompañado de una efectiva prevención, identificación y sanción de todo beneficio privado que se haga con ocasión de un cargo público y a expensas del interés general. Si bien en esta materia se avanzó decididamente en el gobierno anterior, aún hace falta asumir el problema de la corrupción en el mundo privado y, en especial, la que acontece con la denominada "puerta giratoria".

Reflexión final

Una nueva Constitución es mucho más que un mero texto, es una práctica política que le asigna significado a él y que se actualiza a medida que la sociedad va desarrollando y

13 Una excelente sistematización de este tema en Ferrada, 2008, pp. 3-51)

14 En este punto, el análisis crítico y propositivo de Raúl Letelier será ineludible, en Letelier, 2015, pp. 285-314.

resolviendo su conflictividad. Para que la nueva Constitución sea efectivamente “nueva”, entre otros desafíos, será necesario impulsar una reforma administrativa que la haga una realidad perceptible para la ciudadanía: convertir el entramado de servicios públicos desplegados por el territorio nacional en un espacio de efectiva ciudadanía, en el cual los valores constitucionales se actualicen permanentemente en la cotidianidad de las personas.

Bibliografía

- Bassa, Jaime. *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, EDEVAL, Valparaíso, 2018.
- Bermúdez, Jorge. *Derecho Administrativo General*, Legal-publishing, Santiago, 3º ed., 2014.
- Caillosse, Jacques. *La constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- Caillosse, Jacques. *L'État du droit administratif*, 2ª edición, LGDJ, Paris, 2017.
- Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (ed.). *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Publicación del Instituto Igualdad, Santiago, 2015.
- Cordero, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2015.
- Délano, Manuel. *Medios de comunicación y sistema democrático en las últimas décadas*, en: Huneus, Carlos y Avendaño, Octavio, *El sistema político de Chile*, Editorial LOM, Santiago, 2018, p. 259-299.
- Dreyfus, Françoise. *La invención de la Burocracia. Servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos. Siglos XVIII-XX*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2012.
- Ferrada, Juan Carlos. *La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial*, en: Bordini, Andrés y Ferrada, Juan Carlos. *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 3-51.
- Ferrada, Juan Carlos. *La Administración del Estado en una nueva Constitución*, en: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian. *La Constitución que queremos*, LOM, Santiago, 2020.
- Ginsburg, Tom. *“Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law”* en: Rose-Ackerman, Susan y Lundseth, Peter. *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, pp. 117-127.
- Goldoni, Marco y Wilkinson, Michael. *“The Material Constitution”*, *The Modern Law Review*, vol. 81, nº 4, 2018, pp. 567-597.
- Huneus, Carlos. *La democracia semisoberana y la representación política tecnocrática*, en: Huneus, Carlos y Avendaño, Octavio. *El sistema político de Chile*, Editorial LOM, Santiago, 2018.
- Koubi, Geneviève. *L'idéologie du service public*, en: VVAA, *Le service public*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 41-53.
- Larraín, Jorge. *Identidad chilena*, 2ª edición, LOM, Santiago, 2014.
- Legendre, Pierre. *La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France*, en: Legendre, Pierre. *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, 1992, p. 578-609.
- Letelier, Raúl. *Contraloría General de la República*, en: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, LOM, Santiago, 2015.
- Muñoz, Fernando. *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*, Ediciones UACH, Valdivia, 2015.
- Osorio, Cecilia. *Formulación de políticas públicas en Chile*, en: Huneus, Carlos y Avendaño, Octavio. *El sistema político de Chile*, Editorial LOM, Santiago, 2018.
- Parejo, Luciano. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la Reforma Administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1983.
- Plessix, Benoît. *Droit administratif général*, 3ª edición, LexisNexis, Paris, 2020.
- Quezada, Flavio. *Una aproximación crítica a la comparación de derechos administrativos*, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, nº 2, 2020, pp. 7-28.
- Rajevic, Enrique. *“La crisis de la regulación del empleo público en Chile. Ideas para un nuevo modelo”*, en: Isabel Aninat y Slaven Razmilic, *Un Estado para la Ciudadanía. Estudios para su modernización*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2018.
- Rodríguez de Santiago, José María. *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Silva, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- Stirn, Bernard. *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, 10ª edición, LGDJ, Paris, 2019.
- Valdivia, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

Desarrollo territorial equitativo y descentralización. Propuestas para la nueva Constitución de Chile

Esteban Szmulewicz Ramírez y Alejandra Precht Rorris

RESUMEN: Este artículo explora el concepto del desarrollo territorial equitativo o equidad territorial, y su conexión con la justicia ambiental y el ordenamiento territorial, que tiene un fundamento filosófico, y bases en el derecho internacional de los derechos humanos, y realiza un contraste entre este concepto y la forma jurídica del Estado, particularmente en lo relativo a la descentralización a nivel regional. A partir de lo anterior, y en base a la evidencia de las fuertes disparidades regionales que se observan en un conjunto de indicadores propios del desarrollo territorial equitativo, se concluye que las políticas de descentralización y de ordenamiento territorial no han dado los resultados esperados y son claramente insuficientes a la luz del antedicho ideal. Se finaliza el artículo con una serie de propuestas con miras a un nuevo modelo de Estado y a principios de descentralización y de ordenamiento territorial, que efectivamente pueda conducir al desarrollo territorial equitativo, en el marco del actual debate de contenidos para una nueva Constitución en Chile.

Introducción

La descentralización territorial, en tanto conjunto de mecanismos de reparto del poder político, competencias administrativas y recursos fiscales, no constituye un fin en sí misma, sino un medio para el logro de otros fines. De esta forma, la mirada acerca de la descentralización dependerá de una valoración política y técnica sobre las ventajas y desventajas de las medidas concretas que se estén discutiendo, y sobre todo de si ellas permiten avanzar en la procura de la finalidad estatal compartida, cual es el desarrollo territorial armónico y equitativo entre las distintas áreas geográficas de un país.

A nuestro juicio, lo anterior parte por reconocer el carácter multicausal y endémico del centralismo en Chile. La descentralización y desconcentración administrativa del Estado chileno se han caracterizado, en general, por una falta de profundidad política, con escasas innovaciones sustanciales, en extremo fragmentaria y carente de una

estrategia de largo plazo, lo que ha derivado en fuertes disparidades inter e intrarregionales, vulnerando con ello el derecho humano a la igualdad, particularmente en lo relativo al desarrollo territorial equitativo¹. De esta manera, será precisamente el paradigma del desarrollo territorial equitativo el que, a nuestro juicio, debe guiar las propuestas sobre descentralización.

En este contexto, este trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, comenzaremos por aproximarnos a una conceptualización del desarrollo territorial equitativo, concepto que tiene sustento internacional y teórico, y su conexión con la justicia ambiental y el ordenamiento territorial. A continuación, revisaremos muy someramente la falta de concreción de este objetivo en nuestro país, dadas las enorme desigualdades socio-económicas que se observan entre las regiones del país, e incluso al interior de éstas. En tercer lugar, señalaremos la manera en que se desarrolla este mandato del desarrollo equitativo desde el punto de vista de la forma jurídica del Estado en Chile. Por último, se formularán las conclusiones y algunas propuestas generales coherentes con la idea de equidad territorial, descentralización y ordenamiento territorial, considerando el proceso constituyente destinado a elaborar una nueva Constitución para Chile.

I. Desarrollo territorial equitativo

Tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes apuntan al concepto de "desarrollo territorial equitativo" como el principio o valor a alcanzar en el despliegue de los esfuerzos políticos, administrativos y fiscales del Estado en el territorio. De esta forma, el desarrollo territorial se postula como la necesidad de reforzar la sociabilidad humana, siendo las comunidades cercanas

¹ Comisión de Descentralización. Centro de Estudios del Desarrollo, CED (2013), "Fundamentos para una propuesta de desarrollo territorial equitativo". *Asuntos Públicos*. Informe N° 1.052, disponible en <http://www.asuntospublicos.cl/>

y próximas de los territorios —instituciones profesionales, organizaciones comunitarias, empresarios, funcionarios públicos—, entre otros, las más consustanciales al ser humano, las cuales en cualquier caso deben igualmente estar guiadas por consideraciones en torno al bien común y al interés general.

1.1 Equidad territorial

Según Boisier, deben coexistir dos dimensiones de justicia. En primer lugar, justicia en la distribución del poder político mediante la multiplicación de los centros de decisión, esto es democratización del poder de abajo hacia arriba. En segundo lugar, justicia en la distribución de oportunidad de desarrollo para todos, esto es, equidad territorial hacia los lados². En estrecha relación con estos dos elementos de la equidad territorial, se encuentran los principios de subsidiariedad y de solidaridad, como se revisará a continuación.

En relación al primer elemento de justicia nombrado por Boisier, se encuentra el principio de subsidiariedad, por el cual se entiende que “cada organización es competente para intervenir sobre su propio ámbito (funcional o territorial), transfiriendo ‘hacia arriba’ sólo aquello que el bien común o la tecnología establezca como responsabilidad del ente mayor”³.

Es por esto que uno de los pilares del desarrollo territorial equitativo se vincula con la idea de descentralización, en la medida en que las autoridades más próximas responderán más pronta y directamente a las necesidades de la ciudadanía y que, a su vez, los ciudadanos tendrán una mayor posibilidad de injerencia en las decisiones políticas que los involucran, optando por aquello que mejor favorezca su desarrollo⁴. Así lo señala también el Programa ONU-Hábitat, que precisa que “[e]l principio de subsidiariedad constituye la razón de ser del proceso de descentralización. Según este principio, las autoridades elegidas que están más próximas a los ciudadanos deberán desempeñar las responsabilidades públicas”⁵.

Sin embargo, esto debe ser mirado también desde el ciudadano, pues no es posible un desarrollo equitativo sin la existencia de canales de participación. Los ciudadanos

han construido parte de su identidad en base al lugar que habitan, y es precisamente la aplicación del principio de subsidiariedad lo que permite avanzar hacia espacios que resguarden la identidad de la comunidad y el sentido de pertenencia de quienes los habitan. Ello conlleva, a una mejor gobernabilidad democrática, en donde la participación se ciñe como elemento rector.

Por otra parte, esta mayor descentralización, fundada en el principio de subsidiariedad, debe entenderse en el contexto de otro principio que según Boisier va indisolublemente unido a éste último, que es el principio de solidaridad⁶. En efecto, la sola aplicación del principio de subsidiariedad podría generar situaciones de intolerable injusticia. En relación a esto, cabe destacar lo señalado tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como por el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, en el sentido de que los procesos de descentralización, para ser exitosos requieren, por un lado, de una mayor coordinación y distribución de competencias y responsabilidades entre las distintas instancias de gobierno, y por otro, de la asignación de recursos económicos y humanos suficientes, sin los cuales se pueden crear situaciones de inequidad entre los habitantes de diferentes regiones⁷.

En este mismo sentido la la Observación General N°20 del año 2009, del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, aspecto especialmente problemático en nuestro país, no debe depender del lugar de residencia de la persona. Así, las distinciones, preferencias o exclusiones en el ejercicio pleno y goce de los derechos fundamentales que se sostengan en las diferencias territoriales, están cubiertas por el motivo prohibido de discriminación de “otra condición social”, y agregando que se deben “erradicar, en la práctica, las disparidades entre localidades y regiones, por ejemplo, garantizando la distribución uniforme, en cuanto al acceso y la calidad, de los servicios sanitarios de atención primaria, secundaria y paliativa”. De esta forma, el logro de un desarrollo territorial equitativo se constituye en un mandato ético, constitucional y del plano internacional.

1.2 Justicia Ambiental y Ordenamiento Territorial (OT)

Es importante mencionar que ya desde algunos años se ha evidenciado en nuestro país que no será posible una justicia ambiental sin un sistema de ordenamiento territo-

2 Boisier, Sergio (2005). “Globalización, integración supranacional y procesos territoriales locales. ¿Hay sincronía?”, en *Revista de la CEPAL*, N° 86, Santiago de Chile, pp. 47-60.

3 Boisier, Sergio (2004). “Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente”, en *Revista EURE*, Vol. XXX, N° 90, Santiago de Chile, p. 28.

4 En este sentido, Allan Rosenbaum y Cristina Rodríguez-Acosta señalan que “[l]a descentralización dispersa el poder y la autoridad, y como resultado también crea espacios cívicos. Al generar más centros de poder político y administrativo, inevitablemente se crean más lugares en dónde la sociedad civil - organizaciones comunitarias, grupos de interés, asociaciones empresariales, sindicatos, los medios de comunicación, etc. - pueden desarrollarse y encontrar apoyo”. Rosenbaum, Allan y Rodríguez-Acosta Cristina (2012). “Descentralización, Gobierno local y desarrollo de instituciones democráticas”, en *Revista Polémica - Escuela Superior de Administración Pública*, N° 12, Bogotá, Colombia, p. 92.

5 Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, ONU-Hábitat (2009). “Directrices internacionales sobre descentralización y fortalecimiento de las autoridades locales”, p. 10.

6 Boisier (2004). “Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente” en *Revista EURE*, Vol. XXX, N° 90, pp. 27-40, Santiago de Chile, septiembre 2004, p. 28.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, N N°s 41 y 64; y ONU-Hábitat (1996). “Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)”, Estambul, Turquía, N° 177.

rial, en tanto muchos de los problemas ambientales tienen su origen en la falta de dicho sistema y, por tanto, permanecen en el tiempo afectando a veces de manera grave la salud y modos de vida de comunidades.

Además de ello la falta de OT crea incertezas y una tensión entre actividades de desarrollo y los habitantes en donde dichas actividades pretenden emplazarse. Esta tensión presiona a la institucionalidad ambiental, pero excede de sus posibilidades resolverlas y menos prevenirlas. Téngase presente que en la actualidad la conflictividad relativa a los temas ambientales es una de las más recurrentes en los índices que levanta el Instituto Nacional de Derechos Humanos⁸. Por ello es que un sistema de desarrollo territorial equitativo es una urgencia que no se puede desatender.

En términos generales un sistema de ordenamiento territorial es la expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad. De ahí que se puede decir que es esencial para el logro de la equidad social.

En este contexto, valga citar a Patricio Gross, quien indica: *"...Una estrategia de ordenamiento territorial que detecte las diversas problemáticas regionales, urbanas y locales, establezca un diagnóstico y formule orientaciones y programas operativos sobre el manejo de los asentamientos urbanos, los recursos naturales, la población, la producción, el equipamiento e infraestructura y la localización de las inversiones, es una de las medidas fundamentales para el desarrollo sostenible"*⁹, principio básico que debiere considerar nuestra Constitución.

1.3 Traspaso de competencias y recursos

En otro orden de ideas y desde el punto de vista teórico, la apuesta por una mayor descentralización descansa en el supuesto de que existen formas de organizar el Estado y la Administración Pública que permitirían desconcentrar territorialmente elementos críticos para el desarrollo como la riqueza, las oportunidades laborales, la oferta de bienes públicos e incluso la población, aún en los casos en que su distribución no dependa directamente de la acción estatal¹⁰.

La descentralización en este sentido se refiere al traspaso de competencias, autoridad o recursos desde el nivel central de gobierno hacia los niveles regionales, provinciales o locales, y puede llevarse a cabo en su dimensión política, administrativa o fiscal. Desde el punto de vista de las políticas públicas, Hooghe, Marks y Schakel (2010) esgrimen las siguientes razones para favorecer la descentralización:

- 1) La búsqueda de mayor eficiencia en la provisión de bienes públicos.
- 2) Mejorar la distribución de los recursos entre los territorios.
- 3) Atender a las demandas de grupos o comunidades con una identidad particular.

Las ganancias de eficiencia se explicarían por una mejor asignación de recursos desde los niveles locales y regionales, dado el mejor conocimiento de las preferencias de los ciudadanos, así como la posibilidad de que estos *voten con los pies*, en la búsqueda de aquellos lugares que mejor se adapten a ellas. Esta mayor eficiencia se reforzaría en contextos de mayor autogobierno y elección de autoridades por la mayor rendición de cuentas por parte de las autoridades subnacionales. Luego, las mejoras en distribución de recursos se relacionan con la descentralización fiscal, en la medida en que se pueda optimizar el desempeño económico de ciertos territorios. Finalmente, la entrega de mayores competencias políticas a comunidades arraigadas territorialmente generalmente busca adaptar las políticas a las particularidades de estos grupos, aumentando la legitimidad de la toma de decisiones en una determinada zona. De esta forma, se dota a la ciudadanía de una mayor participación e involucramiento en las soluciones, asignándole no sólo derechos sino también deberes, los cuales cuando hay arraigo en el territorio se vuelven más fáciles de aceptar.

El traspaso de competencias y recursos puede generar desacoples entre las responsabilidades entregadas a los niveles subnacionales y los recursos destinados para su cumplimiento, afectando la calidad de las prestaciones públicas asociadas y, en algunos casos, alentando el endeudamiento subnacional, lo que lleva a desequilibrios de las finanzas públicas nacionales. Además, mayor descentralización fiscal limita el rol equalizador y compensador del nivel central, lo que en escenarios de alta heterogeneidad productiva puede empeorar las desigualdades interregionales e intrarregionales existentes. Luego, procesos de descentralización parciales o mal implementados podrían aumentar la burocracia y las duplicidades en el sector público, incrementando los costos de transacción para la provisión de bienes públicos en el nivel subnacional.

II. Disparidades territoriales

Revisaremos someramente cierta evidencia empírica que revelaría que la actual forma jurídica de Estado unitario con escasa descentralización administrativa y fiscal, y nula descentralización política, ha afectado el logro del ideal del desarrollo territorial equitativo. Al modelo centralizado se le pueden formular los siguientes cuestionamientos:

- a) Produce ineficiencias administrativas, al requerir un conjunto de permisos, autorizaciones y restricciones

8 En: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1173/informe-anual-2018.pdf?sequence=13> (visitado el 9 de noviembre 2020).

9 Ordenamiento Territorial: El manejo de los espacios rurales, en EUR, Vol 24 N°73, 1998.

10 Para un mayor desarrollo de los argumentos a favor y en contra de la descentralización, véase Szmulewicz, E. y Saffirio, I. (2017). "Propuestas para una descentralización coherente con la equidad territorial". En Cifuentes, J., Pérez, C. & Rivera, S. (eds.) ¿Qué políticas públicas para Chile?, pp. 108-129. Santiago, Centro de Estudios del Desarrollo.

que vienen impuestos desde el centro o que deben ser aprobados por las autoridades de nivel central.

- b) Limita el crecimiento económico, según el propio informe de la OCDE de 2009, ya que se desconecta la oferta de bienes públicos e inversión de la demanda local, ya que las autoridades regionales no tienen capacidad para vincular normativamente las prioridades regionales de desarrollo con la inversión pública regionalizada¹¹.
- c) Genera graves desequilibrios y desigualdades territoriales, como lo revela el citado informe de la OCDE y los estudios de la CEPAL, ya que genera regiones ganadoras (abiertas a la globalización, que se benefician de la apertura comercial internacional y del boom de las materias primas, que logran retener o atraer mano de obra calificada, entre otros aspectos) versus regiones perdedoras (que no tienen producción de materias primas o al menos no al nivel que las ganadoras, que no logran retener ni menos atraer suficiente capital humano avanzado, entre otras materias)¹². De hecho, Chile es el segundo país en la OCDE, luego de México, en donde existe una mayor brecha entre las regiones en términos de PIB per capita¹³.

Desde el punto de vista socioeconómico, el sistema de reparto de los poderes, competencias y recursos financieros diseñado por la Constitución y las leyes, ha contribuido a generar importantes desequilibrios y desigualdades en el territorio nacional¹⁴. Un reflejo de lo anterior es que en el año 2010, el 47,8% del Producto Interno Bruto (PIB) Nacional se concentró en la Región Metropolitana, al tiempo que la Región de Aysén sólo contribuyó con el 0,4%. Por otra parte, desde el punto de vista del PIB per cápita, ésta también participa de las desigualdades: en la Región de Antofagasta alcanza el guarismo de \$19.000.000 anual, en cambio en la Araucanía sólo los \$2,2 millones anual. A mayor abundamiento, cuando se analizan las diferencias entre ingresos mensuales por hogar, se observa que, por ejemplo, en la Región Metropolitana éste se sitúa en el orden de los \$1.000.000, en cambio en la Araucanía alcanza sólo los \$400.000. Similar contraste se observa en materia de pobreza e indigencia, ya que en la Región de la Araucanía alcanza el 27%, en cambio en la Región del Maule el 20% y en la Región de Antofagasta apenas el 8%, siguiendo las

cifras de la encuesta CASEN del año 2009. Asimismo, en materia de diferencias en el acceso a la salud, podemos destacar que al año 2009 la zona central del país, contaba con un médico especialista por cada 878 habitantes, mientras que en las zonas norte, centro sur y sur, éste número se elevaba a 1.836, 1.757 y 1.777, respectivamente¹⁵.

Todos estos indicadores están además reforzados por la percepción que existe en las regiones del país sobre la centralización. En efecto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su Informe Anual 2013, recalca que la población que habita en lugares distintos a Santiago reclama un acceso más justo a bienes públicos como la salud, educación, vivienda, conectividad y transporte, y protección ante la contaminación y cuidado del medio ambiente. De acuerdo a una consulta realizada en las regiones de Aysén, Antofagasta y Los Ríos, en ellas se señala que una mayor descentralización contribuiría a resolver los problemas de desarrollo de cada localidad¹⁶. El centralismo también repercute en materia de capital humano avanzando, respecto de lo cual Ignacio Saffirio señala que en la gran mayoría de las regiones los recién egresados postulan a universidades de Santiago, porcentaje que llega a 90% para el caso de la región de O'Higgins, el 70,2% para Coquimbo y el 68,8% para Atacama¹⁷.

Sin embargo, los centros urbanos presentan grandes disparidades en su interior y el centralismo no ha ayudado a mejorar la situación, e incluso la migración a la capital muchas veces produce índices de calidad de vida peores de los que se tenía en su lugar de origen. Así por ejemplo, los resultados del Índice de Calidad de Vida Urbana de 2019 (ICVU-2019)¹⁸ muestran que 4 de las 10 comunas con peores niveles en el ICVU se encuentran en la Región Metropolitana, así como también las comunas con mejor índice de calidad. Ello, además, muestra la grave segregación social de nuestra capital. Y si se compara los resultados con las demás áreas metropolitanas, la Región Metropolitana de Santiago se encuentra en el puesto 7 de 11 en orden decreciente.

De ello se puede concluir que el centralismo no sólo afecta negativamente a las demás regiones del país, sino también a la propia región donde se concentra el poder, pues el problema radica en la falta de traspaso de competencias, no sólo a las regiones sino también a los gobier-

11 OCDE (2009). *Territorial Reviews*. Chile. París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, p. 240

12 CEPAL (2009). *Economía y territorio en América Latina y el Caribe. Desigualdades y políticas*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, p. 213

13 OECD (2017). *Making decentralisation work in Chile. Towards Stronger Municipalities*. OECD Multi-level Governance Studies, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264279049-en>, p. 240.

14 Para un mayor desarrollo de estas cifras, véase Comisión de Descentralización, Centro de Estudios del Desarrollo (2013). "Fundamentos para una propuesta de desarrollo territorial equitativo" en *Asuntos Públicos*, Informe N° 1.052, disponible en <http://www.asuntospublicos.cl/>

15 Fábrega (2013) "Salud y Desigualdad Territorial" en Documento de Trabajo N° 13, Serie Estudios Territoriales. Programa Cohesión Territorial para el Desarrollo. Documentos de Trabajo Rimisp. Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural. Santiago, Chile, p. 10.

16 INDH (2013) "Informe Anual 2013, Situación de los Derechos Humanos en Chile". Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, p. 39. En el contexto de este informe, el Centro de Estudios del Desarrollo elaboró un completo y profundo estudio, base para el capítulo sobre descentralización y derechos humanos.

17 Saffirio, Ignacio (2013). "Algunas dimensiones de la desigualdad en Chile: el Centralismo". En *Asuntos Públicos*, Informe N° 1084, disponible en <http://www.asuntospublicos.cl/>

18 Documento elaborado por el Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos de la PUC para la Cámara Chilena de la Construcción.

nos municipales, y a la necesaria participación desde la ciudadanía aumentando los niveles de calidad de vida y pertenencia a la localidad donde se vive.

III. La forma de Estado en Chile

III.1 Marco jurídico constitucional

A continuación revisaremos la manera en que la Constitución aborda el tema de la descentralización y el desarrollo territorial equitativo.

La forma jurídica del Estado de Chile se define en el artículo 3° de la Constitución de 1980. La doctrina nacional¹⁹ concuerda en señalar que se consagran en esta disposición tres principios claves: 1) El Estado de Chile tiene la forma jurídica de un Estado unitario; 2) La Administración estatal será —imperativo categórico— descentralizada o desconcentrada, ya sea territorial como funcionalmente; y 3) El mandato de desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas.

El capítulo XIV de la Constitución desarrolla el Gobierno y Administración interior del Estado, a nivel constitucional, toda vez que estas disposiciones están detalladas en la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional. La división político-administrativa del país distingue entre regiones, provincias y comunas, estando cada uno de estos niveles a cargo de distintas autoridades.

La forma de Estado unitario consiste en la existencia de un solo centro de impulsión política y gubernamental, que en nuestro caso radica en el Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. A nivel de la organización territorial del poder, esto se traduce en la atribución del Presidente de nombrar y remover a su voluntad (artículos 32 N° 7 y 111 de la Constitución) a los Intendentes, en quienes reside la función de gobierno de la región, y a los Gobernadores Provinciales, que están a cargo de las Gobernaciones Provinciales, en cuanto órganos territorialmente desconcentrados del Intendente. En Chile no ocurre lo mismo en el caso de las Municipalidades, que son corporaciones autónomas de derecho público, y que están lideradas por un Alcalde y Concejales Comunales directamente elegidos por la ciudadanía de la comuna; ni tampoco respecto de los Consejeros Regionales, que son elegidos por “sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva” (artículo 113 inciso 2°).

En nuestro ordenamiento constitucional se distingue la función de gobierno de la función de administración regional. En cuanto a la primera, por mandato del artículo 111 constitucional, “el gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Pre-

sidente de la República”, quien “ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción”. Por otra parte, en cuanto a la función administrativa regional, ésta se ejerce por el Gobierno Regional, en quien recae, de acuerdo al artículo 111 inciso 2° CPR, la “administración superior de la región”, y que tiene por objeto el “desarrollo social, cultural y económico de la región”, siendo un órgano dotado de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio. El Gobierno Regional se encuentra integrado por el Intendente Regional, quien es el órgano ejecutivo, y el Consejo Regional (CORE), órgano encargado de “hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional”, teniendo para ello competencias normativas, resolutivas y fiscalizadoras, y ciertas potestades y atribuciones específicas.

Este diseño institucional revela que los énfasis han estado dados por la desconcentración administrativa y una débil descentralización, lográndose una escasa regionalización en tanto fortalecimiento de las regiones en sus capacidades decisorias, autonomía económica y potencial de desarrollo estratégico. A su turno, los Consejos Regionales se encuentran sumamente limitados en sus capacidades de actuación resolutive, fiscalizadora y ejecutora. Ahora bien, no obstante lo anterior, el diseño institucional a nivel regional ha sufrido una notable mutación a partir de la reforma constitucional la Ley N° 20.990, publicada el 5 de enero de 2017, se suprimió el cargo de Intendente (nombrado por el Presidente de la República) y se creó el cargo de Gobernador Regional (que será elegido a través de sufragio universal en votación popular), lo cual constituye una reforma democratizadora y con eventuales ribetes de descentralización política de gran envergadura para nuestro país, toda vez que se puso término a la figura del Intendente tal como había sido configurado por la Constitución de 1833, esto es, luego de 184 años. Con este diseño se rompe la doble dependencia del intendente regional: entre los intereses regionales y los del ejecutivo nacional en la región, además de que los gobiernos regionales no sean una mera administración regional o delegados presidenciales sin representar genuinamente los intereses territoriales.

Para garantizar el argumento de la unidad política y decisiva del país, y dentro de la lógica del Estado unitario (que admite descentralización o desconcentración administrativa, mas no política) se optó por la figura paralela al Gobernador Regional, llamado Delegado Presidencial Regional. Esta autoridad tendrá funciones y atribuciones que alterarán la dinámica política a escala regional. Esta reforma constitucional fue desarrollada el año 2018 por la Ley N° 21.074, de Fortalecimiento de la Regionalización, la cual también regula un procedimiento abierto y flexible para la transferencia de competencias del gobierno central a uno o más Gobiernos Regionales.

¹⁹ Por todos, véase Ferrada, Juan Carlos (1999), “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X, diciembre 1999, pp. 115-123; y Cea, José Luis (1999), *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Valdivia, Universidad Austral de Chile.

Desde el punto de vista del funcionamiento actual de la organización territorial de la Administración del Estado, y sin perjuicio de las reformas a partir de la ley de fortalecimiento de la regionalización (N° 21.074), a la fecha las autoridades a nivel regional (Intendente y Secretarios Regionales Ministeriales) se relacionan hacia arriba con los ministros y el Presidente de la República, y hacia abajo con los Alcaldes de las municipalidades.

III.2 Breve diagnóstico

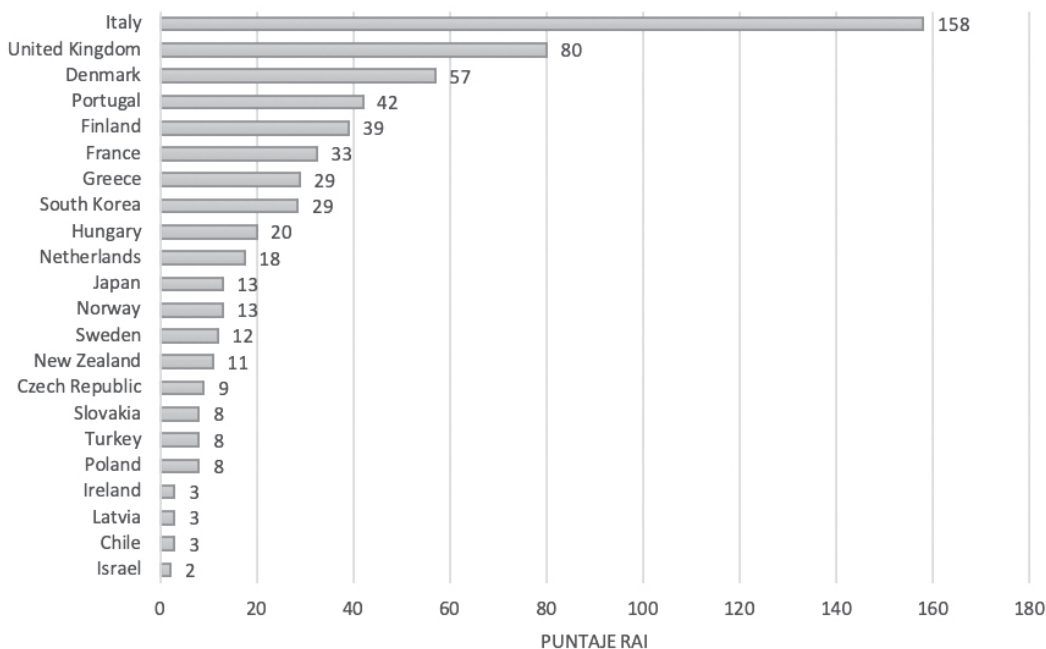
A continuación presentamos un breve diagnóstico de la situación nacional, que sirve para enmarcar el contexto en el cual se desarrollarán las propuestas que se presentan en el apartado siguiente.

1. Los conflictos en la coordinación política aparecen entre autoridades regionales y municipales, y entre nacionales y municipales (estas últimas, electas), sobre todo cuando son de distinto color político. Estos conflictos o bloqueos no se solucionarán con la elección directa de

los Gobernadores Regionales, ni con las modificaciones introducidas por la ley de fortalecimiento de la regionalización. Al contrario, sin instancias de coordinación institucionalizadas, y dado el carácter flexible y abierto de la transferencia de competencias, es probable que los conflictos se acentúen con las nuevas autoridades electas a nivel regional.

2. Chile mantiene un nivel de rezago mundial en materia de descentralización regional. El Índice de Autoridad Regional (Hooghe, y otros, 2016) compara el grado de descentralización regional entre diversos países. En una comparación de 63 de ellos, Chile se ubica en el lugar 52, similar a países de menor tamaño y población, como Irlanda, Latvia y Lituania. Podría contra argumentarse que esto se debe a que estamos comparando países de muy distinto tamaño y régimen institucional, sin embargo, si acotamos la comparación a países OCDE, unitarios y de más de 3 millones de habitantes obtenemos lo siguiente:

Gráfico 1: Índice de Autoridad Regional en la OECD
(Países unitarios, pob. > 3 millones, 2010)



Fuente: Elaboración propia en base a (Hooghe, y otros, 2016)

3. En Chile no existe un Sistema de Ordenamiento Territorial ni tampoco un sistema que resguarde el desarrollo equitativo de las regiones y comunas según lo prevé el artículo 3 de la Constitución Política vigente antes citado.

- a) En materia de coordinación: i) No existen mecanismos que permitan coordinar las distintas regulaciones ni los instrumentos que establecen, salvo a nivel de zonificación de lo urbano, según lo establece la Ley General de Urbanismo y Construcciones y un leve avance a nivel regional introducido en los artículos 16 y 17 de la Ley 21.073²⁰; ii) no existen organismos que permitan plena coordinación entre las políticas sectoriales (v.g. minería, energía), las de desarrollo comunal, regional y nacional y la zonificación del territorio; iii) los vínculos entre municipios, regiones y el nivel central, siguen siendo escasos, parcializados y más bien sectoriales y, tal como vimos en el caso de Santiago, la falta de coordinación y participación local produce una gran desigualdad dentro de la misma región, no obstante esta sea el área metropolitana más importante del país; iv) hay una gran cantidad de instrumentos que toman forma de planes, políticas o programas sin una claridad de su alcance, obligatoriedad y falta un órgano que velo por la consistencia de todas ellas entre sí.
- b) En materia de planificación del territorio: i) existe una gran diversidad de cuerpos normativos que regulan unidades administrativas (v.g. comuna) o componentes del territorio (v.g. belleza escénica); ii) no existen instrumentos específicos para el resguardo del territorio rural; b) la planificación de la ciudad se realiza por sectores segregados entre sí, sin una visión armónica de la ciudad y su patrimonio, produciendo el empobrecimiento de sus cascos históricos.

IV. Propuestas

Tal como lo ha señalado el programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Chile: "Hay marcadas diferencias entre las distintas regiones en lo concerniente al bienestar de la población, las capacidades de sus gobiernos y las facultades para adoptar decisiones. Existe también una tendencia a reproducir la desigualdad, puesto que las regiones con mayor tasa de pobreza presentan los mayores retrasos en la acumulación de capital humano"²¹. Estos elementos quedan de manifiesto una vez desglosados a nivel sub-nacional de logros de desarrollo y objetivo de desarrollo del milenio, lo mismo que los indicadores de desarrollo humano de regiones.

20 Ley 21.073 de 22.2.2018, que modifica Ley N°19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

21 PNUD (2010). *Programa para Chile* (2011-2014). Nueva York: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, punto 6.

Para el logro de lo anterior, se requiere una mejor representación de los intereses de la ciudadanía y una comprensión del fuerte presidencialismo, lo que supone generar una autoridad política de la región con legitimación directa, que presida el Consejo Regional y asuma la titularidad de ejecutivo regional y en coordinación con el gobierno municipal, para que las regiones no sigan repitiendo la gran desigualdad que viven Santiago y varias otras regiones de nuestro país. Todo ello sin perjuicio de mantenerse ligado a lo presidencial para las políticas nacionales, defensa, orden público, coordinación y supervigilancia de los organismos públicos que dependan del nivel central.

En esa línea, la reforma constitucional sobre la elección directa del gobernador regional constituye una reforma democratizadora de gran envergadura para nuestro país, ya que por primera vez en nuestra historia republicana la ciudadanía regional podrá elegir a su órgano ejecutivo de la administración regional. Además, se sitúa a los gobernadores regionales electos en el centro de los gobiernos regionales, con atribuciones para proponer e implementar políticas públicas, aunque dentro del acotado ámbito de competencias del GORE y con limitados recursos financieros. Sin embargo, esta reforma mantiene la definición del modelo de Estado en Chile (artículo 3° de la Constitución) como un Estado unitario. Por esta razón, más allá de la elección directa de la autoridad ejecutiva regional, no se está en presencia de un cambio del modelo de Estado. Lo anterior se confirma al observar que tanto las nuevas atribuciones que se le otorgan al GORE, como el propio mecanismo de transferencia de competencias, no significan un traspaso de poder político del nivel central a las regiones.

De ahí entonces que sea necesario considerar las siguientes propuestas:

1. *Sincronización y mirada integral de la descentralización política, administrativa y financiera*

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como por el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos en el documento ya citado, han concluido que los procesos de descentralización, para ser exitosos, requieren, por un lado, de una mayor coordinación y distribución de competencias y responsabilidades entre las distintas instancias de gobierno, y por otro, de la asignación de recursos económicos y humanos suficientes, sin los cuales se pueden crear situaciones de inequidad entre los habitantes de diferentes regiones²².

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Lineamientos para la elaboración de Indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en: <http://cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf> [fecha de visita: 20 de mayo de 2015].

En este punto resulta interesante el equilibrio que establece la Constitución Política portuguesa en su artículo 238:

“1. Las autoridades locales tendrán su propio patrimonio y recursos financieros.

2. El sistema de financiación local se establecerá por ley y tendrá como objetivo garantizar la distribución justa de los recursos públicos por las autoridades estatales y locales y la necesaria corrección de las desigualdades entre las Administraciones locales en el mismo grado.

3. Los ingresos de las Administraciones locales deberán incluir obligatoriamente los ingresos provenientes de la gestión de sus activos y lo cobrado por el uso de sus servicios.

4. Las administraciones locales podrán disponer de poderes de imposición tributaria, en los casos y de conformidad con la ley”.

La posibilidad de imponer sus propios tributos se encuentra también en otras constituciones, como es el caso de la Colombiana, aun siendo un Estado unitario (art. 287).

2. Mecanismos de coordinación

La pandemia por Covid-19 nos ha mostrado que la descentralización sin cooperación, o al menos coordinación, puede generar muchos inconvenientes. Los conflictos en Estados Unidos y Brasil son ilustrativos de aquello. De esta forma, resulta importante disponer ciertos mecanismos de resolución de los conflictos o controversias sobre las competencias que se pueden generar entre el gobierno central y las autoridades regionales y locales.

Existirían dos grupos de mecanismos para manejar una controversia o conflicto entre el poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales. Por un lado se encuentran los mecanismos preventivos de conflictos que son, en su mayoría, tipos de convenios, contratos o resoluciones de coordinación entre ambas entidades territoriales para prevenir futuros conflictos, así también para coordinar el actuar y delimitar funciones. Antes de formular propuestas, vale la pena pasar revista a ciertas experiencias comparadas recientes:

En el caso de Italia²³, se reconoce la existencia del *Accordi di programma quadro* (ACP) que es un mecanismo que intenta abordar los problemas de asignación de funciones. Este se basa en contratos entre el gobierno nacional y las regiones en los cuales se definen objetivos, sectores y áreas donde debe generarse la infraestructura necesaria para el desarrollo.

De manera similar que en Italia, en el caso francés existen los Contratos de Planificación Estado-Región (CPER), los cuales son firmados entre el gobierno central (repre-

sentado en el Prefecto) y el representante del consejo regional. Los CPER son una forma de cofinanciamiento de algunas tareas, respetando así los principios básicos de subsidiariedad, complementariedad, y equilibrio entre competencias y recursos del Ejecutivo y las Regiones.

Finalmente, en el caso español se han desarrollado Convenios de Colaboración, legalmente vinculantes, que especifican responsabilidades por parte del Gobierno Central y de las Comunidades Autónomas en la realización de un programa específico. Existen distintas formas de convenios, desde el Convenio que especifica las responsabilidades de las partes que lo firman, hasta Protocolos que establecen de un modo más general la relación contractual pero que requerirá una mayor precisión en el futuro.

Por otra parte, en cuanto a los mecanismos resolutivos de contiendas de competencias, en el caso chileno, el debate acerca de cuál mecanismo es más conveniente, debe estar circunscrito al modelo de Estado y al reconocimiento expreso o no en la Constitución de competencias de los Gobiernos Regionales en relación al nivel central. En materia preventiva, la figura de los convenios o contratos regionales parece ser la más adecuada, a fin de responder a la heterogeneidad de capacidades, vocaciones y necesidades de las regiones. En materia resolutiva, el conflicto pudiese ventilarse en sede del Tribunal Constitucional, si son competencias determinadas por la Constitución.

3. División de funciones a nivel del liderazgo regional

Todo país descentralizado, por más descentralizado que sea, cuenta en el territorio con dos tipos de autoridades: Una de carácter desconcentrado, que asume funciones propias del gobierno central (como velar porque la prestación de bienes y servicios sea acorde a lo exigido por el Estado, que se cumpla con la ley, que haya respeto al orden público, supervigilar los asuntos fronterizos y de fuerzas armadas, etc.). Y otra del carácter descentralizado, que es el que vela por los intereses propios del progreso de la región (asuntos de desarrollo social, desarrollo productivo, de planificación, de coherencia con la preservación del medio ambiente, de prestación de servicios públicos como educación, salud, etc). Dado el modelo de Estado descentralizado que se propone, se debe mantener la dualidad de autoridades a nivel regional, pero clarificando mejor sus competencias y generando instituciones y procedimientos de coordinación entre ambas autoridades.

4. Potenciamiento de los gobiernos locales

Tanto el estallido social como la pandemia han vuelto a poner en el centro a las Municipalidades. Sus alcaldes y sus distintas asociaciones (como la Asociación Chilena de Municipalidades, y otras) han jugado un rol muy activo en canalizar las demandas ciudadanas e institucionalizar el conflicto social”. A nuestro juicio, se debe recoger de-

23 En el caso de Italia, Francia y España véase “Institucionalidad subnacional y el problema de coordinación de competencias” de Ignacio Irrázaval y Eduardo Pérez en <http://www.reformadeleestado.cl/media/archivos/20100114140529.pdf>.

manda de participación ciudadana directa en los espacios locales, institucionalizar y organizar la deliberación a nivel local, la existencia de cabildos, entre otros, más allá de lo meramente consultivo. A su vez, se debe contemplar un rol más coordinado de alcaldes con Gobiernos Regionales, a través de comités consultivos, y otras instancias de coordinación.

De esta forma, para asegurar una eficaz y eficiente función de administración local, parece prudente definir con mayor claridad las funciones que se asignarán a los Municipios a los efectos de prevenir duplicidad de funciones y, a la par, para asegurar la provisión inmediata de servicios a la comunidad. Además de las reformas al gobierno local, se requieren herramientas para la gestión del fenómeno urbano, y particularmente de lo metropolitano, en donde diversas administraciones comunales enfrentan problemas específicos y crecientes en materia ambiental, de transportes, infraestructura, ordenamiento territorial.

También respecto de lo local, hay que poner énfasis en la equidad intrarregional, las políticas hacia las zonas rezagadas y los territorios extremos. Así las cosas, los derechos humanos, sobre todo los derechos sociales, vinculados fuertemente al concepto de desarrollo territorial equitativo, deben poder satisfacerse con estándares equivalente en igualdad de condiciones en cualquier parte del territorio.

Sin perjuicio de lo anterior, el énfasis en lo local, como sostienen algunos, no es suficiente para el desarrollo territorial equitativo: los gobiernos locales no son contrapeso al centralismo económico, ni producen motores de desarrollo distribuidos en el territorio.

De ahí entonces que será importante clarificar la vocación de los distintos niveles de gobierno. En principio, se estima que el gobierno local debe tener una fuerte mirada desde la participación ciudadana más incidente y directa, mientras que el gobierno regional debiese tener la vocación del desarrollo territorial, de establecer mecanismos de redistribución y equiparar.

5. Principios rectores en materia de desarrollo territorial equitativo

En este punto se propone:

5.1. Mantener el principio de desarrollo equitativo del territorio que se establece en artículo 3º, incorporando lo siguiente:

- a) Igual valoración que para el país tiene el territorio urbano y el rural. En este punto es interesante la Constitución portuguesa, que establece expresamente que los planes de desarrollo económico y social tienen entre sus objetivos la defensa rural.
- b) La equidad territorial supone el desarrollo y zonificación armónica del país.
- c) Se trata de una obligación tanto para las autoridades como para los ciudadanos.

- d) Deber de tender a la cohesión e integración social de las ciudades.

5.2. Tal como se señaló, la participación ciudadana, y específicamente de la comunidad local, debe ser un eje relevante para lograr una institucionalidad acorde con una democracia no sólo representativa sino también participativa. El caso francés resulta interesante al mandar a la ley establecer “las condiciones según las cuales los electores de cada entidad territorial pueden, para ejercer el derecho a petición, solicitar la inclusión de un asunto de su competencia en el orden del día de la asamblea deliberante de esta entidad” y agrega que “los proyectos de deliberación o de actos que sean competencia de una entidad territorial podrán, por iniciativa de ésta, someterse a través de un referéndum, al acuerdo de los electores de esta entidad”, entre otra disposiciones de interés (el artículo 72-1 párrafos 1 y 2).

5.3. Desarrollo sostenible o favorecer el desarrollo económico basado en éste. En derecho comparado algunas Constituciones Políticas, van más allá y establecen directamente que “el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar el desarrollo sostenible” (Constitución de Colombia, art. 80).

6. Mecanismos de coordinación y sinergia

- a) Establecer la obligatoriedad para las autoridades locales y centrales de contar con mecanismos de coordinación y coherencia entre planes de desarrollo y zonificación, mandando a que se dicte una ley que lo regule.
- b) Establecer el valor de los planes, políticas, programas, estrategias (propongo incluso eliminar alguno de estos términos), en el sentido que son obligatorios para toda la administración, salvo que expresamente se señale un alcance menor.
- c) Estudiar la incorporación de un órgano que sancione los planes mencionados y se encargue de la coordinación entre los distintos niveles institucionales (local, regional y nacional) y entre las políticas referidas al desarrollo y la zonificación.
- d) En el caso del suelo urbano establecer que la densificación del territorio debe realizarse de manera equilibrada y escalonada, resguardando el valor patrimonial de las edificaciones.
- e) Esta coordinación debiese aplicarse incluso a nivel de la vivienda, resulta interesante en este caso citar a la Constitución portuguesa, que señala en su artículo 65 letra a lo siguiente: “Programar y llevar a cabo una política de vivienda inserta en planes de ordenación general del territorio, y apoyada en planes de urbanización que garanticen la existencia de una red adecuada de transporte y equipamiento social”.

7. Normas relativas al ambiente, agua, patrimonio y territorio

- a) Establecer que un ambiente sano sólo se logrará en base a una ordenación del territorio que sea social y económicamente equitativo.
- b) que la planificación urbana debe incorporar el principio de responsabilidad de quien contamina paga, de modo que sean las propias comunas las que se hagan cargo, en la mayor medida posible, de las externalidades producidas por las actividades de sus habitantes. (v.g. comunas mas ricas producen un mayor número de residuos, pero los rellenos sanitarios no están localizados en sus territorios).
- c) La obligación de resguardo de los bienes patrimoniales tangibles e intangibles del territorio. Ello genera dinámicas de pertenencia y arraigo decisivas para el buen vivir e indispensables para fortalecer la capacidad de construir el propio futuro, basado en el ejercicio de deberes y derechos ciudadanos.
- d) El derecho al disfrute del paisaje.
- e) En relación al agua, que en nuestro país constituye un bien nacional de uso público, hay que devolverle dicho carácter a través de una norma expresa. Un caso interesante es la Constitución uruguaya que siguiendo las normativa internacional señala que el acceso al agua potable y su saneamiento constituye un derecho humano, agregando en su artículo 47 varios principios y reglas en materia de cuencas, ordenamiento del territorio y gestión sustentable.

Conclusiones

En definitiva, si bien los promedios nacionales aparecen con cierto nivel de cumplimiento, si los desglosamos y los comparamos con los indicadores mencionados a nivel regional observamos fuertes desigualdades. En otras palabras, claramente aparece de relieve la distancia que existe entre la realidad sintetizada en los datos mostrados anteriormente y el objetivo del principio internacional, ético y constitucional de desarrollo territorial equitativo, solidario y armónico entre las regiones, comunas y provincias dentro del territorio, con su correlato en los dos criterios ya mencionados.

El panorama anterior obliga a pensar en la descentralización como un desafío país que no se agota en un solo nivel o dimensión del sistema normativo y las políticas públicas, sino que requiere la acción conjunta y coordinada de una serie de medidas de descentralización (política, administrativa o fiscal) y de fortalecimiento de las capacidades locales y regionales de conducción política y técnica en el nivel regional. Así las cosas, el debate sobre la forma jurídica del Estado debe fundarse en los siguientes criterios, como ha señalado Eduardo Palma: (i) des-

centralización política como una precondition, de manera de acercar el proceso de decisiones a la ciudadanía; (ii) la necesidad de un acuerdo nacional, de ahí que se trate de una temática que debe abordarse a través de una profunda reforma constitucional o bien una nueva Constitución; (iii) este acuerdo debe surgir de la deliberación pública colectiva, y no del quehacer de un experto; (iv) cuidar la coherencia del conjunto de reformas políticas; y (v) tener presentes dos enfoques fundamentales, las estructuras y las instituciones, y dos complementarios, la cultura y la acción colectiva²⁴. A partir del triunfo del apurbeo en el Plebiscito sobre una nueva Constitución realizado el día 25 de octubre, y en el marco de la inminente elección de convencionales que redactarán el nuevo texto constitucional, proceso electoral que se desarrollará en abril del año 2021, se abre una posibilidad para recorrer el camino señalado. A nuestro juicio, el diseño del nuevo texto constitucional deberá equilibrar adecuadamente un Estado descentralizado, con fuerte énfasis en la equidad territorial y el desarrollo sustentable, al tiempo que se enfatiza en los mecanismos e instituciones de coordinación y colaboración entre los diferentes niveles de gobierno.

Bibliografía

- Boisier, Sergio (2004). "Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente" en *Revista EURE*, Vol. XXX, N° 90, pp. 27-40, Santiago de Chile, septiembre 2004.
- Boisier, Sergio (2004). "Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente", en *Revista EURE*, Vol. XXX, N° 90, Santiago de Chile
- Boisier, Sergio (2005). "Globalización, integración supranacional y procesos territoriales locales. ¿Hay sincronía?", en *Revista de la CEPAL*, N° 86, Santiago de Chile.
- Bocksang, Gabriel (2016). "Elección de los Intendentes: ¿Una reforma de efectos imprevisibles?", en Centro de Políticas Públicas UC, Apuntes Legislativos N° 33.
- Cazor, Kamel (2014). "La persistente tendencia a la inconstitucionalidad por omisión de nuestro legislador, a propósito de la elección directa de los Consejeros Regionales". Columna en el Diario Constitucional. Acceso: <http://diarioconstitucional.cl/articulos/la-persistente-tendencia-a-la-inconstitucionalidad-por-omision-de-nuestro-legislador-a-proposito-de-la-eleccion-directa-de-los-consejeros-regionales/>
- Cea, José Luis (1999). *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

²⁴ Palma, Eduardo (2009), "El desafío de la descentralización: la especificidad y las exigencias del caso chileno", en Heinrich Von Baer (editor general), *Pensando Chile desde sus regiones*. Temuco, Ediciones Universidad de La Frontera, pp. 57-60.

- CEPAL (2009). *Economía y territorio en América Latina y el Caribe. Desigualdades y políticas*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Comisión de Descentralización. Centro de Estudios del Desarrollo, CED (2013), "Fundamentos para una propuesta de desarrollo territorial equitativo". *Asuntos Públicos*. Informe N° 1.052. Acceso: <http://www.asuntospublicos.cl/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, N N°s 41 y 64; y ONU-Hábitat (1996). "Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)", Estambul, Turquía, N° 177.
- Fábrega, Jorge (2013) "Salud y Desigualdad Territorial" en Documento de Trabajo N° 13, *Serie Estudios Territoriales*. Programa Cohesión Territorial para el Desarrollo. Documentos de Trabajo Rimisp. Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural. Santiago, Chile.
- Ferrada, Juan Carlos (1999), "El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X, diciembre 1999
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013) "Informe Anual 2013, Situación de los Derechos Humanos en Chile". Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- OCDE (2009) *Territorial Reviews. Chile*. Paris: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
- PNUD (2010) *Programa para Chile (2011-2014)*. Nueva York: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, ONU-Hábitat (2009). "Directrices internacionales sobre descentralización y fortalecimiento de las autoridades locales"
- Raczynski, Dagmar y Serrano, Claudia (eds.) (2001). *Descentralización. Nudos críticos*. Santiago: Cieplan.
- Rosenbaum, Allan y Rodríguez-Acosta, Cristina (2012). "Descentralización, Gobierno local y desarrollo de instituciones democráticas", en *Revista Polémica-Escuela Superior de Administración Pública*, N° 12, Bogotá, Colombia.
- Rufián, Dolores (2009). "Políticas e instituciones para el desarrollo económico territorial. El caso de Chile", en Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, serie Desarrollo Territorial.
- Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (2003), *Seminario 'A diez años de la creación de los Gobiernos Regionales. Evaluaciones y proyecciones'*. Santiago: Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.
- Szmulewicz, Esteban (2012). "Gobiernos Regionales: ¿cuánto avance representan los proyectos de ley del Ejecutivo?", en *Asuntos Públicos*, Informe N° 998. Acceso: <http://www.asuntospublicos.cl/>
- Szmulewicz, E. y Saffirio, I. (2017). "Propuestas para una descentralización coherente con la equidad territorial". En Cifuentes, J., Pérez, C. & Rivera, S. (eds.) *¿Qué políticas públicas para Chile?*, pp. 108-129. Santiago, Centro de Estudios del Desarrollo.
- Thayer, Luis (2011) "Descentralización y desarrollo regional en Chile. Una mirada desde la sociedad", en *Polis*, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 10, N° 30.
- Von Baer, Heinrich (2009). "No tengamos miedo de descentralizar, tengamos miedo a seguir centralizando", en *Pensando Chile desde las Regiones*, Ediciones Universidad de la Frontera, Temuco, Chile.
- Von Baer, Heinrich (2013) (Editor general). *Chile descentralizado... desarrollado*. Temuco: Instituto de Desarrollo Local y Regional, Universidad de la Frontera.

La descentralización como oportunidad democrática en una nueva Constitución

Daniela Henríquez Encamilla

RESUMEN: El proceso constituyente que se ha iniciado en Chile en el año 2019 en el contexto del popularmente llamado “estallido social”, se ha visto influenciado en parte, por una crisis de confianza de parte de la ciudadanía a las instituciones, especialmente hacia las instituciones democráticas. Lo anterior es preocupante en la medida que perjudica la legitimidad de las políticas públicas que se definen, al mismo tiempo que distancia a las personas de la política y de la toma de decisiones.

El presente artículo analiza el centralismo como marco institucional que limita el desarrollo de las regiones y distancia la toma de decisiones de las necesidades de los territorios, imposibilitando a su vez la participación ciudadana. De esta forma el proceso constituyente en marcha se presenta como una oportunidad para el fortalecimiento de la democracia, no solamente por ser un nuevo “Pacto Social”, sino que, además, por ser una oportunidad para profundizar la descentralización del Estado y de esta forma, acercar la toma de decisiones a las personas. Lo anterior facilitaría una participación ciudadana vinculante que responda a las particularidades de los territorios, favoreciendo la confianza hacia las instituciones y la cohesión social. En el presente artículo se analizarán los incipientes avances descentralizadores y sus oportunidades en el contexto del proceso constituyente.

Momento constituyente como oportunidad de fortalecer la democracia

Las recientes movilizaciones sociales de fines de 2019 han sido denominadas popularmente como “estallido social” lo cual da entender un carácter sorpresivo de los eventos. Sin embargo, son numerosos los artículos que hablan desde hace años, sobre las limitaciones y restricciones de la democracia chilena que advertían de una eventual crisis. En este sentido, múltiples autores (Cazor, 2001; Delamaza, 2011; Garretón, 2010; Heiss, 2018) señalan la *deslegitimidad* de origen de la Constitución vigente, principalmente

debido a que esta no ha sido producto de un proceso democrático, sino que, por el contrario, definida en el contexto de una dictadura. Para diversos autores, esta es una primera y gran limitación de la Carta Magna pues no sería expresión del soberano constituyente, teniendo en este sentido una contradicción respecto a los objetivos de una Constitución (Cazor, 2001). De esta manera, parece ser más correcto el uso del concepto de “explosión social” en la medida que se han podido observar y documentar previamente las limitaciones del modelo democrático chileno, así como también se ha observado el aumento paulatino de la descohesión social y la inconformidad ciudadana respecto a sus expectativas de desarrollo.

Una nueva Constitución Política podría favorecer a mejorar la calidad de la democracia: “Donde la democracia —como expresión de la soberanía del pueblo como categoría jurídica— juegue el rol que se requiere como principio legitimador de una Constitución auténticamente democrática y no al revés, como ha ocurrido hasta ahora en nuestro país” (Cazor, 2001, pág. 288). De esta manera, se abre una oportunidad de reconfiguración política que permita la reconstrucción de un vínculo social deteriorado (o ya definitivamente fracturado). Sin embargo, esta fractura nos invita a reflexionar sobre otros aspectos que han favorecido también a esta fractura social, entendiendo el actual momento constituyente de manera multifactorial y compleja. De esta manera se hace relevante preguntarnos cómo se han tomado históricamente las decisiones en Chile. En este ámbito el centralismo es una debilidad política relevante que se debe analizar y considerar de transformar para el fortalecimiento y profundización de la democracia.

El centralismo como erosionador de la democracia y el desarrollo

Según Delamaza (2011), el centralismo forma parte de los factores que han desfavorecido a la participación ciudadana en Chile ya que las decisiones respecto de políticas

públicas son tomadas, tanto en el origen como en el desarrollo, de manera vertical y desde la autoridad central, generalmente Santiago, hacia el resto de la población (Castañeda, 2016). De acuerdo con la Encuesta IPP de la Universidad Católica del Norte (Instituto de Políticas Públicas Sede Coquimbo, 2019), la descentralización tiene una alta importancia para las personas de la región, de hecho, obtiene casi misma relevancia que la democracia, según los encuestados en esta región. Destaca de esta misma medición que la valoración de la descentralización es más alta en Choapa, provincia más alejada del centro y, por lo tanto, más rezagada a la toma de decisiones en la Región de Coquimbo. Similares resultados se obtienen al revisar otras encuestas (Bravo, 2017). Al parecer, la descentralización es anhelada por las personas como una tarea pendiente. Lo anterior queda también expresado en el reciente proceso de consulta constituyente realizado en el gobierno de Michelle Bachelet, proceso en el cual para las consultas individuales la descentralización fue la 5ta preferencia, mientras que para los cabildos regionales, fue el 3er principio más mencionado, situándose junto a principios tan importantes como democracia, justicia, equidad y medio ambiente (Bravo, 2017).

Se comprende la importancia que le da la ciudadanía a la descentralización, al observar que la configuración de la toma de decisiones en Chile ha sido, según distintos estudios, fuertemente centralizada. Según von Baer y Bravo (2016) desde la independencia de Chile hasta la actualidad, Chile se ha forjado como un Estado Nación altamente centralizado. En este sentido según Castañeda, “el desarrollo político-administrativo en nuestro país, en materia de organización del territorio, ha originado una excesiva concentración en la capital, desde el punto de vista económico, político y social, de manera tal que no se ha propiciado un desarrollo equilibrado e integral de todas las unidades territoriales regionales” (Castañeda, 2016, pág. 126). Así también von Baer, Rozas y Bravo (2016) van a señalar que Chile sigue anclado a un sistema de organización territorial del pasado, ya que las regiones tienen importantes limitaciones para un mayor nivel de decisión, lo que sitúa a Chile, según los autores, como un caso especial respecto a América Latina y el mundo. De hecho, Boisier siguiendo a Véliz, va a señalar la configuración de una verdadera “cultura centralista” en Chile (Boisier, 1993).

Para poder medir el grado de centralismo, suelen utilizarse varios indicadores, entre ellos, el nivel de gasto público o inversión que se realiza por decisión de los territorios subnacionales y la elección de las autoridades en estos territorios. En este sentido, la OECD (2017) señala que el gasto de los gobiernos locales en Chile representa el 3% del PIB y el 13% del total del gasto público, mientras que el promedio de estos indicadores en los países de la OCDE es de un 17% y 40% respectivamente. Por otro lado,

hasta 2021, Chile era el único país de Latinoamérica que no elegía a sus autoridades subnacionales (von Baer, Rozas, & Bravo, 2016).

El centralismo en este sentido genera diversos problemas. A manera de síntesis, según Szmulewicz y Saffirio (2017), se pueden observar los siguientes perjuicios: 1) Produce ineficiencias administrativas; 2) Limita el crecimiento económico y la productividad y; 3) Genera desequilibrios y desigualdades territoriales. Frente a este panorama la OECD, el año 2009, recomendó a Chile avanzar en la descentralización para poder adaptar de mejor manera las políticas públicas a las necesidades de los territorios y así, mejorar la productividad e impulsar el desarrollo (OECD, 2009). Esta recomendación será una de las más utilizadas para poder defender la descentralización en la medida de que las conclusiones son contundentes. Según la OECD (2009), Chile se encuentra atrasado en materia de descentralización comparado a otros países de la organización lo cual tiene importantes efectos en su desarrollo.

La descentralización como oportunidad

De esta manera, se hace importante analizar las posibles ventajas de avanzar en descentralización comprendiendo también en qué consiste este proceso.

La descentralización se define según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) como “un proceso de reforma institucional compuesto por un conjunto de políticas que transfieren responsabilidades, recursos y/o autoridad desde el gobierno central hacia los Gobiernos Sub Nacionales” (2018, pág. 4). Sin embargo, la descentralización no es solo un proceso de mayor autonomía política-administrativa y económica, sino que también es un proceso que permite mayor participación de la población en la toma de decisiones, trascendiendo de esta manera, a la participación electoral (Castañeda, 2016). Al respecto Delamaza (2011) va a señalar que los cambios institucionales que “abren” el Estado permiten el surgimiento de una ciudadanía activa y deliberante, la descentralización en este sentido “es en primer lugar, una herramienta de libertad ya que está dirigida a incrementar las capacidades de las personas y de las comunidades” (von Baer, Bravo, Portales, & Vergara, 2017, pág. 25) contribuyendo al desarrollo inclusivo de los territorios lo cual, no solo permite mayor autonomía de los territorios, sino que además permite la conformación de una “comunidad política regional”.

De esta forma, la descentralización es un instrumento de gobernanza multinivel que demanda activa presencia y participación. Según Boisier (en von Baer et al., 2017) la descentralización genera un clima de confianza y cooperación interpersonal e interinstitucional “mejorando las capacidades de entender el entorno para construir una visión común de región, que otorgue sustento a un proyecto político regional” (Boisier en von Baer et al., 2017, pág. 25).

En esta misma línea para Toloza (2016) “una política de cohesión territorial es un modelo descentralizado de gestión de política pública” (pág. 201) pues la cohesión territorial pone el foco en las oportunidades de desarrollo para de esta forma, estimular la cooperación y la creación de redes. Lo anterior se construye a partir de una cohesión social y económica, siguiendo la experiencia europea (Toloza, 2016). En otras palabras, la cohesión social es en parte, resultado de un modelo de gestión descentralizado para la toma de decisiones que favorece la colaboración de distintos actores y entre distintos actores. En este mismo ámbito, Silva (2019) va a indicar que el nuevo modelo de gobiernos regionales junto a la participación y una adecuada rendición de cuentas, podrían contribuir favorablemente que la ciudadanía, especialmente en la medida que los más pobres o desfavorecidos se apropien del proceso de descentralización.

Delamaza, Cunill y Joignant (2012), van a indicar que distintos desarrollos teóricos proponen que la complejidad e integralidad de los problemas sociales actuales requieren más que un gobierno competente. Se necesita más bien un nuevo proceso directivo de *gobernanza*. Según los autores, bajo la lógica de la gobernanza, la eficacia y legitimidad de la acción pública, dependen de la interacción entre distintos actores, para lo cual el espacio local (particularmente) toma gran relevancia. La gobernanza en este sentido se va a *producir* a través del diálogo, el cambio de prácticas y principios sociales, adquiriendo principal importancia la confianza como factor de gestión para la creación de significados compartidos entre diferentes actores: “Este enfoque es particularmente aplicable a los problemas vinculados a la descentralización y el desarrollo territorial, como es posible evidenciarlo a través del desarrollo de las principales dimensiones asociadas a las redes como forma de regulación social y la gobernanza como expresión política estableciendo el vínculo existente entre estas y el territorio” (Delamaza, Cunill, & Joignant, 2012, pág. 27)

En síntesis, la descentralización es un proceso de reforma que redistribuye responsabilidades, autoridad y recursos y, por lo tanto, no es solamente una cuestión de forma sino que también de fondo ya que con esta redistribución se acerca la toma de decisiones a las personas y el territorio. En el proceso deliberativo los diferentes actores participan de un proyecto común de territorio y gobernanza lo cual tendría importantes efectos en la cohesión social del territorio y por lo tanto, en las confianzas siendo un proceso complejo y multidimensional.

Dimensiones de la descentralización

La descentralización es un tópico largamente estudiado por la literatura, existiendo actualmente consenso respecto a que esta se constituye por reformas dirigidas a la transfe-

rencia de: autoridad, responsabilidades y recursos (Mardones, 2008). En este se suelen distinguir principalmente tres dimensiones: la política, la administrativa y la fiscal.

La descentralización política refiere a la autonomía de los gobiernos subnacionales para la elección popular de autoridades propias y/o también a la participación en las decisiones de un determinado territorio. La descentralización administrativa en tanto supone la transferencia de responsabilidad en la planeación, financiamiento y gestión de ciertas funciones de gobierno. La descentralización fiscal por otro lado es la concesión de mayor autonomía en el gasto y la posibilidad de generar ingresos propios en los niveles subnacionales de gobierno (Letelier & Ormeño, 2018).

Por otra parte se debe diferenciar la descentralización de la desconcentración, la cual según el BID corresponde a “una transferencia de responsabilidades hacia unidades administrativas del mismo gobierno central, pero que están espacialmente más cercanas a la población donde se provee el servicio” (2018, pág. 5).

Otro elemento relevante para comprender la descentralización es conocer los diferentes modelos de Estado en relación con sus niveles de centralismo. En este ámbito se pueden identificar los siguientes ejemplos de organización territorial en términos generales (von Baer & Bravo, 2016). Federal: Suiza, Canadá, Estados Unidos, Alemania. Autonómico: España. Unitario descentralizado: Francia, Italia, Colombia. Unitario centralizado: Chile. Si bien según los mismos autores, no necesariamente existen estados “puros” sino que más bien grados intermedios y matices.

Los avances en descentralización en América Latina

La descentralización no ha sido solo un tema relevante en Chile. Según Nickson (2017), a partir de los 80, se puede constatar como una tendencia regional en América Latina, teniendo una verdadera importancia histórica. En este sentido la CEPAL (2015) va a señalar que existe consenso sobre los efectos positivos de la descentralización en materia de gestión del Estado, legitimidad política y uso eficiente de los recursos. Un estado descentralizado, tendrá mejor capacidad para que la oferta de bienes y servicios estatales coincida con las verdaderas necesidades de la población.

Por otra parte, se debe destacar que no existe una única forma de descentralización y por lo tanto, el diseño, la secuencia e implementación del proceso dependen de condiciones preexistentes, incluyendo elementos históricos y de economía política (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018). Por lo mismo, respecto al impacto de la descentralización, la evidencia tiene límites ya que los procesos de descentralización en cada país son diferentes y dependen también de otros factores. Sin embargo, según la CEPAL, es relevante destacar la descentraliza-

ción “como una herramienta política y condición para impulsar una noción de desarrollo basado en el valor de los potenciales endógenos de cada territorio, conduciendo a una mayor eficiencia, eficacia y efectividad en la gestión agregada del Estado” (2015, pág. 84).

De acuerdo con el análisis realizado por la CEPAL (2015), el tipo de marco legal que define la descentralización va a influir en la forma en cómo se expresa la gestión. Por lo tanto, si existen marcos normativos constitucionales, la expresión institucional se refleja en políticas transversales de descentralización. De esta manera es posible categorizar a los países de América Latina y el Caribe, de la siguiente manera:

Tabla 1: Marco legal del proceso de descentralización en los países de América Latina

Tipo de marco legal	Países
Constitución Política	Argentina, Bolivia, México, El Salvador, Panamá y Venezuela
Ley o Decreto	Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Guatemala, Perú, Perú y Brasil
Código orgánico o Ley orgánica	Ecuador, Paraguay, Uruguay y Chile

Fuente: Elaboración propia en base a Cuadro Nro. 15 de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2015, pág. 86.

Los recientes avances en Chile

En Chile, se han venido debatiendo hace largo tiempo, variadas propuestas. Desde discusiones en tiempos coloniales a desarrollos más recientes, la descentralización ha sido un eje discusión y también, de controversia. Las dificultades para la descentralización no son algo reciente, de hecho, los intentos federalistas en el pasado y regionalistas han sido subordinados a un modelo político centralizado. Pese a que distintos sectores políticos han comprometido avanzar (en distintos gobiernos) hacia la descentralización, ha permanecido el dominio de “Santiago” (Valenzuela, 2015). Para von Baer, Rozas y Bravo (2016), han sido 17 años de esperanzas y frustraciones ya que han habido diversos programas de gobierno y compromisos programáticos respecto a la redistribución del poder político, el traspaso de competencias y recursos, sin embargo, estas propuestas se han enfrentado a lo que von Baer et al. (2016) denominan “intereses cortoplacistas y electoralistas de las cúpulas del poder político y económico” (2016, pág. 29). En los últimos años las campañas electorales de Lavín (1999), Lagos (1999), Bachelet (2005) y Piñera (2009) han comprometido propuestas que, en su mayoría, han sido incumplidas (von Baer, Rozas, & Bravo, 2016). En síntesis, según Szmulewicz y Saffirio (2017), la descentralización ha avanzado principalmente en el nivel local, avanzando más rápidamente en el ámbito administrativo, siendo postergado el avance en el ámbito político y fiscal.

Una de las debilidades de la discusión en descentralización ha sido justamente la ausencia de un acuerdo o imagen objetivo a la cual se quiere llegar (Delamaza, Cunill,

& Joignant, 2012), sin embargo, en los últimos años se ha avanzado contundentemente en esta línea, destacándose al respecto el establecimiento de una plural Comisión Asesora Presidencial en el segundo gobierno de Michelle Bachelet, la que resolvió diferentes medidas para el proceso de descentralización política, fiscal y administrativa que han permitido delimitar una hoja de ruta en esta materia. En síntesis, esta Comisión Asesora Presidencial (2014) resolvió de manera unánime, 10 medidas esenciales para fortalecer el proceso de descentralización:

- 1) Definición del Estado de Chile como Estado Descentralizado
- 2) Elección de la máxima autoridad regional
- 3) Traspaso de Competencias, Servicios y Programas
- 4) Creación de un Sistema de Administración de Áreas Metropolitanas
- 5) Ley de Rentas Regionales
- 6) Fondo de Convergencia para la Equidad Interregional
- 7) Sistemas Regionales de Gestión de Capital Humano
- 8) Fortalecer la Institucionalidad Pública Regional
- 9) Democracia Local y Regional
- 10) Fortalecimiento de la Participación Ciudadana

De los avances recientes en esta agenda, destaca la Reforma Constitucional para la elección popular de Gobernadores Regionales, la Ley 21.073 que organiza la elección de Gobernadores Regionales y la Ley 21.074 que establece el procedimiento para el traspaso de competencias.

La descentralización política en desarrollo (en teoría)

Si bien se reconoce por los expertos que la descentralización es un proceso que debe avanzar en sus diferentes dimensiones para ser efectivo (von Baer, Rozas, & Bravo, 2016), hay consenso en que la descentralización política adquiere mayor relevancia, en la medida que es una “punta de lanza” para desencadenar el resto de los procesos. Como señala von Baer et. al (2016) “sin un efectivo proceso de descentralización política, no se producen ni convergen los procesos de descentralización administrativa y de descentralización fiscal-económica” (pág. 31).

Específicamente para la descentralización política, la elección de gobernadores o gobernadoras regionales es la medida más relevante debido a sus efectos en la redistribución de *poder* dentro del entramado político institucional que a su vez, podría desencadenar las restantes reformas de descentralización y de desarrollo territorial (von Baer & Bravo, 2016). Si bien la elección de gobernadores/as regionales es una propuesta que se realiza en el año 2014 y ha sido recientemente aprobada por el Congreso (lo cual involucró una reforma constitucional), la medida recién se materializa para el año 2021. Destaca en este sentido, la resistencia que ha habido desde distintos sectores y actores, a la concreción de esta medida, habiendo incluso propuestas desde algunos sectores, de suspender esta

elección, bajo el argumento de que, con un proceso constituyente, no es necesario el proceso de descentralización (Fundación Chile Descentralizado ...Desarrollado, 2020). Así también en el marco de la emergencia sanitaria que vive Chile y el mundo, también se alzaron propuestas de suspender de manera indefinida, las elecciones de gobernadores/as ya que, según sus detractores, la medida no aportaría al desarrollo de las regiones (La Tercera, 2020).

En específico la reforma constitucional ya aprobada, establece la elección de un gobernador o gobernadora regional que elimina la figura de intendente/a. Dicho gobernador/a regional será electo popularmente por los habitantes de cada región por mayoría de al menos el 40% de los votos válidamente emitidos y deberá presentar al momento de su inscripción, el programa para las acciones, iniciativas y proyectos que propone (Ley N° 21.073). Esta medida, sumada a que actualmente los Consejeros Regionales son elegidos por voto popular, permitirán un Gobierno Regional totalmente electo. Si bien, se creará la figura de Delegado Presidencial como representante del presidente de la República, este tendrá el ejercicio del gobierno interior en cada región, mientras que el gobernador/a regional deberá velar por el desarrollo de la región a través de políticas y programas, sometiendo el proyecto de presupuesto regional al Consejo Regional, entre otras funciones.

Han habido críticas a las limitadas competencias transferidas al gobernador/a regional y también a la ausencia de una descentralización fiscal que acompañe la descentralización política, sin embargo, es relevante destacar el impacto de este proceso en la redistribución de poderes. Lo anterior principalmente derivado de que la rendición de cuentas del nuevo gobernador o gobernadora regional estará dirigida a la ciudadanía, a su electorado regional y, por lo tanto, con mayor autonomía e independencia del nivel central. En este sentido la descentralización cumple su objetivo de acercar la toma de decisiones a los territorios y a las personas, profundizando la democracia, especialmente considerando que la descentralización política a través de la elección de gobernadores/as regionales permitirá la discusión de un programa de gobierno de manera previa a las elecciones y tendrá, como una de las principales responsabilidades en el ejercicio de sus funciones, el formular políticas de desarrollo regional, siendo el inicio de otros procesos descentralizadores.

Pese a lo anterior, será urgente avanzar en la transferencia de competencias y especialmente, en descentralización fiscal, ámbito con mayor rezago en el proceso. Considerando las expectativas que se generarán con la elección de gobernadores/as regionales, se podrían acrecentar los niveles de insatisfacción si las nuevas autoridades no poseen las competencias y recursos que la población regional espera.

Una nueva Constitución con descentralización y participación ciudadana

Para von Baer y Bravo (2016) la sociedad chilena se encuentra lo suficientemente madura para asumir el desafío de pensar y construir el desarrollo país desde los territorios, lo cual, sería clave para enfrentar la actual insatisfacción social. En el marco de un proceso constituyente es relevante considerar la descentralización como una forma de acercar la toma de decisiones a las personas y, por lo tanto, mejorar la democracia a través de más y mejor participación ciudadana.

Según Szmulewicz y Saffirio (2017), “no es admisible perseverar en el modelo de Estado unitario políticamente centralizado” (pág. 120) debido a los argumentos que se han señalado anteriormente, este modelo no ha sido óptimo en la gestión gubernativa ni ha sido coherente con las demandas ciudadanas. Frente a la opción de un modelo federal, los autores señalan que esta alternativa no es adecuada para brindar una efectiva gobernanza, ni se ajusta a la cultura política del país. Algo similar señalan von Baer y Bravo (2016) para quienes el tamaño de la población, como el de la economía, no justifican el excesivo costo burocrático de una estructura federal, además, significaría un salto demasiado “abrupto, completo y riesgoso, para el cual culturalmente la sociedad chilena está muy lejos de estar preparada”. Al respecto parece haber consenso en que —como señaló la Comisión Asesora Presidencial de 2014— la opción es sustituir el modelo unitario centralizado vigente por uno unitario descentralizado. Lo anterior, considerando que de esta manera se preserva el carácter de unitario en lo esencial para la nación y en lo que se ejerce de mejor manera desde el gobierno nacional y se descentraliza todo aquello que funciona igual o mejor a nivel subnacional, sea en las comunas o en las regiones.

Sin perjuicio de que la discusión constituyente corresponde al soberano y será necesario, por lo tanto, que estos elementos sean definidos participativamente en una eventual Nueva Constitución, al parecer existe acuerdo entre los expertos/as sobre un principio constitucional que debiera integrarse en una nueva carta fundamental. Este es el principio de *subsidiaridad territorial*. Dicho principio es definido por la Comisión Asesora Presidencial (2014) como “Opción preferente por la radicación de potestades públicas en los órganos más cercanos al ciudadano” (2014, pág. 29). Si bien la Comisión establece ocho principios constitucionales¹, este pilar es fundamental debido a que privilegia el nivel local por sobre el regional y este a su vez, por sobre el nacional. A este principio resultan complementariamente necesarios: el de prohibición de tutela;

¹ Los ocho principios propuestos por la Comisión son: Autonomía, Subsidiaridad territorial, Solidaridad, Prohibición de tutela, Principio de coordinación, Principio de suficiencia en el financiamiento de competencias, Resolución de conflictos de competencias constitucionales y, Principios Generales.

el de coordinación y; el de suficiencia en el financiamiento.

El de prohibición de tutela refiere a que “El gobierno nacional no podrá ejercer tutela respecto de las atribuciones de los gobiernos regionales, ni estos podrán hacerlo respecto de las municipalidades”; el de coordinación en tanto señala que “Cuando el ejercicio de una competencia requiera de la acción concertada de los gobiernos regionales y las municipalidades, la ley posibilitará que éstas organicen las modalidades de su acción común”. Finalmente el de suficiencia en el financiamiento establece que “Toda creación o extensión de competencias que aumente los gastos de gobiernos regionales y municipalidades irá acompañada de los recursos suficientes determinados por la ley” así mismo agrega que “Toda transferencia de competencias del Estado nacional a gobiernos regionales y municipalidades, irá acompañada de la atribución de recursos equivalentes, a lo menos, a los que estaban consagrados a su ejercicio” (Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, 2014, pág. 29).

El último aspecto es de gran relevancia ya que, como señala el BID (2018), uno de los primeros elementos para que los gobiernos subnacionales puedan ofrecer mejores servicios y sean más eficientes y transparentes, es la asignación de fuentes propias de ingresos a los gobiernos subnacionales para que estos puedan cumplir con las obligaciones que adquieren respecto a los gastos. Para Szmulewicz y Saffirio (2017), el traspaso de competencias y recursos financieros a las regiones son posibles a través de disposiciones transitorias en la Constitución, incorporando de esta forma el principio de selectividad y gradualidad.

Sin embargo, en un contexto de confianzas fracturadas, la descentralización política a través de instancias representativas como la elección de gobernadores/as regionales y una Ley de Rentas Regionales no necesariamente serán suficientes. Esto debe ir acompañado de contundentes mecanismos de participación ciudadana y el correcto *accountability*. Lo anterior considerando la descentralización como una estrategia de fortalecimiento de la democracia y no como un fin en sí mismo. En este sentido, especialmente, desde la “Fundación Chile Descentralizado ...Desarrollado”, proponen la creación de una política de participación vinculante que cuente con un COSOC, escuelas de formación ciudadana y presupuesto regional participativo, entre otras medidas (von Baer, Bravo, Portales, & Vergara, 2017). Las regiones pasarían de esta manera de ser *objeto* de política pública a ser *sujetos* activos del desarrollo (Tolosa, 2016). Este desafío de gobernanza requiere además de una articulación multinivel (entre los diferentes niveles del Estado) una articulación entre actores del territorio.

La Comisión Asesora Presidencial fue enfática en este ámbito, señalando dos medidas esenciales: La democratización de la Política Regional y Local, y la Participación directa en los asuntos de interés regional y local. En esta se-

gunda medida destaca la recomendación de “consagración en la Constitución Política del derecho a la participación” (2014, pág. 94) y en este sentido recomienda la posibilidad de realizar plebiscitos y referéndum regionales y locales e incluir referéndums revocatorios de mandatos y de normativas regionales y locales. Es importante señalar que la Constitución actual no menciona la participación ciudadana como derecho de manera explícita, como sí hacen otras constituciones, lo cual limita el establecimiento de medidas de democracia directa según la misma comisión.

Conclusiones y reflexiones finales

La democracia en Chile se encuentra en un importante momento de inflexión. Diversos son los autores y autoras que han identificado las debilidades de la institucionalidad democrática señalando como base la deslegitimidad de una Constitución Política definida por una dictadura. En este sentido, más allá del contenido de la Carta Fundamental el problema radicaría en la ausencia de un proceso democrático que *nos* constituya. En este mismo sentido es posible señalar la ausencia de un proceso democrático y soberano en donde se haya discutido la forma de gobernar en los territorios ejerciéndose hoy un modelo unitario centralizado que destaca a Chile como uno de los países con menores niveles de descentralización en Latinoamérica y en la OCDE.

Son variados los factores que han incidido en que la ciudadanía desconfíe de la política (en su amplio ejercicio) y las instituciones, alejándose de las instancias de participación, aunque limitadas, existentes. Frente al actual momento constitucional donde se comienzan a sentar las bases de una Nueva Constitución, la descentralización, como estrategia que permite acercar la toma de decisiones a las personas y, por lo tanto, como herramienta para la profundización de la democracia, no puede estar ausente. Como se ha mencionado anteriormente, el nuevo ordenamiento que se defina en una nueva Constitución derivará de definiciones que haga la sociedad como cuerpo jurídico, sin embargo, sería esperable al menos, no retroceder en los escasos pero importantes avances que ha habido en materia descentralizadora. Un punto de partida es no retroceder en las elecciones de autoridades regionales, no sólo porque sería un retroceso en descentralizar la toma de decisiones (y el poder), sino porque además perjudicaría la generación de un debate político concreto en los territorios, alejando la toma de decisiones que se acercará con las próximas elecciones de gobernadores/as regionales.

Son diversos los perjuicios políticos, sociales e incluso económicos del centralismo, los cuales podrían ser enfrentados integrando la descentralización al proceso constituyente. Específicamente se ha propuesto que la nueva Carta Fundamental consigne un modelo unitario descentralizado, e incorpore el principio de subsidiariedad territorial como principal eje para la definición de potestades lo

más cerca posible de la ciudadanía y su territorio. De manera complementaria serían recomendables los principios prohibición de tutela; de coordinación y; de suficiencia en el financiamiento, los cuales permitirían el correcto ejercicio de recursos y responsabilidades en el territorio que, con autoridades regionales totalmente electas, podrían dar respuesta a diferentes necesidades de las regiones.

Por otra parte, la descentralización es insuficiente si esta no es acompañada de participación ciudadana pues las autoridades regionales electas requieren de canales y estrategias concretas que favorezcan a la gobernanza territorial. En el marco de una nueva Constitución Política se hace relevante de la participación ciudadana sea definida como un derecho garantizado. Como se ha mencionado anteriormente, la descentralización y la participación ciudadana no son fines en sí mismos. La descentralización es una forma de redistribución del poder que, acompañada por mecanismos efectivos de participación ciudadana, permitirán avanzar hacia una democracia más sustantiva.

Bibliografía

- Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Próximos pasos para la descentralización y gobiernos subnacionales en América Latina y el Caribe*. Obtenido de www.iadb.org/gestionfiscal
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Documento de Marco Sectorial de Descentralización y Gobiernos Subnacionales*. División de Gestión Fiscal.
- Boisier, S. (1993). *Descentralización en Chile: antecedentes, situación actual y desafíos futuros*. Santiago: Dirección de políticas públicas y planificación regional.
- Bravo, N. (2017). Descentralización: expresiones de demandas de la sociedad civil y ciudadanía regional. En H. von Baer, N. Bravo, D. Portales, & P. Vergara, *Descentralización 2.0 Construyendo la gobernanza regional que Chile necesita: un desafío país* (págs. 195-207). Temuco: Ediciones Universidad de La Frontera.
- Castañeda, B. (2016). Marco institucional chileno, políticas de descentralización y participación ciudadana: una tarea inconclusa. *Estudios políticos y estratégicos*, 124-143.
- Cazor, K. (2001). Democracia y constitución en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Valparaíso*, 279-293.
- Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional. (2014). *Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial en Chile*. Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. (2015). *Panorama del desarrollo territorial en América Latina y el Caribe 2015: Pactos para la igualdad territorial*. Santiago: Naciones Unidas.
- Delamaza, G. (2011). Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades. *Polis*.
- Delamaza, G., Cunill, N., & Joignant, A. (2012). *Nueva agenda de descentralización en Chile: Sentando más actores a la mesa*. Santiago: RIL Editores.
- Delamaza, G., Cunill, N., & Joignant, A. (2012). La descentralización: asunto de actores y su articulación. En G. Delamaza, N. Cunill, & A. Joignant, *Nueva agenda de descentralización: Sentando más actores a la mesa* (págs. 21-66). Santiago: RIL Editores.
- Fundación Chile Descentralizado ...Desarrollado. (2020). *Declaración: Exigimos respeto a elección de Gobernadores/as Regionales*. Obtenido de <http://chiledescentralizado.cl/wp-content/uploads/2020/05/Declaracion-Eleccio%CC%81n-Gobernadores-Regionales.pdf>
- Garretón, M. (2010). La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales. *Revista de Ciencia Política*, 115-148.
- Heiss, C., & Szmulewicz, E. (2018). La Constitución Política de 1980. En C. Huneeus, & O. Avendaño, *El sistema político de Chile* (págs. 57-83). Santiago: LOM.
- Heiss, C. (2018). La constitución de 1980 como obstáculo a una ciudadanía democrática en Chile. En S. Grez, D. Opazo, & P. Vidal, *Ciudadanías para la Democracia. Reflexiones desde la problemática constitucional y constituyente chilena del siglo XXI* (págs. 49-62). Santiago: Ariadna Ediciones.
- Instituto de Políticas Públicas Sede Coquimbo. (2019). *Encuesta IPP UCN Coquimbo*. Coquimbo: Universidad Católica del Norte.
- La Tercera. (21 de Enero de 2020). *La Tercera*. Obtenido de Alcaldes advierten que no hay condiciones para hacer elección de gobernadores este año: <https://www.latercera.com/politica/noticia/alcaldes-advierten-no-condiciones-eleccion-gobernadores-este-ano/981110/>
- Letelier, L., & Ormeño, H. (2018). *El mapa de la descentralización fiscal en Chile*. Banco Central de Chile.
- Mardones, R. (2008). Descentralización: una definición y una evaluación de la agenda legislativa chilena (1990-2008). *EURE*, 39-60.
- Nickson, A. (2017). La descentralización en América Latina: balance del proceso, nuevas tendencias, y retos para una reforma municipal en la región. *X Congreso de la Red de Investigadores en Gobiernos Locales Mexicanos IGLOM*. Ciudad de México: University of Birmingham.
- OECD. (2009). *Territorial Reviews Chile*. Territorial Reviews OCDE.
- OECD Multi-level governance studies. (2017). *Making Decentralisation Work in Chile: Towards Stronger Municipalities*. Paris: OECD Publishing.
- Silva, I. (2019). Derecho a la participación ciudadana en la gestión pública del territorio. ¿Una oportunidad para "apropiarse" de la descentralización? En D. Henríquez,

- & L. Moncayo, *Construyendo realidad: estudios y propuestas para el desarrollo de la Región de Coquimbo* (págs. 153-173). Coquimbo: Universidad Católica del Norte.
- Szmulewicz, E., & Saffirio, I. (2017). Propuestas para una descentralización coherente con la equidad territorial. En J. Cifuentes, C. Perez, & S. Rivera. Santiago: Centro de Estudios del Desarrollo.
- Tolosa, I. (2016). Nueva ley de financiamiento regional-municipal con responsabilida fiscal: elementos fundantes, proyecciones y urgencias. En H. von Baer von Lochow, & N. Bravo Reyes, *El arranque de la descentralización: Desatando las amarras del centralismo chileno* (págs. 198-218). Temuco: Universidad de la Frontera.
- Valenzuela, E. (2015). *Descentralización ya. Conceptos, historia y agenda*. Santiago: Ril Editores.
- von Baer, H., & Bravo, N. (2016). *El arranque de la descentralización: Desatando las amarras del centralismo chileno*. Temuco: Universidad de La Frontera.
- von Baer, H., Rozas, M., & Bravo, N. (2016). La elección de intendentes (gobernadores regionales): reforma madre de la descentralización en Chile. En H. von Baer, & N. Bravo, *El arranque de la descentralización: Desatando las amarras del centralismo chileno* (págs. 29-46). Temuco: Universidad de la Frontera.
- von Baer, H., Bravo, N., Portales, D., & Vergara, P. (2017). Un nuevo trato Estado -Territorios: el desafío impostergable. En H. von Baer, N. Bravo, D. Portales, & P. Vergara, *Descentralización 2.0 Construyendo la gobernanza regional que Chile necesita: un desafío país* (págs. 24- 41). Temuco: Ediciones Universidad de La Frontera.

Debate sobre Régimen de Gobierno: La Alternativa Semipresidencial

María Cristina Escudero Illanes

RESUMEN: El régimen de gobierno determina el proceso de toma de decisiones. Este puede tender al conflicto como en el caso del presidencialismo o a la coordinación como en el caso de los parlamentarismos o algunos tipos de semipresidencialismos. El presidencialismo chileno no ha podido escapar a las dinámicas presidencialistas agravadas por el gran poder colegislador del Ejecutivo y una persistencia de gobiernos divididos. En este capítulo se argumenta que, para mejorar la gobernabilidad, es preferible un cambio a un sistema semipresidencialista de cohabitación o *premier presidentialism*, donde se pueda mantener a una o un Presidente elegido por la ciudadanía y a un gobierno nombrado en acuerdo con el Parlamento, pero solo dependiente de éste último para su subsistencia.

Introducción

Pensar en el régimen de gobierno, es preguntarse cómo debiese ser el proceso de toma de decisiones política. Si funciona mal, se ven afectadas las políticas públicas y el bienestar de la población en general. Más aún, el mal funcionamiento del régimen de gobierno puede terminar por desprestigiar a la política y, en última instancia, la valoración de la democracia. El estallido social del 18 de octubre de 2019 reclamó una sociedad más justa y solidaria. Fue una crítica profunda a un proceso de toma de decisiones que no genera los resultados esperados y deslegitima las instituciones políticas. En definitiva, estamos ante una crítica al régimen de gobierno.

En Chile tenemos un sistema hiper-presidencial donde la o el Presidente tiene amplias facultades colegisladoras y preeminencia sobre el Congreso (Valenzuela, 2012; García, 2015). Sin embargo, los presidencialismos se fundan en la idea del contrapeso que debe ejercer el Congreso sobre el poder del Ejecutivo, en consecuencia, por diseño el o la Presidenta será contrarrestada en capacidad de implementación programática, especialmente si tiene minoría parlamentaria. Al final, los logros del hiper-presidencialis-

mo chileno, como en otros sistemas presidenciales, son mérito de las destrezas del Ejecutivo para no sufrir derrotas políticas en el Congreso. Esta es una mezcla de concesiones, autocensura y elegir bien las batallas. En suma, el resultado del proceso político es poco cooperativo.

En relación a este diagnóstico, hay varias preguntas que guían la reflexión de este capítulo: ¿Se puede tener un sistema presidencialista del que resulten decisiones fluidas, sin pasar por la confrontación y el conflicto entre los poderes del Estado y los actores políticos que lo componen? ¿Es conveniente hacer un cambio de régimen de gobierno? y dado que son varias las alternativas ¿cuál sería la más adecuado para Chile?

La discusión sobre las ventajas y desventajas de las distintas formas de gobierno —presidencialismo, parlamentarismo y semipresidencialismo— han sido objeto de un largo debate en la ciencia política. En la época de las transiciones democráticas a partir de 1972, se debatió y cuestionó la capacidad de los presidencialismos de sobrevivir o tener un buen desempeño democrático. Esta discusión se produjo también en Chile para su propia transición (Valenzuela, 1985; Linz y Valenzuela, 1989; Godoy, 1990). Sin embargo, con el correr de los años y las décadas, se fue asentando la idea que existían distintos tipos de presidencialismos y que unos eran más conducentes que otros a la estabilidad y gobernabilidad (Chasqueti, 2003; Cheibub, 2009). En la práctica, los países presidencialistas latinoamericanos y Chile en particular, han optado por no innovar y realizar adaptaciones y modificaciones al presidencialismo de acuerdo a las necesidades que cada país enfrenta.

El presente artículo no busca resolver la pregunta sobre la estabilidad del sistema político, pero sí una pregunta sobre gobernabilidad, es decir, la capacidad de adoptar legislación e implementar política pública que satisfagan las demandas ciudadanas y retroalimenten la legitimidad del sistema (Nohlen, 2006, p. 54). Después de su transición en 1990 y durante mucho tiempo Chile gozó de pres-

tigio por la fortaleza institucional y su capacidad resolutoria (Huneus, 2009). En definitiva, se describió a Chile como una democracia de buena salud y gobernabilidad. Muchas de estas evaluaciones se hicieron sobre la base de logros consensuados. Sin embargo, los consensos con el tiempo se alejaron de la ciudadanía y de manera acumulativa derivaron en un profundo malestar ciudadano. El presente capítulo se inspira en esta reflexión y profundiza sobre la crítica al sistema presidencialista por su déficit en proveer de gobernabilidad.

Las consideraciones de un cambio de régimen de gobierno no pueden darse en prescindencia de la realidad de los contextos nacionales. Es necesario evaluar el funcionamiento y enraizamiento que muchas instituciones tienen en la ciudadanía, así como las expectativas que generan las distintas propuestas de cambio. Lijphart lo dijo elocuentemente hace más de tres décadas: “Cuando los países redactan nuevas constituciones democráticas (...) los constituyentes debieran hacer tres cosas: informarse acerca de las principales alternativas, considerar cuidadosamente las ventajas y desventajas (...) y, por último, decidir qué alternativa se ajusta mejor a las condiciones de su país en particular” (Lijphart, 1987, p. 29). En consecuencia, este capítulo presentará una evaluación del presidencialismo en general y del caso particular de Chile para luego analizar las alternativas que mejor se ajusten a resolver los problemas que se exponen, concluyendo que es posible para Chile optar por un sistema semipresidencial.

Regímenes de Gobierno y Críticas al Presidencialismo

Generalmente se habla de tres formas de gobierno: Parlamentarismos, Presidencialismos y Semipresidencialismos. La diferencia principal del parlamentarismo respecto al presidencialismo es que la o el Primer Ministro y su gabinete emerge de las mayorías que se produzcan en la elección de legisladores y su sobrevivencia depende de que esas mayorías y confianzas se mantengan (Linz y Valenzuela, 1994). Esta última característica se conserva en los semipresidencialismos, sistema en el cual además existe una o un Presidente electo cuyo poder dependerá de la capacidad para nombrar y sostener a una o un Primer Ministro (y al gabinete) entre sus filas (Shugart, 2005, p. 324). Sin embargo, de la misma forma que existen variedades de presidencialismos, también existen variedades de parlamentarismos y semipresidencialismos lo que ha abierto un debate sobre las características esenciales de cada uno de estos arreglos institucionales y sus efectos (Sartori, 1994; Lanzaro, 2003; Sedelius y Linde, 2018; Cheibut et al, 2013).

La base de la discusión sobre la mejor forma de gobierno, la estableció Linz a comienzos de los 1990s. Linz argumentó que el diseño institucional del presidencialismo conduce al conflicto. En breve, al ser el voto popular

el origen que define ambas instituciones directamente, finalmente conlleva a que tanto el poder Ejecutivo como el poder Legislativo puedan reclamar la legitimidad de representar al pueblo cuando abogan por políticas que van en direcciones opuestas, sin poder forzar que la decisión se vuelva a favor de ninguno de ellos (Linz, 1990, pp. 53-54). En este juego de suma cero no hay salida, porque ninguno puede destituir al otro, generando estancamiento en el proceso político. En definitiva, el sistema presidencial no tiene ni incentivos de colaboración, ni válvulas de escape que permitan destrabar situaciones de crisis.

Linz advierte que, en este tipo de sistemas, un *outsider* puede ganar el poder independiente de los partidos, lo que los hace más proclives a desarrollo de populismos (Linz, 1990, p. 61). También existen tendencias a la concentración de poder, toda vez que los o las Presidentes en un esfuerzo por ejecutar el programa para lo cual fueron elegidos, terminan impulsando reformas y prácticas que le otorgan más facultades colegisladoras frente al Congreso. En los hechos, a partir de 1970 al 2014, han aumentado considerablemente las facultades de las o los Presidentes latinoamericanos para influir en la legislación, es decir, para fortalecer el poder del Ejecutivo frente al contrapeso del Congreso (Negretto, 2018, p. 141). Esto genera más problemas que los que soluciona.

Presidentes fuertes desincentivan las alianzas necesarias para gobernar en el caso de los presidencialismos multipartidistas que requieren de formar coaliciones. Los partidos desconfían del protagonismo presidencial que hace sombra a las perspectivas electorales de sus miembros. Los parlamentarios, opacados por el protagonismo presidencial compiten y no colaboran con el gobierno para destacar. La tendencia será que los parlamentarios tengan más que ganar en aproximaciones personales con la presidencia, a base de prácticas clientelares más que programáticas (Valenzuela, 2012). Adicionalmente, un ejecutivo con mucho poder, hace que la actividad parlamentaria pierda musculatura para representar y llevar la agenda de sus electores al debate legislativo. Es decir, el Congreso pierde relevancia y se convierte en una corporación descendiente en caso de Presidentes con mayoría parlamentaria u hostil, en caso que no la tenga.

Las críticas al presidencialismo no son pacíficas en la literatura. Quienes defienden el presidencialismo, ven en él ventajas sustantivas, que compensan su rigidez. Lo que privilegia este sistema no es la supremacía del “gobierno unificado”, como en el parlamentarismo, sino las limitaciones a las actuaciones unilaterales de la presidencia y apuestan a un juego de frenos y contrapesos (Lanzaro, 2003, p. 19). De esta manera, el presidencialismo tendría la intención de limitar los abusos de poder, evitar la “tiranía” de las mayorías y las minorías a través de los incentivos al diálogo.

Las distintas experiencias presidencialistas hicieron repensar también el determinismo con el que Linz trató a esta categoría. Mainwaring y Shugart (1999) concluyeron que había que relacionar el funcionamiento del presidencialismo con el sistema de partidos. De esta forma los bipartidismos serían una combinación virtuosa con el presidencialismo, mientras que el multipartidismo fraccionado sería la responsable de su mal funcionamiento. En la misma línea, Chasqueti señala que “los presidencialismos multipartidistas gobernados por coaliciones mayoritarias son formatos político-institucionales eficaces para el mantenimiento de la estabilidad democrática (...) los presidencialismos multipartidistas sin coaliciones de gobierno son los verdaderamente problemáticos” (Chasqueti, 2003, p. 321). Para otros, el fraccionamiento de partidos es una oportunidad para el presidencialismo, toda vez que el Ejecutivo podría acceder a los votos apelando a intercambios informales, aunque subiendo los altos costos de transacción de la democracia (Sartori, 1994).

En suma, existiría la posibilidad de atenuar las dificultades del presidencialismo. Paradojalmente, las recomendaciones para su funcionamiento apuntan a despojarlo de su principal virtud, la capacidad de frenos y contrapesos como consecuencia de un gobierno con una mayoría parlamentaria disciplinada (Negretto, 2014). Sin embargo, los mecanismos que pueden atenuar los efectos del presidencialismo, no terminan de eximirlo de su efecto sistémico. Incluso en gobiernos mayoritarios, éste no produce espontáneamente ni colaboración ni disciplina partidaria como producto de la tensión permanente entre dos poderes y sus actores que son elegidos separadamente y con mandato fijo. Es un sistema con altos costos de transacción en el que Ejecutivo destina gran parte de su tiempo en el Congreso intentando ejecutar la agenda programática. El problema de gobernabilidad es persistente.

Evaluación del funcionamiento del presidencialismo chileno

Chile tiene los mismos problemas que se identifican con el presidencialismo en general, agravado por características propias del arreglo institucional contenido en la Constitución de 1980. Aunque el sistema pareció funcionar en los primeros años de la transición, este desarrolló los problemas endémicos de los gobiernos divididos. Adicionalmente, desde la transición a la democracia, el presidencialismo chileno ha tenido dificultades para traducir la voluntad ciudadana en políticas públicas que la interpreten. Esto implica, que las decisiones del Congreso no han obedecido a las mayorías. Por el contrario, la centro izquierda ha tenido siempre que ceder más de lo que le correspondía porque los quórum de aprobación legal eran (y son) altos para las leyes más importantes. Mientras más cedía la Concertación/Nueva Mayoría para lograr avanzar en su agenda,

más se alejaba de la voluntad de la mayoría que la había favorecido con el voto.

La llamada “política de los consensos”, tan fuerte en los años 1990, se hizo sobre la base de un veto de la minoría, es decir, los acuerdos tenían una dosis importante de obstrucción (Escudero, 2018). Un ejemplo de ello es que las reformas constitucionales que eliminaron parte de los *enclaves autoritarios* recién pudieron acordarse en el 2005. Otro ejemplo, el proyecto de reformas laborales que envió el Presidente Frei en la víspera de la elección de 1999 con el objetivo de mostrarle a la ciudadanía que no era la coalición de centro-izquierda la que se había opuesto en avanzar en esta materia, sino que la derecha la que había negado sus votos. La reforma de salud (AUGE) fue hecho bajo el supuesto pragmático de los que podía alcanzarse en acuerdo con la derecha, más que lo que la que la coalición gobernante hubiese acordado hacer. Es más, para aprobar el AUGE el oficialismo de la época debió renunciar al fondo de compensación de riesgo entre Isapres y Fonasa que permitía hacer equitativo el sistema (Tohá, 2020).

Los ejemplos anteriores son reflejo de problemas propios de los presidencialismos divididos, agravado por los quórum supra-mayoritarios para la aprobación de leyes. Estos hacen que se deba desplegar un esfuerzo intenso y costoso por parte del gobierno para implementar su programa de gobierno y un alejamiento con las expectativas ciudadanas que ven en el proceso de toma de decisiones arreglos que no los satisfacen. Esto es un problema propio del presidencialismo latinoamericano, donde sus Presidentes sí logran aprobar leyes en el Congreso, pero provocan el rechazo de la ciudadanía la que se vuelca crecientemente a la calle generando inestabilidad política (Negretto, 2014, p. 19). En definitiva, en Chile, el régimen de gobierno ha generado un creciente problema de gobernabilidad y mientras más se ha acumulado el descontento en la calle, el sistema responde menos, traduciéndose en un proceso trabado y bloqueado (Eyzaguirre, Figueroa y Jordán, 2020)

El presidencialismo chileno también ha desincentivado la disciplina partidaria y desinstitucionalizado los partidos. Los excesivos poderes colegisladores de la presidencia han debilitado la deliberación y generando competencia entre los parlamentarios y el gobierno por destacar sus puntos de vistas ante el electorado. Antes que el oficialismo conceda los votos a su gobierno, hay un arduo proceso de negociación interna. Los partidos de oposición se inclinan por infringirle derrotas políticas al gobierno en las votaciones o negociar individualmente su aprobación. Por otra parte, como la carrera parlamentaria no depende del éxito o fracaso del gobierno sino de sus vínculos con los electores, los congresistas se distancian rápidamente de gobiernos impopulares en miras de su propia sobrevivencia. En cierto punto, es más rentable para los partidos y los

parlamentarios criticar al gobierno que ayudarlo a salir del problema en el que se encuentra. Ejemplo de esto último fue la discusión presupuestaria del Transantiago, donde el Congreso terminó dándole \$1.000 al Ejecutivo para enfrenar el problema, con votos de la coalición de gobierno.

Otro efecto que se ha acentuado es el “síndrome del pato cojo”. A medida que se acercan las elecciones presidenciales, la o el Presidente pierde poder y las lealtades se trasladan a los candidatos con mayor proyección presidencial. Un ejemplo reciente es lo ocurrido con la aprobación del proyecto de retiro del 10% de los fondos de pensiones. El alcalde Lavín, candidato de mayor proyección electoral de la derecha para las elecciones de 2021, criticó la propuesta del Presidente Piñera para evitar la aprobación de la iniciativa parlamentaria, lo que ocurrió con votos de su coalición avalados por su candidato. El “síndrome del pato cojo” deja a los gobiernos presidencialistas con una breve ventana de efectividad durante el periodo de “luna de miel” al comienzo del mandato, luego del cual los costos de transacción suben.

La desinstitucionalización de los partidos también se produce por la falta de incentivos para fortalecer a la militancia y la carrera política partidista. Para los cuadros técnicos de un partido, es más efectivo establecer vínculos directos con las y los candidatos presidenciales que con la directiva del partido, ya que los cargos de exclusiva confianza tienen un componente discrecional que no es atenuado por ningún mecanismo institucional. En los sistemas parlamentarios o semipresidenciales, para estar en el gobierno, se debe ser miembro del Parlamento y, por lo tanto, haber hecho vida y carrera partidaria. En Chile en cambio, el tener redes de amistades que lo acerquen a la o el Presidente y estar vinculados con centros de pensamientos, se ha vuelto más relevante que la militancia (Dávila, Baeza y Olivares, 2017).

El hecho que en el último tiempo se ha utilizado crecientemente el sacar parlamentarios/as del Congreso para convertirse en ministros o ministras es el reconocimiento que es en esta corporación donde está el capital político del partido y que la estructura del presidencialismo dificulta la combinación de destrezas políticas y profesionales que se requieren para cumplir todas las funciones de gobierno. En un presidencialismo esta acción es una violación a la soberanía, mientras que en otros regímenes de gobierno la combinación de la función parlamentaria y ministerial es una de las virtudes del sistema que conduce a la colaboración.

Con un Ejecutivo alejado de los partidos y en constante tensión en el Congreso, es común escuchar que “el o la Presidenta, no escucha a nadie”. Esto no es una característica personal de quien ocupa la primera magistratura, sino que los incentivos del sistema tienden al aislamiento. Tampoco la o el Presidente, requiere ser líder de su partido

o coalición para alcanzar la presidencia ni mantenerse en ella. En los hechos, en Chile no ha habido presidentes que al mismo tiempo sean jefes de su coalición y ni siquiera de su partido. Esto es una causa y un efecto de los problemas endémicos del sistema que impide lograr colaboración en el proceso de toma de decisiones entre instituciones del Estado y dentro de sus propias filas.

En resumen, los incentivos que emanan del presidencialismo chileno como producto de sus características constitutivas —principalmente las elecciones separadas del Ejecutivo y Congreso (doble legitimidad) con mandato fijo para ambos— ha generado efectos nocivos en el sistema político en su conjunto: problemas de representación, obstrucción legislativa, desgaste del Ejecutivo y desinstitucionalización de los partidos políticos. Estos efectos han sido agravados por el excesivo poder colegislador del Ejecutivo que ha debilitado aun más al Congreso como instancia deliberativa y las lealtades partidarias.

Alternativa de Régimen de Gobierno para Chile

Para quienes imputan al sistema presidencialista la responsabilidad de la inestabilidad democrática y los problemas de gobernabilidad, el sistema parlamentarista implica la solución óptima. En este sistema se privilegia la convergencia del gobierno con las mayorías parlamentarias, el poder no se divide sino que se sitúa en un solo lugar, el Parlamento. En consecuencia, el estancamiento y las crisis del sistema democrático presidencialista, son crisis políticas pasajeras en los parlamentarismos. En el caso de diferencias infranqueables entre el gobierno y el Parlamento, esta se resuelve a favor del Parlamento el que utiliza el voto de censura para reemplazar a la o el Primer Ministro. Por otra parte, la política se hace más fluida y resolutiva ante situaciones de emergencia y se incentiva la disciplina partidaria, sin la cual el gobierno rápidamente caería. Este diseño institucional también hace imposible que un *outsider* gane las elecciones y atenúa los populismos. Con todo, hay que evitar los llamados parlamentarismos de asamblea, donde la rotación de Primer Ministro/a es problemática. La experiencia reciente también muestra, que con el fraccionamiento del sistema de partidos, aumenta la dificultad de establecer coaliciones mayoritarias en el Parlamento y, en consecuencia, la posibilidad de formar gobierno. El fraccionamiento del sistema de partidos afecta negativamente a todos los regímenes de gobierno.

Otras soluciones han apuntado a atenuar el presidencialismo disminuyendo los poder co-legisladores del Ejecutivo y potenciando la obtención de mayorías disciplinadas en el Congreso. Se cita como ejemplo a seguir EE.UU, sin embargo, tampoco en este país se ha podido evitar un liderazgo personalista y populista en el ascenso de Trump a la presidencia, características tan criticadas para Lati-

noamérica. Por otro lado, su proceso político legislativo es costoso y desgastante, como lo observamos, por ejemplo, en la aprobación del programa de salud conocido como “Obama Care”.

Hay países que han intentado parlamentarizar el presidencialismo introduciendo incentivos de colaboración como la amenaza de destitución mutua entre Presidente y Congreso. Un ejemplo es Perú, cuyo arreglo institucional ha generado nuevas fuentes de inestabilidad y no ha logrado recomponer su sistema de partidos. Su complejidad aleja a la ciudadanía del proceso político. En la práctica es aconsejable dar un paso más decidido al cambio de régimen político. Una propuesta en esa dirección es el semipresidencialismo de Presidente-Parlamento que separa la figura del Presidente y Primer Ministro/a y hace depender a este último tanto del Parlamento como del Presidente. La experiencia ha mostrado en este sistema una fuente de conflicto y paralización del Ejecutivo que debe responder a dos instituciones diferentes (Sedelius y Line, 2017).

Por otra parte, el semipresidencialismo de cohabitación es un arreglo institucional intermedio que, al igual que otras formas de semipresidencialismo, mantiene la elección presidencial —separadas del Congreso—, en conjunto con un gobierno compuesto por una o un/a Primer Ministro/a propuesto por la o el Presidente y que debe contar con mayoría parlamentaria tanto para su nombramiento como para permanecer en el cargo. En consecuencia, se genera una estructura dual que permite que el Poder Ejecutivo oscile entre el o la Presidenta y el o la Primera Ministra dependiendo de donde radiquen la mayorías (Sartori, 1994). Si el o la Presidenta cuenta con mayoría, el régimen equilibra el poder hacia ésta, permitiéndole liderar y concretar el programa de gobierno. En el caso que el o la Presidenta no obtenga mayoría parlamentaria, es el Parlamento —la oposición— la que forma gobierno y el o la Presidenta tendrá las funciones de Jefe de Estado que la Constitución le otorgue, pero no liderará la función ejecutiva. Con todo, como Jefe de Estado, el o la Presidenta cuenta con atribuciones importantes en relaciones exteriores, defensa y de arbitraje del juego político (Nogueira, 2017).

Hay varios países donde este régimen funciona bien (ej. Finlandia, Portugal, Irlanda, Francia). Es necesario considerar que sus normas secundarias varían y que por lo tanto, se pueden ajustar a la realidad del país que lo adopta. En el caso Francés existen dos mecanismos que fortalecen la posición del Presidente. Las elecciones parlamentarias son posteriores a la elección presidencial, por lo tanto, la o el nuevo Presidente puede apelar a la ciudadanía para que apoye a sus candidatos y candidatas. La segunda, es que si el o la Presidente no obtiene mayoría, puede disolver el Parlamento y llamar a elecciones por una vez, intentando conseguirla. También es aconsejable considerar la censura constructiva, es decir, que el Parlamento pueda destituir

a la o el Primer Ministro cuando tenga consensuado su reemplazo, que se da en otros países.

La forma de decidir la estructura de gobierno en el semipresidencialismo de cohabitación permite establecer el poder donde se fijan las preferencias ciudadanas. En consecuencia, éstos serán gobiernos mayoritarios evitando el conflicto entre poderes y la inestabilidad del sistema. Los incentivos sistémicos de este régimen potencian la disciplina partidaria, las agendas programáticas de los partidos y el fortalecimiento del Congreso. Desde el punto de vista de la gobernabilidad, favorece un fluido y cooperativo proceso de toma de decisiones cercano a las expectativas ciudadanas (Nogueira, 2017).

Desde una perspectiva comparada de 173 países con distintos regímenes de gobierno, el estudio de Sedelius y Line (2017) muestra que el desempeño de los semipresidencialismos de cohabitación es mejor en varios índices de democracia que los presidencialismos y los semipresidencialismos de Presidente-Parlamento e incluso tiene mejores resultados que el parlamentarismo en algunos de ellos. En los índices de gobernabilidad los autores concluyen también que el semipresidencialismo de cohabitación se comporta mejor que otras formas de semipresidencialismo y que los presidencialismos. En un trabajo en la misma dirección, Toro (2020) concluye que en el índice de calidad de gobierno, donde mide corrupción, calidad de la burocracia y estado de derecho, los semipresidencialismos de cohabitación tienen un desempeño similar (aunque un poco inferior) a los parlamentarismos, pero mucho mejor que los presidencialismos y otras formas de semipresidencialismos. Lo mismo ocurre en el índice de estabilidad estatal que mide la vulnerabilidad frente a los conflictos internos y el deterioro societal. En suma, existe evidencia para sustentar que el semipresidencialismo de cohabitación produce incentivos que le permiten proporcionar un mejor proceso de toma de decisiones.

Conclusiones

El régimen presidencialista posee incentivos que potencian el conflicto, debilita la representación e institucionalización de los partidos políticos y, en última instancia, la gobernabilidad. Si bien puede evitar la inestabilidad democrática en sí misma (caída del sistema), el presidencialismo tiene altos costos de transacción en el proceso de toma de decisiones y pone al Ejecutivo en una constante negociación con el Congreso. Estos efectos no son exclusivos de los gobiernos divididos, aunque pueden ser más acentuados cuando el Presidente no cuenta con mayorías parlamentarias. La doble legitimidad de origen y el mandato fijo del Ejecutivo y el Congreso corroe la disciplina partidaria y tiende a generar tendencias de concentración del poder. El caso chileno no es una excepción, por el contrario, los efectos del proceso político presidencialista, ha

terminado por mermar a las instituciones políticas afectando su legitimidad.

El presidencialismo no aborda los temas en los cuales hay conflicto, termina por no decidir o al decidir lo hace deficientemente en términos de representación. Muchas veces, en tiempos de crisis, el presidencialismo no soluciona los problemas sino que los agrava. Los problemas que presenta este régimen de gobierno pueden mejorarse con un presidencialismo atenuado, pero no elimina la esencia del problema. Existe evidencia que los presidencialismos parlamentarizados funcionan de peor manera incluso que los presidencialismos.

Por su parte, existe evidencia que el sistema semipresidencialista de cohabitación ha tenido buenos desempeños donde se ha implementado. Tiene la virtud de evitar el estancamiento de los gobiernos minoritarios, incentiva el fortalecimiento de los partidos, fortalece el rol del Congreso y posibilita una mejor representación y gobernabilidad. Por otra parte, la elección de la o el Presidente, a diferencia del parlamentarismo, le entrega incidencia directa a la ciudadanía sobre el destino del país, tanto en lo programático como en el liderazgo, fortaleciendo el vínculo representativo. La cultura política chilena hace recomendable buscar un régimen que mantenga la figura de la o el Presidente electo. Para su buen funcionamiento, es necesario poner atención sobre la estructura institucional complementaria que refuerce la posibilidad de que la o el Presidente obtengan mayoría parlamentaria y mecanismos que eviten la competencia con la o el Primer Ministro.

Referencias

- Chasqueti, Daniel (2003). Democracia, Multipartidismo y Coaliciones en América Latina: evaluando una difícil combinación. En Lanzaro, Jorge (compilador) Tipos de Presidencialismos y Coaliciones Políticas en América Latina. Buenos Aires: CLACSO
- Cheibub, José Antonio (2007). Cheibub, José Antonio. 2007. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press
- Cheibub, José Antonio (2009). Reforming Presidential and Semi-Presidential Democracies. En Ellis et al, *Cómo Hacer que Funcione el Sistema Presidencial*. IDEA internacional y Universidad Autónoma de México
- Cheibub, José Antonio et al (2014). Beyond Presidentialism and Parliamentarism. *British Journal of Political Science*, Vol. 44, No. 3, pp. 515-544
- Dávila, M.; Baeza, J., Olivares A. (2017). "Las coaliciones políticas, el presidente y la selección de elencos ministeriales". En Juan Pablo Luna y Rodrigo Mardones (Eds.) *La columna vertebral fracturada: revisitando intermediarios políticos en Chile*. Santiago: Ril Editores.
- Elgie, Robert. 1999. *Semi-Presidentialism in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Ellis et al (2009). *Cómo Hacer que Funcione el Sistema Presidencial*. Making Presidentialism Work. IDEA internacional y Universidad Autónoma de México
- Escudero, María Cristina (2018). El Congreso Nacional: organización y funciones. En Carlos Huneeus y Octavio Avenadoño (Eds). *El Sistema Político de Chile*. Santiago: LOM
- Eyzaguerre, Nicolás; Figueroa, Pamela; Jordán, Tomás (2019). *La Crisis del Hiperpresidencialismo Chileno y Nueva Constitución. ¿Cambio al régimen Político?* Santiago: FACSOC-Chile
- Huneeus, Carlos (2009). La democracia presidencial en Chile. En Ellis et al, *Cómo Hacer que Funcione el Sistema Presidencial*. IDEA internacional y Universidad Autónoma de México
- Lanzaro, Jorge (2003). *Tipos de Presidencialismos y Coaliciones Políticas en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO
- Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (1989). *Presidencialismo, Semipresidencialismo y Parlamentarismo*. Mesa Redonda en Centro de Estudios Públicos. Acceso en: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-31-a-la-60/estudios-publicos-n-36/presidencialismo-semipresidencialismo-y-parlamentarismo>
- Linz, Juan J (1990) "The Perils of Presidentialism." *Journal of Democracy* 1, no. 1: 51-69.
- Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (1994). *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press
- Lijphart, Arendt (1988). *Democratización y Modelos Alternativos de Democracia*. Opciones, Revista del Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea. Academia de Humanismo Cristiano. Mayo - Agosto, nº 14, p 29-42
- Negretto, Gabriel (2018). *La Reforma del Presidencialismo en América Latina. Hacia un Modelo Híbrido*. Revista Uruguaya de Ciencia Política-Vol. 27 N°1-ICP - Montevideo
- Negretto, Gabriel (2014). "El Estudio del Presidencialismo en América Latina: Una evaluación crítica", en Rossana Castiglioni y Claudio Fuentes, eds., *Manual de Política Comparada*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales Ediciones. Acceso en: https://gabrielnegretto.com/wp-content/uploads/2017/06/El_Estudio_del_Presidencialismo_en_Amer.pdf
- Nogueira, Humberto. (2017). *La tipología de gobiernos presidencialistas, parlamentarios y semipresidenciales. Bases constitucionales semipresidenciales para un Chile del siglo XXI*. Editorial Triángulo. Santiago de Chile.
- Nohlen, Dieter (2006). *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*, México, UNAM-Porrúa
- Óscar Godoy Arcaya, editor, *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.

- Sartori, Giovanni (1994). *Ingeniería Constitucional Comparada*. Mexico: FCE
- Sedelius, Thomas y Linde, Jonas (2018). Unravelling semi-presidentialism: democracy and government performance in four distinct regime types. *Democratization*, VOL. 25, NO. 1, 136-157
- Shugart, Mathew y Carey, John (1992). *President and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. UK: Cambridge University Press.
- Shugart, Matthew (2005). Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns. *French Politics*, 2005, 3, (323-351)
- Tohá, Carolina (2020). Una nueva forma de acordar. *Entrepiso*. Columna de Opinion. Acceso en: <https://entrepiso.cl/una-nueva-forma-de-acordar/>
- Toro, Sergio y Sanchez (2020). Preguntas y evidencias para una nueva arquitectura institucional. Presentación realizada en Chile XXI, el agosto de 2020. Sin publicar
- Valenzuela, Arturo (1985). Orígenes y Características del Sistema de Partidos en Chile: Proposición Para un Gobierno Parlamentario. *Estudios Públicos*, 18. Acceso en: <https://www.cepchile.cl/oraagenes-y-caracteristicas-del-sistema-de-partidos-en-chile-proposiciain-para-un-gobierno-parlamentario/cep/2016-03-03/183953.html>
- Valenzuela, Arturo (2012). Crisis de Representación y Reforma Política en Chile. En Díaz, Francisco Javier Sierra, Lucas, Democracia con Partidos. Centro de Estudios Públicos (CEP) y la Corporación de Estudios para Latinoamérica (CIEPLAN)

Sistema de gobierno y crisis de representación

Mariana Canales Subercaseaux

RESUMEN: Ante la crisis de representación, muchos postulan que es necesario transitar hacia sistemas parlamentarios o semi presidenciales. Sin embargo, desde el punto de vista de la representación, nos parece que hay buenas razones para conservar el sistema presidencial. Nuestro argumento exige, primero, dar una noción del concepto de gobierno y explicar en qué medida su diseño y estructura son relevantes (sección I). Hay principalmente dos razones para conservar el sistema presidencial. Primero, el arraigo de las instituciones en la cultura política del país es fundamental para fortalecer la representación (sección II). Segundo, la estructura del presidencialismo, desde un punto de vista teórico, favorece la gobernabilidad, lo que redundará en mayor confianza y credibilidad en el gobierno, que en último término favorece la representación (sección III).

Introducción

Durante el último tiempo se ha instalado la idea en el mundo político de que, dados los problemas de representación que atraviesa nuestro país y la desconexión de las elites políticas con la ciudadanía, transitar hacia un régimen semi presidencial o parlamentario podría contribuir a solucionar este problema¹. En términos generales, el sistema presidencial es aquel en que el Presidente de la República es elegido directamente por la ciudadanía y detenta la Jefatura de Estado y la de Gobierno. El sistema parlamentario, distingue entre el Jefe de Estado y el de Gobierno, este último es elegido por el Congreso y, por lo tanto, es responsable políticamente ante este. En los sistemas semi presidenciales o semi parlamentarios, el gobierno es compartido por los poderes ejecutivo y legislativos, de manera que hay un Presidente elegido

por sufragio universal y un Primer Ministro elegido por el Congreso (Vivanco, 2015)².

El argumento que suele esgrimirse es el siguiente: el sistema presidencial no ofrece salidas institucionales a las crisis. Si el presidente pierde el apoyo de la ciudadanía no existe ningún mecanismo institucional que permita zanjar las diferencias, por ejemplo, entre el Presidente y el Congreso, manteniendo la estabilidad (García, 2015; Linz, 2013)³. Esto profundizaría la crisis de representación, pues realizar cambios que canalicen las demandas ciudadanas sería imposible y entonces aquellas estarían condenadas a nunca llegar a buen puerto. La propuesta de un sistema semi presidencial o parlamentario es atractiva, pero ¿es necesariamente una salida a la crisis institucional y de representación de Chile? ¿Permite encarnar mejor que el presidencialismo los ideales de representación?

Hay distintas maneras de responder esta pregunta, pero nos centraremos en la perspectiva siguiente. El sistema presidencial tiene falencias⁴, sin embargo, nos parece que el presidencialismo es un buen sistema para Chile y que hay mejores razones para conservarlo.

Lo anterior se sustenta, principalmente, en dos ideas. La primera es que las instituciones no pueden pensarse aisladas del contexto en que operan. Si es que no están lo suficientemente arraigadas en la cultura de un país, difícilmente pueden contribuir a sortear la crisis de representación ni a formar vínculos más sólidos con la ciudadanía. La segunda es que el vínculo entre representantes y representados se fortalece en la medida en que la ciudadanía confía en sus dirigentes. Ello depende, entre otras cosas,

1 Ver, por ejemplo: <https://www.capital.cl/17-voces-y-la-constitucion/>, <https://digital.elmercurio.com/2019/11/03/C/8L3MOCKP#zoom=page-width>, <https://www.t13.cl/noticia/politica/presidente-del-senado-si-pinera-quiere-seguir-debe-aceptar-parlamentarismo-facto>, <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/11/24/presidencialismo-colapso/>

2 Ver Vivanco, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional: bases conceptuales y doctrinas del derecho constitucional* pg. 350 - 375.

3 Relación de José Francisco García, "Cuestión IV. Régimen Político", Lucas Sierra (ed.) *Diálogos Constitucionales* (Santiago: CEP, 2015), 324, 326, 328. Juan Linz, "Los peligros del presidencialismo", *Revista Iberoamericana política comparada* n° 7 (2013), 13 - 16. Es lo que algunos han llamado "dualidad democrática": al haber dos instituciones democráticas legítimas - Presidente y Congreso - no hay posibilidad de salir de un conflicto, pues ambas claman esa legitimidad.

4 Por ejemplo, al menos en el caso chileno, es un sistema que tiende a la centralización.

de que las personas perciban que la acción del gobierno incide en sus vidas cotidianas. La estructura del poder ejecutivo, desde un punto de vista teórico, posibilita una actividad ágil que satisface esa necesidad.

No buscamos hacer una comparación entre el presidencialismo y el parlamentarismo o los sistemas semi presidenciales. Tampoco podemos hacernos cargo de todas las objeciones que se han formulado respecto del sistema presidencial ni hacer una defensa de éste tal y como existe actualmente en Chile, sino solo dar algunas notas sobre sus ventajas para nuestro país.

En lo que sigue, veremos por qué el gobierno es necesario en una sociedad y en qué medida su diseño y estructura son relevantes (sección I). Hacerlo es necesario porque un buen diseño del sistema de gobierno debe responder a nociones sustantivas del mismo. Después, desarrollaremos cada una de las ideas que mencionábamos (secciones II y III).

I.

El fin del Estado es el desarrollo humano de cada uno de sus miembros (Finnis, 2011; Aristóteles)⁵. Existe para asegurar y promover las condiciones que permitan a toda persona alcanzar su pleno desarrollo y, para lograrlo, debe contar con los medios adecuados. Por eso, el poder político debe organizarse en función de ese fin. Las instituciones políticas y jurídicas, sus funciones y competencias y el modo en que interactúan entre sí y con la ciudadanía, tienen como fin último permitir al Estado alcanzar su propósito (Barber, 2018)⁶. En otras palabras, la estructura del Estado tiene por objeto proveerlo de los instrumentos para promover el bien de las personas. Si ella es inadecuada, el Estado se vuelve impotente. Desde luego, no existe un único modelo que pueda replicarse indiscriminadamente en cualquier contexto, sino que cada uno dependerá del lugar histórico y geográfico en que opere: de factores culturales y sociales propios de la comunidad de la que son parte.

El ejercicio del poder estatal exige ejercer autoridad. Cuando los medios de acción de una comunidad son muchos y diversos, la autoridad es necesaria para coordinar la acción conjunta hacia un objetivo específico. En términos clásicos, el fin último de una comunidad política es el bien común⁷. La autoridad política, entonces, es una exigencia del bien común (Simon, 1993)⁸. Ella puede tomar formas institucionales diversas que, como decíamos, dependerán del contexto específico en que se encuentre.

5 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, (Oxford: OUP, 2011) 147 – 148. Aristóteles, *Política*, I, i.

6 Nick W. Barber, *The principles of constitutionalism*, (Oxford: OUP, 2018), 8 - 9.

7 El conjunto de condiciones que permite a los miembros de una comunidad alcanzar por sí mismos objetivos razonables, su pleno desarrollo. Finnis, *Natural law and natural rights*, 155.

8 Yves R. Simon, *Philosophy of democratic government*, (Indiana: UND Press, 1993) 19 - 35.

El gobierno, en tanto autoridad política, es un elemento fundamental en el sistema institucional de un país. Gobernar implica conducir políticamente el país y administrar sus recursos. Aquello debe traducirse en una posibilidad efectiva de desarrollo para los miembros de una comunidad política, de ahí que sea importante la correcta articulación entre los poderes e instituciones del Estado: el diseño del sistema de gobierno debe permitir no solo el gobierno, sino el buen gobierno.

II.

El diseño institucional de un Estado no puede pensarse abstraído del contexto en que opera. Las instituciones no funcionan en el vacío, por eso, los modelos teóricos no puedan implementarse sin considerar la cultura, la tradición y la historia de un lugar (Barber, 2018)⁹. Si las leyes, los sistemas económicos o los sistemas de gobierno no están anclados en la cultura de la cual forman parte, están destinados a la falta de aceptación y, por tanto, al fracaso¹⁰.

Para ser viable, el sistema de gobierno debe, entonces, tener una "cierta consonancia con el país real en el que deba regir" (Bravo, 1991)¹¹. Por muy exitoso que sea un modelo en otras latitudes, no pueden simplemente importarse a un país con su propia historia y cultura. Hacerlo es construir en la nada. En nuestro caso, un sistema presidencial satisface de mejor manera esa necesidad que uno parlamentario o semi presidencial, pues se encuentra lo suficientemente arraigado en nuestro país como para ser operativo¹².

El sistema presidencial, con un breve paréntesis entre 1891 y 1924, es una constante en la historia de Chile¹³. Sin importar los nombres que haya adoptado a lo largo de los años, la figura de una cabeza de gobierno ha sido central durante nuestra vida republicana. Y si bien sus facultades, competencias y su relación con los otros poderes del Estado han variado, la imagen de una autoridad equivalente al Presidente de la República ha sobrevivido al paso del tiempo. Para Alberto Edwards (1928), tan profundas son sus raíces en la cultura política de Chile que la obediencia a una figura como esa es "una idea nueva de puro vieja"¹⁴.

Después de la Primera Junta de Gobierno de 1810 y los posteriores intentos para organizarse como nación inde-

9 Barber, *The principles of constitutionalism*, pg. 14.

10 Ver Chantal Delsol, *Unjust justice*, (Wilmington: ISI books, 2015), 48-51; Felipe Fucito, *Sociología del derecho*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999) 18 y ss; Pedro Morandé, *Cultura y modernización en América Latina*, (Santiago: IES, 2017); Daniel Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, (Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020), 46.

11 Bernardino Bravo Lira, "Parlamentarismo a la chilena", *Revista chilena de derecho*, vol. 18 n°3 (1991): 363 - 373, 364.

12 Ver intervención de Jorge Correa y de Julia Urquieta en "Cuestión IV. Régimen Político", Lucas Sierra (ed.) *Diálogos Constitucionales* (Santiago: CEP, 2015), 353 y 361 respectivamente.

13 Ver intervención de Bernardino Bravo en "Presidencialismo, semipresidencial y parlamentarismo", en *Estudios Públicos*, N° 36, 1989, 45 - 46.

14 Alberto Edwards, *La fronda aristocrática*, (Santiago: Imprenta Nacional, 1928), 42.

pendiente, el poder ejecutivo se concentró en manos de un Director Supremo. En él radicaban las facultades que alguna vez pertenecieron a la Junta de 1810 (Eyzaguirre, 1990)¹⁵. Esa disposición del poder se mantuvo en los ensayos constitucionales y las Constituciones que rigieron después, aunque con variaciones como el período de duración del cargo o las atribuciones que se le reconocían. Así, el sistema presidencial imperó en Chile largo tiempo, sin perjuicio de algunos ajustes o del debilitamiento del poder ejecutivo en algunos momentos de la historia. No fue sino hasta 1891 que se intentó un sistema parlamentario. Pero éste duró poco más de 30 años: la obstrucción por parte del Senado y la imposibilidad de gobernar desembocaron en el gobierno de una Junta Militar. Así, la Constitución de 1925 retornó al presidencialismo¹⁶, sistema que, aunque con diferencias, mantenemos hasta hoy¹⁷.

Cuando los ciudadanos pensamos en quién tiene a su cargo el cuidado del país, la figura que inmediatamente viene a la mente es el Presidente de la República. A él atribuimos la responsabilidad por el curso que toma el país, con independencia de la persona específica que ocupe el cargo. Basta pensar hacia dónde se dirigen los reproches cuando las cosas no van bien a nivel general. Si hay problemas económicos, una crisis de cualquier tipo o falta de trabajo, los ojos ciudadanos se posarán en La Moneda, más que en cualquier otra institución. La importancia de esto radica en uno de los elementos fundamentales de la relación entre representantes y ciudadanía: la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los primeros.

En una democracia representativa, el representado debe poder controlar la actuación de su representante. Ambos están unidos por un vínculo en virtud del cual los actos de este último no se imputan a su propia persona sino a la sociedad en su conjunto (Voegelin, 2016)¹⁸. Esa relación justifica el control permanente por parte de la sociedad.

La responsabilidad de un gobernante por una mala gestión, por no cumplir las expectativas generadas o por promover políticas que no satisfacen las expectativas de la ciudadanía, puede hacerse efectiva a través distintas formas, como las acusaciones constitucionales, el voto o la opinión pública (Posner y Vermeule, 2011)¹⁹. Todas ellas

requieren, primero, que el ciudadano sea capaz de identificar con facilidad y claridad al ejecutor de los actos que desea controlar (El Federalista, 2018)²⁰. Desde luego, hay muchos factores que influyen en esto, pero es fundamental que la ciudadanía tenga cierta claridad o entienda medianamente qué puede exigirse a quién. Los sucesos de los últimos meses ilustran el punto. Pese a la baja aprobación del Presidente Piñera tras la crisis de octubre de 2019, cuando llegó la pandemia en marzo de 2020 los ojos inmediatamente se dirigieron al Ejecutivo. Las personas entienden que el principal responsable ante crisis de este tipo es el Presidente, y sus facultades y competencias coinciden con lo que se espera de él.

Entonces, evitar la sensación de que la autoridad está alejada del alcance de los ciudadanos y que éstos no tienen control sobre ellas, supone que todos entiendan a grandes rasgos la función de cada autoridad. Lo anterior se produce cuando una institución está realmente anclada en la cultura a la que pertenece.

Se podrá objetar a este punto que no por haber hecho las cosas de una manera tienen que seguir haciéndose así. Eso no sería más que una oposición caprichosa al cambio. La objeción es pertinente en el sentido de que la permanencia en el tiempo no equivale necesariamente a la bondad o conveniencia de algo. Sin embargo, el argumento acá no es que debamos mantener algo porque lo hemos hecho así en el pasado, sino que es necesario tomar en cuenta ese pasado para que el diseño futuro pueda operar (Raz, 1998)²¹.

Si lo que decíamos sobre la necesidad de que las instituciones respondan a la cultura de la sociedad en la que operan es cierto, entonces difícilmente un sistema más cercano al parlamentarismo solucionará los problemas de representación. Esto se debe, en términos de Voegelin, a que la representación existencial es igual o más relevante que la elemental. Mientras que esta última determina formalmente quién es el representante, la representación existencial recoge la experiencia histórica de una sociedad, su identidad, su forma de ser. Da cuenta del modo en que una sociedad se articula (Voegelin, 2016)²².

En Chile, el sistema presidencial refleja esa realidad. El Presidente no solo es un representante por haber sido electo en un proceso reglamentado, sino también en un sentido más profundo, pues su figura recoge el modo en que la sociedad chilena existe. Hay, entre ella y los demás miembros de la sociedad a la que pertenece una relación que permite reconocerla como representante de aquella: es parte de la cultura e historia institucional del país, de su identidad. Hay entre la figura del Presidente y la sociedad

15 Jaime Eyzaguirre, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, (Santiago: Editorial Universitaria, 1990), 66- 67.

16 Íd.195 - 200 Ver Jaime Eyzaguirre, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*.

17 Ver Relación de José Francisco García, "Cuestión IV. Régimen Político", Lucas Sierra (ed.) *Diálogos Constitucionales* (Santiago: CEP, 2015), 322 - 324. Sobre los orígenes del presidencialismo actual ver Arturo Fermandois y José Francisco García, "Origen del presidencialismo chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva", *Revista chilena de derecho*, vol. 36 n° 2 (2009), 281 - 311, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372009000200004&lng=es&nrm=iso

18 Eric Voegelin, *La nueva ciencia de la política*, (Buenos Aires: Katz, 2016), 52.

19 Eric A. Posner y Adrian Vermeule, *The executive unbound: after the madisonian republic*, (EEUU: OUP, 2011), 10

20 *El Federalista*, n° 70.

21 Ver Joseph Raz, "Disagreement in politics", *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 43 (1998): 25 - 52, 47 - 49.

22 Voegelin, *La nueva ciencia de la política*, pg. 45 -68.

un vínculo articulado y consolidado en el tiempo. De ahí que aparezca en la mente de los ciudadanos como el principal responsable del cuidado y destino del país.

Por eso el presidencialismo es un buen sistema para Chile: al entregar la conducción del gobierno al Presidente, se produce una coincidencia entre lo que las personas esperan de él y las facultades que la Constitución y las leyes le otorgan. En ese sentido, se recoge la cultura y modo de ser de nuestra sociedad. De ese modo, la representación formal se identifica con la existencial, cuestión fundamental para superar la crisis de representación. En cambio, en un sistema parlamentario o semi presidencial, en que la conducción del gobierno se traslada al Congreso (en el primer caso) o se comparte con aquel (en el segundo), se produce un desajuste entre ambos tipos de representación. Al no tener Chile una cultura parlamentaria o, al menos, con cierta presencia parlamentaria en el gobierno, se produce un desequilibrio entre las expectativas y el sentir de la ciudadanía, por un lado, y las competencias formales de las instituciones, por otro. Tal desajuste puede ser muy nocivo para la crisis de representación. Por eso, los sistemas parlamentarios o semi presidenciales no son necesariamente una salida a dicha crisis.

Las instituciones deben tener un sustrato cultural. Además de esta exigencia, un sistema de gobierno debe fortalecer constantemente el vínculo entre representantes y ciudadanos. El modo en que tal sistema se diseña puede contribuir a aquello. En esta sección nos centramos en las razones históricas y culturales que hacen del sistema presidencial uno más adecuado para Chile. En la siguiente, nos enfocaremos en ciertos elementos que, desde un punto de vista teórico, posibilitan resultados que redundan en una mayor legitimidad del gobierno y que, en consecuencia, fortalecen el vínculo entre la sociedad y sus representantes.

III.

El éxito de un gobierno depende en cierto grado de su credibilidad y la confianza que genera en la ciudadanía. La construcción de ambas depende de muchos factores; uno de ellos es la capacidad de un gobierno de ejecutar proyectos o, dicho en simple, “de hacer cosas” (El Federalista, 2016)²³. Cuando la ciudadanía percibe un gobierno activo, cuyas acciones inciden realmente en su vida y que puede atribuir aspectos de su bienestar a ellas, se construye un sentimiento de confianza y credibilidad que, a su vez, sostiene el ejercicio del gobierno. Por el contrario, si en su vida cotidiana no percibe ningún resultado de la acción de los gobernantes, éstos pueden fácilmente perder legitimidad. Frases como “da lo mismo por quién uno vote, total, las cosas van a seguir igual”, o “lo mismo de siempre: prometen

23 El Federalista, Nº 68, 416.

y no hacen nada” ilustran muy bien la necesidad de que la acción del gobierno cumpla con aquello que las personas esperan de él²⁴.

Lo anterior supone un diseño institucional que permita gobernar (Verdugo, 2015)²⁵ (y, mirado al revés, quien gobierne debe ser, justamente, quien posee las capacidades para hacerlo (Vile, 1998)²⁶). El presidencialismo coloca la conducción del gobierno en manos del Presidente —dentro de la esfera del poder ejecutivo—, quien dispone, desde un punto de vista teórico, de las herramientas suficientes para gobernar adecuadamente. En la medida en que permite gobernar del modo que los ciudadanos esperan, el presidencialismo puede enfrentar bien la crisis de representación.

El ejercicio del gobierno enfrenta constantes desafíos, algunos de los cuales ameritan respuestas rápidas y capacidad de conducción ágil y clara (Posner y Vermeule, 2011)²⁷. Por lo tanto, el diseño de un sistema de gobierno, al mismo tiempo que asegura el debido control por parte de los otros poderes e instituciones del Estado, debe posibilitar una respuesta adecuada a problemas de este tipo. De ahí que aspectos como la unipersonalidad del poder ejecutivo o su estructura jerarquizada parezcan deseables.

Desde un punto de vista teórico, la unipersonalidad favorece una reacción apropiada a problemas como los que mencionábamos. Cuando el mando está en manos de una sola persona la toma de decisiones suele ser más sencilla (estar sometida a menos procesos y etapas) y rápida. Por el contrario, cuando muchas personas tienen la misma responsabilidad en la conducción de los asuntos y en la toma de decisiones, las distintas visiones suelen evaluarse de manera colectiva y pausada, y se deben combinar estilos y prioridades diversas. Los procesos para tomar decisiones serán distintos según los bienes que se intenten proteger. En el caso de la conducción del gobierno hay un dato que no puede pasar desapercibido: gobernar requiere claridad y no confusión. Esto tiende a lograrse de manera más natural ahí donde hay una sola persona a cargo. Pensemos en la llamada cohabitación, en que coexisten un presidente elegido popularmente y un primer ministro que es responsable, junto con su ministerio, ante el parlamento; ambos pueden ser de partidos distintos. En un escenario así, las diferencias de opiniones, la permanente amenaza de disputas y el esfuerzo por mantener un delicado equilibrio en las relaciones personales y políticas, pueden entorpecer y debilitar de manera muy fácil el actuar de quienes

24 Ver María Cristina Escuderos: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/maria-cristina-escudero-politologa-el-sistema-semipresidencial-se-podria-implementar-en-chile/UV4S3ZPG25H5JORUNVHAWPHWXA/>

25 “Cuestión IV. Régimen Político”, Lucas Sierra (ed.) *Diálogos Constitucionales* (Santiago: CEP, 2015), 351.

26 Maurice J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, (Indianapolis: Liberty Found, 1998), 17.

27 Eric A. Posner y Adrian Vermeule, *The executive unbound: after the madisonian republic*, 7.

dirigen (Mansuy, 2009)²⁸. En ese sentido Hamilton señala: “decisión, laboriosidad, discreción y diligencia son atributos personales mucho más que colectivos. Y a medida que el número del colectivo aumenta, estos atributos disminuyen” (El Federalista, 2016)²⁹.

Por su parte, una estructura jerarquizada tiende a facilitar la implementación pronta y diligente de las políticas y medidas del gobierno. Con una estructura de este tipo se está menos expuesto a los problemas de coordinación o acción conjunta que usualmente presentan los órganos colegiados (Posner y Vermeule, 2011)³⁰. En los sistemas presidenciales el jefe de gobierno no depende políticamente del congreso³¹, lo cual reduce el costo asociado a la negociación con otros actores políticos en circunstancias en que esos costos puedan ser muy altos. Esto no significa que el Presidente no esté sujeto a su control: en una democracia representativa el poder político no es ni deber ser irrestricto, y tanto los mecanismos institucionales de control como los informales son necesarios para su correcto ejercicio.

Parte de la credibilidad y la confianza de la que hablamos, fundamentales en la construcción de legitimidad del gobierno y de la adhesión de los ciudadanos a él, supone también la posibilidad de hacer efectiva su responsabilidad cuando sea necesario. Como habíamos mencionado, las raíces culturales de una institución posibilitan aquello. También el diseño de los sistemas presidenciales es importante en este sentido.

En teoría, cuando hay varios agentes involucrados en un asunto, la responsabilidad tiende a ser más difusa y puede ser más difícil para los ciudadanos saber quién ha vulnerado sus intereses. Así, es difícil atribuir un acto determinado a una persona específica (Vile, 1998)³². Si hay varias personas involucradas en el mal manejo de un problema nacional, con distintos grados de responsabilidad, ¿cómo saber a quién atribuirlo?

Cuando es difícil identificar al responsable de un acto, política o gestión, las pretensiones de control pasan a ser

una mera ilusión. Y entonces se produce una sensación de desconexión con las elites gobernantes, como si éstas fueran inalcanzables y sus actos u omisiones no estuvieran al alcance del ciudadano. Ahí radica en buena parte el origen de la deslegitimidad de las instituciones representativas.

El diseño y estructura de un sistema o institución puede posibilitar el cumplimiento de una función específica. Tener lo anterior a la vista es importante en la medida en que, al permitir gobernar, tales diseños y estructuras contribuyen a construir confianza y credibilidad. Eso, a su vez, ayuda a superar la crisis de representación en que nos encontramos y la desconexión con la ciudadanía. La estructura y diseño del poder ejecutivo en un presidencialismo hacen de éste un buen sistema en ese sentido.

Reflexiones finales

El gobierno debe sostenerse en una estructura que le permita realizar su función. Ella puede tomar diversas formas, que dependerán del tiempo y lugar concretos en que operen. Desde esta perspectiva ¿cuál es el mejor sistema para Chile? Si ponemos especial atención al debilitamiento de las instituciones representativas, es importante considerar dos ideas que pueden orientar la decisión.

En primer lugar, las instituciones solo pueden actuar de modo eficaz si es que sus raíces se fundan en la cultura de la comunidad específica. Eso permite que los ciudadanos formen vínculos sólidos con sus representantes, en la medida en que pueden tener claridad sobre sus funciones y así poder controlarlos. Si es que eso no ocurre, las personas perciben que el sistema falla en un punto, pero no saben por qué. De ese modo aumenta la sensación de desconexión y lejanía con los representantes.

En segundo lugar, la construcción de un vínculo entre las instituciones representativas y los ciudadanos se funda, en parte, en la sensación de que cumplen con su función. Dicho de otro modo, que realizan aquello que se espera de ellas. En ese sentido, su estructura y diseño juegan un papel relevante. El modo en que el gobierno se organiza debe permitir hacer frente a los desafíos específicos a los que se enfrenta en cuanto a gobierno. De ahí que elementos como la unipersonalidad o la jerarquía, al favorecer una acción ágil y la atribución de responsabilidad, sean relevantes en la construcción de la credibilidad y confianza en los gobernantes.

En razón de las ideas expuestas consideramos que no es claro que transitar hacia un sistema parlamentario o semi presidencial pueda superar la crisis de representación, aunque puede ser una idea atractiva y hay buenas razones para ello. En cambio, el presidencialismo, aunque no está exento de problemas y hay aspectos del sistema chileno que pueden corregirse, presenta características, como el arraigo cultural y ciertos elementos estructurales, que lo hacen un buen sistema para nuestro país.

28 <http://www.quepasa.cl/articulo/opinion-posteos/2009/12/20-1780-9-politica-cohabitar.shtml>/ Para una crítica al sistema semipresidencial ver: <http://www.quepasa.cl/articulo/opinion-posteos/2016/05/semiequivocado.shtml>

29 *El Federalista*, N° 70, 426.

30 Eric A. Posner y Adrian Vermeule, *The executive unbound: after the madisonian republic*, 7

31 No depender del Congreso para gobernar no equivale a decir que el Presidente es ajeno a lo que ahí ocurre, ni que pueda actuar prescindiendo de su opinión. Tampoco que el Presidente sea ajeno a la política partidista; que no requiera acuerdo del Congreso para ciertos asuntos o que no necesite el apoyo de los partidos para gobernar, ni menos que ello no sea deseable. La política partidista es fundamental en toda democracia (Baber, 2018). Los partidos políticos cumplen funciones de mediación sobre las que se sostiene la democracia representativa. Sin ellos, es difícil canalizar los intereses y preocupaciones de la ciudadanía y entonces la misma democracia se vuelve impracticable. Por lo demás, los sistemas presidencialistas suelen estar estrechamente relacionados con la actividad vigorosa de los partidos políticos (Bravo, 1989, 1991), sea porque así ha sido en los hechos, porque son necesarios para alcanzar el poder político o para gobernar (Barber, 2018). El asunto es que el centro de gravedad no se encuentra ni en el Congreso ni el decir último de los partidos políticos.

32 Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, 54.

Ahora bien, nuestra crisis incluye más factores y es un error enfocarse solo en el sistema de gobierno para superarla. La calidad moral de nuestras autoridades y la falta de interés general en los asuntos públicos son algunos de ellos. Por eso, los esfuerzos no debiesen estar dirigidos a sustituir el sistema presidencial, pues hacerlo no asegura superar (y puede incluso profundizar) los problemas institucionales y de representación. ¿Dónde más mirar, entonces?

Puede ser útil pensar el orden institucional como un tejido, en que cada hebra depende de la otra y los cambios que se hacen en un sector, suponen un cambio también en otros. Cada una de las instituciones de nuestro ordenamiento interactúa con el resto de modo que ninguna puede cumplir satisfactoriamente su función sin la acción de las demás. Por eso, el diseño institucional debe ser siempre mirado como un todo. Modificar las competencias de un órgano del Estado puede dejar cojo al sistema si eso no va acompañado de reformas en otros lados (Verdugo, 2015)³³.

Es lo que pasó cuando adoptamos el sistema proporcional para el Congreso, pero no consideramos los efectos de eso en el ejecutivo³⁴. Con el nuevo sistema, en los hechos el presidente casi no puede formar alianzas que le permitan gobernar (Valenzuela, 1993)³⁵. Como no se miró al tejido completo éste no ha podido funcionar bien en su conjunto. Así, los problemas de gobernabilidad³⁶ que muchos atribuyen al presidencialismo, en realidad pueden deberse, al menos en parte, al modo en que se configura el sistema electoral, que introduce una tensión no menor. Por una parte, la institución presidencial tiene amplias prerrogativas. Por otra, la composición del Congreso tiende a fragmentarse cada vez más.

Un buen diseño del sistema electoral puede permitir mejorar el sistema presidencial, al posibilitar su buen funcionamiento. Si bien el sistema electoral no se encuentra hoy en la Constitución formal, no se puede negar que es parte fundamental del diseño institucional del Estado y la configuración del poder político. Incluso más, en Chile el sistema electoral está regulado por una ley de quórum calificado, lo que lo hace parte de la Constitución material.

Se trata, entonces, de un asunto que debe ser abordado en el contexto de un proceso constituyente. El objetivo debe ser lograr un sistema que permita al Ejecutivo despla-

gar las herramientas que la Constitución le concede y formar alianzas para implementar su programa de gobierno.

Lo anterior puede contribuir a superar la crisis de representación y desconexión de las elites con la ciudadanía. Por una parte, porque si alcanza el objetivo que mencionábamos en el párrafo anterior, se favorece la gobernabilidad que, como hemos señalado, en último término colabora a construir confianzas y legitimidad. Por otra parte, un mecanismo de elección que las personas no entienden, que es engorroso y que alimenta la sensación de que el voto no hace ninguna diferencia, pues no logra verse reflejado en el resultado final, en nada contribuye a formar ese vínculo fundamental entre representante y representado. Lo mismo un sistema que no favorece la identificación de un representante con su territorio.

Los problemas de representatividad, entonces, no exigen necesariamente un cambio en nuestro sistema de gobierno, sino más bien, la coordinación de un todo mayor. Como en un tejido, ninguna hebra puede funcionar adecuadamente sola. Todas ellas deben ordenarse en perfecta armonía y equilibrio. Si el foco está puesto solamente en el sistema de gobierno, todo esfuerzo será inútil: no puede por sí solo funcionar de manera deseable.

Bibliografía

- Aristóteles, *Política*, Libro I, capítulo i.
- Barber, Nick W. 2018. *The principles of constitutionalism*. Oxford: OUP.
- Bravo Lira, Bernardino. 1978. *Regimen de gobierno y partidos políticos: 1924-1973*, Santiago: Editorial Jurídica.
- Bravo Lira, Bernardino. 1991. "Parlamentarismo a la chilena". *Revista chilena de derecho*, vol. 18 (3) pp. 363 -373.
- Bravo Lira, Bernardino. 1989. Intervención en "Presidencialismo, semipresidencial y parlamentarismo", en *Estudios Públicos*, N° 36 pp. 5-23.
- Delsol, Chantal. 2015. *Unjust justice*. Wilmington: ISI books.
- Edwards, Alberto. 1928. *La fronda aristocrática*. Santiago: Imprenta Nacional.
- Entrevista Andrés Allamand. 2019. El Mercurio. Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2019/11/03/C/8L-3MOCKP#zoom=page-width>
- Eyzaguirre, Jaime. 1990. *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Fernandois, Arturo y García, José Francisco. 2009. "Origen del presidencialismo chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva", *Revista chilena de derecho*, vol. 36 (2) 281-311. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372009000200004&lng=es&nrm=iso
- Finnis, John. 2011. *Natural Law and Natural Rights* Oxford: OUP.

33 Ver la intervención de Sergio Verdugo en "Cuestión IV. Régimen Político", Lucas Sierra (ed.) *Diálogos Constitucionales* (Santiago: CEP, 2015), 351 -352.

34 Para una crítica a la justicia de los sistemas proporcionales, ver Yves Simon *Philosophy of Democratic Government* (Indiana: UND Press, 1993), 99 - 103.

35 "Cuestión IV. Régimen Político", Lucas Sierra (ed.) *Diálogos Constitucionales* (Santiago: CEP, 2015), 347 - 348, 351.

36 Valenzuela, Arturo. 1996. "América Latina: el presidencialismo en crisis". *Revista PUCP*, vol. 3 (3) 15 - 28; 15 - 17. El problema de gobernabilidad que tendrían los sistemas presidencialistas se deberían a que si el presidente pierde el apoyo del Congreso no puede llevar a cabo su agenda. Se hace imposible, entonces, gobernar y, al no haber una salida institucional para una situación así, como la disolución del congreso o el cambio del primer ministro en un sistema parlamentario, no se puede superar una crisis de este tipo.

- Fucito, Felipe. 1999. *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Hamilton, Alexander. 2018. "Números 68" y "Número 70". En Ortúzar, Pablo (Ed.), *El Federalista* (pp. 413-416; 425-432). Santiago: IES.
- Innerarity, Daniel. 2020. *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Linz, Juan. 2013. "Los peligros del presidencialismo", *Revista Iationamericana política comparada* (nº 7) pp. 11-31.
- Mansuy, Daniel. 2009. "Política: ¿cohabitar?". Qué Pasa. Disponible en: <http://www.quepasa.cl/articulo/opinion-posteos/2009/12/20-1780-9-politica-cohabitar.shtml/>
- Mansuy, Daniel. 2016. "Semiequivocado". Qué Pasa. Disponible en: <http://www.quepasa.cl/articulo/opinion-posteos/2016/05/semiequivocado.shtml/>
- Morandé, Pedro. 2017. *Cultura y modernización en América Latina*. Santiago: IES.
- Posner, Eric y Adrian Vermeule, *The executive unbound: after the madisonian republic*, (EEUU: OUP, 2011),
- Relación de García, José Francisco. 2015. "Cuestión IV. Régimen Político". Sierra, Lucas (ed.) *Diálogos Constitucionales* (pp. 319-415) Santiago: CEP, 2015.
- Raz, Joseph. 1998. "Disagreement in politics" *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 43 pp. 25-52.
- Simon, Yves R.. 1993. *Philosophy of democratic government*, Indiana: UND Press.
- Valenzuela, Arturo. 1996. "América Latina: el presidencialismo en crisis". *Revista PUCP*. vol. 3 (3) 15-28.
- Vile, Maurice J.C. 1998. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Found.
- Vivanco, Ángela. 2015. *Curso de Derecho Constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC.
- Voegelin, Eric. 2016. *La nueva ciencia de la política*. Buenos Aires: Katz.
- Guillier, Alejandro. 2019. "El presidencialismo colapsó". *El Mostrador*. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/11/24/presidencialismo-colapso/>

¿Es necesario un Tribunal Constitucional en Chile?

Tomás de Rementería Venegas y Flavio Quezada Rodríguez

RESUMEN: La presente reflexión pretende aportar en la discusión sobre el problema del control de constitucionalidad de la ley en el constitucionalismo chileno, entendido este último no como una abstracta idea que “habitaría” densos libros teóricos, sino las muy concretas relaciones sociales de los “expertos” en lo que supuestamente dice un texto constitucional. Se concluye, luego de una contextualización en la sociedad chilena y previa problematización de la supuesta especificidad de la adjudicación de un texto constitucional, que Chile no necesitaría un Tribunal Constitucional.

Introducción

La cultura jurídica chilena es marcadamente “formalista”, fetichizando los textos jurídicos, ocultando el hecho que aquellos nunca son —porque no pueden serlo— auto-explicativos, ni auto-operativos, ni contenedores de algo “en sí” que alguien particularmente diestro y capacitado sea capaz de “evidenciar” de forma “objetiva” o “científica”. Por el contrario, un texto solo puede producir efectos una vez que alguien le atribuye un significado; a su vez, quienes lo realizan, son sujetos insertos en una sociedad en un momento histórico determinado, y se les reconoce socialmente dicha capacidad. Por cierto, las construcciones discursivas que realizan sobre los textos solo hacen sentido —es decir, comunican— porque acontecen en el específico contexto de una práctica discursiva.

Cuando el texto es una Constitución, lo anterior adquiere rasgos propios, configurándose una específica práctica política-constitucional. Por cierto, no se trata de un ámbito autónomo de la sociedad, sino inserto en ella y, por lo mismo, sujeto a sus transformaciones o mutaciones. En dicha práctica, no todas las personas participan en condiciones de igualdad, ni formal ni material: a algunos se les reconoce una incidencia directa, incluso decisiva, en la determinación de lo aceptable como contenido atribuible a un texto; son las autoridades políticas, políticos y, muy cerca de

ellos, los constitucionalistas. Evidentemente, entre ellos, a su vez, también existen jerarquías también explicables por las características de la específica sociedad en la que se desenvuelven (Troper, 2001; Miaille, 1976).

El texto impuesto durante la dictadura de Pinochet, junto a sus innumerables modificaciones, generó una práctica política-constitucional destinada a impedir la agencia política de la ciudadanía (Atria, 2013). Efectivamente, toda decisión democrática que optase por políticas distintas al radical modelo neoliberal instaurado estaba destinada al fracaso, sea por la autolimitación de los parlamentarios ante amenazas de ser llevadas al Tribunal Constitucional, sea directamente por la intervención partisana de este último. De este modo, el resultado de las elecciones se volvía casi irrelevante, al menos, en lo políticamente importante —es decir, lo incidente en la organización del poder real de la *polis*—, puesto que gobernase quien gobernase solo podían impulsarse políticas dentro del estrecho margen de un programa político constitucionalizado. Así, no debe extrañar el profundo desprestigio en el que se sumieron las instituciones democráticas y el abierto desprecio o desconfianza de la ciudadanía en la representación.

El denominado “estallido social”, como el proceso constituyente que abrió no solo será la oportunidad de contar, por primera vez en la historia de Chile, con un proceso de construcción colectiva de lo común y el espacio de lo público, sino que también permitirá —en el caso que sea exitoso— relegitimar la representación política y, en especial, la institucionalidad democrática. Por ello, el proceso —la forma— es tan importante como el texto —el contenido o fondo—, pues este último será capaz de instaurar una nueva práctica política-constitucional si se entiende y percibe, por la ciudadanía, que fue capaz de establecer algo genuinamente común, compartido y socialmente elaborado.

Por cierto, lo anterior no significa que los contenidos no sean relevantes, por el contrario, serán una cuestión capital, pues será lo discutido durante todo el proceso. Por ello,

los sectores democráticos del país deben esforzarse para concurrir a una discusión republicana en la que serán muchos aspectos y muy complejos los que deberán resolverse. Entre ellos, qué consecuencia se sigue del carácter normativo que se le atribuya a la nueva Constitución-texto y, entre ellas, si será necesario, considerando el contexto nacional y la historia reciente, contar con una jurisdicción especializada para el control de constitucionalidad de las leyes.

La resolución de aquel problema no es ajena al régimen de gobierno que se adopte, ni al sistema de control del ejercicio del poder, pero, desde ya, es posible avanzar algunas ideas. Así, en este ensayo se intentará explicar que, entendido lo constitucional mucho más allá de la sola idea de norma asociada a un texto cuyos “comentarios” son la “ciencia” o “técnica” de los “constitucionalistas”, el problema de la jurisdicción constitucional puede perfectamente resolverse eliminado el Tribunal Constitucional.

El contexto de la discusión

El control de constitucionalidad es una consecuencia propia de una idea relativamente reciente: entender que el texto constitucional no es solo un documento político, que constituye lo común o compartido, sino que también —además— un documento normativo: una norma jurídica. En rigor, lo segundo solo puede justificarse por lo primero y es aquello, a su vez, lo que explica que se le atribuya socialmente el rol de ser la norma jurídica fundamentalmente de todas las demás y capaz de invalidar aquellas que la contradigan. Chile bajo el texto impuesto por Pinochet ha vivido una especie de *alienación constitucional*: se impuso una norma, que ha operado como tal, que ha limitado y restringido la acción política democrática, pero nunca ha gozado de una legitimidad que le permita constituir políticamente a la *res-publica* de Chile.

Si bien el carácter normativo de un texto constitucional opera en toda la producción jurídica, su control respecto a las leyes resulta especialmente problemático. La literatura al respecto es extensa (Drago, 2016, pp. 99-140), aunque, en el caso de Chile adquirió notas particulares: el Tribunal Constitucional está ampliamente desprestigiado, tanto en los medios jurídicos, como políticos y en la ciudadanía. Fue utilizado, de forma irresponsable, por un sector político para impedir la realización del programa de gobierno de Michelle Bachelet, convirtiéndose en un actor político-partisano a parte entera¹. Así, la discusión sobre el control de constitucionalidad de las leyes en la nueva Constitución no debe desatender que acontecerá en un determinado en este contexto (Ahumada, 2018, p. 406), para lo cual debe considerarse que la jurisdicción

constitucional chilena tiene una historia más larga, que se remonta a los orígenes del constitucionalismo patrio.

Durante la vigencia del texto fundamental de 1833 no existió un control judicial de constitucionalidad de la ley, pues se entendía que, desde la doctrina de la ley como expresión de la voluntad general, no resultaba admisible aceptar que un juez tuviese la atribución de invalidarla y, con ello, desautorizar al órgano expresión de la “nación”. Luego, con la Constitución de 1925, se le entrega a la Corte Suprema el poder de controlar que las leyes se adecuasen a su texto en los casos que conocía a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucional, que se establecía en el inciso 2º de su artículo 87. Se establece así, por primera vez en el constitucionalismo chileno, un control judicial a la labor legislativa.

Por su parte, la recepción en nuestro país del control de constitucionalidad concentrado tiene su origen en la ley nº 17.824 de 1970, que modificó la Constitución de la época, creando el primer Tribunal Constitucional, siguiendo, a este respecto, el modelo del Consejo Constitucional francés, es decir, ejercía un control preventivo (anterior a la entrada en vigencia de la ley) y ante el requerimiento de una autoridad política (en este caso, el Presidente de la República, el presidente de alguna de las cámaras legislativas o un tercio de los miembros en ejercicio de aquellas). Así, se mantenía el control represivo (leyes vigentes) en la Corte Suprema.

Sin embargo, si se estudia que significaba esta reforma en la época, es posible avanzar que su objetivo fue, abiertamente, impedir un proceso de democratización profundo como el que, más adelante, impulsó la Unidad Popular. En efecto, en la discusión de la reforma fueron citados, como referentes, el derecho francés, italiano y alemán sin reparar que, más allá de la irreductibilidad propia de la alteridad jurídica, en esos tres casos el control concentrado se inserta en regímenes en los cuales el gobierno es responsable políticamente ante el órgano legislativo, lo cual dista radicalmente del caso chileno históricamente marcado por un fuerte presidencialismo. Sin embargo, pareciera que, a este respecto, tal como en otras discusiones, el derecho extranjero de países considerados en ese momento como centros de producción jurídica-intelectual operó como un argumento de autoridad para permitir impulsar un acuerdo democristiano-nacional destinado a impedir que, en el caso que ganase un gobierno de izquierda, pudiese impulsar su programa (Ahumada, 2018, p. 391). A este respecto la intervención del diputado radical Camilo Salvo es particularmente ilustradora: “...cuando algunos sectores de nuestro país ven que la inquietud social y económica del pueblo se va proyectando en forma organizada, a través de todas sus expresiones, buscan un refugio; y éste lo están encontrando el Partido Demócrata Cristiano y el Partido Nacional en la

¹ A modo ejemplar podemos citar la sentencia Rol N°4012-17 sobre el proyecto de ley que modifica la ley N°19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y la sentencia o Rol N°3729-(3751)-17 respecto del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

reforma constitucional”². Como puede verse, desde el propio origen del control concentrado de constitucionalidad en Chile pretendería constituirse en un mecanismo reactivo a fin de constreñir la labor legislativa cuando accediera a ella una mayoría contraria a los intereses oficiales, tributaria del “terror rojo” característico de aquella época.

Con posterioridad, durante la elaboración del texto dictatorial aquella finalidad no solo fue abiertamente enunciada, sino que se reforzó: ya no solo se buscaba impedir un proyecto político como el allendista, sino instaurar en la propia constitución el programa político de sus redactores. Tal como dirá Jaime Guzmán, su objetivo era (que los rivales...) “se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría”. Este rol lo ha cumplido lealmente durante la transición a la democracia, en especial, para impedir la agenda de reformas estructurales que impulsara el gobierno de Michelle Bachelet.

Por cierto, lo anterior tampoco hubiera sido posible del todo sin el reforzamiento del Tribunal Constitucional en la reforma constitucional del 2005 que, si bien eliminó aspectos impresentables del texto de Pinochet, no melló en nada su capacidad de anular la agencia política de la ciudadanía. Sin embargo, este brevísimo recuento histórico, para ser justos, no puede soslayar el momento en el cual esta institución fue presidida por el iuspublicista Carlos Carmona, en el cual se intentó dotar de consistencia jurisprudencial al Tribunal y un mayor rigor en su construcción técnico-jurídica, en los términos que otras magistraturas desarrollan esta labor. Por cierto, fue un esfuerzo que se perdió entre una práctica político-constitucional ajena a aquello.

Notas sobre sociología del derecho constitucional chileno

Alexander Hamilton, en el *Federalista* n° 78, sostuvo que “El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que sostiene la espada. La legislatura no solo controla el bolsillo, sino que prescribe las reglas por las cuales se deben regular los deberes y derechos de cada ciudadano. El poder judicial, por el contrario, no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre el bolsillo; ninguna dirección ni de la fuerza ni de la riqueza de la sociedad; y no puede tomar ninguna resolución activa. Verdaderamente se puede decir que no tiene fuerza ni voluntad, sino simplemente juicio; y debe depender en última instancia de la ayuda del brazo ejecutivo para la eficacia de sus juicios”³ (Hamilton, 1788, p. 294). Lo relevante de esta cita es que plantea acertadamente el hecho que el poder judicial puede ser el más débil de los órganos del Estado.

Por cierto, lo anterior se profundiza en los regímenes de presidencialismo exacerbado cuando instauran un control

de constitucionalidad concentrado, al impedir que aquello pueda ejercerlo la Corte Suprema, con lo cual se mella su posición en relación a los demás poderes estatales. En efecto, el modelo concentrado es propio de regímenes parlamentarios, en los cuales opera como una suerte de “árbitro” de una actividad política más intensa y expresiva de los diversos conflictos sociales. Así, se instaura un órgano exclusivo para colaborar al buen desarrollo del proceso de deliberación parlamentaria.

Otro contexto en el cual el control concentrado cumple un rol importante es en los estados regionales o federales, arbitrando los conflictos entre el poder central y las regiones o comunidades, como lo fue en el origen la Corte Constitucional austríaca. Estas consideraciones de régimen político y forma de Estado son las que ha justificado la creación de una corte con competencia exclusiva. Así, ¿qué podría justificar que ante un presidente con derecho a veto y amplias funciones legislativas no se reforzara a la autoridad judicial como elemento de equilibrio e independencia judicial, más aún, en un país marcadamente centralista?

Adicionalmente, la realidad social propia de un país debe ser una variante fundamental para la decisión sobre el mecanismo de justicia constitucional por el cual se opte. Si bien las altas magistraturas, en tanto institución, adoptan una práctica propia, es decir, “un nuevo espacio organizado según reglas propias y diferente de los otros espacios institucionales” (Rousseau, 1993, p. 44); siempre están en un proceso de redefinición, según los usos que hagan sus representantes y el contexto exterior (Chevallier, 2006, p. 281-297; Muñoz, 2015, pp. 47- 67).

Así, en un país tan elitista, con una alta concentración del ingreso y marcada desigualdad, el medio jurídico constitucional incidente en la configuración de la práctica político-constitucional, en especial, de los significados que se le atribuyen al texto constitucional, se constituye en un microcosmos que replica las lógicas de la élite. En efecto, no es inusual el tránsito o connivencia de la labor académica de los “constitucionalistas”, con la abogacía, la redacción de informes en derecho para los grandes poderes económicos o el ejercicio de altos cargos políticos. Por cierto, aquello influye en los márgenes de lo discursivamente aceptable y en qué “expertos” se consideran ser tal⁴. De este modo, la litigación ante el Tribunal Constitucional pareciera constituirse en un pequeño y exclusivo mercado de intensas y cercanas relaciones entre abogados que son profesores que luego pasan a ser jueces, siempre que cuenten con el apoyo de los partidos políticos con influencia legislativa, y cruzado por la connivencia con los intereses económicos más influyentes en el país.

Solo con un breve análisis, de los ministros que han integrado este organismo, es destacable el predominio de

2 Labor parlamentaria de Camilo Armando Salvo Inostroza, <https://laborparlamentaria.bcn.cl/wsgi/consulta/descargarDossierDOCX.py?idPersona=2428>.

3

4 Una explicación de esto, aplicando la teoría gramsciana del intelectual, en Muñoz, 2015, pp. 47- 67.

hombres sobre mujeres, asimismo nunca ha integrado un miembro de los pueblos originarios, la amplia mayoría proviene de la educación más elitista de la capital del país, y hay una marcada presencia de exministros y altos funcionarios del ejecutivo.

¿Especificidad de la función judicial constitucional?

Algunos plantean que el control concentrado de constitucionalidad se justificaría en una supuesta “especificidad” de la “adjudicación” constitucional, la cual estaría dada por el autor de esta, los efectos de las decisiones de adjudicación constitucional y los supuestos métodos particulares de interpretación que tendría la norma constitucional. Sin embargo, si bien esta idea que puede ser atractiva para los constitucionalistas es solo un sesgo cognitivo basado en la falsa creencia que la supremacía constitucional representaría una especie de sacralización del texto constitucional diferenciándolo de los demás textos (Pérez, 2000, p. 135) que operan en la normatividad jurídica.

En primer término, algunos sostienen que la especificidad de la justicia constitucional se configuraría por el hecho mismo de existir un juez “especializado” en “lo constitucional” y, por ello, que sería diferente a los jueces judiciales por su formación, tendencia y bagaje (Prieto, 1991, pp. 175-198). Sin embargo, este argumento yerra en ver una justificación en algo que no es más que un efecto del modelo elegido. Además, creer que existe una diferencia sustancial respecto a la labor del juez judicial es insuficiente, puesto que existen materias en las cuales la especialidad técnica es más acentuada —tan así que la adjudicación está entregada tanto a expertos-legos como abogados— y, no por ello se sustraen del conocimiento de la Corte Suprema.

Otros plantean que la supuesta especificidad emanaría de los efectos de las sentencias de las cortes constitucionales, que serían de mayor relevancia que las sentencias de los jueces judiciales. Esto se sustentaría en que las decisiones emanadas en el modelo concentrado suelen tener efectos generales (*erga omnes*). Sin embargo, de aquello no se sigue la necesidad del control concentrado, puesto que aquello también acontece en sistemas de control difuso, como en Brasil⁵ o Costa Rica (Gozaini, 2007, pp. 189-217). Por otro lado, resulta inoficioso referirse al control preventivo, puesto que en tales funciones las cortes constitucionales no realizan una actividad jurisdiccional propiamente tal, sino que el órgano se constituye en un engranaje más del proceso legislativo.

Por otro lado, se plantea que la especificidad estaría constituida por las normas de interpretación judicial en materia constitucional, que distaría de los métodos inter-

pretativos utilizados para las restantes normas del ordenamiento jurídico⁶. Se sostiene esta idea en tres argumentos: primero, que la Constitución contendría principios que no admiten una interpretación “literal” sino “propia”; luego, que las antinomias entre aquellos no podrían resolverse siguiendo los criterios clásicos sino mediante una “ponderación”, propiamente constitucional, es decir, un equilibrio concretizado entre principios concurrentes; finalmente, también se señala que el juez constitucional debería tener una prudente “autorrestricción” que lo distingue del juez ordinario (Brunet, 2005, pp. 115-135). Sin embargo, nada de dichos argumentos pareciera ser concluyente hacia una especificidad que haga esencialmente diferentes las decisiones interpretativas del juez constitucional a las que realizan los jueces ordinarios.

En efecto, en lo tocante a la supuesta imposibilidad de la interpretación literal en materia constitucional como argumento de su especificidad, parece ser que la idea conlleva implícitamente confundir el texto de la Constitución como enunciado lingüístico, con su contenido normativo, y a la vez se presupone una mayor obscuridad del texto constitucional. ¿Son los textos constitucionales menos claros y precisos que las leyes o reglamentos? En efecto no, muchas veces las constituciones poseen reglas más claras que las contenidas en normas de menor jerarquía; de manera que la distinción-ecuación entre texto “claro”=interpretación literal, texto “oscuro”=interpretación “más sofisticada”, no solo resulta cotidianamente falsa, sino que, además, difícilmente sortearía exitosamente el análisis que realizan quienes estudian en profundidad la textualidad (Maingueneau, 2014).

Se supone que la labor del juez constitucional implica, como parte de su labor hermenéutica, la ponderación, esto es, poner en una “balanza” dos principios, cuantificarlos y generar un equilibrio jurídico. Sin embargo, es difícil sostener que se responde a una lógica interpretativa especial, puesto que, como explica Alf Ross, nos encontramos ante una antinomia parcial-parcial (Ross, 1958, p. 128), en la cual, al no haber solución de aquellas que se entienden directamente apreciable en las normas jurídicas, de conformidad a los criterios usuales (temporalidad, jerarquía o especialidad), al “adjudicador” solo le queda elegir entre principios a través del uso de valores e irreductible subjetividad. Al no existir una especial jerarquización que obligue al juez a interpretar o sopesar los principios de cierta manera, esto se aleja de toda forma de especialidad interpretativa porque aquí el juez valora y no interpreta nada. Es más, resulta evidente que la valoración que hace el juez constitucional no escapa a la valoración evidente que hace todo juez cada vez que se encuentra ante una antinomia parcial-parcial.

5 En los casos de la “Ação Direta de Inconstitucionalidade” (Acción Directa de Inconstitucionalidad); la “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão” (Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión); la “Ação Declaratória de Constitucionalidade” (Acción Declaratoria de Constitucionalidad) y la “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (Reclamo de Infracción de Precepto Fundamental).

6 Un largo análisis se realiza en: (Guastini, 2015)

Otros han señalado que la especificidad se basaría en un actuar “más acotado” del juez y con estándares mayores de justificación de sus decisiones, es decir, una mayor necesidad de restricción (Prieto, 1991, p. 168). No obstante, dicha restricción, en contextos de culturas legales formalistas en democracias liberales, es predicada de todo ejercicio de adjudicación, aunque sea falso que opere de esa manera. Que se acuse de “activismo” a una Corte Suprema como a un Tribunal Constitucional puede ser igual de grave para un sistema político; lo relevante es que, en los términos de la propia práctica política-constitucional, sea quien sea el que ejerza el control de constitucionalidad, en honor a los discursos legitimantes de la institucionalidad, debe siempre restringir su acción en favor de la acción del legislador. Es la denominada “deferencia”.

Así, en síntesis, no resulta fácil sostener una especificidad de la labor del juez constitucional respecto a la que podría realizar cualquier otro magistrado, de manera que no resulta convincente sustentar en aquello la necesidad de mantener la existencia de un Tribunal Constitucional en la nueva Constitución que la ciudadanía se dé.

Reflexión final

Se sigue de lo reflexionado hasta acá que no resulta necesario, en Chile, un Tribunal Constitucional; lo cual, a su vez, no implica que sea adecuado prescindir del control de constitucionalidad de la ley —a posteriori—, como mecanismo de resguardo de la legítima supremacía del futuro texto político-constitucional. En efecto, entregar dicho control a la Corte Suprema podría permitir separar un mayor grado las estrechas relaciones del mundo de los constitucionalistas hegemónicos con el poder económico, como disminuir el actuar abiertamente partisano de quienes controlan la labor del legislador democrático. En efecto, el camino y formación para integrar el círculo de los constitucionalistas hegemónicos está mucho más vinculado a los poderes privados dominantes en el país, que el que siguen los jueces profesionales, luego de largas carreras, en las que no solo conocen diversos asuntos, sino también territorios y realidades de los márgenes (sociales o espaciales) del país. En definitiva, pareciera que estos últimos tienen una cultura institucional mucho más deferente con el legislador democrático y más comprometida con la efectividad de los derechos humanos.

Esto último abonaría, entonces, no solo a entregar el control de constitucionalidad a la Corte Suprema, sino también en sistematizar, acercar a la ciudadanía y reforzar los mecanismos de protección de derechos fundamentales ante el juez ordinario. En definitiva, que lo relevante para la ciudadanía (sus derechos establecidos en la nueva Constitución) se garantice en el cercano juez de letras y no en un elitista y endogámico círculo de “expertos” en una constitución ilegítima del barrio alto de la capital.

Por último, se debe reparar que esta discusión es indisociable de otras, tales como la forma de Estado y régimen de gobierno; y que, asimismo, nada de ello puede soslayar que cada decisión constituyente operará no en abstractas teorías de libros voluminosos ni en las mentes de los académicos, sino en la concreta y específica sociedad chilena, la cual tiene una historia y rasgos particulares que la hacen ser tal y no otra. Acá solamente se intentaron exponer razones para evidenciar que no es una necesidad contar con un Tribunal Constitucional y que, de hecho, se podría perfectamente prescindir de él sin renunciar a la aplicación práctica, en la cotidianeidad de la ciudadanía, de un nuevo texto que, por primera vez en la historia de Chile, nacerá legítimo.

Bibliografía

- Ahumada, Paula. El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional, en: HUNEEUS Carlos y AVENDAÑO Octavio, El sistema político de Chile, LOM, Santiago, 2018.
- Atria, Fernando, La constitución tramposa, LOM, Santiago, 2013.
- Brunet, Pierre. Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle, en: Jouanjan, Olivier; Maulin, Eric; Wachsmann, Patrick, La notion de justice constitutionnelle, Dalloz, Paris, 2005, pp. 115-135.
- Chevallier Jacques. Pour une sociologie du droit constitutionnel. VV.AA, L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, Paris, 2006, pp. 281-297.
- Drago, Guillaume. Contentieux constitutionnel français, 4ª edición, PUF, Paris, 2016.
- Gozaini, Alfredo. Sobre sentencias constitucionales y la extensión «erga omnes», en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 8, 2007, págs. 189-217
- Hamilton, Alexander et al (1788). El federalista, Editorial Akal, edición 2015, Madrid.
- Guastini, Ricardo. Interpretación Constitucional en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen tres, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Maingueneau, Dominique. Discours et analyse du discours, Armand Colin, Paris, 2014.
- Miaille, Michel. Une introduction critique au droit, MASPERO, Paris, 1976.
- Muñoz, Fernando. Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente, Ediciones UACH, Valdivia, 2015.
- Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Prieto Sanchis, Luis. Notas sobre la interpretación constitucional, Revista del Centro de Estudios Constitucionales

les, N° 9, 1991, pp. 175-198.

Ross, Alf. On Law and Justice, Stevens & Sons Ltd, Londres, 1958.

Rousseau, Dominique. « Les constitutionnalistes, les politistes et le renouveau de l'idée de Constitution », en CURAPP, Droit et politique, PUF, 1993.

Troper, Michel. La théorie du droit, le droit, l'état, PUF, Paris, 2001.

Seguridad y Nueva Constitución: una oportunidad para cambiar la mirada

Anamaría Silva Mena y Ricardo Montero Allende

RESUMEN: El capítulo propone una revisión general del actual concepto constitucional de seguridad y de algunos de los elementos necesarios para abordar la materia en una futura discusión constituyente. Con este objetivo, examinaremos, primero, el rol del Estado en la materia y cómo se encuentra abordada la seguridad en la actual Constitución, para luego analizar tres conceptos de seguridad que han sido debatidos durante las últimas décadas: seguridad nacional, humana y multidimensional. Posteriormente analizaremos qué tipo de conceptualización de seguridad requiere la nueva carta fundamental, qué criterios generales deberían guiarla y qué temas deben ser considerados en el debate. Finalmente, se presentarán algunas reflexiones respecto de los desafíos que enfrenta un nuevo paradigma de seguridad, considerando como elementos fundantes una aproximación democrática, centrada en el resguardo de las personas y respetuosa de los DD.HH.

I. El Estado y la seguridad

Una nueva Constitución para Chile es una necesidad y un desafío, tanto social como político, puesto que es una oportunidad para redefinir la distribución, el balance y los límites del poder del Estado. El poder del Estado está directamente relacionado con la fuerza que detenta (Oro, 2010). En una democracia, su ejercicio, para ser legítimo, debe estar dirigido a conseguir el mayor desarrollo social posible y a la construcción de paz. Para lograr dichos objetivos, el Estado debe ser capaz de entregar seguridad a toda la ciudadanía.

Si bien a lo largo de su vigencia la Constitución ha sufrido una serie de modificaciones que han transformado su estructura original en diferentes materias —v.g. reformas constitucionales del 2005—, su concepto y estructura de seguridad sigue condicionado a su diseño original, asociado a la guerra fría, que divide en vez de reunir y que limita valores democráticos como la subordinación al poder civil o la rendición de cuentas.

Desde su creación, y particularmente durante la última década, el texto constitucional, sus posibles reformas e incluso una nueva Constitución han sido examinadas lamente (Arriagada et al., 2017; Atria, 2013, 2017; Atria et al., 2013; CEP, 2016; Heiss, 2020; Peña, 2020). Durante dichos exámenes se ha considerado principalmente temas como el diseño político y democrático, y el modelo económico que la carta fundamental establece. En cambio, el tema de seguridad ha sido examinado solo de forma tangencial, principalmente en el contexto de las reformas constitucionales del 2005 (Contreras, 2015). Entre las materias analizadas, relacionadas con el sector de seguridad e instituciones armadas se encuentran: senadores designados y vitalicios; facultad del Presidente de remover a los comandantes en jefe y general director de Carabineros; facultades del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA); estados de excepción constitucional, entre otros. Sin embargo, la discusión no ha profundizado respecto al concepto constitucional de seguridad y, por extensión, los componentes que materializan el sistema de seguridad y las atribuciones o características de cada uno ellos.

El concepto de seguridad ha sido una materia controvertida en la literatura y su utilización depende de quién lo define, el contexto temporal en que se desarrolla, el tipo de instituciones que lo materializan y como es ejecutado en la práctica. Si bien existen otras nociones de seguridad, en el presente capítulo profundizaremos en el desarrollo conceptual de tres de ellas, considerando particularmente la influencia que han tenido en Chile y la región y que el Estado chileno las utiliza o reconoce formalmente. Estas son, seguridad nacional, profusamente utilizada en la Constitución Política de la República de 1980 (Ley Chile, 2010); la de seguridad humana, utilizada en las tres últimas ediciones del Libro de la Defensa Nacional de Chile (Ministerio de Defensa, 2002, 2010 y 2017); y el de seguridad multidimensional, como país signatario del la Declaración sobre seguridad en las Américas, en México el 2003 (OEA).

II. La seguridad en la Constitución de 1980

El texto constitucional de 1980 se origina en plena dictadura, durante la Guerra Fría e influenciado por la doctrina de seguridad nacional. Su elaboración fue expresamente mandatada por la Junta de Gobierno, compuesta por los comandantes en jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas (FFAA) y el General Director de Carabineros. Ni la elaboración de ésta ni su ratificación contaron con estándares mínimo de participación democrática (Arriagada et al., 2017). En términos simples, fueron las instituciones armadas las que impusieron por la fuerza la Constitución y la arquitectura de seguridad en ella contenida. En materia de defensa, la carta fundamental buscaba responder a los desafíos tradicionales del sector (principalmente amenazas militares de otros Estados), que se presentaban en el contexto de un mundo bipolar, mientras que a nivel de seguridad interior intentaba consolidar, de forma prioritaria, los intereses particulares de la dictadura, teniendo como principal adversario el llamado “enemigo interno”.

El concepto Seguridad Nacional en Chile y en la Constitución

En el texto constitucional el término de “seguridad” es utilizado bajo diversas combinaciones: seguridad nacional, seguridad pública, seguridad del Estado, seguridad externa, seguridad de la nación, seguridad pública interior, o simplemente seguridad. Muchas de ellas se confunden o se contraponen, demostrando la inexistencia de una visión sistematizada y clara de los distintos conceptos de seguridad. No obstante, el que más se repite y el que puede ser interpretado de manera más amplia es el de “seguridad nacional”.

La discusión del concepto de seguridad nacional ha resultado compleja en la doctrina nacional, por lo que, para profundizar su contenido, se ha optado más por su caracterización que por su definición formal. El único antecedente de una definición reglamentaria está asociado a la creación en 1960 del Consejo Superior de Seguridad Nacional (D.S. N° 181 de 1960). Es así como Cea (2002) hace referencia a su reglamento (D.S. N° 261 de 1960), que define en el N° 1 el concepto de seguridad nacional, en los siguientes términos:

“se entenderá por seguridad nacional toda acción encaminada a procurar la preservación del orden jurídico institucional del país, de modo que asegure el libre ejercicio de la soberanía de la Nación en el interior como en exterior, con arreglo a las disposiciones establecidas, a la Constitución Política del Estado, a las leyes de la República y a las normas de derecho internacional, según corresponda” (p.191).

A su vez, el Ministerio de Defensa en el Libro de la Defensa Nacional de 1997 recoge íntegramente dicha defini-

ción (p. 71), sin perjuicio de incluir también una definición más amplia en su glosario, incluyendo dentro de sus objetivos el “desarrollo socioeconómico, institucional y cultural” (p. 220)¹.

Sin embargo, el D.S. N° 181 fue derogado el año 2010, y con él su reglamento, terminando con la única definición reglamentaria. Por su parte, si bien los libros de la Defensa Nacional en sus ediciones posteriores a 1997 (2002, 2010 y 2017) hacen referencia al concepto, no lo definen.

A nivel constitucional, Cea considera que “[a]unque ha perdido vigor, la seguridad nacional es uno de los principios matrices de la Constitución” (2002, p. 189). Este fue utilizado por primera vez a nivel constitucional por la Junta Militar en 1975 (Decreto Ley N° 1008), con el objetivo de modificar el artículo 15 de la Constitución de 1925. De esta forma, se ampliaba el plazo de detención para delitos contra la seguridad del Estado, utilizando como uno de sus considerandos que “los delitos contra la Seguridad Nacional revisten extrema gravedad, ya que atentan contra la estabilidad del Estado y de sus instituciones, ponen en peligro la convivencia nacional y obstaculizan el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los habitantes” (Diario Oficial, 2016: 359). Posteriormente, en la Constitución de 1980, la utilización del concepto se extendió profusamente a diversos capítulos².

Referencias al concepto de Seguridad Nacional en la Constitución de 1980

En efecto, incluso después de una serie de reformas, la actual constitución utiliza el término seguridad nacional veinticinco veces³, entregándole roles específicos a tres actores particulares, a saber: el Estado, que tiene el deber de resguardarla (Art. 1, inc. 5); todos los chilenos, que deben contribuir a preservarla (Art. 22, inc. 2), y; las FFAA, que son esenciales para conseguirla (art. 101, inc. 1°)⁴.

Una de las principales características del concepto de seguridad nacional en la carta fundamental es que puede

1 “Condición alcanzada por un país como consecuencia del desarrollo armónico de su poder nacional, y de haber adoptado provisiones y acciones tendientes a atenuar o eliminar sus vulnerabilidades, de modo de asegurar el logro de los objetivos nacionales, pese a los riesgos y amenazas internas y externas, con pleno respeto a la normativa legal y reglamentaria. Es un concepto más amplio que el de defensa nacional, puesto que también abarca el desarrollo socioeconómico, institucional y cultural. La seguridad no es un fin en sí mismo, sino un medio para conseguir un fin: el bien común”.

2 Actualmente el concepto está presente en los capítulos: (I) Bases de la Institucionalidad; (III) De los Derechos y Deberes Constitucionales; (IV) Gobierno; (XI) Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad pública; (XII) Consejo de Seguridad Nacional; (XIII) Banco Central; y, en las Disposiciones Transitorias.

3 Tres veces como la responsabilidad de ciertos actores; siete veces como limitación a derechos; dos veces como atribución del presidente; una vez como causal para decretar el estado de excepción constitucional de emergencia; tres veces como causal de acusación constitucional, contra el presidente, ministros de Estado, generales o almirantes; seis veces referido al órgano constitucional que lleva su nombre (Concejo Nacional de Seguridad); una vez como atribución extraordinaria del Banco Central; y, dos veces, en los artículos transitorios. Se incluye en este recuento el término “seguridad de la nación” que se utiliza cinco veces.

4 De forma similar, la trinidad de Clausewitz (1976) identifica tres actores interdependientes que deben ser considerados para analizar la guerra, estos son: el Estado, el pueblo y el ejército (en términos actuales, las FFAA).

ser utilizada para justificar la limitación ciertos derechos. Como causal de secreto o reserva, limita la obligación de publicidad de actos y resoluciones de los órganos del Estado (art. 8 inc. 2º). También limita derechos establecidos en diversos numerales del art. 19: el derecho a la libertad de enseñanza (11º); el derecho de asociarse sin permiso previo (15º); el derecho a huelga (16º)⁵; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (21º); y el derecho a propiedad en general, y en particular respecto de las concesiones mineras y los contratos especiales de operación (24º).

Un ejemplo particularmente relevante de estas limitaciones se da en los casos de excepción constitucional de emergencia (art. 39), donde bajo la "grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad nacional" (art.42), se permite restringir la libertad de locomoción y reunión (LOC 18.415, art. 5).

Más aún, la Constitución reconoce un órgano de rango constitucional para tratar esta materia, el Consejo de Seguridad Nacional, dedicándole un capítulo especial (XII). Este órgano, entre otras, tiene por función asesorar al presidente en materia de seguridad nacional.

De esta manera, el concepto de seguridad utilizado en la Constitución tiene la capacidad de entregarle responsabilidades a diversos actores, limitar derechos y dar reconocimiento a un órgano particular.

Componentes constitucionales del sistema de seguridad

Entre los componentes que materializan el sistema constitucional de seguridad encontramos, además del concepto de seguridad, a diversos actores (personas individuales, instituciones y un órgano) y una herramienta particular, los estados de excepción constitucional. Los actores más relevantes son: el presidente de la república, los chilenos (as), las FFAA, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, el COSENA⁶ y, con un rol más acotado, el Banco Central. A su vez, existen otros actores que no tienen un reconocimiento constitucional relevante en materia de seguridad, pero que juegan un rol relevante en el sistema, como los ministros directamente responsables por la materia (Interior y Seguridad Pública, y Defensa Nacional), el Estado Mayor Conjunto y el Congreso Nacional. Por su parte, como herramienta del sistema constitucional de seguridad, como mencionamos previamente, es necesario hacer referencia a los estados de excepción constitucional.

5 Por su parte, el numeral 16º establece que: "Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así".

6 Tanto las instituciones armadas (FFAA y las policías) como el COSENA cuentan con capítulos propios, el XI y el XII respectivamente. Ambos capítulos exigen para su modificación el máximo quorum legal, 2/3 de los parlamentarios en ejercicio. Sin embargo, los otros poderes del Estado requieren para su modificación un quorum menor de 3/5 de los parlamentarios en ejercicio (art. 127 inc. 2º), evidenciando una protección particular a las instituciones armadas y una distorsión democrática.

Presidente de la República

El principal responsable de la seguridad nacional es el Presidente de la República, cuya "autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República" (24 inc. 2º). Para cumplir dichos objetivos cuenta con amplias atribuciones, pudiendo "[d]isponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas" (art. 32, N° 17º), autorizar junto a sus ministros ciertos pagos no autorizados por ley (art.32, N°20) decretar estados de excepción constitucional (ar.39 a 45), presidir el COSENA (art. 106) y, bajo ciertos requisitos, declarar la guerra (art. 32º N° 19).

Chilenos (as)

Otro componente reconocido expresamente en el texto es parte de la ciudadanía, de manera particular y carente de un sentido de sociedad. La constitución señala que "[t]odo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales" (art. 22, inc. 1º), pero, encomienda exclusivamente a los chilenos (as) los deberes fundamentales de "honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena" (art. 22, inc. 2º).

Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública

Las tareas vinculadas particularmente al ejercicio de la fuerza estatal son encomendadas a las FFAA y a las Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública. Las primeras están compuestas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea; las segundas son integradas exclusivamente por Carabineros y la Policía de Investigaciones (PDI)⁷. Respecto a sus funciones, la Constitución establece una división entre la defensa y la seguridad pública. Es así como las FFAA "[e]xisten para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional" (art. 101, inc. 1º) y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública "[c]onstituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior" (art. 101 inc. 2º).

No obstante, la propia constitución establece una excepción a este principio general, precisamente en el acto que representa la máxima expresión democrática: las votaciones. El texto constitucional entrega el rol de resguardo del orden público en los procesos electorales y plebiscitarios no solo a Carabineros (no mencionando a la PDI), sino también a las FFAA (art. 18 inc. final).

Ambos cuerpos armados, FFAA y policías, dependen de sus respectivos ministerios (actualmente Defensa Nacional e Interior y Seguridad Pública, respectivamente), "son esencialmente obedientes y no deliberantes", ade-

7 Gendarmería es la única institución armada estatal que no tienen reconocimiento constitucional. En Chile, esta institución es legalmente responsable por la atención, vigilancia y contribución a la reinserción de las personas detenidas o privadas de libertad.

más de “profesionales, jerarquizadas y disciplinadas” (art. 101 inc. final).

COSENA

Otro de los componentes del sistema es el COSENA. Este Consejo de rango constitucional tiene por misión asesorar al Presidente de la República en materias de seguridad nacional, es convocado y “presidido por el jefe del Estado y estará integrado por los presidentes del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las FFAA, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República” (art. 106). El COSENA tiene la particularidad que no considera a los ministros de Defensa Nacional ni de Interior y Seguridad Pública en su composición permanente, pero sí a sus subalternos, los comandantes en jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros. Dichos ministros solo pueden estar presentes en las sesiones si el Presidente expresamente así lo determina. Sin perjuicio de lo anterior, tras las reformas del 2005 y la pérdida de varias de sus atribuciones, gran parte del poder del COSENA fue limitado⁸.

Banco Central

Respecto al Banco Central, su atribución en materia de seguridad nacional se circunscribe a una situación determinada, “en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas” (art. 109, inc. 3º).

Ministros y Estado Mayor Conjunto

Los secretarios de Estado tanto de Interior y Seguridad Pública como de Defensa Nacional carecen de facultades particulares a nivel constitucional, siendo reconocidos, al igual que todos los otros ministros, como “colaboradores directos e inmediatos del Presidente” (art. 33), en sus respectivas materias. Lo mismo sucede con el Estado Mayor Conjunto, el cual, si bien fue incorporado al Ministerio de Defensa tras la reforma legal de 2010 (Ley Nº 20.424) y tiene por misión ser “el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas”, no siendo considerado a nivel constitucional.

Congreso Nacional

A nivel constitucional, al Congreso le corresponden escasas atribuciones en materia de seguridad, siendo las prin-

⁸ Se pasa a una composición mayoritariamente civil (sumando al presidente de la Cámara de Diputados), pierde la facultad de autoconvocarse (pasa a ser facultad exclusiva del presidente), se limita a funciones de asesoría no vinculante, se termina con la necesidad de acuerdo del COSENA para declarar estados de excepción constitucional, se permite presencia de ministros de Estado previa autorización del presidente (Contreras, 2015: 322).

cipales la aprobación de los presupuestos, las facultades investigadoras de la Cámara de Diputados y ciertos controles —muchas veces laxos o imprecisos en las atribuciones— en la implementación y rendición de cuentas de los estados de excepción constitucional. En la práctica el trabajo se realiza principalmente a través de las comisiones permanentes vinculadas a temas de seguridad⁹.

Estados de Excepción

Uno de los componentes más relevantes del sistema de seguridad son los estados de excepción constitucional. Estos son los únicos que pueden afectar el ejercicio de derechos y garantías constitucionales de las personas, ante circunstancias que “afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”. Se establecen como respuesta a situaciones de excepción y son cuatro (art. 39)¹⁰. Las excepciones constitucionales han sido utilizadas en reiteradas ocasiones durante la última década (2010-2020), particularmente el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública.

III. Los conceptos de seguridad

Analizaremos a continuación, desde una aproximación teórica, los conceptos de seguridad nacional, seguridad humana y seguridad multidimensional, puesto que, tal como fue mencionado, corresponden a conceptos de seguridad reconocidos formalmente por el Estado chileno.

El concepto de seguridad ha adquirido distintos marcos de análisis en el tiempo. Durante la Segunda Guerra Mundial ya se discutía respecto a una doble dimensionalidad de la seguridad. La primera de ellas era la seguridad como la conquista de la libertad para vivir sin temor, y, la segunda, la seguridad en el área socioeconómica, donde la libertad es la conquista para vivir sin miseria. Desde un discurso propio de una época marcada por las guerras, sólo la victoria en ambos frentes era capaz de asegurar una paz duradera (PNUD, 1994). No obstante, con posterioridad a las guerras mundiales, la Guerra Fría reforzó el concepto clásico de seguridad centrado en el Estado. Es así como en América Latina, bajo la influencia estadounidense, se impuso la doctrina de la seguridad nacional (Pion-Berlin & Martínez, 2017).

Como consecuencia de la citada doctrina, se desarrolla el concepto de *seguridad nacional*. Este no tiene una definición única, pero sí el objetivo de prevenir o rechazar

⁹ Respecto a seguridad interior, “Comisión de Seguridad Pública” en el caso del Senado y “Comisión de Seguridad Ciudadana” en el caso de la Cámara de Diputados. Respecto a Defensa, “Comisión de Defensa Nacional” tanto en el Senado como en la Cámara.

¹⁰ Primero, el estado de asamblea, en caso de guerra exterior; segundo, el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior (ambos contenidos en el art. 40); tercero, el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública (art. 41); y, cuarto, el estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación (art. 42). Los estados de excepción constitucional fueron modificados por las reformas del año 2005, sin embargo, la ley orgánica constitucional que los regula (Ley 18.415) no fue modificada en concordancia.

amenazas militares. Es, bajo cualquier marco analítico, un enfoque que busca la defensa militar de la soberanía, la independencia y la territorialidad del Estado frente a potenciales agresores externos (Font & Ortega, 2012). De esta manera, es la capacidad militar la que va definiendo el incremento de poder de un Estado que busca su propia seguridad. Este enfoque tomó especial fuerza durante los años de la Guerra Fría (Tickner & Herz, 2012). Adicionalmente, en el contexto de las diversas dictaduras militares latinoamericanas, la seguridad nacional sumó un nuevo componente a la defensa territorial: el del enemigo interno (Tickner, 2015).

Terminada la Guerra Fría, frente a un reordenamiento mundial relacionado directamente con la evolución del concepto de desarrollo, se incorporó en el Informe de Desarrollo Humano del PNUD de 1994, el término *seguridad humana*, retomando los principios de libertad para vivir sin temor y la libertad para vivir sin miseria como ejes de la seguridad (PNUD, 1994). Es un cambio de paradigma que responde a las interrelaciones entre las amenazas clásicas y las nuevas (PNUD, 1994). Son amenazas que, a diferencia de las tradicionales, no se limitan a las posibles agresiones militares y que tienen un carácter transnacional. La seguridad humana reconoce los vínculos y las interdependencias existentes entre desarrollo, derechos humanos y seguridad de la nación (PNUD, 2011). Es un paradigma que se sostiene en la noción de vulnerabilidad mutua y en la reducción del riesgo colectivo. Con todos estos elementos en consideración, la Comisión de Seguridad Humana la describe de la siguiente manera:

"...consiste en proteger la esencia vital de todas las vidas humanas de una forma que realce las libertades humanas y la plena realización del ser humano... significa proteger las libertades fundamentales: libertades que constituyen la esencia de la vida. Significa proteger al ser humano contra las situaciones y las amenazas críticas (graves) y omnipresentes (generalizadas). Significa utilizar procesos que se basan en la fortaleza y las aspiraciones del ser humano. Significa la creación de sistemas políticos, sociales, medioambientales, económicos, militares y culturales que, en su conjunto, brinden al ser humano las piedras angulares de la supervivencia, los medios de vida y la dignidad" (Comisión de la Seguridad Humana, 2003 en (PNUD, 2011, pág. 18)).

Posteriormente, y en el contexto de la respuesta a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 y las nuevas doctrinas de seguridad que derivaron de éste (Font & Ortega, 2012), surge el concepto de *seguridad multidimensional*, en la Conferencia Especial sobre Seguridad de la Organización de Estados Americanos de 2003. Si bien el texto final no la define expresamente, se la caracteriza como un nuevo concepto de alcance multidimensional, que conside-

ra tanto a las amenazas tradicionales como a las nuevas, incorpora a las prioridades de cada Estado en la medida que éstas sean una contribución a la consolidación de la paz, del desarrollo integral y la justicia social. Al mismo tiempo, afirma estar basada en valores democráticos, en el respeto, promoción y defensa de los DDHH, entre otros (OEA, 2003). La seguridad multidimensional entiende que las amenazas, preocupaciones y desafíos de la seguridad, —ya no sólo nacionales, sino que también transnacionales—, son problemas intersectoriales y que requieren respuestas de cooperación y coordinación entre distintos organismos y actores del sector de la seguridad y la defensa.

Los tres conceptos examinados dan cuenta de las distintas aproximaciones que ha tenido la seguridad, de la mano de los cambios sociopolíticos globales. Ahora bien, con el fin de la Guerra Fría y la recuperación de las democracias en América Latina, un análisis de los tres términos descritos permite englobar el concepto de seguridad como una *"condición integral en la que las personas y las comunidades viven en libertad, paz y bienestar, participan plenamente en el gobierno de sus países, disfruten de la protección de los derechos fundamentales, tienen acceso a los recursos y los recursos básicos necesidades de la vida y habitan en un entorno que no es perjudicial que para su salud y bienestar"* (OECD, 2005, pág. 19). De esta forma, se ha llegado al entendimiento que la seguridad es un concepto que abarca tanto a las personas como a los Estados y que las entidades y actores responsables de ella son múltiples y variados¹¹.

Limitaciones de los conceptos

El concepto de seguridad nacional ha recibido críticas constantes durante su aplicación. En primer lugar, es un enfoque centrado en el Estado, el cual excluye a la ciudadanía y sus necesidades de seguridad. Al mismo tiempo, al limitar las amenazas a la seguridad a las externas, relegaba del sistema a otras fuentes de inseguridad, como las económicas o medioambientales. Estas críticas se hicieron más evidentes con la extensión de la globalización, donde los nuevos riesgos y amenazas no encuentran soluciones en un único Estado, dadas las dimensiones transfronterizas de éstas (Font & Ortega, 2012). Los citados autores sostienen que los conceptos de seguridad que le siguieron buscaron dar cuenta que la seguridad del Estado no era lo mismo que la seguridad de la ciudadanía, sino más bien la de las elites en el poder. Es un concepto polémico, con un complejo registro histórico, lo que termina polarizando y limitando la discusión sobre seguridad.

¹¹ Dentro de estos actores se encuentran las FFAA, las policías, gendarmerías, inteligencia, el poder ejecutivo, el congreso, sistema judicial, sistema de investigación y persecución criminal, defensores del pueblo, entre otros. Por lo tanto, una reforma en este ámbito implica, necesariamente, una transformación del sistema de seguridad que incluya a todos sus actores y los roles que ellos desempeñan (OECD, 2005, pág. 19).

No obstante, los nuevos conceptos de seguridad que han surgido en los últimos 30 años también han sido blanco de críticas. Tanto al hablar de seguridad humana como de seguridad multidimensional, se habla de conceptos amplios y abarcadores de seguridad. Desde esta perspectiva, existe un temor frente a la posible militarización no deseada y a una excesiva *securitización* de problemas regionales, al mismo tiempo que se diluyen los ámbitos de la seguridad. Uno de los problemas que presentan estos conceptos es su dificultad de operacionalización. En este sentido, la seguridad humana no ha sido capaz de cuestionar el fondo de las estructuras, normas y relaciones de poder dominantes que producen la inseguridad humana (Pérez de Armiño, 2007), mientras que la seguridad multidimensional ha servido para el estudio de las relaciones cívico-militares, particularmente en América Latina, y no para un análisis crítico de la seguridad como proceso político (Tickner, 2015).

Frente al debate constituyente, la discusión sobre seguridad debe ser capaz de superar el concepto de seguridad nacional, el cual, por ser polémico en su contenido, provoca tensión y polarización, resulta insuficiente para los desafíos actuales y futuros y considera una existencia permanente de enemigos, tanto externos como internos. Por su parte, los conceptos de seguridad que han marcado el debate internacional durante los últimos 30 años presentan lineamientos que permiten orientar una discusión centrada en las necesidades de seguridad de la ciudadanía que permitan alcanzar objetivos de desarrollo comunitarios y personales.

IV. Elementos para el debate: una mirada de seguridad con estándares democráticos

La definición de seguridad que Chile necesita debe contrastarse con el concepto que se utiliza actualmente, de tal manera de identificar las limitaciones y debilidades de éste y diseñar los cambios necesarios. En términos generales, el concepto de seguridad debe considerar siempre una aproximación que ponga el foco en las personas, en el resguardo de los derechos humanos y debe verse reflejado en la institucionalidad constitucional tanto a través de principios generales como en la orgánica del sistema de seguridad. En este sentido, el debate debe contemplar, al menos, cuatro elementos: (i) un concepto de seguridad más democrático; (ii) analizar la distribución del poder, grados de autonomía de las instituciones armadas y los mecanismos de dirección y control; (iii) la pertinencia del reconocimiento constitucional de las FFAA, Fuerzas de Orden y Seguridad, COSENA u otros; (iv) una aproximación más integral que considere riesgos, vulnerabilidades y amenazas, considerando el nivel local y el contexto internacional.

Para avanzar en proceso de democratización que derive en un concepto de seguridad más democrático, es im-

perativo plantearnos qué tipo de relación queremos entre la ciudadanía, el Estado y las instituciones armadas. Son los ciudadanos los que, a través del voto, eligen a sus autoridades, tanto al líder del Ejecutivo como a los representantes del Congreso Nacional. Estas autoridades civiles, mandatadas por la ciudadanía, son las que deben dirigir, controlar y responder por las políticas que busquen entregar seguridad a la sociedad y, particularmente, las que son ejecutadas con el auxilio de las instituciones armadas. El tipo de relación que queremos determinará la aproximación conceptual que necesitamos.

Por otro lado, para cumplir con criterios democráticos, las instituciones armadas deben respetar siempre el ordenamiento jurídico vigente; mantenerse bajo subordinación de las autoridades civiles; cumplir con los criterios legales de transparencia y rendición de cuenta; y, respetar en todos los ámbitos de su actuar los DDHH.

La distribución del poder, en cuanto conducción y limitación del ejercicio de la fuerza, constituye un segundo elemento. Quienes son responsables por las instituciones armadas, el resguardo de la seguridad y la conducción de la fuerza estatal deben ser autoridades civiles competentes, quienes deben responsabilizarse por las políticas públicas de seguridad y de defensa implementadas, rindiendo cuentas de su actuar tanto a los órganos estatales que corresponda como antes la población en general. Es así como las instituciones armadas deben responder a los mismos criterios legales generales de todos los órganos del Estado y solo de forma excepcional y fundada aplicar criterios particulares.

En un escenario en que se mantenga un sistema presidencialista, el principal responsable por la seguridad debe seguir siendo el Presidente de la República. Sin perjuicio de lo anterior, se debe revisar la distribución de competencias y responsabilidades que actualmente tienen el Ejecutivo, el Congreso Nacional y las instituciones armadas, para lograr una relación más equilibrada que permita un mayor control. Por otro lado, la política pública del sector de seguridad debe direccionarse como una política de Estado, entendida por tal aquella que es fruto de consensos amplios, que se proyecte a largo plazo, legítima en los fines que persigue y robusta en su calidad técnica.

Si bien el discurso de la seguridad ha sido recurrente en la política contingente (particularmente el de seguridad pública), en la práctica, la conducción y control de las políticas de seguridad y defensa no han sido prioritarias para el poder civil (tanto para el ejecutivo como para el Congreso Nacional), siendo delegadas de forma desmesurada a las policías y FFAA respectivamente. Es necesario limitar la excesiva autonomía que la constitución y la ley orgánica constitucional le entrega a estas instituciones armadas y que el poder civil asuma el rol de dirección y control que le corresponde.

Un tercer elemento para considerar es si se debe incluir a las policías y las FFAA en la carta fundamental y, si es que corresponde, de qué forma hacerlo. Nos inclinamos a reconocer constitucionalmente a dichas instituciones armadas, incluyendo al Estado Mayor Conjunto o una institución similar, pero, garantizando en la misma Constitución y de forma expresa los elementos democráticos expresado previamente, esto es: subordinación al poder civil, aplicación de los criterios generales que rigen a todos los órganos del Estado y respeto irrestricto a los derechos humanos.

A todo evento, no es pertinente, como sucede en la actualidad, establecer una protección especial para proteger el sistema de seguridad y las instituciones armadas, a través de quórums más altos que los que regulan los poderes del Estado. Respecto a las funciones particulares, es necesario también discutir los roles de las policías y las FFAA, especialmente respecto a ratificar la separación entre, por un lado, las funciones de defensa y, por otro, las de seguridad interior y orden público.

Si bien parece pertinente que el Presidente cuente con un órgano que lo asesore estratégicamente en materia de seguridad, no parece pertinente ni necesario que dicho órgano tenga un reconocimiento constitucional, como actualmente lo tiene el COSENA. Por su parte, debería evaluarse la pertinencia del rol de resguardo del orden público que actualmente ejercen las FFAA en los procesos electorales y plebiscitarios, tareas propias de Seguridad Interior y no de la Defensa.

Finalmente, un elemento que debe ser considerado tiene relación con la aproximación para abordar riesgos, vulnerabilidades y amenazas. Esta debe ser lo suficientemente amplia para incluir los desafíos tradicionales del Estado y considerar otros desafíos, tales como: los efectos del cambio climático, pandemias, terrorismo, ciberseguridad, crimen organizado transnacional, narcotráfico, entre otros. En el mismo sentido, la forma de entender la seguridad debería intentar, como primer paso, atenuar los riesgos y vulnerabilidades y, en caso de no ser posible, contrarrestarlos con respuestas que, respetando el ordenamiento jurídico, sean sistémicas, flexibles y efectivas.

El abordaje de la seguridad debe considerarse inserto en un contexto internacional, que muchas veces supera con creces los límites de las fronteras, pero también debe hacerse cargo de las respuestas locales, adaptadas a territorios específicos. Es por esto que la aproximación a la seguridad que definamos no puede limitarse simplemente al Estado, debe considerar también a la comunidad internacional representada en sus diversos actores, los países de la región, diversos grupos sociales, las comunidades y las personas.

V. Conclusión y reflexiones finales

Chile necesita cambiar el paradigma de seguridad que ha sido utilizado durante las últimas décadas y el debate constitucional es la instancia propicia para lograrlo. Se requiere construir un concepto de seguridad que sea un elemento unificador, legítimo y funcional.

La seguridad debe dejar de ser asociada simplemente al ejercicio de la fuerza estatal. Ésta debe entenderse como un elemento esencial, un requisito necesario —pero no suficiente— para alcanzar el mayor desarrollo social posible. Por tanto, una interpretación actual del concepto de la seguridad debe hacerse a la luz de los principios constitucionales que establecen que el Estado —y la seguridad— está al servicio de la ciudadanía.

Debemos avanzar en un concepto de seguridad consensuado, inclusivo, basado en principios democráticos y que respete los DDHH. Este concepto debe tener una visión amplia respecto tanto a las amenazas, riesgos y vulnerabilidades que deben ser enfrentadas como los diversos niveles que deben ser considerados, con foco en las personas, considerando al Estado como actor fundamental y en el contexto del sistema internacional. Para esto será necesaria una discusión sincera respecto de la relación que debe existir entre la ciudadanía, el estado y las instituciones armadas.

De esta forma, la Constitución —al igual que el paradigma de seguridad en ella contenida— será construida por la ciudadanía, validada por el debate y legitimada por la fuerza de los votos.

Bibliografía

- Arriagada, G., Burgos, J., Walker, I. (2017). *Sobre derechos, deberes y poder. Una nueva constitución para Chile*. Santiago: Uqbar
- Atria, F. (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM.
- Atria, F. (2017). *Democracia y neutralización*. Santiago: LOM.
- Atria, F., Larraín, G., Benavente, J. M., Couso, J., Jogignant, A. (2013). *El otro modelo. Del Orden neoliberal al régimen de lo público*. Santiago, Chile: Debate,
- Bustamante, G. y Sazo, D. (2016). *Democracia y poder Constituyente*. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica.
- CEP (2016). *Propuestas Constitucionales*. Santiago, Chile: Centro de Estudios Público.
- Contreras, P. (2015). *Las Fuerzas Armadas en la Constitución*. En A.A.V.V. *La Constitución Chilena. Una Revisión Crítica a su Práctica Política* (pp. 315-335). Santiago: LOM.
- Contreras, P. y Salazar, S. (2020). *Obedientes y No Deliberantes: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile*

- Diario Oficial (2016). Constituciones políticas de la República de Chile 1810-2015. Segunda edición. Recuperado de <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/assets/modal/Constituciones1810-2015.pdf> (consultado el 26.06.20).
- Denney, L. y Valters, C. (2015). *Evidence Synthesis: Security Sector Reform and Organisational Capacity Bulding Rapid Evidence Assessment*. UKAID: Department for International Development.
- Font, T., & Ortega, P. (2012). Seguridad nacional, seguridad multidimensional, seguridad humana. Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, 161-172.
- García, G., Contreras, P., & Martínez, V., (2016). Diccionario constitucional chileno. Santiago: Hueders.
- Heiss, C. (2020). ¿Por qué necesitamos una nueva Constitución? Santiago: Aguilar.
- Ley Nº 20.050. *Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República*, Santiago, Chile, 2005.
- Ministerio de Defensa (2002). Libro de la Defensa Nacional de Chile. Santiago, Chile: Ministerio de Defensa Nacional. Recuperado de: <https://www.defensa.cl/libro-de-la-defensa-nacional-de-chile/libro-de-la-defensa-2002/> (consultado el 24.08.20).
- Ministerio de Defensa (2010). *Libro de la Defensa Nacional de Chile*. Santiago, Chile: Ministerio de Defensa Nacional. Recuperado de: <https://www.ssfaa.cl/libro-de-la-defensa-nacional-de-chile-2010/> (consultado el 24.08.20).
- Ministerio de Defensa (2017). *Libro de la Defensa Nacional de Chile*. Santiago, Chile: Ministerio de Defensa Nacional. Recuperado de: <https://www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf> (consultado el 24.08.20).
- Ley Chile (2020). Constitución Política de la República. Santiago, Chile, 1980. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> (consultado el 09.06.20).
- Ley Chile (2020). Crea Consejo Superior de Seguridad Nacional. Santiago, Chile, 1960. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4950&buscar=consejo+superior+de+seguridad+nacional> (consultado el 25.08.20).
- OEA (2003). Conferencia Especial sobre Seguridad. Declaración sobre Seguridad en las Américas. México. Recuperado de http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/DeclaracionMexico_Seguridad.pdf (consultado el 25.08.20)
- OECD (2005). *Security System Reform and Governance*. Paris: OECD.
- Oro Tapia, L. (2010). *Max Weber: la política y los políticos. Una lectura desde la periferia*. Santiago, Chile: Ril Editores.
- Peña, C. (2020). Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional. Santiago, Chile: Taurus.
- Pérez de Armiño, K. (2007). El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos. *Revista CIDOB D'Affers Internacionals*, 76, 59-77.
- Pion-Berlin, D. y Martínez, R., (2017). *Soldiers, Politicians and Civilians. Reforming Civic-Military Relations in Democratic Latin American*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PNUD. (1994). *Informe sobre Desarrollo Humano*. México D.F.: PNUD/FCE.
- PNUD. (2011). *El enfoque de la Seguridad Humana desde tres estudios de caso*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, PNUD.
- Tickner, A. (2015). Securitization and the limits of democratic security. En D. Mares, & A. Kacowicz, *Routledge Handbook of Latin American* (págs. 1-24). New York: Routledge.
- Tickner, A., & Herz, M. (2012). No place for theory? Security studies in Latin America. En A. Tickener, & D. Blaney, *Thinking International Relations Differently* (págs. 92-114). Great Britain: Routledge.
- Von Clausewitz, C. (1976). *On War*. Princeton: Princeton University Press.

Sorteo en la sala de máquinas: una provocación para repensar la participación ciudadana en la Constitución

José Maritano González y Mariana Ardiles Thonet

RESUMEN: El modelo democrático representativo-electoral predominante ha mostrado limitaciones para mantener niveles de apoyo, evitar la captura de los tomadores de decisiones por intereses particulares, y dar respuestas efectivas y justas a los desafíos sociales actuales. Similarmente, los mecanismos de participación directa tampoco parecen necesariamente traducirse en una democracia robusta. En este escenario, surgen iniciativas para institucionalizar elementos de participación distintos al voto, apuntando al diálogo y representación de la diversidad: es el llamado “giro deliberativo”. El sorteo de ciudadanos para deliberar sobre asuntos públicos es un mecanismo con un gran potencial para revitalizar la democracia, y en el plano comparado se ha avanzado hacia su institucionalización y constitucionalización, con numerosas propuestas y experiencias que van desde instancias esporádicas para destrabar disensos, hasta cámaras legislativas sorteadas. Aunque Chile presenta escaso avance en este enfoque, el proceso constituyente representa una oportunidad para ir más allá del modelo representativo-electoral y de democracia directa, incorporando mecanismos de democracia deliberativa.

Más allá del modelo representativo-electoral: participación ciudadana, democracia directa y deliberación

Aunque vivimos en el momento más democrático de la historia, considerando el número de países que han adoptado formalmente este régimen, desde distintas latitudes es posible percibir una fatiga en la capacidad y efectividad de las instituciones democráticas, así como malestar y desafección ciudadana respecto de su funcionamiento. Estas instituciones no sólo parecieran estar siendo inefectivas para generar las condiciones materiales que permitan una participación política igualitaria, sino que tampoco han prevenido las fracturas que en la comunidad política surgen de aquella relevante dimensión de la desigualdad que es la de trato y estatus (PNUD, 2017).

Hace dos años Latinobarómetro (2018) ya reflejaba una preocupante tendencia en la región, con el apoyo a la democracia situándose bajo el 50%, una baja de más de diez puntos en menos de diez años. La credibilidad de los actores principales del sistema democrático contemporáneo también se ha desplomado, especialmente respecto de los partidos políticos y el Poder Legislativo, como evidencian estudios de opinión nacionales e internacionales¹.

No podemos detenernos aquí en todas las causas de este fenómeno, pero pondremos en relieve una que con seguridad concurre a la explicación: la relativa incapacidad del modelo representativo-electoral para responder a algunas tendencias y tensiones de las últimas décadas.

Dentro de estas tensiones tenemos, por ejemplo, la creciente complejidad de las materias que deben ser reguladas en la vida en común, junto a la necesidad de figuración y popularidad de los representantes que buscan reelegirse, todo esto ante un público más alejado de los centros de decisión y con menos capacidad de atención. Por otro lado, en las últimas décadas hemos apreciado una decreciente influencia política de órganos que tradicionalmente sirvieron de “correa transmisora” de los intereses de las capas medias y populares, como sindicatos o iglesias, contra una creciente organización e influencia del sector empresarial, mientras el costo electoral de las campañas ha tendido a subir. La captura de los congresistas por parte de grupos económicos que les financian, así como una mayor homogeneidad de sus orígenes sociales, son una razonable —aunque no única— explicación del disparo de la desigualdad desde la década del 80 en las democracias más avanzadas (Alvaredo et al., 2018; Hacker & Pierson, 2010).

Como respuesta a las limitaciones de un sistema democrático exclusivamente basado en el principio de representación mediante elecciones, desde fines del siglo XX ha existido una fuerte demanda para temperar el elemento representativo mediante la incorporación de mecanis-

¹ Para el caso de Chile, ver Ardiles (2017, pp. 133–134).

mos de democracia directa, instrumentos que permiten a la ciudadanía tomar decisiones directamente, sin mediar representantes, a través del voto secreto (Altman, 2010). Esto se ha traducido en la incorporación o ampliación de instituciones como referendos, plebiscito, revocatoria de mandato o iniciativa popular de ley. Estos mecanismos han tenido especial relevancia en el constitucionalismo latinoamericano, especialmente en los procesos constituyentes más recientes. A nivel constitucional, 17 países latinoamericanos contemplan la figura de plebiscito o referendo, mientras que catorce consagran algún tipo de iniciativa popular de ley, y seis la revocatoria de mandato (Castro, 2017).

No obstante, la progresiva inclusión de estos mecanismos ha mostrado también sus propios problemas y límites. Nuevamente en Latinoamérica, pareciera que el referendo, más que un medio de control y empoderamiento ciudadano, ha sido una herramienta usada por los gobiernos nacionales, y especialmente funcional a aquellos de corte neopopulista (Ardiles, 2017). En 37 de las 50 ocasiones en que se han llevado a cabo, han sido iniciados desde los propios gobiernos nacionales, a pesar que más de la mitad de los países permite su activación “desde abajo” (Lissidini et al., 2014). Mounk (2018), citando ejemplos como la prohibición de la construcción de minaretes en Suiza vía referendo, ha advertido cómo la democracia directa ha pasado a integrar el arsenal de demandas de movimientos nacionalistas en Europa, limitando los derechos de las minorías por parte de las mayorías. Podemos también invocar los referendos del “Brexit” o el proceso de paz colombiano como ejemplos de los desafíos de zanjar problemas políticos complejos a través de opciones usualmente dicotómicas.

Sin negar el espacio de la representación complementada con mecanismos de democracia directa, y reconociendo la influencia de la erosión del tejido social y virtudes ciudadanas en el desapego democrático, algunos han buscado apuntalar a la democracia liberal desde otras aproximaciones. En esta vereda encontramos a autores como Benjamin Barber y Robert Putnam, quienes abogando por una noción “fuerte” de democracia, contra una concepción meramente procedimental de la misma (Barber, 2003), o desde el concepto de capital social (Putnam, 2000), han puesto a la asociatividad, la deliberación, y participación ciudadana en el centro.

En el mismo sentido de avanzar hacia una democracia más robusta y una participación más sustancial, en las últimas décadas del siglo pasado tuvo lugar el llamado “giro deliberativo” en la teoría y práctica democrática, con Dryzek (2002, 2010), Fishkin (1991), y Gutmann (Gutmann & Thompson, 2009), entre otros, como sus principales promotores. El ideal “deliberativo”, al igual que el de la democracia directa, busca expandir la noción de demo-

cracia más allá de la representación electoral, abriendo la puerta a mayor participación ciudadana en las decisiones públicas. Sin embargo, conceptualmente y desde su práctica, la democracia deliberativa se diferencia (y contrapone, en gran medida) a los mecanismos de democracia directa². Esta última busca involucrar al cuerpo electoral usualmente mediante el voto, en una lógica “agregativa” de preferencias. La democracia deliberativa, en cambio, tiene una aproximación más “cualitativa”, enfocándose en la calidad de los consensos fruto del intercambio de razones, puntos de vista e ideas entre ciudadanos (y entre éstos y las autoridades).

Ciertamente, el proceso de deliberación es tremendamente demandante en términos de tiempo y recursos de diverso tipo, haciendo inusuales ejercicios masivos de este tipo. Sin embargo, las promesas de mayor legitimidad, eficiencia, y promoción de virtudes cívicas, entre los que se invocan para promover mecanismos de democracia deliberativa (Maritano, 2018a, 2018b), dicen relación con un elemento central de ella: la representación de las distintas voces existentes en determinada sociedad, especialmente aquellas con menos visibilidad en los mecanismos formales de la democracia electoral (representativa o directa). Por eso, en la práctica, la democracia deliberativa ha sido implementada a través de instancias que, variando en su diseño, presentan en común la existencia de “mini-públicos”³, es decir grupos relativamente pequeños de participantes, representativos de sus sociedades, que son expuestos a evidencia y opinión expertos de distintas posiciones, y que deben alcanzar acuerdos, otorgando su opinión y realizando propuestas. Los mini-públicos se han usado en distintos niveles de gobierno y para distintas materias, desde reformas constitucionales en Irlanda, Islandia y la Columbia Británica; a políticas para la indigencia en Europa y de vinculación entre policías y comunidad en Escocia (Breckon et al., 2019).

No siendo un requisito estrictamente esencial para hablar de democracia deliberativa o mini-públicos, un modo de reclutamiento que se ha ido asentando para asegurar representatividad es el sorteo, normalmente entre los habilitados para sufragar. La tradición del sorteo, sobreviviente en algunas democracias contemporáneas a través de los jurados en el ámbito judicial, tiene una larga historia y vinculación con el régimen democrático. Ya Aristóteles en *La Política*⁴ asimilaba el mecanismo del sorteo a la democracia, vinculando a las elecciones al régimen oligárquico. Lo cierto es que en el sistema de gobierno ateniense con-

2 Para una conceptualización más extensa de la democracia deliberativa y su recepción en Chile, ver Maritano (2018b).

3 Entre ellos hallamos las asambleas de ciudadanos, paneles o jurados ciudadanos y encuestas deliberativas. Un reciente estudio del think tank británico Nesta (Breckon et al., 2019) ofrece una interesante comparación entre tipos de mini-públicos, además de aportar valiosa evidencia vinculada a su uso.

4 Libro IV, capítulo 4.

vivieron ambos elementos, representación vía elecciones para algunas responsabilidades y sorteo para el *Boulé* o “Consejo de los 500”⁵, además del de democracia directa encarnado por la *Ekklesia* abierta a todos quienes poseían la calidad de ciudadano.

A pesar de que la democracia ateniense ha sido usualmente relacionada con la tradición de la democracia directa, podemos ver que el sorteo fue considerado un elemento crucial de ese sistema de gobierno. Más aún, como ha documentado Van Reybrouck (2018), en conjunción con elementos representativo-eleccionarios, el sorteo continuó siendo usado por siglos, notablemente en las repúblicas renacentistas italianas. La actual situación en donde “democracia” ha pasado a ser un término equivalente a “elecciones” tendría su origen, a juicio del autor, recién en las revoluciones norteamericanas y francesa, a cuyos líderes acusa de desplegar una intencionada “aristocratización de la revolución” que mantuviera a una mayoría ciudadana al margen.

La tradición del sorteo, según se ha señalado, ha comenzado a abandonar su sitio dentro del anecdotario histórico de la democracia, mientras su potencial crecientemente ha sido considerado como una posible vía para “democratizar la democracia”, algo especialmente relevante en tiempos donde el sistema representativo-eleccionario pareciera agudizar sus elementos oligárquicos. Por otro lado, la introducción de inteligencia colectiva y mayor riqueza epistemológica parece prometedora para dar respuesta a los problemas sociales de hoy. Como veremos a continuación, hablar de sorteo no solamente ha dejado de ser una rareza, sino que existe un considerable número de propuestas y experiencias comparadas a tener en cuenta.

Sorteo en la Constitución: propuestas y experiencias comparadas

El sorteo de mini-públicos a través de asambleas o jurados ciudadanos ha ido ganando adeptos y ha sido usado en una variedad de materias a nivel comparado. Estos casos han demostrado que los participantes se toman en serio su trabajo, y que son capaces de producir argumentos sofisticados y recomendaciones valiosas. Algunas objeciones basadas en la falta de conocimiento previo sobre las materias a tratar o imposibilidad de generar un diálogo genuino han demostrado no tener sustento, y han podido ser abordadas con buenos diseños de facilitación y capacitación. Como señala Van Reybrouck (2018), muchas de estas objeciones son plenamente aplicables a los parlamentarios también. Por el contrario, el uso de mini-públicos sorteados parece disponer de un gran potencial para la diseñar políticas con legitimidad, centradas en los usua-

⁵ Compuesto por 500 ciudadanos mayores de 30 años, sorteados en una base anual, con atribuciones normativas, judiciales y de rendición de cuentas. Las mujeres, por cierto, no eran consideradas ciudadanas en este régimen político.

rios, eficientes y que maximizan el bienestar social (Pluchino et al., 2011).

Sin embargo, y entrando en terrenos de discusión constitucional, estos ejercicios de democracia deliberativa y sorteo se han planteado más como instancias puntuales para materias específicas, que como un rediseño más ambicioso de la “sala de máquinas” (Gargarella, 2015) de los órganos representativos constitucionales, desde una noción de democracia radical (Sintomer, 2018). A grandes rasgos, podemos decir que los órganos del sistema representativo-democrático no han cambiado estructuralmente los últimos dos siglos.

Existen, no obstante, propuestas a nivel comparado para integrar a los mini-públicos y el sorteo como un elemento permanente, usualmente en conjunción con representantes electos. Aunque incipientes, existen también algunas experiencias prácticas en este ámbito.

Propuestas

Como veremos, las propuestas desde el mundo académico y político por lo general se refieren a la idea de una cámara de ciudadanos sorteados, cuyo tamaño, recambio y atribuciones en específico varían de autor en autor. Así, por ejemplo, Gastil y Wright (2018), en uno de los artículos más influyentes en la materia, proponen —sin referencia a algún país determinado— la existencia de dos cámaras, una sorteada y la otra de representantes electos. Ambas instancias, sostienen, han de tener iguales poderes, poseer iniciativa de ley y servir mutuamente como cámara revisora una de otra. Los miembros sorteados servirían un número establecido de años, serían reemplazados por parcialidades y contarían con la debida capacitación y personal de apoyo. También interesante es su argumentación en favor de una Comisión de Fiscalización, que podría ser compuesta por un número de legisladores y ex-legisladores, sorteados o electos, e incluso por miembros designados por el Ejecutivo, con objeto de supervisar el proceso de reclutamiento, capacitación y contratación.

Bourricous (2013), en tanto, plantea una aproximación más innovadora, aunque inspirada a la vez en la división de tareas en el sistema de gobierno ateniense. Reconociendo la existencia de distintos grados de compromiso público en la población, así como el aporte positivo de grupos de interés organizados, que aportan conocimiento y experiencia en materias específicas, propone una multiplicidad de órganos:

- Un Consejo de Agenda y Peticiones, cuyos miembros se establecen sorteando entre interesados, y que tiene por misión determinar los temas a ser tratados y recibir las peticiones ciudadanas;
- Paneles de interés: integrados por voluntarios, con un límite fijo, y pudiendo haber más de uno por materia, elaboran propuestas;

- Paneles de revisión por cada área temática, integrados del mismo del Consejo de Agenda, que conducen audiencias y trabajan proyectos de ley;
- Jurados de ciudadanos sorteados, que se pronuncian sobre un proyecto en particular sometido a su juicio, teniendo en sus manos la decisión final
- Consejo Reglamentario y Consejo de Fiscalización, con miembros sorteados, que se aboquen a la creación de normas procedimentales y a su cumplimiento, respectivamente.

Algunas otras propuestas han sido diseñadas específicamente para algunos países, pero resulta igualmente ilustrativo mencionarlas. Para el caso estadounidense, por ejemplo, es interesante mirar la propuesta de McCormick (2006, 2011), inspirada en la República Romana y el pensamiento de Macchiavello, de una moderna asamblea de 51 “tribunos”, renovada anualmente. En este grupo, sorteado aleatoriamente entre los mayores de 25 años, estarían expresamente excluidos los ciudadanos pertenecientes al 10% de mayores ingresos, y existiría también una representación especial de las minorías raciales. Durante un año-calendario tendrían la facultad de, por una sola vez, vetar alguna ley, orden ejecutiva o sentencia de la Corte Suprema; convocar a un referendo; o iniciar un proceso de *impeachment*. Volviendo a una noción más “tradicional” de reemplazar a una cámara electa por una sorteada, Callenbach y Philips (1985) han propuesto reemplazar a la *House of Representatives* por otra de 435 ciudadanos aleatoriamente reclutados, junto a un Senado electo. Similarmente, Leib (2010), como una alternativa al referendo e iniciativa popular de ley, postula una cuarta “rama” del poder público, representada por un órgano sorteado, con funciones legislativas, y cuyos acuerdos son adoptados con quora supra-mayoritarios. O’Leary (2006), aunque también propone agregar una cámara sorteada de 435 miembros, sugiere como un paso previo el establecimiento de asambleas locales de 100 miembros, elegidos de este mismo modo.

En el caso del Reino Unido las propuestas se han enfocado en reconvertir la Cámara de los Lores, cuyos miembros son casi en su totalidad nominados por la Corona y la Iglesia Anglicana, en una cámara sorteada. En ese sentido se encuentran Barnett y Carty (2008), al igual que Brighthouse y Wright (2006), quienes coinciden en que este órgano debiese desempeñar una función de revisión legislativa similar a la que detentan actualmente los Lores.

En Francia, Sintomer (2011), ha promovido la adición de una “tercera cámara” sorteada con vocación de abordar los temas de más largo plazo. Otras propuestas, que han surgido de actores políticos, buscan el reemplazo del Senado (electo hoy de modo indirecto) por una cámara sorteada. Montebourg, ex precandidato socialista a la Presidencia abogaba por una fórmula con 300 senadores, siendo un tercio conformado del modo actual, otro con

científicos y expertos, y otro sorteado. La idea de introducir el sorteo en el Senado también estuvo presente en el programa de quien, a la postre, fue el candidato de ese partido en la última elección, Benoit Hamon, y el mismo Macron ha defendido la idea de convertir el actual Consejo Económico, Social y Medioambiental en una instancia deliberativa con ciudadanos sorteados (Delannoi & Carson, 2017; OCDE, 2020).

Aunque podemos ver que la idea de cámaras legislativas sorteadas ha generado algún entusiasmo en parte de la comunidad académica y política, no todas las propuestas que propugnan institucionalizar el sorteo apuntan a transformaciones tan estructurales. Especialmente interesante parece, por ejemplo, la proposición de Altman (2014) de comisiones ciudadanas sorteadas que deliberen y generen “contrapropuestas” ante referendos y proyectos originados vía iniciativa popular, a ser votadas junto a las propuestas originales.

Experiencias

La institucionalización de mini-públicos deliberativos es aún incipiente, e ideas como cámaras sorteadas a nivel nacional permanecen en el ámbito de las propuestas. No obstante, el creciente interés por la reincorporación del sorteo al arsenal democrático, así como el cúmulo de exitosas experiencias puntuales de democracia deliberativa, ha ido abriendo este camino.

Sin lugar a dudas, uno de los casos más relevantes en cuanto a institucionalización de estas instancias es el de la región belga de Östbelgien (Cesnulaityte, 2020; GovLab, n.d.; TheAlternative.org.uk, 2019). En un diseño que tiene reminiscencias de la referida propuesta de múltiples órganos deliberativos de Bourcious (2013), desde 2019 esta región sumó al Parlamento de representantes electos, un Consejo Ciudadano y la figura de las Asambleas Ciudadanas. El primero de ellos se compone de 24 miembros, sorteados entre los mayores de 16 años, que desempeñan su cargo durante 18 meses, renovándose por tercios cada seis meses. Sus atribuciones versan principalmente sobre la confección de una agenda legislativa anual, en la cual pueden recibir propuestas del público general u otros órganos de gobierno. Determinadas las materias a tratar, este órgano es también responsable de diseñar y convocar Asambleas Ciudadanas de entre 25 y 50 ciudadanos sorteados, que deliberen sobre éstas, para luego presentarlas al Parlamento, quien debe tramitar los proyectos resultantes. Otra reciente experiencia de “constitucionalización” del sorteo recuerda a la mencionada propuesta de Altman (2014): la introducción en Mongolia de la obligación de convocar a una encuesta deliberativa (un tipo de mini-público) antes de cada reforma a la Constitución. Este mecanismo, fruto de la cooperación de Fishkin y el Centro para la Democracia Deliberativa de la Universidad de Stanford con el go-

bierno de ese país, fue inaugurado en 2017, convocándose por sorteo 669 ciudadanos (Sintomer, 2018).

Finalmente, aunque no estrictamente ejemplos de institucionalización del sorteo o los mini-públicos en la constitución, es necesario al menos mencionar algunas experiencias emblemáticas en donde éstos se han usado en procesos constituyentes o de reforma constitucional:

- *Convención Ciudadana (2012) y Asamblea Ciudadana de Irlanda (2016-2018)*: se conformó por 100 miembros, 33 de los cuales fueron designados por los partidos, y el resto por ciudadanos sorteados. Algunas de sus recomendaciones de reforma constitucional fueron plebiscitadas por el Gobierno, con lo que se aprobaron materias como el matrimonio igualitario. Posteriormente, una Asamblea de similar tamaño, pero completamente sorteada, deliberó sobre temas como periodicidad de las elecciones o condiciones para activación de referendos (Gutiérrez, 2018).
- *Asamblea Ciudadana en la Columbia Británica (2004)*: 158 ciudadanos sorteados deliberaron sobre el sistema electoral de esta provincia canadiense. Aunque sus recomendaciones fueron aprobadas por 57,7% de los ciudadanos en un plebiscito, no se alcanzó el quórum de 60%. De todos modos, el trabajo de la instancia ha sido valorado transversalmente.
- *Asamblea Nacional de Islandia (2009)*: con un origen en la sociedad civil, una Asamblea de 1200 ciudadanos electos por sorteo, más 300 representantes de grupos organizados y de partidos políticos, redactó una propuesta de Constitución tras la crisis social de 2009. Tristemente, el valioso trabajo de esta instancia se ha diluido por falta de voluntad política de los partidos gobernantes (Sintomer, 2018).

Participación ciudadana en la Constitución chilena: ¿existe un espacio para el sorteo en la “sala de máquinas”?

Vista la experiencia internacional en el llamado giro deliberativo, cabe preguntarse en qué situación está Chile, y si habría espacio para la incorporación de mayores niveles de deliberación ciudadana en nuestra institucionalidad.

La actual Constitución establece que “los procesos electorales y plebiscitarios” serán regulados por ley orgánica constitucional, sin embargo, a diferencia de otras constituciones de la región, la carta fundamental chilena prácticamente no incorpora mecanismos de democracia directa (Altman et al., 2014). El plebiscito se contempla en una situación muy particular: el Presidente de la República podrá convocarlo en el desacuerdo entre éste y el Congreso respecto de un proyecto de reforma constitucional, conforme el artículo 128 de la Constitución. Dicha situación no ha ocurrido desde el retorno a la democracia. En ese sentido, el plebiscito del 25 de octubre de 2020 sobre

una nueva Constitución fue una instancia excepcional, activada a partir de la confluencia del estallido social de 2019 y un inédito acuerdo político transversal en el Congreso.

Existe, no obstante, una demanda real por fortalecer la regulación de la participación en la Constitución, tanto como derecho fundamental como con nuevos mecanismos. En los cabildos realizados en el marco del proceso constituyente impulsado por el segundo gobierno de Michelle Bachelet, fue reiterada la propuesta de incluir referendos y consultas en la institucionalidad (Comité de Sistematización, 2016). Por otro lado, la propuesta de nuevo texto constitucional presentada por ese mismo gobierno (Boletín n° 11617-07, de 2018), establecía “el derecho a la participación en los asuntos públicos” (Art.19 n°18), así como la iniciativa popular de ley y ampliación del plebiscito (Art.66, inciso segundo). También han surgido propuestas desde el Congreso. En 2017, por ejemplo, diputados del Frente Amplio presentaron un paquete de proyectos de ley para incorporar a la institucionalidad plebiscitos, revocatorias de mandato e iniciativas populares de ley (Jackson et al., 2017).

¿Qué elementos de participación ciudadana existen fuera de la Constitución? Respecto de los mecanismos de democracia directa, muy poco. La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades permite realizar referendos en temas como el Plan Regulador o el Plan de Desarrollo Comunal. Este mecanismo vinculante, que puede ser activado iniciativa de un número de votantes de la comuna o del alcalde con acuerdo del Concejo Municipal (Altman et al., 2014), se ha utilizado escasamente: en Las Condes (1994), Zapallar (2003), Vitacura (2009) y Peñalolén (2011). A nivel facultativo, diversas comunas han realizado consultas no vinculantes en torno a temas urbanos, medioambientales, administrativos, entre otros (Altman et al., 2014).

Un importante hito fue la promulgación de la Ley N°20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en 2011. Esta incorporó la participación como un derecho (de rango legal), y mecanismos como cuentas públicas participativas y consultas públicas. Mediante éstas últimas, un servicio público puede preguntar a la ciudadanía sobre algún asunto de interés de su área, de manera no vinculante, en los tiempos, formatos y con el nivel de publicidad que la institución convocante disponga. Por último, los Consejos de la Sociedad Civil (COSOC) con que deben contar los órganos de la Administración, son instancias compuestas por representantes de la sociedad civil (electos por organizaciones, seleccionados por la autoridad o por otras vías) y representantes del servicio, que buscan incidir en las políticas públicas y permiten un espacio de deliberación, también de manera no vinculante.

Como un interesante antecedente en cuanto a la recepción del modelo deliberativo en Chile, el instructivo presi-

dencial n° 7/2014 (SEGEJOB, 2014), dispone que los organismos de la Administración deben actualizar sus normas de participación para ampliarla desde el nivel consultivo hacia el deliberativo. Aunque sin evidente consecuencias prácticas, sí hemos apreciado algunos ejercicios deliberativos en otros ámbitos. El referido proceso constituyente del gobierno de Michelle Bachelet, por ejemplo, reunió a más de 200.000 personas en encuentros locales y cabildos provinciales y regionales para deliberar, consignando acuerdos y disensos sobre la priorizar los derechos, deberes, instituciones y valores que debía contener una nueva Constitución. Esta serie de encuentros sin duda contribuye a materializar el “giro deliberativo chileno” (Soto y Welp, 2017, p. 203).

Aunque esta experiencia es quizás el ejemplo más claro de foros deliberativos en nuestro país, ésta se basó de todas formas en un criterio de auto-selección, y difiere —tanto por escala como por naturaleza— a las experiencias que han incorporado el sorteo. Lo que sí va en esa línea, siendo paso un decisivo paso en el uso de mini-públicos en Chile de concretarse, es el anuncio por parte del Senado de un ejercicio donde 400 chilenos sorteados del padrón electoral deliberarán sobre tópicos de relevancia constitucional (Emol.com, 2020).

¿Podría una nueva Constitución incorporar el sorteo a la “sala de máquinas”?

Aunque estos últimos hitos demuestran un claro interés en esta dirección, lo cierto es que la realidad nacional está recién asumiendo el “giro deliberativo”, y se encuentra, por cierto, muchísimo más lejos de lo que algunos autores han identificado dentro de éste como el giro “constitucional” o “institucional” (Suiter & Reuchamps, 2016). En esta senda, hay mucho que puede hacerse a nivel reglamentario, tanto en el Gobierno como en el Congreso y hasta el Poder Judicial. A fin de enriquecer el diseño de sus políticas, y materializando el instructivo presidencial aludido, ministerios y servicios podrían incorporar asambleas ciudadanas sorteadas en sus respectivas normas de participación, como un complemento o modificación de los actuales consejos de la sociedad civil. Asimismo, las ramas del Congreso podrían, por reglamento, convocar a una instancia similar un número de veces al año, por ejemplo en proyectos emblemáticos, o incluso como un modo de explorar nuevos tópicos para su agenda. La Corte Suprema podría valerse de este mecanismo para evaluar los procedimientos judiciales a la luz del derecho al acceso a la justicia. A nivel descentralizado, la inclusión de estos mecanismos podría ser interesante para los futuros candidatos a gobernadores regionales, que podrían incorporarlos a sus programas. Igualmente sería posible hacerlo a nivel comunal.

Por otro lado, la introducción de una Cámara adicional sorteada (la reconversión del Senado o Cámara de Diputados en una de esta), no pareciera aún tener cabida en la

discusión constitucional doméstica. Esto no significa, sin embargo, que no existan alternativas para incorporar a los mini-públicos sorteados al texto constitucional o leyes de carácter orgánico-constitucional.

Si en el marco de la Convención Constitucional se apostara por una inclusión o ampliación de los mecanismos de democracia directa, como referendos e iniciativa popular de ley, bien se podría contemplar como una alternativa (u obligación) la convocatoria a algún tipo de instancia deliberativa ciudadana que evalúe las iniciativas y genere “contrapropuestas”, siguiendo la propuesta de Altman (2014). Similarmente, podría una instancia así ser facultativa u obligatoriamente convocada en proyectos de reforma constitucional que versen sobre ciertas materias o capítulos, o incluso para emitir su opinión previo a la votación de una acusación constitucional, lo que quizás podría evitar el abuso de esa herramienta fiscalizadora. Por último, en la misma lógica de quienes abogan por la iniciativa popular de ley, un determinado número de ciudadanos podría obligar al Gobierno o el Congreso a llevar a cabo una asamblea ciudadana en determinado tópico.

Hasta ahora no nos hemos detenido en los detalles operativos de los mecanismos de democracia deliberativa, no porque no sean cruciales para el éxito de los mismos, sino porque no podríamos abordar en este espacio el sinfín de aspectos de diseño que resultan relevantes. El modo de remuneración o compensación de los participantes, la duración de los eventos, o las políticas de transparencia y probidad, por poner algunos ejemplos, son elementos que deben ser considerados. De todos modos, nos parece importante destacar aquí el rol pivotal de la capacitación de los participantes sorteados, entrega a éstos de evidencia robusta y plural, evitamiento de la “captura tecnocrática”, y una conducción honesta y sensible a los desafíos epistemológicos que una instancia así plantea. Por consiguiente, de incorporarse a los mini-públicos, sea a nivel reglamentario, legal o constitucional, es importante determinar qué organismos desarrollarán esa función. En el caso del Poder Legislativo, por ejemplo, la Biblioteca del Congreso Nacional parece un candidato idóneo.

Finalmente, las conclusiones y recomendaciones de instancias de participación deliberativa probablemente cuenten con una legitimidad que dificulta que sean ignoradas por la autoridad. Sin embargo, creemos conveniente establecer procedimientos formales de seguimiento, rendición de cuentas, justificación por parte de las autoridades cuando éstas no incluyan alguna recomendación, e incluso la capacidad de la asamblea o instancia deliberativa de vetar la política en cuestión (Setälä, 2017).

Reflexiones finales

El “giro deliberativo” posee un gran potencial para fortalecer la democracia, y sus mecanismos deben ser conside-

rados, tal como los del modelo representativo-electoral y de participación directa, cuyas limitaciones puede ayudar a limar. Más aún, cuando en Chile y en otras democracias la polarización social avanza (Lindh et al., 2019; Levitsky & Ziblatt, 2018), su foco en consensos fruto de un diálogo informado y plural, parece aún más importante. Como señala Knowles (2009, p. 292), “[l]a democracia deliberativa es un proceso de búsqueda de consenso entre las partes que difieren en lo relativo a valores y políticas, pero que coinciden en que llegar a un acuerdo es el único camino que permite avanzar”.

El momento nacional es propicio para reflexionar en torno a estos mecanismos y a la incorporación del sorteo para generar políticas con legitimidad y justicia. Como hemos revisado, hay experiencias y propuestas en el ámbito comparado cuyas ideas podrían ser recogidas en una nueva Constitución, poniendo a Chile a la vanguardia global en la institucionalización del “giro deliberativo”. Más aún, el mismo trabajo de la Convención Constitucional podría apoyarse en el uso de mini-públicos para ciertas materias.

Quizá un primer paso para lo anterior sea inaugurar un debate público desprejuiciado, creativo, y basado en la evidencia sobre las posibilidades que otorga el sorteo ciudadano. Como señala Van Reybrouck (2018), puede que los participantes no cuenten con la *expertise* del político profesional, pero pueden agregar algo vital para el proceso: libertad.

Referencias

- Altman, D. (2010). *Direct Democracy Worldwide*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511933950>
- Altman, D. (2014). *Strengthening Democratic Quality: Reactive Deliberation in the Context of Direct Democracy*.
- Altman, D., Agüero, S., & Salas, V. (2014). Municipalidades, Ciudadanos y Democracia Directa en Chile: Esbozos de una relación fluida. *Democracias En Movimiento. Mecanismos de Democracia Directa y Participativa En América Latina*, 195-230.
- Alvaredo, F., Piketty, T., Chancel, L., Saez, E., Zucman, G., Perrotini, I., & Muller, N. (2018). *Informe sobre la desigualdad global 2018. Resumen ejecutivo*. <https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-spanish.pdf>
- Ardiles, M. (2017). ¿Power to the people? Ideas para la incorporación de mecanismos de democracia directa en Chile. En ¿Qué políticas públicas para Chile? Propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia. Centro de Estudios del Desarrollo. https://www.academia.edu/34936490/_Power_to_the_people_Ideas_para_la_incorporaci%C3%B3n_de_mecanismos_de_democracia_directa_en_Chile
- Barber, B. (2003). *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age* (Twentieth Anniversary Edition). University of California Press.
- Barnett, A., & Carty, P. (2008). *The Athenian option: Radical reform for the House of Lords* (1st ed). Imprint Academic.
- Bouricius, T. G. (2013). Democracy Through Multi-Body Sortition: Athenian Lessons for the Modern Day. *Journal of Deliberative Democracy*, 9(1), 11. <https://doi.org/10.16997/jdd.156>
- Breckon, J., Hopkins, A., & Rickey, B. (2019). *Evidence vs Democracy. How 'mini-publics' can traverse the gap between citizens, experts, and evidence*.
- Brighthouse, H., & Wright, E. (2006). *A Proposal to Transform the House of Lords into a Citizens' Assembly*.
- Callenbach, E., & Phillips, M. (1985). *A citizen legislature*. Banyan Tree Books; Clear Glass.
- Castro, E. (2017). Los mecanismos de democracia directa en el constitucionalismo latinoamericano: El caso de Nicaragua. *Ciencia Jurídica*, 6(11), 31-52. <https://doi.org/10.15174/cj.v6i1.222>
- Cesnulaityte, I. (2020, May 22). *How Ostbelgien became a trailblazer in deliberative democracy*. Medium. <https://medium.com/participo/how-ostbelgien-became-a-trailblazer-in-deliberative-democracy-62c3bb1fa560>
- Delannoi, G., & Carson, L. (2017). *French Presidential Election and Sortition* (Research and Development Note). <https://www.newdemocracy.com.au/2017/06/20/french-presidential-election-and-sortition/>
- Dryzek, J. S. (2002). *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford University Press.
- Dryzek, J. S. (2010). *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance*. Oxford University Press. <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199562947.001.0001/acprof-9780199562947>
- Emol.com. (2020, January 16). Senado anuncia ‘ejercicio de democracia deliberativa’ con U. de Stanford: 400 ciudadanos participarán. *Emol*. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/01/16/973709/Senado-democracia-deliberativa-Stanford.html>
- Fishkin, J. S. (1991). *Democracy and deliberation: New directions for democratic reform*. Yale Univ. Press.
- Gargarella, R. (2015). La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas: Entre lo viejo y lo nuevo. *Nueva Sociedad*, 258, 1.
- Gastil, J., & Wright, E. O. (2018). Legislature by Lot: Envisioning Sortition within a Bicameral System. *Politics & Society*. <https://doi.org/10.1177/0032329218789886>
- GovLab. (n.d.). *Belgian Sortition Models*. Retrieved 23 October 2020, from <https://congress.crowd.law>
- Gutiérrez, B. (2018). *Ciudadanos elegidos al azar para reformar constituciones*. ctxt.es | Contexto y Acción. <http://ctxt.es/es/20180718/Politica/20809/Citizens-Assembly-referendum-democracia-deliberativa-ciudadana>

- nos-Irlanda-Bernardo-Gutierrez.htm
- Gutmann, A., & Thompson, D. (2009). *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press.
- Hacker, J. S., & Pierson, P. (2010). Winner-Take-All Politics: Public Policy, Political Organization, and the Precipitous Rise of Top Incomes in the United States. *Politics & Society*, 38(2), 152-204. <https://doi.org/10.1177/0032329210365042>
- Jackson, G., Boric, G., & Mirosevic, V. (2017). *Mejora la Democracia—11 Propuestas*. <https://www.mejoralademocracia.cl/>
- Knowles, D. (2009). *Introducción a la filosofía política*. Oceano.
- Latinobarómetro. (2018). *Informe 2018*. www.latinobarometro.org
- Leib, E. J. (2010). *Deliberative Democracy in America: A Proposal for a Popular Branch of Government*. Penn State Press.
- Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Ariel.
- Lindh, J., Fábrega, J., González, J., Lindh, J., Fábrega, J., & González, J. (2019). La fragilidad de los consensos. Polarización ideológica en el Chile post Pinochet. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 39(1), 99-127. <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2019000100099>
- Lissidini, A., Welp, Y., Zovatto G., & Daniel. (2014). *Democracias en movimiento: Mecanismo de democracia directa y participativa en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Maritano, J. I. (2018a). *Deliberative participation at the local level: Paving the way to empowered communities? A case study of two infrastructure projects in Chile*. <http://repositorio.conicyt.cl/handle/10533/232830>
- Maritano, J. I. (2018b). *El ideal de la participación deliberativa: Conceptos básicos y desafíos para Chile* (No. 1345; Asuntos Públicos). <https://www.asuntospublicos.cl/2018/12/el-ideal-de-la-participacion-deliberativa-conceptos-basicos-y-desafios-para-chile/>
- McCormick, J. P. (2006). Contain the Wealthy and Patrol the Magistrates: Restoring Elite Accountability to Popular Government. *The American Political Science Review*, 100(2), 147-163.
- McCormick, J. P. (2011). *Machiavellian Democracy*. Cambridge University Press.
- Mouk, Y. (2018). *El Pueblo contra la democracia: Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*.
- OCDE. (2020). *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave*. OCDE. <https://doi.org/10.1787/339306da-en>
- O'Leary, K. (2006). *Saving Democracy: A Plan for Real Representation in America*. Stanford University Press.
- Pluchino, A., Garofalo, C., Rapisarda, A., Spagano, S., & Cersa, M. (2011). Accidental Politicians: How Randomly Selected Legislators Can Improve Parliament Efficiency. *Physica A: Statistical Mechanics and Its Applications*, 390(21-22), 3944-3954. <https://doi.org/10.1016/j.physa.2011.06.028>
- PNUD. (2017). *Desiguales: Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Putnam, R. D. (2000). *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Simon and Schuster.
- SEGEJOB. (2014). *Instructivo Presidencial de Participación Ciudadana*. <https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/007.pdf>
- Setälä, M. (2017). Connecting deliberative mini-publics to representative decision making. *European Journal of Political Research*, 56(4), 846-863. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12207>
- Sintomer, Y. (2011). *Petite histoire de l'expérimentation démocratique*. La Découverte. <https://www.cairn.info/petite-histoire-de-l-experimentation-democratique--9782707170149.htm>
- Sintomer, Y. (2018). From Deliberative to Radical Democracy? Sortition and Politics in the Twenty-First Century. *Politics & Society*, 46(3), 337-357. <https://doi.org/10.1177/0032329218789888>
- Suiter, J., & Reuchamps, M. (2016). A constitutional turn for deliberative democracy in Europe. *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, 1-14.
- TheAlternative.org.uk. (2019). *The Ostbelgien Model: Belgium's German-speaking community set up a Citizens' Assembly & Council, alongside the old power structures*. The Alternative UK. <https://www.thealternative.org.uk/dailyalternative/2019/5/25/the-ostbelgien-model>
- Van Reybrouck, D. (2018). *Against elections: The case for democracy* (First US edition). Seven Stories Press.

Antecedentes: Editores, autores y autoras

Alejandra Benítez Ureta

Ingeniera Comercial con mención en Economía y Magíster en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Desde el año 2018 hasta noviembre de 2020 trabajó como investigadora en el Centro de Estudios Públicos (CEP) en temas de salud, período en el cual escribió el artículo que aquí se publica. Adicionalmente, se desempeña como investigadora en proyectos académicos de la misma área. Anteriormente trabajó como Jefa de Proyectos en Impacta RSE Consultores, coordinando e implementando la evaluación, el impacto y desempeño de proyectos sociales. Es autora de artículos académicos, artículos de investigación y capítulos de libros en temas de salud.

Alejandra Precht Rorris

Abogado. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Legal Institutions de University of Wisconsin-Madison). Profesora LLM-UC. Investigadora de Centro de Estudios Urbanos Sustentales (CE-DEUS).

Anamaría Silva Mena

Socióloga y Magíster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Chile. Ha sido parte de investigaciones sobre seguridad en la Universidad de Santiago de Chile. En organizaciones de la sociedad civil ha implementado proyectos de seguridad y participación ciudadana. En el sector público, se desempeñó como asesora de la División de Seguridad Pública en la Subsecretaría del Interior. Actualmente se encuentra cursando el Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile.

Andrés Peñaloza Muñoz

Abogado y Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es consultor en *Cubillos Evans Abogados*. Académicamente, ha sido profesor en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la Universidad Alberto Hurtado y en el ex Programa Académico Escuela Militar de la Universidad Diego Portales. Al presente, se encuentra cursando el Magíster en Filosofía Política y Ética de la Universidad Adolfo Ibáñez. También es miembro del *Foro para un Desarrollo Justo y Sostenible*.

Angélica Bonilla Castro

Socióloga y Magíster en Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es investigadora adjunta del Centro de Estudios de Políticas y Prácticas en Educación (CEPPE UC) y asistente de investigación en el Centro Justicia Educativa. Sus intereses de investigación abarcan las temáticas de justicia educacional aplicada, regulación del sistema educativo, elección de escuela y formación de actitudes político-sociales en estudiantes.

Augusto Wiegand Cruz

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. en Teoría Legal de la Universidad de Frankfurt am Main. Actualmente becario del Programa de Becas Chile del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD) y la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) para estudios de Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Regensburg. Investigador asociado del Centro de Estudios del Desarrollo (CED).

Camila Carvalho Perlo

Doctora en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Lovaina, Magíster en Política y Gobierno de Universidad Diego Portales y Psicóloga de Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente es analista en la Administración general de la Educación de la Federación Wallonie-Bruxelles, Bélgica. Sus temas de interés son juventud, ciudadanía, democracia y socialización política.

Carolina Velasco Ortúzar

Ingeniera Comercial y Magíster en Economía de la Universidad Católica de Chile y Máster en Políticas Sociales de London School of Economics and Political Sciences. Desde 2014 trabaja como investigadora del Centro de Estudios Públicos (CEP) en temas de salud. Se ha desempeñado como asesora del Ministerio de Educación, investigadora del Programa Social en Libertad y Desarrollo y jefa del Departamento de Planificación y Estudios en la Dirección de Educación de la Municipalidad de Santiago. En 2016 integró el Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación y actualmente participa de diversos paneles y comités gubernamentales. Ha sido docente en varias instituciones de educación superior.

Catalina Fernández Carter

Abogada de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge en el Reino Unido. Se ha desempeñado como abogada en el sector privado y luego como asistente legal en la Corte Internacional de Justicia en los Países Bajos. Sus intereses de investigación abarcan el derecho internacional de los derechos humanos,

la regulación de la actividad policial y su conformidad con estándares internacionales, y el derecho penal internacional. Actualmente se desempeña como Docente de Derecho Internacional en la Universidad de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez.

Claudio Pérez Lillo

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Egresado del programa de Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor y en la Universidad de La Frontera. Ex Secretario Ejecutivo de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile (FECH). Se ha desempeñado como Observador Electoral de la Organización de Estados Americanos, OEA, en Guatemala, Nicaragua y Colombia. En el Centro de Estudios del Desarrollo se ha desempeñado como investigador y Director Ejecutivo, periodo 2011-2014 y 2016 hasta la fecha. Coeditor de los libros CED “¿Qué Políticas Públicas para Chile? Propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia” (2017), “Democracia y Políticas Públicas: Aportes y propuestas para Chile” (2019) y “Comunicación Política: Desafíos para nuestra democracia” (2019).

Daniela Michelle Henríquez Encamilla

Socióloga y Licenciada en Sociología. Actualmente cursa estudios de Magíster en Desarrollo en la Universidad Clermont Auvergne, Francia. Se ha desempeñado como Directora Alterna del Instituto de Políticas Públicas de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, institución donde actualmente colabora como Profesora

Extraordinaria. Ha participado de diferentes estudios y proyectos relacionados a desarrollo regional.

Esteban Szmulewicz Ramírez

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Magíster en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Barcelona y Magíster en Política Comparada en London School of Economics and Political Science. Académico de la Escuela de Derecho-Coquimbo, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. PhD Candidate de la Facultad de Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Investigador asociado del Centro de Estudios del Desarrollo.

Fernando González Escalona

Médico Pediatra de la Universidad de los Andes, Magíster en Salud Pública de la Universidad de Chile, Profesor Asociado de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, e Investigador colaborador del Departamento de Salud Pública de la Universidad de los Andes. Ha ejercido como pediatra por 8 años en el Hospital Pediátrico Exequiel González Cortés, y actualmente es el Jefe del Programa Nacional de Salud de la Infancia del Ministerio de Salud. Sus áreas de Investigación son: Sistemas de Salud, Políticas Públicas en Salud, Desarrollo Infantil Temprano, Inequidad y Determinantes Sociales de la Salud Infarto-juvenil. Participa activamente en directorios de la Sociedad Chilena de Pediatría (SOCHYPE), Asociación Latinoamericana de Desarrollo infantil y Discapacidad (ALDID), y en la International Society of Social Pediatrics and Child Health (ISSOP), y fue primer presidente de

la comisión de infancia del Colegio Médico de Chile.

Flavio Quezada Rodríguez

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Master en Derecho Público, Université de Bordeaux (Francia). Doctorando en Derecho, Universidad de Barcelona (España). Ha sido investigador invitado del Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole (Francia). Profesionalmente se ha desempeñado como abogado asesor de diversos organismos públicos, tales como el Tribunal Constitucional, el Ministerio de Educación, la Superintendencia de Educación, entre otros. Cuenta con diversas publicaciones en su especialidad. Actualmente es profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso y colaborador del Instituto Igualdad.

Javier Cifuentes Ovalle

Sociólogo de la Universidad Alberto Hurtado. Magíster en Comunicación Política por la Universidad de Chile. Investigador del Área de Políticas Públicas y Diálogo Social del Centro de Estudios del Desarrollo y Docente en la Universidad Alberto Hurtado. Actualmente es Presidente del Consejo Nacional de la Comunidad de Vida Cristiana (CVX) en Chile. Coeditor de los libros CED “¿Qué Políticas Públicas para Chile? Propuestas y desafíos para mejorar nuestra democracia” (2017), “Democracia y Políticas Públicas: Aportes y propuestas para Chile” (2019) y “Comunicación Política: Desafíos para nuestra democracia” (2019)

José Ignacio Maritano González

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Msc en Políticas Públicas en London School of Economics y MPA en Innovación Pública en University College London.

Juan José Richter Espinosa

Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, actualmente se encuentra estudiando un Magíster en Doctrina Social de la Iglesia en la Universidad San Sebastián. Jefe del Área de Gestión del Conocimiento e Incidencia de la Vicaría de Pastoral Social Cáritas del Arzobispado de Santiago.

Laura Mancilla Rubio

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Máster en Parliamentary Procedures and Legislative Drafting de las universidades LUISS Guido Carli, Universidad Complutense de Madrid y el Institute of Advanced Legal Studies de la Universidad de Londres. Fue asesora legislativa del Ministerio de Educación durante la tramitación de la reforma educacional que crea el Sistema de Educación Pública y posteriormente fue asesora en el Programa de Zonas Rezagadas del Ministerio del Interior. Actualmente es Associate Programme Officer de IDEA Internacional, en su programa global de cooperación de parlamentos.

Leonardo Castillo Cárdenas

Abogado, Magíster en Política y Gobierno de Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho en Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de la Facultad de Derecho de la Uni-

versidad Complutense de Madrid. Doctorando en Derecho de la Universidad de Salamanca. Integrante del Directorio del Centro de Estudios del Desarrollo (CED). Académico del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, y asesor en materias de Propiedad industrial de la Unidad de Transferencia Tecnológica y la Vicerrectoría de Investigación y postgrado de la Universidad de La Frontera. Profesor de Economía y Derecho, de Derecho Comercial, y miembro del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Católica de Temuco. Investigador Cátedra UNESCO Niñez, Juventud, Educación y Sociedad.

Marco Vásquez Bermejo

Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Diplomado en Derecho de Seguros: Mención Vida, Pensiones y Salud de la misma universidad. Máster (c) en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS. Actualmente se desempeña como colaborador de la Delegación en Chile de la OISS, desde el año 2017. En el ámbito académico se desempeña como profesor en cursos de extensión y diplomado, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Además, ha colaborado desde 2014 en cursos de Seguridad Social en pregrado, diplomado y magíster en la misma facultad. Es relator voluntario en temas de Derecho de la Seguridad Social para el Programa de Formación Jurídica Derecho UC, así como en la Escuela Sindical San Alberto Hurtado UC.

María Cristina Escudero Illanes

Doctora en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Arts en Estudios Latinoamericanos, Universidad de Georgetown, Estados Unidos. Abogada, de la Universidad de Chile. Es profesora del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile donde participa del grupo de investigación sobre instituciones políticas y participación e imparte clases sobre sistema político chileno y política comparada. Se ha especializado en reformas institucionales y cambios constitucionales desde un enfoque politológico. Fue integrante del Comité de Sistematización de la etapa participativa del proceso constituyente impulsado por el Gobierno de Chile en 2016, y participó en la Mesa Técnica del Congreso para elaborar la reforma constitucional que posibilitó el proceso constituyente en 2020.

Mariana Ardiles Thonet

Periodista por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencia Política por la Universidad de Chile. Integrante de la Red de Politólogas. Dicta los cursos Lectura y Escritura Académica y Comunicación Estratégica en la Escuela de Gobierno de la Universidad de Chile.

Mariana Canales Subercaseaux

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha hecho clases en la Universidad de Los Andes y la Universidad Católica. Es investigadora del Instituto de Estudios de la Sociedad (IES). Entre sus temas de interés están derecho constitucional, mujer y sociedad, filosofía del derecho y filosofía política.

Martín Canessa Zamora

Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile (2017), *minor* en Relaciones Internacionales. Como abogado, ha centrado su ejercicio en las áreas del derecho constitucional, administrativo y migratorio. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Desarrollo, como abogado de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado y como abogado asociado del estudio Zapata Abogados.

Paula Donoso Vergara

Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Política por la misma Universidad. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Talca y la Universidad de Valencia (España). Con especialidad en Derecho Administrativo, Asesoría Legislativa y Derecho del Trabajo. Integrante del Directorio del Centro de Estudios del Desarrollo (CED). Se desempeñó durante cuatro años como Asesora Jurídica en el Gabinete de la Dirección del Trabajo. Fue Subdirectora de la División de Organizaciones Sociales y Asesora en Materias Legislativas del Ministerio Secretaría General de Gobierno. Es profesora en el Magíster en Derecho, LLM UC, de la Pontificia Universidad Católica de Chile y tutora en el Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Talca. Desde el año 2018 a la fecha se desempeña profesionalmente en el estudio jurídico Tapia y Cía.

Ricardo Montero Allende

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Defensa y Seguridad Interamericana del Inter American Defense College, Washington D.C., Estados Unidos. Máster en Relaciones Internacionales, Seguridad y Desarrollo de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Fue Jefe de Gabinete de los ministros de Defensa Nacional (2014-2015) e Interior y Seguridad Pública (2015-2017). Es Secretario Ejecutivo de la Comisión de Reforma de Carabineros, con sede en el Senado.

Tomás de Rementería Venegas

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Gabriela Mistral. Master en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales, Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Coctorando contractual de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne e investigador del Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne. En la actualidad es docente de la Universidad Paris 1 y anteriormente se desempeñó como abogado litigante de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas.

Tomás Ilabaca Turri

Sociólogo de la Universidad Alberto Hurtado y Magíster en Política Educativa en la misma Universidad. Actualmente es candidato a Doctor en Sociología en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Es investigador asociado del Área de Políticas Públicas y Diálogo Social del Centro de Estudios del Desarrollo. Sus temas de interés son el análisis de las Políticas Educativas, Segregación Escolar y Educación de las Elites.

CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO

El Centro de Estudios del Desarrollo (CED) es una institución de pensamiento republicano y democrático que promueve acciones públicas con el objeto de impulsar un proceso de desarrollo con sustentabilidad política, socio-económica y ambiental. Entendemos que, en una sociedad desarrollada, el paso de condiciones menos a más humanas se constituye a través de un sistema de cooperación entre seres racionales, éticos, libres, iguales, solidarios que buscan la felicidad, personal, comunitaria y pública.

