

La dimensión económica en la Constitución III

Eugenio Rivera Urrutia y Gustavo Rayo (Ed.)

Mayo 2018

- La discusión sobre la necesidad de una nueva Constitución ya se ha instalado en Chile. Sin embargo, el debate ha estado mucho más centrado en el procedimiento con el que debiésemos dotarnos de esta nueva Constitución, que en los contenidos que ella debiese tener, en comparación con la actual.
- Durante la Etapa Participativa del Proceso Constituyente impulsado por el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se hizo el primer intento sistemático de comenzar a reflexionar sobre los contenidos, que culminó con el ingreso al Parlamento de un proyecto de nueva Constitución.
- En los artículos que presentamos en este tercer volumen, los autores impulsan la reflexión sobre lo que podría ser una nueva arquitectura institucional para nuestro país, al tratar temas constitucionales emergentes como la economía del cuidado y el rol de las mujeres en la sociedad actual, los recursos naturales, el cuidado del medio ambiente y la propiedad indígena, y la necesaria discusión sobre qué tipo de descentralización se requiere para Chile.



Índice

| | |
|--|-----------|
| ■ Presentación | 3 |
| ■ Capítulo 1: Cuidado, transformación de la economía y constitución | 5 |
| <i>Yanira Zúñiga Añazco</i> | |
| ■ Capítulo 2: Estado social, recursos naturales, propiedad indígena y medio ambiente en la constitución. Previsión constitucional del desarrollo sustentable y humano | 14 |
| <i>Gonzalo Aguilar Cavallo</i> | |
| ■ Capítulo 3: La cuestión subnacional en el orden constitucional chileno | 26 |
| <i>Julio Ruiz Fernández</i> | |



Presentación

Los artículos que incluye la presente publicación están basados en las presentaciones que sus autores hicieron en el seminario “El Orden Económico Constitucional”, organizado por la Universidad de Talca (Campus Santiago), la Fundación Friedrich Ebert y la Fundación Chile 21, los días jueves 8 y 15 de septiembre del año 2016.

La idea del seminario surgió en el contexto del proceso constituyente que anunciaba la Presidenta de la República para los años 2016 y 2017, que debían culminar con la presentación de una propuesta de nueva Constitución. Se organizó, además, como respuesta a una serie de actividades organizadas por diferentes entidades académicas, en que los economistas participantes concluían que el orden económico constitucional no debía ser modificado¹. Para los organizadores, esta conclusión, aunque plausible, no podía ser aceptada sin un debate sustantivo que abordara las dimensiones económicas de la norma fundamental. De esta forma, se convocó a economistas, científicos políticos, sociólogos y abogados para analizar las diferentes dimensiones del problema.

La presente publicación, la tercera de esta serie, incorpora tres de esos trabajos, que miran el objeto de análisis desde los puntos de vista de la ciencia política y la economía. Se trata de autores que tienen posturas y reflexiones diferentes e incluso contradictorias entre sí, pero que en conjunto dejan en evidencia que el debate constitucional tiene que incorporar los aspectos económicos.

Las ponencias presentadas a este seminario sobre ordenamiento económico constitucional nos aportan elementos que contribuirán sin duda a la génesis de un nuevo paradigma en materia constitucional en lo que a nuestro país y su actual carta fundamental se refiere. En primer lugar, la preeminencia que adquiere la promoción y materialización de los derechos económicos, sociales y culturales como

desafío programático del Estado y la sociedad chilena. En segundo lugar, la centralidad de la sociedad civil en los procesos decisorios, incluido el proceso de elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política para Chile. En tercer lugar, el rol del Estado y las condiciones necesarias a su desempeño en una economía social de mercado y en un Estado Social de Derecho.

Dos posturas concurren al debate en relación al objetivo fundamental que cabe asociar a la carta fundamental. Uno, la delimitación de las reglas del juego, esto es, la Constitución como una regla de procedimientos que permitan ejercer un control sobre el poder. Dos, una Constitución normativa de la que derivan las obligaciones programáticas del Estado respecto de los derechos humanos fundamentales, políticos, sociales, económicos y culturales. En las páginas que siguen desarrollaremos una lectura transversal a las ponencias recibidas, todas las cuales se ubican bajo la segunda postura.

Otros artículos escritos a raíz de las ponencias efectuadas en este mismo Seminario están publicados en esta serie, agrupados temáticamente. En este paper, el tercero y último de la serie, presentamos los artículos relativos a algunos de los nuevos temas que pudiesen ser abordados en una nueva Constitución para Chile o, como se los llamó durante la discusión en el Seminario, los debates constitucionales emergentes.

La preocupación por enfrentar la reflexión constitucional desde un enfoque de género está en el centro de la exposición de la profesora Yanira Zúñiga, y lo aborda en torno a la problemática de la economía del cuidado, esto es, la gestión de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de dependencia: niños, ancianos, enfermos postrados, lo que predominantemente se traduce en un trabajo no remunerado de las mujeres en el hogar. A juicio de la expositora, tal discriminación en perjuicio de la mujer podría ser mejor abordada por la sociedad en su conjunto si se asume que resolver su omisión en los textos constitucionales es parte del desafío democratizador de nuestras instituciones políticas, económicas y sociales. La coyuntura constitucional que Chile vive es una valiosa oportunidad para idear los mecanismos jurídicos que permitan una

¹ Para un análisis de esta situación y una revisión de los temas económicos que debían ser discutidos en el proceso constitucional ver “La dimensión económica del debate constitucional”: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/03/21/la-dimension-economica-del-debate-constitucional/>



distribución socialmente equitativa de las responsabilidades en torno al cuidado de las personas en situación de dependencia. La indiferencia de los textos constitucionales sobre el rol de la familia en la constitución de lo social, sostiene la profesora Yáñez, sin perjuicio de su proclamación como núcleo fundamental de la sociedad, ha contribuido a “invisibilizar el trabajo productivo y reproductivo de la mujer en el hogar” facilitando que las “relaciones doméstico - familiares” se sitúen en aquel “limbo jurídico”, ajenas al imperio de los principios constitucionales que rigen las relaciones sociales en las sociedades actuales, a saber, los principios de autonomía, de igualdad y de justicia (justa retribución por el trabajo e igualdad en la distribución de las cargas).

La protección de la naturaleza y de los fundamentos naturales de la vida y de los animales, como reza la Constitución de la República Federal Alemana (artículo 20 a), es el tema abordado por el profesor Gonzalo Aguilar, en su estudio constitucional comparado. La Constitución Política chilena, sostiene nuestro autor, observa un rezago enorme a este respecto. Sus referencias a los recursos naturales son estrictamente económicas y patrimonialistas. En su exposición ha buscado trazar la íntima vinculación entre desarrollo sustentable y desarrollo humano, tal cual se ha venido explicitando en diversas constituciones y normativas internacionales. El profesor Aguilar, si bien observa que el concepto de desarrollo humano no figura de manera explícita en nuestra Constitución, es posible reconocerlo a través de la interpretación sistemática de la normativa constitucional conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, si bien en la actual Constitución no existe de manera explícita una “cláusula social”, como sí se observa en otras legislaciones, ella es perfectamente susceptible de aplicación a partir de su artículo primero, el cual establece como responsabilidad del Estado “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”.

El reconocimiento de los derechos políticos de los pueblos originarios es igualmente materia de análisis en el trabajo del profesor Aguilar. De hecho, su

existencia como pueblo aún no se reconoce como tal en nuestra carta fundamental, tampoco lo son sus territorios y recursos naturales. Existe en esta materia desafíos constitucionales evidentes, más aún si hemos de aplicar en términos estrictos y suficientes las normas contenidas en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por nuestro país.

Finalmente, Julio Ruiz revisa el proceso de centralización política y la determinación y definición por medio de su ordenamiento jurídico, del carácter unitario y centralista del Estado Chileno y de gobierno y administración interior en relación a los territorios. Chile, sostiene el profesor Ruiz, ha tenido más bien un enfoque administrativista de la descentralización, apuntado más a una descentralización en el espacio administrativo que en el político. Sin embargo, el Informe de la Comisión Asesora Presidencial creada por el Gobierno de Bachelet propuso una definición constitucional de Estado Descentralizado —al modo de Estado Regional— y no Unitario, que no ha sido recogido en los proyectos de ley presentados, pero sí existen importantes avances en la elección popular del ejecutivo del Gobierno Regional (Gobernador Regional en vez de Intendente) y en materia de traspasos de competencias. El debate legislativo reciente centró su foco en el umbral de elección de la futura primera autoridad regional y en vincular dicho proceso con competencias regionales robustecidas y burocracia regional fortalecida, manteniendo la definición y carácter de Estado unitario, quedando pendiente en consecuencia dicho debate y resolución en el mecanismo que resulte del proceso constituyente en curso. Concluye Ruiz, parafraseando a Sergio Boisier, el futuro que nos espera en el campo del tipo de Estado y descentralización requeridos está en nuestras manos, de los actores políticos, académicos, pero especialmente, a luz de las encuestas e informes como los del PNUD, en manos de los/as ciudadanos/as. Por ello, es tan relevante el proceso constituyente impulsado por el Gobierno de Michelle Bachelet, pues abre la posibilidad a una participación ciudadana sustantiva mediante una asamblea constituyente que permita establecer no solo un nuevo pacto entre ciudadanos, y entre éstos y el Estado, sino también entre regiones y el Estado.



Capítulo 1: Cuidado, transformación de la economía y constitución

Yanira Zúñiga Añazco¹

Este trabajo pretende examinar la contribución que realizan las mujeres en el bienestar de niños y otras personas sujetas a un régimen de dependencia, y sugerir que la falta de reconocimiento de dicha contribución en los textos jurídicos —especialmente en las normas constitucionales— se correlaciona con una pérdida de efectividad de las políticas de justicia social. En este sentido, se argumentará que buena parte de los fenómenos de exclusión o discriminación que sufren las mujeres pueden abordarse de mejor manera si se asume que la omisión de esta cuestión en los textos constitucionales es, en sí misma, un problema democrático y si, desde luego, se corrige esta omisión.

Planteamiento del problema

La noción de «economía del cuidado» designa un grupo determinado de bienes, servicios, actividades y valores provistos por unos sujetos, que son fundamentales para la existencia, reproducción y desarrollo social de otros. Este concepto abarca el cuidado material e inmaterial de niños/niñas y de otros sujetos (tales como ancianos y personas en situación de discapacidad); e incluye la producción de bienes y servicios (como, por ejemplo, la provisión de alimentación, la limpieza de la casa, el planchado, etc.) y el soporte inmaterial o psicológico que estos requieren para su desarrollo y bienestar individual.

Como ya se habrá observado, la noción de economía del cuidado involucra, por definición, la gestión de las necesidades de quienes están en situación de dependencia y remite, en consecuencia, al trabajo no remunerado que realizan las mujeres al interior del hogar. Desde la década de 1970, tal etiqueta ha sido utilizada por parte de pensadoras feministas para problematizar la manera en que la visión hegemónica de la economía ha definido el trabajo, con eje en el mercado y la retribución monetaria, invi-

sibilizando de esta manera el trabajo gratuito que realizan las mujeres. (Rodríguez Henríquez, 2005a; Rodríguez Henríquez, 2005b; Carrasco, 2011).

Sin duda, el concepto de economía del cuidado tiene múltiples ventajas para la comprensión de los fenómenos económicos. Entre otras, permite complejizar la noción de trabajo, descentrándola del mercado; expone las vinculaciones entre la organización del cuidado y las dinámicas económicas; y favorece el estudio integral de las condiciones de reproducción de la fuerza de trabajo. Con todo, lo que me interesa aquí es otra cosa: demostrar que dicho concepto tiene también un enorme potencial para el análisis político y jurídico, es decir, en lo concerniente a la evaluación de la legitimidad del poder democrático y de la eficacia de los derechos que consagran los textos constitucionales, respectivamente.

Voy a argumentar, entonces, que el examen de la organización social del cuidado y de la dependencia arroja respuestas útiles para explicar una paradoja que afecta a nuestras democracias desde la modernidad en adelante. En efecto, las sociedades democráticas se han articulado jurídicamente a través de arreglos constitucionales que se autoproclaman como inclusivos (*ergo*, justos) y, sin embargo, la mitad de la población que compone esas sociedades ha experimentado —y sigue haciéndolo hasta el día de hoy—, múltiples fenómenos de discriminación que se proyectan desde lo privado hacia lo público. En otras palabras, quiero evidenciar, por un lado,

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Isla Teja, UACH, Valdivia. yzuniga@uach.cl

Este artículo es resultado del Proyecto FONDECYT regular N° 1150796, titulado “Los derechos sexuales y reproductivos. Entre el control y la autonomía”, y del cual la autora es investigadora principal. Escrito el 21 de noviembre de 2016.



que buena parte de los fenómenos de discriminación que interesan al sistema jurídico hunden sus raíces en la manera en que se ha venido organizando esta economía del cuidado. Y que, en consecuencia, cualquier propuesta de robustecimiento de la democracia sustantiva implica vertebrar arreglos sociales justos, no solo en el espacio público sino especialmente en el espacio privado-familiar. En concreto, se requiere avanzar hacia el establecimiento de mecanismos jurídicos que garanticen una distribución socialmente equitativa de la gestión del cuidado y de la dependencia. Me parece que, a los efectos, la coyuntura constitucional chilena ofrece una oportunidad histórica para empezar a recorrer este camino.

Poder, cuidado y ciudadanía femenina

Prácticamente desde sus inicios el pensamiento feminista apuntó a la existencia de una vinculación entre la localización social de las mujeres en el espacio privado y las dificultades de construcción de una ciudadanía femenina efectiva. Mediante reconstrucciones histórico-políticas que se multiplicaron desde la década de 1980, el feminismo ha puesto de relieve que el proyecto ilustrado descansaba sobre una agenda política contradictoria: buscaba establecer las bases para la democratización del espacio público sin alterar la asimetría imperante en el espacio doméstico. En otras palabras, quería evitar que el reclamo de libertad e igualdad que alimentó la cultura revolucionaria promoviera, además, el abandono del espacio privado-familiar por parte de las mujeres o alentara demandas de emancipación al interior de este.

Para sedimentar este proyecto, la modernidad se sirvió de muchas estrategias, entre las que destaca la configuración que se imprimió al matrimonio, perdurando hasta el siglo XX. En el imaginario moderno, el matrimonio se erigió como una unión o sociedad de carácter natural (no como una asociación de iguales) en la que el varón era considerado un sujeto autónomo y la mujer, en cambio, era concebida como un ser dependiente y sometida a una especie de esclavitud, según observó John Stuart Mill en su célebre ensayo sobre *La esclavitud femenina* (1869).

La subordinación de las mujeres en el espacio privado encontrará pronto su espejo en el terreno de lo público. La primera le servirá también de justificación moral a la segunda, retroalimentándose una y otra, recíprocamente. Así, buena parte de las resistencias para conferir a las mujeres el derecho a sufragio, el acceso a la educación o la completa capacidad contractual pudieron parapetarse, hasta la primera mitad del siglo XX, en el rol supuestamente insustituible que a estas les correspondía en la reproducción y cuidado de las familias. De ahí que pueda afirmarse —siguiendo a un grupo considerable de pensadoras feministas—, que los obstáculos con los que ha tropezado incesantemente la construcción de la ciudadanía femenina, a lo largo de más de dos siglos, son consecuencia de la manera en que la modernidad ha perfilado tanto el gobierno de lo público como de lo doméstico (Fraisie, 2003). Lo anterior implica, más concretamente, que las dificultades experimentadas por las mujeres para gozar de una plena ciudadanía derivan de la circunstancia de haber sido simbolizadas como las cuidadoras por antonomasia. A resultas de ello, han sido arrastradas incesantemente —quíeránlo o no—, al terreno de lo privado-familiar. Y al estar socialmente destinadas a ser las gestoras de las necesidades de otros (y, particularmente, de las necesidades de los varones), las mujeres han debido cargar históricamente con un gravamen que ha entorpecido su plena inserción social.

Es evidente que el escenario social que nos ofrece la segunda década del siglo XXI es muy distinto a aquel de principios del siglo XX. En la actualidad, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos le reconocen a las mujeres el mismo haz de derechos que a los varones, lo que se ha traducido, entre otras cosas, en la incorporación masiva de las mujeres al espacio público, incluyendo el mercado de trabajo. Sin embargo, la incorporación de las mujeres al trabajo asalariado no ha supuesto, en contrapartida, una modificación sustantiva en la distribución de los roles de género. Antes bien, dicho ingreso se ha hecho sin modificar, en la práctica, la gestión del cuidado y la dependencia al interior de los hogares. Todo ello ha generado variados efectos negativos: dobles o triples jornadas de trabajo, para la gran mayoría de las mujeres, “vacíos” en la estructura de cuidado que afectan especialmente a ancianos/



as y/o personas en situación de discapacidad; y la emergencia de otros conflictos de ciudadanía que dejan al descubierto el distinto grado de vulnerabilidad de las mujeres. Así, las mujeres migrantes han venido a asumir buena parte de las labores de cuidado de las que las mujeres de sociedades más ricas han podido desembarazarse, abandonando para ello a sus propias familias y en el marco de condiciones laborales crecientemente precarizadas (Mestre, 2011).

Este resultado testimonia que, pese a los innegables avances en el reconocimiento de los derechos de las mujeres alcanzados en los sistemas jurídicos contemporáneos, estas han quedado atrapadas en un complejo entramado de estructuras que, como si se tratara de una fuerza centrífuga, tiende a localizarlas permanentemente en la marginalidad de los arreglos y de los beneficios sociales.

Este último fenómeno empezó a develarse, con mayor nitidez, después de la Segunda Guerra Mundial y ha sido objeto de diversos análisis por parte de una producción social variopinta que ha elaborado una visión crítica en torno a las posibilidades de emancipación que ofrece el legado moderno. En lo que aquí nos interesa, desde la década de 1970, la teoría feminista y otros estudios sociales han puesto en evidencia la conexión umbilical entre el capitalismo, la minusvaloración del trabajo doméstico y la devaluación de la posición social de las mujeres (Federici, 2010, p. 162). Estos estudios han mostrado que la mantención de un determinado modelo patriarcal de familia —caracterizado por el control de la sexualidad y de la procreación femeninas, y por una gestión de la dependencia realizada exclusiva y gratuitamente por las mujeres— ha sido funcional no solo para la perpetuación del patriarcado sino también para el establecimiento y expansión del modelo capitalista. Gracias a esta nueva aproximación, las políticas antiabortistas, el interés de los Estados por evitar el colapso de los índices de natalidad o el incremento de los divorcios han podido examinarse bajo un nuevo ángulo: no como la expresión de una moral social conservadora sino como el reflejo del rol coadyuvante del Estado en la mantención del capital. En este esquema, la familia funge como una pieza clave: actúa como intercambiador entre el régimen jurídico de la sexualidad y

el régimen de la economía política orientada a la reproducción de la fuerza de trabajo (Foucault, 1976, p. 336).

Vistas así las cosas, resulta indesmentible que el trabajo reproductivo de las mujeres ha sido estratégico para la mantención del capitalismo. Esto explicaría los múltiples esfuerzos desplegados desde hace siglos para que dicho trabajo sea visto como parte consustancial del universo simbólico de lo femenino, reforzando con ello el sistema sexo-género. En palabras de Silvia Federici (2010, p. 37) el trabajo doméstico ha sido impuesto a las mujeres como si se tratara de un atributo natural, una necesidad interna, un instinto, es decir, como parte de la concepción social de feminidad. Y, a su vez, la condición no remunerada de las labores del hogar ha fortalecido la extendida creencia de que estas labores no constituyen *per se* un trabajo. Por paradójico que parezca, negarle valor al trabajo reproductivo es lo que ha permitido enmascarar su enorme contribución política y económica. Dicho en otros términos, la independencia de los ciudadanos y la producción y reproducción de la fuerza de trabajo —vitales para la democracia y para el mercado, respectivamente—, han sido posibles gracias a la gestión de la dependencia, es decir, al cuidado de niños y de otros sujetos que realizan las mujeres en los hogares, de manera gratuita.

La mercantilización del trabajo doméstico (o su externalización) ha tenido la ventaja de poner de relieve el valor económico de las tareas domésticas, al sujetar su transacción a un precio de mercado; pero, por otro lado, también ha develado que la sustitución del trabajo doméstico por los servicios de limpieza y/o cuidado proporcionados por el mercado, tiene muy poco de subversivo desde el punto de vista de género. En efecto, como apuntaba anteriormente, el trabajo no realizado por mujeres al interior de los hogares con motivo de su inserción en el mercado de trabajo no resulta asumido tampoco por sus novios, maridos o convivientes, sino que es realizado por otras mujeres, precarizadas socialmente (ordinariamente, inmigrantes o mujeres pobres). Adicionalmente, la retracción reciente de los Estados (particularmente, en Europa) en lo relativo a la provisión de servicios públicos de cuidado como consecuencia de las crisis financieras



de los últimos años, ha puesto de relieve también que cuando se efectúan recortes en los servicios públicos (por ejemplo, guarderías), el trabajo remunerado que realizaban anteriormente las mujeres para prestar estos servicios se traslada al trabajo de cuidados no remunerados que efectúan las mujeres en sus hogares. Así las cosas, las mujeres pobres terminan asumiendo una mayor cantidad de trabajo de cuidados no remunerado, trabajo que, en otras circunstancias, habría sido realizado por el sector público o el privado, contribuyendo al incremento del fenómeno de feminización de la pobreza (Mestre, 2011; Fálth y Blackden, 2009).

Si aplicamos una radiografía a la sociedad chilena veremos que esta refleja con asombrosa fidelidad el panorama antes descrito. De acuerdo a los escasos datos disponibles relativos al uso del tiempo en Chile, la participación masculina en actividades remuneradas, de lunes a viernes, alcanza un 64,6%, mientras que la participación femenina llega solo a un 37,9%. En cambio, el 77,8% de las mujeres chilenas destinan 3,9 horas para realizar trabajo doméstico no remunerado, entre lunes y viernes, y 31,8% (unas 2,67 horas) para el cuidado de personas en el hogar; mientras que, en el caso de los hombres, las cifras son de 2,9 y 1,6 horas en cada caso, pero con tasas de participación muchísimo más bajas (40,7 y 9,2%, respectivamente). Si se considera la totalidad de las actividades clasificadas como trabajo doméstico no remunerado, 4 de cada 5 mujeres realizan este tipo de actividades durante el día, mientras que los hombres no alcanzan la mitad de esa proporción (INE, 2009).

La coyuntura política actual, consistente con la apertura de un debate constituyente con participación de la ciudadanía (a través de encuentros locales y cabildos), ofrece una oportunidad inédita para encarar este grave problema de justicia social que afecta también a las mujeres chilenas. Sin embargo, este asunto prácticamente no se ha evocado a los efectos. Creo que, en parte, lo anterior se relaciona con que todo debate constituyente tiende a enmarcarse dentro de los mismos contornos temáticos que la historia constitucional ha fijado previamente, si bien sus participantes suelen redefinir estipulativamente el contenido de las materias que han sido objeto de tratamiento constitucional habitualmen-

te. Desafortunadamente para la agenda política de género, el constitucionalismo contemporáneo prácticamente no ha abordado la cuestión del trabajo doméstico debido a que, tradicionalmente, las constituciones no han regulado la institución de la familia ni tampoco los derechos de sus miembros. De cualquier forma, hay atisbos de cambio respecto de esta orientación normativa. Así, especialmente en la región americana, los textos constitucionales han venido incorporando en las últimas décadas un cúmulo de disposiciones sustantivas que, en sede constitucional, se ocupan de regular el rol de la familia, las relaciones que se dan entre sus miembros (usualmente configuradas como derechos fundamentales) y las vinculaciones entre la familia, por un lado, y la sociedad civil y el Estado, por el otro. Sin embargo, como todo proceso emergente, este ha generado dificultades de interpretación y aplicación de las reglas jurídicas involucradas y tensiones entre las distintas orientaciones regulativas que tal proceso aglutina (Zúñiga y Turner, 2013).

La familia en el constitucionalismo

Desde una perspectiva histórica, los textos constitucionales se han concentrado en regular, por un lado, lo público, y, por el otro, lo social. Lo público ha sido identificado con la organización del poder estatal, mientras que lo social ha sido entendido como aquel territorio en que los individuos independientes establecen autónomamente sus vínculos. En la gramática constitucional, las relaciones entre uno y otro espacio han resultado mediadas por los derechos humanos o derechos fundamentales. Estos últimos han suministrado protecciones ante el poder estatal y también —más recientemente—, canales de desarrollo individual que presuponen la actuación prestacional del Estado, garantizando de esta manera cuotas variables de seguridad individual y de igualdad. Con todo, dichas garantías —como apuntaba antes— se han limitado a aquellas relaciones que han sido objeto de regulación constitucional.

La familia —y la posición que los sujetos ocupan dentro de ella—, no ha sido, en contraste, objeto clásico de regulación constitucional. A resultas de lo anterior, la familia ha quedado situada en una suerte de limbo entre lo público y lo social. Ni se ha



admitido completamente su carácter político ni ha sido integrada, en plenitud, al espacio de lo social al distinguírsela de otras formas de asociatividad humana que sí son objeto de regulación constitucional (por ejemplo, las iglesias, las asociaciones, los sindicatos, las empresas, etc.) En efecto, en la tradición del contrato social que nutre a nuestro constitucionalismo contemporáneo, la familia ha sido concebida como una especie de sociedad doméstica, única e irrepetible, caracterizada por la complementariedad de sus miembros; y desligada de la sociedad política y de la sociedad civil. La disposición del Art. 1 de la Constitución Política de la República de Chile (CPR) es especialmente ilustrativa al respecto. Pese a que dicha norma declara que “la familia en el núcleo fundamental de la sociedad”, no le reconoce ningún rol en la configuración de lo social y declara, en cambio, que es a través de los grupos intermedios que “se organiza y estructura la sociedad”.

La indiferencia de los textos constitucionales respecto de la familia ha contribuido, de manera crucial, a invisibilizar el trabajo productivo y reproductivo realizado por las mujeres al interior de los hogares, facilitando que las relaciones doméstico-familiares sean sustraídas del imperio de aquellos principios que rigen la generalidad de las relaciones sociales contemporáneas y que están recogidos en un grupo considerable de textos constitucionales, incluyendo el chileno. Entre otros principios pueden citarse: el principio de autonomía (Art. 1, CPR), de igualdad (Art. 1 CPR y 19, N° 2) y de justicia. Este último resulta especificado a través de dos subprincipios: el principio de justa retribución por el trabajo (Art. 19, N° 16) y el principio de igualdad en la distribución de cargas (Art. 19, N° 20).

Por su parte, la regulación legal de la familia (que comprende no solo la legislación civil, sino también penal y de seguridad social) no solo no ha reconocido la aplicación al ámbito privado-familiar de los principios públicos antes aludidos, sino que ha reemplazado estos por la presencia de valores tales como la abnegación, la solidaridad y el amor, que ordinariamente pesan solo sobre las espaldas de las mujeres.

Tampoco los cambios obrados en la “democratización” legal de la familia han permitido hacer

completamente efectiva la igualdad en el ámbito privado-familiar. Como se sabe, la historia reciente en materia de regulación legal de la familia en Chile registra varios hitos normativos que han significado una flexibilización del modelo patriarcal de familia decimonónico. Este último se ha caracterizado por la existencia de un código binario respecto de los roles de género, una sujeción radical a la autoridad paternal y marital, y un apego a la heteronormatividad en lo relativo a la orientación del deseo. De ahí que reformas tales como el establecimiento de la capacidad de la mujer casada o, más recientemente, la incorporación del principio de interés superior del niño, y la promulgación del Acuerdo de Unión Civil, han traído aparejadas un avance correlativo de los derechos de las mujeres y de otros sujetos al interior de la familia. No obstante, la tendencia a desmantelar la familia patriarcal es, en el mejor de los casos, de naturaleza zigzagueante. En efecto, las reformas normativas antedichas conviven con otras orientaciones legislativas de signo conservador. Entre estas últimas, resulta especialmente preocupante el resurgimiento de un modelo normativo de maternidad extremadamente convencional en términos de género, que se canaliza a través de fórmulas presentadas como mecanismos de conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, como ocurre con la creación del posnatal parental. Algunas de estas cuestiones serán objeto de examen en el siguiente apartado.

El cuidado en la legislación chilena

Como se sugirió previamente, el sistema jurídico chileno ha avanzado muy poco en el establecimiento de una regulación legal del cuidado en una clave verdaderamente transformadora. De hecho, hay muy pocas normas legales que aborden directamente la regulación del cuidado, y las pocas que regulan directamente esta cuestión no reconocen el valor económico del mismo; o, si lo hacen, aquello ocurre por vía oblicua. Por otro lado, la mayor parte de las normas que regulan el cuidado tienen una naturaleza asistencial y algunas de ellas, inclusive, profundizan el modelo social de gestión de dependencia radicado en las mujeres, aumentando sus costos económicos, de manera variable, para las distintas mujeres. Revisemos, entonces, algunos ejemplos.



La compensación económica

Introducida a la legislación civil chilena en 2004, esta figura es definida habitualmente como el derecho de un cónyuge (o del conviviente civil, después de la creación del AUC) para que el otro le compense el menoscabo económico sufrido como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, y que le ha impedido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio (o el AUC) o que solo se lo permitió en menor medida de lo que podía o hubiera querido.

Pese a que la compensación económica (en adelante CE) se orienta a reparar un perjuicio material que afecta eminentemente a las mujeres, es problemático sostener que ella reconoce el valor económico del trabajo doméstico *per se*. En efecto, la doctrina civil y los tribunales la conceptualizan habitualmente como una especie de lucro cesante, es decir, como la pérdida de una ganancia derivada de no haber trabajado en mundo laboral. De acuerdo a esta interpretación —que es la dominante—, la CE repara el costo alternativo de dedicarse al hogar y no implica, en cambio, el reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico en sí mismo. Los criterios utilizados por la jurisprudencia para estimar este daño son ilustrativos de esta aproximación. En efecto, estos suelen proyectar el valor económico de la actividad que las mujeres dejaron de realizar para dedicarse al hogar, y no buscan estimar el valor del trabajo que estas sí realizaron, sin haber recibido retribución económica alguna (Vidal, 2008). Esta manera de interpretar la CE termina favoreciendo fundamentalmente a las mujeres más calificadas (con título profesional u otra certificación equivalente) en detrimento de las que no han accedido a mejor educación, puesto que se asume, de entrada, que son las primeras quienes hubieran querido o podido trabajar y no las últimas. Por añadidura, lo anterior refuerza simbólicamente la idea de que el único trabajo con valor económico es aquel que se realiza en el mercado.

La reforma al sistema de pensiones de 2008

Esta reforma introdujo el llamado «pilar solidario» al régimen de pensiones chileno y posibilitó a las

mujeres que no han cotizado en el sistema, o cuyas lagunas previsionales son importantes, obtener una pensión mínima. Es indudable que esta reforma constituye un avance importante porque permite que las mujeres que se han dedicado exclusiva o preferentemente al hogar puedan contar con medios de subsistencia en su vejez. Sin embargo, atendidas sus rasgos asistenciales, no puede decirse que estas pensiones configuren una retribución *ex post* por el trabajo reproductivo realizado y no retribuido, sino solo una manera de atacar el empobrecimiento femenino.

Por otra parte, tampoco puede decirse que el trabajo no remunerado sea la única causa explicativa de la brecha de género en materia de pensiones que ha concitado la preocupación pública del último tiempo², de modo paralelo al cuestionamiento general del sistema de pensiones chileno. Mucho menos, que dicho diferencial sea únicamente la consecuencia de la diferencia de edad que prevé la ley chilena para jubilar (60 años para las mujeres y 65 para los varones), como ha sugerido la asociación de AFP. Ambas explicaciones son reduccionistas porque omiten considerar el hecho de que las pensiones —particularmente en un sistema de capitalización individual, como el chileno— están profundamente atravesadas por el género. En efecto, dado que las mujeres perciben ostensiblemente menos ingresos que los varones en el mercado laboral (30% menos, en promedio, según las cifras del INE para el año 2016); que su tasa de inactividad laboral es también más alta porque trabajan adicionalmente en el hogar; que tienden a desarrollar actividades informales o de microempresariado de subsistencia no sometidas a régimen de cotización obligatoria (porque las referidas actividades son más compatibles con el trabajo doméstico y/o porque están menos calificadas para desempeñar otros empleos más lucrativos); y debido a que, en promedio, viven más que los varones, las pensiones femeninas son habitualmente más bajas que las pensiones masculinas. Todas estas concausas remiten al mismo fenómeno que explica la economía del cuidado —la degradación simbólica de lo doméstico y, por extensión de

2 Según las cifras de la Superintendencia de Pensiones (2015), la pensión de vejez promedio por la vía del retiro programado alcanza en el caso de los hombres los \$152.929, y en el caso de las mujeres, \$98.585.



lo femenino—, aunque esta última adopta características particulares cuando se traslada al ámbito del trabajo remunerado.

Con una asombrosa regularidad, capaz de sortear las particularidades de las trayectorias biográficas de los sujetos, el imaginario de “lo doméstico” termina constituyendo a las mujeres al punto que todas lo “arrastramos” como un signo de inferioridad. Para aquellas mujeres que no realizan actualmente gestión de la dependencia (porque, por ejemplo, no tienen hijos), esta simbolización también opera como una marca de inferioridad, particularmente respecto de aquellos empleos y funciones que son definidos en función de atributos identificados con lo masculino (la competitividad, la agresividad, la iniciativa, la creatividad, etc.). Como recuerda Federici (2010, p. 78) este imaginario explica también que las mujeres se concentren en los empleos pertenecientes al sector de servicios debido a que estos vehiculan la representación simbólica de las tareas reproductivas (por ejemplo, la educación, en particular la educación parvularia, la enfermería y la matronería). Habida cuenta de todo lo anterior, se podría argumentar que las mujeres han intercambiado el trabajo doméstico no remunerado por trabajo doméstico asalariado dentro del mercado laboral.

La identificación simbólica entre lo femenino y el cuidado tiene, por consiguiente, carácter performativo, es decir, pone a todas las mujeres, independientemente de que desarrollen o no actualmente actividades de cuidado, en una posición categorialmente subalterna. La bajísima eficacia de la Ley 20.348 *sobre igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres*, testimonia bien la profundidad del problema.

IV.3 El posnatal parental

La Ley 20.545, que creó el posnatal parental, ha sido calificada de revolucionaria en lo relativo a la protección de los derechos de las mujeres debido a que extendió el período total del posnatal a seis meses. Desde la perspectiva que aquí he desarrollado, tal aseveración es muy discutible. Al contrario, puede sostenerse que la antedicha regulación es más bien de carácter regresivo (salvo por la incorporación de una fórmula de transferibilidad del permiso

que no alcanza, en los hechos, a producir un cambio significativo en la redistribución del cuidado). En efecto, la Ley 20.545 refuerza la conexión entre amamantamiento y teoría del apego, regula una transferibilidad muy limitada de los permisos de cuidado de la madre al padre (y no una distribución equitativa), castiga económicamente a las mujeres que reciben remuneraciones que superan el tope del subsidio (73,2 UF), generando un verdadero efecto expropiatorio del diferencial de sus remuneraciones al combinarse dicha regla con la irrenunciabilidad parcial del permiso;³ y aumenta también el costo de oportunidad del cuidado para aquellas otras mujeres cuya remuneración no supera el referido tope.

Como se recordará, el posnatal parental fue creado para contrarrestar el costo del pago de licencias médicas por enfermedad grave del hijo menor de un año. Su insuficiencia ha sido puesta de manifiesto recientemente debido al aumento del número de estas licencias, lo que ha derivado en un incremento de las exigencias para la concesión de las mismas, dispuesta recientemente por la Superintendencia de Seguridad Social (particularmente, en caso de síndrome bronquial obstructivo y alergia a la proteína de la leche, enfermedades que ahora deberán documentarse con antecedentes clínicos). Lo anterior revela que la mencionada Ley no ha sido capaz de crear una estructura satisfactoria del cuidado, entre otras cosas, porque ha implicado una disminución del apoyo estatal que dichas licencias, en la práctica, proveían.

Hacia la reconfiguración del cuidado: ¿qué estrategias?

A título de reflexión final quiero insistir aquí sobre la necesidad de un debate constitucional en esta materia, planteando la cuestión de la siguiente manera: si entendemos a las constituciones como medios para articular pactos sociales justos, entonces

3 Debido a ello, juezas, fiscales y funcionarias de servicios públicos que han planteado varias acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que, o han sido declaradas inadmisibles o desechadas en el fondo, sobre la base de que no habría ni infracción al principio de igualdad. Véase roles 2250-2012, 2357-2012, 2503-2013, y 2482-2013.



el hecho de no debatir la distribución del trabajo doméstico y su reconocimiento jurídico-económico asegura, de antemano, un resultado deficitario que se proyecta hacia tres dimensiones cruciales para la legitimidad de todo sistema político. Por un lado, al configurar las mujeres la mitad de la población, la invisibilización de los problemas e intereses femeninos puede ser vista, de entrada, como un déficit democrático severo. Por otra parte, dicha invisibilización es una prueba palmaria de que las mujeres no hemos logrado sacudirnos la posición subalterna que nos ha sido históricamente asignada y aquello constituye, evidentemente, un déficit profundo de igualdad. Y, por último, dado que las constituciones tienen un poder de reconfiguración social que no tiene ninguna otra norma del sistema jurídico, la completa omisión del cuidado en un futuro texto constitucional generaría también un importante déficit simbólico, que ralentizaría no solo la transformación normativa sino también el cambio social.

En consecuencia, mi propuesta normativa no puede contentarse con promover el debate constitucional sobre este tema, sino que precisa que el texto constitucional futuro contemple —como ocurre ya en algunos textos de constituciones comparadas— una regulación de la familia en clave transformadora. Es decir, se trata de una propuesta de *lege ferenda*.

En mi opinión, tal regulación debiera considerar al menos, los siguientes aspectos:

- a) *Establecimiento de los principios de paridad y corresponsabilidad en el desarrollo de las tareas y funciones de cuidado, al interior de las familias.* En este sentido, conviene tener presente que los principios antedichos no son del todo ajenos al lenguaje constitucional contemporáneo. Así, por ejemplo, el actual Art. 1 de la Constitución francesa contiene la siguiente disposición: “la Ley favorece el acceso igualitario de mujeres y hombres tanto a los mandatos electorales y funciones electivas como a las responsabilidades profesionales y sociales”. Dicho texto es el resultado de una reforma que pretendía incorporar el principio de paridad no solo en la esfera pública, sino también en la esfera privada.
- b) *Establecimiento de obligaciones específicas de desarrollo de servicios estatales de apoyo a la gestión de la dependencia,* no solo para el cuidado de los niños, sino también respecto de personas mayores y personas con discapacidad. Cabe mencionar que esto último es una exigencia derivada también del proceso de subjetivación de estas personas y forma parte de las obligaciones comprometidas por Chile a nivel internacional.
- c) *Incorporación de fórmulas de reconocimiento del valor económico del trabajo reproductivo,* que puedan orientar su *operacionalización* legislativa con especial acento en sus repercusiones en el sistema de seguridad social y, particularmente, en el régimen de pensiones.



Bibliografía

- Carrasco, C. (2011). La economía del cuidado: planteamiento actual y desafíos pendientes. *Revista de economía crítica*, N° 11: pp. 205-225.
- Constitución Política de la República de Chile. (1980) Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- Constitución francesa. (1958) Disponible traducida al español en: https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf
- Fälth, A. y Blackden, M. (2009). *El trabajo de cuidados no remunerado*. Nueva York: PNUD.
- Federici, S. (2010). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Foucault, M. (1976). *Histoire de la sexualité. I. La volonté de savoir*. Paris: Gallimard.
- Fraisse, G. (2003). *Los dos gobiernos: La familia y la ciudad*. Madrid: Cátedra.
- INE (2009). *¿Cómo distribuyen el tiempo hombres y mujeres? Encuesta exploratoria del uso del tiempo del Gran Santiago*. Disponible en: [nales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/encuesta_tiempo_libre/encuesta_uso_del_tiempo.php](http://www.ine.cl/ca-nales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/encuesta_tiempo_libre/encuesta_uso_del_tiempo.php) Consultada el 12 de noviembre de 2016.
- Mestre, R. (2011). La ciudadanía de las mujeres: El espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 45: pp. 147-166.
- Mill, J. S. (1869). *La esclavitud femenina*. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-esclavitud-femenina--0/html/>
- Rodríguez Henríquez, C. (2005a). *Economía del cuidado y política económica: Una aproximación a sus interrelaciones*. Mar del Plata: CEPAL.
- . (2005b). *Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad*. *Revista Nueva Sociedad*, N° 256, pp. 30-44.
- Zúñiga, Y. y Turner, S. (2013). *Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas*. *Revista de Derecho de la UCN*. N° 20: pp. 269-301.



Capítulo 2: Estado social, recursos naturales, propiedad indígena y medio ambiente en la constitución. Previsión constitucional del desarrollo sustentable y humano

Gonzalo Aguilar Cavallo¹

Resumen

Este trabajo analiza brevemente los posibles fundamentos del modelo del Estado social con base en la interpretación del texto constitucional chileno y apoyado por el derecho constitucional comparado. Así mismo, este breve estudio efectúa un examen crítico de la regulación de los recursos naturales, con referencia al contexto indígena, en la Constitución, así como de la presencia de la noción de desarrollo sustentable y desarrollo humano en la Carta Magna.

Introducción

Esta presentación se encuentra articulada en torno a tres interrogantes, vinculadas entre sí. La primera pregunta que nos planteamos es si existe reconocida en la Constitución chilena la cláusula social y, más ampliamente, cuál es la importancia, para el orden constitucional, de la presencia de esta cláusula social en la Constitución. La segunda pregunta que intentaremos abordar es si los recursos naturales se

encuentran reconocidos o regulados en la Constitución, e igualmente nos interesamos en desarrollar la importancia que esta regulación plantea para un orden constitucional en un contexto propio del siglo XXI. Finalmente, nos interesa discutir la pregunta de si el desarrollo sostenible se encuentra reconocido o regulado en la Constitución y, nuevamente, abordar la importancia que este reconocimiento representa para el orden constitucional. Iremos respondiendo brevemente a cada una de las preguntas en el mismo orden que han sido planteadas.

¿Existe reconocida una cláusula social en la Constitución chilena? ¿Tiene importancia la existencia de una cláusula social en la Constitución?

Respondiendo a la primera pregunta, *prima facie*, no hay reconocida una cláusula social, en forma expresa, al estilo de la Constitución alemana. Pero, antes de entrar al análisis de derecho positivo, veamos primero de qué se trata la cláusula social.

Cuando hablamos de la cláusula social, estamos hablando de la cláusula del Estado social.² ¿Qué significa la cláusula del Estado social? Asumiendo una definición convencional, entre otras posibles, se puede sostener conceptualmente lo siguiente:

En virtud de la cláusula del Estado social, el Estado no debe limitarse a corregir las disfunciones más graves del mercado y de la sociedad civil, sino que debe asumir la responsabilidad de conformar el orden social, en el sentido de pro-

1 Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Posdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). El autor quiere agradecer la valiosa colaboración, la comprensión y el apoyo incondicional prestado por Rebecca Steward en la elaboración de este artículo, razón por la cual expresamos nuestro sincero agradecimiento. Evidentemente, cualquier error en el trabajo es de mi exclusiva responsabilidad. Contacto: gaguilar@utalca.cl

2 Sobre la evolución del Estado social en Europa, ver Pierpaolo Donati, 2004.



mover la progresiva igualdad de todas las clases sociales y de asegurar a todos los ciudadanos el acceso a un cierto nivel de bienestar económico, el disfrute de los derechos culturales y una cobertura de riesgos vitales. En términos jurídicos, equivale a la imposición a todos los poderes públicos de un deber de actuar positivamente sobre la sociedad, en una línea de igualación progresiva y de mejora de las condiciones de vida³

Nosotros mantenemos la opinión de agregar claramente que el Estado social no solo impone deberes para los poderes públicos sino que también para los privados. Este último aspecto es especialmente relevante en el mundo contemporáneo, donde gran parte de las tradicionales tareas del Estado son asumidas por los privados, o en asociación con los privados.⁴ En nuestra realidad constitucional, esto último se ve acentuado por el principio de subsidiariedad y la interpretación que generalmente se hace del mismo, sobre todo, en materia económica.

Ahora sí, analicemos el derecho positivo.

Comenzaremos con la Constitución alemana porque este texto constitucional ha sido de gran relevancia e influencia en el desarrollo del derecho constitucional comparado durante la segunda mitad del siglo XX y el siglo XXI (King, 2014).

¿Cómo está recogida la cláusula social en la Constitución alemana? La cláusula social (Sozialstaatsprinzip) aparece recogida en el artículo 20 de la Constitución alemana, bajo el epígrafe de “Fundamentos del orden estatal”, y se recoge de la siguiente manera:

(1) **La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.**

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de ór-

ganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

(Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 1949)

Resulta de fundamental importancia señalar que en el mismo artículo donde aparece consagrado el Estado social, bajo la denominación de artículo 20a, la Constitución alemana reconoce la protección del medio ambiente, bajo el epígrafe “Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales”. El artículo 20a reza como sigue:

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

(Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 1949)

En el artículo 20a, no solo se reconoce por el orden constitucional alemán la protección del medio ambiente sino que además, acompañando la cláusula social, se incorpora claramente el principio del desarrollo sostenible, al aludir a la responsabilidad del Estado “con las generaciones futuras”, que equivale al elemento de la justicia intergeneracional propio de un desarrollo sostenible.

Cabe destacar el importante rol que ha jugado en la jurisprudencia constitucional alemana la articulación entre el artículo 1 y el artículo 20 de la Constitución alemana. En este sentido, debemos recordar que el artículo 1 contiene el valor y principio fundamental de la dignidad humana. En efecto, el artículo 1 de la Constitución alemana se encuentra bajo el epígrafe “Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, y reza como sigue:

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

3 Presupuestos del Derecho Administrativo Económico. Disponible en: https://rodas5.us.es/file/85edd24e-dec8-ed02-2707-7b152fcec8/1/tema1_SCORM.zip/page_07.htm Consultado el 15 de septiembre de 2016. Además, sobre el modelo del Estado social y democrático de Derecho, ver Bastidas, 2009; García, 2000.

4 Para el caso peruano, por ejemplo, ver Toyama y Llerena, 2004.



(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

(Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 1949)

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha utilizado la cláusula social en conjunción con el principio de dignidad humana para desarrollar el principio del mínimo existencial (*Existenzminimums Prinzip*) y así, declarar inconstitucional una normativa que reducía en ciertos casos el valor de las pensiones por debajo de este mínimo existencial⁵. Igualmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha recurrido a la cláusula social para desarrollar el principio de alimentación (*Alimentationsprinzip*) y así declarar inconstitucional una normativa que rebajaba el salario mínimo de los profesores por debajo del nivel necesario para solventar sus gastos de manutención, en sentido amplio.⁶

¿Cómo es asumida esta cláusula en la Constitución portuguesa? La Constitución portuguesa define al Estado en el artículo 2º, cuyo epígrafe es “Estado Democrático de Derecho”, de la siguiente manera:

La República portuguesa es un Estado Democrático basado en el Derecho, la soberanía del pueblo, la expresión y organización democrática plural, el respeto y la garantía de la implementación efectiva de los derechos y libertades fundamentales, y la separación e interdependencia de poderes, todo ello con la perspectiva de alcanzar la democracia económica social y cultural y profundamente participativa.

(Constitución de la República Portuguesa, 1976)

Y, luego define, en la Parte I (de los derechos y deberes fundamentales), Título III, Capítulo II, titulado “derechos y deberes sociales”, en su artículo 66, el medio ambiente y calidad de vida. En efecto, el referido precepto constitucional reza como sigue:

1. **Todos tienen derecho a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.**
2. Para asegurar el derecho al medio ambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios con la vinculación y la participación de los ciudadanos:
 - a) Prevenir y controlar la polución y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión.
 - b) Ordenar y promover la ordenación del territorio, de manera que haya una correcta localización de las actividades, un desarrollo socio-económico equilibrado, y la protección del paisaje.

5 “Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.“ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010, 1 BvL 1/09 - Rn. (1-220). [“El derecho fundamental a un mínimo de subsistencia decente asegura a quienes lo necesitan las condiciones materiales que son esenciales para su existencia física y para una participación mínima en la vida social, cultural y política, todo ello según el Artículo 1 párrafo 1 de la Constitución alemana, en conjunción con el principio del estado de bienestar del Artículo 20 párrafo 1 de la misma ley fundamental. Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia del Primer Senado de 9 de febrero de 2010, 1 BvL 1/09 – Rn (1-220).]”

6 “Der Dienstherr ist aufgrund des Alimentationsprinzips (Art. 33 Abs. 5 GG) verpflichtet, dem Beamten amtsangemessenen Unterhalt zu leisten. Dazu gehört die Pflicht, die Bezüge entsprechend der unterschiedlichen Wertigkeit der Ämter

abzustufen. Vergleiche sind nicht nur innerhalb einer Besoldungsordnung, sondern auch zwischen den verschiedenen Besoldungsordnungen möglich und geboten. Dabei entspricht dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eine zurückhaltende, auf den Maßstab evidenter Sachwidrigkeit beschränkte Kontrolle der einfachgesetzlichen Regelung durch das Bundesverfassungsgericht.“ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 14. Februar 2012, 2 BvL 4/10 - Rn. (1-196). [“En virtud del principio de alimentación (Art. 33 Abs 5 GG), el Empleador está obligado a proporcionar al Empleado el mantenimiento adecuado para [el gasto de] la oficina [o actividad]. Esto incluye el deber de graduar la remuneración de acuerdo con el importe diferente de las oficinas. Las comparaciones son posibles y necesarias no solo dentro de una escala de salarios, sino también entre las distintas escalas de salarios. La amplia discrecionalidad del legislador corresponde a un control reservado de la ley simple por parte del Tribunal Constitucional Federal, el cual se limita al promedio de omisión evidente.” BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 14 de febrero de 2012, 2 BvL 4/10 – Rn. (1-196).]”



- c) Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de manera que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico y artístico.
- d) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica con respeto al principio de solidaridad entre generaciones.
- e) Promover en colaboración con los gobiernos locales, la calidad medioambiental de las poblaciones y de la vida urbana, particularmente en el plano arquitectónico y en la protección de las zonas históricas.
- f) Promover la integración de objetivos medioambientales en las diferentes políticas de ámbito sectorial.
- g) Promover la educación medioambiental y el respeto por los valores del medio ambiente.
- h) Asegurar que la política fiscal compatibilice el desarrollo con la protección del medio ambiente y la calidad de vida.

(Constitución de la República Portuguesa, 1976)

En la Constitución portuguesa, dentro de los elementos que permiten alcanzar la “democracia económica social y cultural y profundamente participativa” se encuentra el derecho de todos “a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado”. La Constitución portuguesa es increíblemente rica en contenido y experiencia porque en un texto sobrio reúne tres elementos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo. En primer lugar, el derecho a un medio ambiente salubre y ecológicamente equilibrado. En segundo lugar, el derecho a un desarrollo humano. Y, en tercer lugar, inserta el derecho a un medio ambiente salubre en el contexto del desarrollo sostenible.

Por otra parte, ¿cómo está recogida la cláusula social en la Constitución española? La Constitución española sigue muy de cerca el texto alemán, solo que invierte el orden de los componentes, incorporando en primer lugar, el elemento social. De esta manera, el artículo 1º de la Constitución española señala lo siguiente:

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como

valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

(Constitución española, 1978)

Desde el punto de vista del Estado social, la cláusula es mayormente desarrollada en el artículo 9 de la Constitución española, donde explicita los deberes que bajo esta fórmula adquiere el Estado español. Así, el artículo 9 de la Constitución española señala lo que a continuación se indica:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

(Constitución española, 1978)

Con mayor detalle, la cláusula del Estado social se desarrolla en la Constitución española a través del capítulo referido a los derechos fundamentales y en lo que respecta a los poderes públicos, a través del Título I, Capítulo III, relativo a los principios rectores de la política social y económica (Fernández-Miranda Campoamor, 2003).

Dentro del Capítulo III de la Constitución española, figura el artículo 45, que contiene el enunciado



constitucional del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Resulta muy interesante destacar cómo la Constitución española, en forma preclara, vincula explícitamente, a través de este precepto, el derecho a un medio ambiente adecuado con el principio del desarrollo humano.

1. **Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.**
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

(Constitución española, 1978)

En la Constitución chilena, tal como lo hemos sostenido anteriormente, dicha cláusula social no se encuentra expresamente reconocida. Pero sí podría interpretarse que existe una cláusula social incorporada en la Constitución, a partir del artículo 1°. En efecto, dicho precepto constitucional consagra explícitamente el deber del Estado de “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible” y de “protección a la población”. Como se sabe, estos deberes se vinculan directamente con el Capítulo III de la Constitución relativo a los derechos fundamentales, en especial, con los derechos económicos, sociales y culturales, por la vía de las obligaciones positivas del Estado. Cabe recordar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, según la terminología nacional, se encuentra considerado dentro de esta última categoría de derechos. En efecto, el artículo 1° de la Constitución reza como sigue.

Artículo 1°.-

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos inter-

medios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual **debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible**, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, **dar protección a la población** y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, **promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación** y **asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.**

(Constitución Política de la República de Chile, 1980)

Como se ha dicho, todo esto se vería complementado con las normas contenidas en el Capítulo III de la Constitución chilena.

Por último, ¿por qué es importante la cláusula social? Porque, fundándose en ella se permite, por la vía jurisprudencial, un reconocimiento de los derechos sociales y, en particular, se facilitarían la protección del medio ambiente y del desarrollo.

¿Los recursos naturales se encuentran regulados en la Constitución?

Los recursos naturales forman parte del lado negligible de la Constitución. Dicho de otro modo, el constituyente ha pasado por alto el cuidado de los recursos naturales. La Constitución chilena hace una pequeña referencia a los recursos naturales, pero marginalmente, y únicamente a propósito de la protección de la propiedad. En efecto, el artículo 19 N° 24 de la Constitución chilena señala, en su parte pertinente, lo siguiente:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no



obstante, la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión. Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización

que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

(Constitución española, 1978)

No es necesario llevar a cabo un análisis muy detallado para darse cuenta de la visión economicista y patrimonialista de los recursos naturales que trasuntan las disposiciones constitucionales antes descritas. Este último carácter se ve exacerbado con la declaración constitucional de la protección del derecho fundamental de propiedad respecto de concesiones respecto de los recursos minerales e hídricos. Este hecho marca indudablemente la pauta del orden económico constitucional que instaura el constituyente de 1980. En otras palabras, los recursos naturales son tratados constitucionalmente como bienes de mercado, apropiables, intercambiables y agotables.

Para el escrutinio contemporáneo, consumido por las preocupaciones globales de la naturaleza, sorprende ver cómo un texto, que —se supone— reúne los consensos básicos de la comunidad, descuida de tal modo lo que la Constitución alemana llama en su artículo 20a, la protección de los fundamentos naturales de la vida.

Dado el contexto nacional e internacional, esto es especialmente preocupante, particularmente, tratándose, por ejemplo, de la protección del agua o de los glaciares. En este sentido, es muy interesante recordar lo que la Corte Suprema ha señalado recientemente a propósito del proyecto de ley que «Establece una ley de protección y preservación de glaciares». En efecto, la Corte Suprema de Chile ha afirmado lo siguiente:

Sexto: Que la norma constitucional dispone que la función social de la propiedad comprende la conservación del patrimonio ambiental del país, determinación que, sin duda, es reflejo del mandato dado al Estado de promover el bien común. De acuerdo a lo expresado, corresponde realizar un



análisis más profundo de la posibilidad de regular la explotación de los glaciares que la legislación hoy no prevé, y que se podrá lograr al omitir su inclusión en el listado de reserva estratégica o mediante la desafectación realizada por la autoridad administrativa, determinación que podría o no ser objeto de revisión administrativa o judicial.

En este aspecto, la iniciativa que se analiza podría ser regresiva y eventualmente transgredir el principio de no regresión en materia medioambiental, que se encuentra recogido en diferentes instrumentos internacionales y jurisprudencia nacional e internacional.

(Corte Suprema, 2016)

La Constitución debería tener una respuesta frente a situaciones de grave afectación del medio ambiente, sobre todo frente a casos transnacionales, como el cambio climático (Godínez Rosales, 2010). Lamentablemente, los ciudadanos, por la vía de la Constitución, se encuentran inermes ante los graves peligros que los acechan.

Tal como hemos propuesto reiteradamente, al menos, debería haber en la Constitución una norma e incluso un capítulo titulado “Principios rectores de la vida económica, social y ambiental del país”, destinado a la regulación, en el nivel de directrices generales, a la protección del medio ambiente, y dirigido a los poderes públicos, pero también en forma de orientación a los privados.

Nuestra propuesta es la incorporación en el Capítulo I de la Constitución chilena de un artículo que contenga la enunciación de los principios rectores de carácter social y económico. En particular, se sugiere el principio de desarrollo sustentable y de protección de los recursos naturales. Entre los antecedentes de derecho comparado que se han tomado en consideración para la elaboración de esta propuesta se encuentran la Constitución alemana de 1949, art. 20a; la Constitución española de 1978; la Constitución portuguesa de 1976; de la Constitución francesa, la Carta del medio ambiente adoptada en 2005, de valor constitucional; la Constitución de Ecuador, art. 15.

Artículo 4bis: El Estado protegerá los fundamentos naturales de la vida y los animales, tomando en consideración el Estado social y democrático

de Derecho y la equidad intergeneracional y el principio de solidaridad.

Es deber del Estado, el que, en su caso, se extiende a los particulares, velar por el uso racional o sustentable de todos los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y el equilibrio ecológico, con el fin de proteger la vida digna y mejorar la calidad de la vida y el bienestar de toda la población, y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Corresponde al Estado, a iniciativa propia o popular, crear y desarrollar reservas y parques naturales y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico.

El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

La Constitución reconoce el valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes. El Estado tiene el deber de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos.

El Estado adoptará las medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos, sobre la base de la equidad y sin discriminación, protegiendo especialmente a las personas y grupos vulnerables.

Por otro lado, evidentemente, si nos preguntamos si acaso las tierras y territorios indígenas y sus recursos naturales se encuentran regulados en la Constitución, una respuesta más rotunda parece surgir con mayor facilidad. Las tierras y territorios indígenas y sus recursos naturales no se encuentran regulados en la Constitución (Román García, 2014). Ni siquiera hay una referencia a la existencia misma de estos pueblos, a pesar —debe reconocerse— de los múltiples intentos que se han hecho en el Congreso, para lograrlo.



Inspirados en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **¿qué estándares mínimos respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas deberían aparecer reconocidos en la Constitución chilena?**

Desde la perspectiva del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile y vigente, se pueden mencionar, al menos, las siguientes normas:

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, de-

berá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

(OIT, Convenio 169, 1989)

¿El principio de desarrollo sustentable o sostenible se encuentra reconocido en la Constitución?

Esta respuesta, a primera vista, parecería sencilla. El principio del desarrollo sustentable o sostenible no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución chilena, pero por la vía de la interpretación del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política del Estado podría entenderse incorporado, sobre todo si se efectúa una lectura armónica, sistemática y complementaria con la Ley 19.300 de bases generales del medio ambiente.



En primer lugar, ¿qué significa el desarrollo sustentable?

Para dar una respuesta a esta pregunta hay que remitirse al denominado Informe Brundtland de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo: “Nuestro Futuro Común”, de 1987 (Ramírez Treviño, Sánchez Núñez y García Camacho, 2004).

En este informe de 1987 se define desarrollo sustentable o sostenible como aquel desarrollo que **“garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”**.

El concepto de desarrollo sostenible implica limitaciones. La Comisión considera que los niveles actuales de pobreza no son inevitables. Y que el desarrollo sostenible exige precisamente comenzar por distribuir los recursos de manera más equitativa en favor de quienes más los necesitan. Esa equidad requiere del apoyo de los sistemas políticos que garanticen una más efectiva participación ciudadana en los procesos de decisión, es decir, más democracia a niveles nacional e internacional. En últimas, el desarrollo sostenible depende de la voluntad política de cambiar.”⁷

Desde 1987, el principio de desarrollo sustentable o sostenible ha dominado la escena internacional y también nacional. Un ejemplo notorio de ello es que los Objetivos de Desarrollo del Milenio de 2000 (Organización de las Naciones Unidas, 2000) han sido continuados por los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015, concretados en un documento cuyo sugerente título es “Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (ONU, 2015).

¿Qué cosas aporta el desarrollo sostenible?

Entre otras cosas:

- 1) Incorpora elementos de justicia material, en el ámbito ambiental, social, humano.

⁷ «Nuestro Futuro Común». Disponible en: <http://www.ayto-toledo.org/medioambiente/a21/brundtland.pdf> Consultado el 15 de septiembre de 2016.

- 2) Introduce principios como el de equidad intergeneracional.

- 3) Complementa la noción de democracia, con conceptos como el de democracia ambiental, exigiendo niveles elevados y avanzados de participación popular.

- 4) Exige un cambio en las modalidades de gobierno, se refiere a un gobierno abierto y participativo, como modalidades de su propia legitimación.

¿El principio del desarrollo humano se encuentra reconocido en la Constitución?

Una respuesta proporcionada preliminarmente, señalaría que no. Sin embargo, podría llegarse a su consideración a través de una interpretación sistemática de la normativa constitucional, conforme al derecho internacional de los derechos humanos y respetando el principio de interpretación conforme.

¿Cómo podríamos conceptualizar el desarrollo humano?

Desde el enfoque desarrollado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se puede sostener que:

[e]l Desarrollo Humano es un paradigma de desarrollo que va mucho más allá del aumento o la disminución de los ingresos de un país. Comprende la creación de un entorno en el que las personas puedan desarrollar su máximo potencial y llevar adelante una vida productiva y creativa de acuerdo con sus necesidades e intereses. Las personas son la verdadera riqueza de las naciones. Por lo tanto, el desarrollo implica ampliar las oportunidades para que cada persona pueda vivir una vida que valore. El desarrollo es entonces mucho más que el crecimiento económico, que constituye sólo un medio —si bien muy importante— para que cada persona tenga más oportunidades.⁸

⁸ Informe Nacional de Desarrollo Humano de Guatemala. Disponible en: <http://desarrollohumano.org.gt/desarrollohumano/concepto/> Consultado el 15 de septiembre de 2016; Arteaga, 2010.



Cuando el concepto de desarrollo humano se refiere a las oportunidades, ellas implican desarrollar capacidades humanas: la diversidad de cosas que las personas pueden hacer o ser en la vida (Sen, 1998). Vinculado con la noción de capacidades en potencia y de oportunidades que las personas pueden tener en la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en el caso *Loayza Tamayo*, por ejemplo, el concepto de proyecto de vida.

El denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial.

(CIDH, 1998, paras 147-8)

En este contexto, ¿cuál es el vínculo que existe entre desarrollo sustentable, desarrollo humano y derechos humanos? Para el desarrollo de las capacidades es necesario un contexto, un aseguramiento de ciertas condiciones mínimas, determinadas por los derechos humanos, de acuerdo con la noción de estándares mínimos. En conexión con la relación entre desarrollo —sustentable y humano—, y derechos humanos, se encuentra el concepto de derecho a una vida digna.

A la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víc-

timas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.

(CIDH, 1999, para 191)

Por su parte, en un reciente caso de 2015, vinculado a los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente:

Por su parte, el Tribunal ha resaltado la importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente contenido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” como un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna derivado del artículo 4 de la Convención a la luz del corpus iuris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas “en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma”. Sin perjuicio de ello, como fue referido en el caso de la Comunidad Xákmok Kásek, el Tribunal determinó que “[...] el Estado deb[ía] adoptar las medidas necesarias para que [su legislación interna relativa a un área protegida] no [fuera] un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad.

En vista de lo anterior, la Corte reitera que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales, por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación. En este sentido, los criterios



de a) participación efectiva, b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y c) de recibir beneficios de la conservación —todos ellos, siempre y cuando **sean compatibles con la protección y utilización sostenible**—, resultan elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado. En consecuencia, es necesario que el Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas y tribales a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales. (CIDH, 2015, para. 172, 181)

En esta línea, ya desde el año 1948, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sostenía lo siguiente:

1. 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, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

(ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

Producto de lo anterior, es posible puede sostener que las **oportunidades para alcanzar el desarrollo humano se encuentran aseguradas a las personas en un Estado social y democrático de Derecho, a través de los derechos humanos**: “El desarrollo humano y los derechos humanos se reafirman mutuamente y ayudan a garantizar el bienestar y la dignidad de todas las personas, forjar el respeto propio y el respeto por los demás.”⁹

9 Informe Nacional de Desarrollo Humano Guatemala. Disponible en: <http://desarrollohumano.org.gt/desarrollo-humano/concepto/> Consultado el 15 de septiembre de 2016.

Conclusión

La cláusula del Estado social resulta imprescindible en una Constitución del siglo XXI. No solo serviría de directriz para el desarrollo de las políticas públicas planteadas y ejecutadas por los órganos ejecutivos y administradores, sino que se presentaría como un importante coadyuvante normativo para los jueces en su labor de respeto de la libertad, igualdad, dignidad y los derechos humanos. Si bien hemos planteado que es posible interpretar la presencia de esta cláusula en la Constitución chilena, ello no es suficiente, y requeriría una consagración expresa.

De este modo, existe un vínculo inextricable entre dignidad humana, derechos humanos, desarrollo sostenible y desarrollo humano. Este vínculo inextricable es el que debería preocuparnos trabajar y resaltar en la discusión de una nueva Constitución para Chile.



Bibliografía

Libros y artículos de revistas

Arteaga, D. N. (2010). El desarrollo humano y la generación de capacidades. *Revista Diálogos*, N° 5, pp. 47-57.

Bastidas, P. (2009). El modelo constitucional del Estado social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. *Vía Iuris*, N° 9, pp. 45-59.

Donati, P. (2004). Nuevas políticas sociales y Estado social relacional. *REIS*, N° 108, pp. 9-47.

Fernández-Miranda Campoamor, A. (2003). El Estado social. *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 23, N° 69, pp. 139-180.

García Ramírez, S. (2000). Estado democrático y social de derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 98, pp. 595-635.

Godínez Rosales, R. (2010). Cambio climático y derechos humanos. *Derechos Humanos y Medio Ambiente*. México: UNAM-IIJ, pp. 35-48.

King, J. (2014). Direitos sociais, constitucionalismo, e o princípio do estado social alemão. *Revista Eletrônica de Direito Público*, N° 3, pp. 1-21.

Ramírez Treviño, A., Sánchez Núñez, J. M., y García Camacho, A. (2004). El desarrollo sustentable: Interpretación y análisis. *Revista del Centro de Investigación. Universidad La Salle*, Vol. 6, N° 21, pp. 55-59.

Román García, A. (2014). Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, pp. 125-162.

Sen, A. (1998). Capital humano y capacidad humana. *Cuadernos de Economía*, Vol. 17, N° 29, pp. 67-72.

Toyama Miyagusuku, J. y Llerena, K. Á. (2004). Seguridad social peruana: sistemas y perspectivas. *Themis, Revista de Derecho*, N° 48, pp. 197-228.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N° 42, paras. 147 y 148.

CIDH: *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, para. 191.

CIDH: *Caso Pueblos Kalinã y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C N° 309, paras. 172 y 181.

Corte Suprema: Oficio N°110-2016, 8 de agosto 2016. Informe Proyecto de Ley N°26-2016. Antecedente: Boletín N° 9.364-12.

Publicaciones electrónicas

Informe Nacional de Desarrollo Humano Guatemala. Disponible en: <http://desarrollohumano.org.gt/desarrollo-humano/concepto/> Consultado el 15 de septiembre de 2016.

Nuestro futuro común. Disponible en: <http://www.ayto-toledo.org/medioambiente/a21/brundtland.pdf> Consultado el 15 de Septiembre de 2016.

Presupuestos del Derecho Administrativo Económico. Disponible en: https://rodas5.us.es/file/85edd24e-dec8-ed02-27077b152fcec8/1/tema1_SCORM.zip/page_07.htm Consultado el 15 de septiembre de 2016.

Otros documentos

Constitución española, 1978.

Constitución de la República Portuguesa, 1976.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 1949.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General: *Declaración del Milenio*. Doc. N.U. A/RES/55/2, con fecha 13 de septiembre de 2000.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/RES/70/1, con fecha 21 de octubre de 2015.



Capítulo 3: La cuestión subnacional en el orden constitucional chileno

Julio Ruiz Fernández¹

Resumen

Este documento se propone revisar el proceso de centralización política y la determinación y definición, por medio de su ordenamiento jurídico, del carácter unitario y centralista del Estado chileno y de su gobierno y administración interior, en relación a los territorios. Chile no solo es el único país de la OECD que persiste en un modelo estatal centralizado, sino que también lo es en el concierto latinoamericano, y al pasar revista a algunas experiencias europeas y latinoamericanas, incluida Chile, de los procesos de descentralización, se puede observar los tipos y modelos de Estado predominantes: federales, autonómicos, regionales, centralizados. Chile ha tenido más bien un enfoque *administrativista* de la descentralización, apuntando más a una descentralización en el espacio administrativo que en el político. Sin embargo, el informe de la Comisión Asesora Presidencial creada por el gobierno de Michelle Bachelet ha propuesto una definición constitucional de Estado descentralizado —al modo de Estado regional—, y no unitario, que no es recogido en los proyectos de ley en trámite legislativo, pero sí contempla importantes avances en la elección popular del ejecutivo del gobierno regional —gobernador regional, en vez de intendente—, y en materia de traspasos de competencias. El actual debate legislativo ha centrado su foco en el umbral de elección de la futura primera autoridad regional y en vincular dicho proceso con competencias regionales robustecidas y burocracia regional fortalecida, manteniendo la definición y carácter de Estado unitario, quedando pendiente en consecuencia dicho debate y resolución en el mecanismo que resulte del proceso constituyente en curso.

Consideraciones previas

Abordar la cuestión subnacional en el orden estatal, específicamente en el orden constitucional —como me ha sido solicitado—, es abordar el tema de la conformación de los espacios territoriales y su rol en la estructuración de los gobiernos en los países, subrayando el factor político-institucional, en su consideración. Esta es la perspectiva que adoptaremos en esta reflexión.

En este sentido, el orden subnacional nos remite a la cuestión de cómo se estructura y distribuye y/o redistribuye el poder legítimo en los diversos espacios territoriales en un Estado dado.

Como ha señalado Joan Prats (2009, p. 11), Chile ha sido “la creación de unas élites santiaguinas que ‘por la razón o fuerza’ expandieron determinante el territorio nacional”, especialmente a partir del “orden político impuesto por la Constitución de 1833, después de una guerra civil, [a partir de la cual se] impuso un régimen unitario y centralista, iniciándose lo que se ha denominado la ‘cohesión centralizadora’” (Palma, 2009, p. 50).

Así, siguiendo a Palma (2009), en el siglo XIX se incorpora al dominio efectivo del país, a través de múltiples maneras, incluida la guerra:

- al norte, Tarapacá y Antofagasta, a raíz de la Guerra del Pacífico;
- al sur, el ejército nacional ocupa el territorio araucano entre 1860 y 1880;
- la colonización alemana de Valdivia, Osorno y Puerto Montt;

¹ Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, consultor senior de Desarrollo Humano y Ambiental Sustentable, Consultores Internacionales Ltda., DHAS; Vicepresidente de ZOFRI S.A.



- la incorporación plena de Chiloé, la delimitación con Argentina de la Patagonia, la ocupación de Magallanes;
- la incorporación de la Isla de Pascua y el inicio de la colonización de Aysén.

En el siglo XX hubo tres oleadas centralizadoras acumulativas precedidas, no obstante, por un período que va desde la Guerra Civil de 1891 hasta el proceso de discusión y aprobación de la Constitución de 1925, que fue “un paréntesis en el proceso de concentración centralista, al disminuir la intensidad del proceso, si bien las rutinas administrativas y políticas mantenían la matriz centralizadora” (Palma, 2009, p. 51).

La primera oleada, en el siglo XX, se inicia con el funcionamiento definido por la Constitución de 1925 y, en la fase inicial de la estrategia de sustitución de importaciones ante las restricciones del comercio internacional antes, durante y después de la Segunda Guerra Mundial. En las décadas de 1930 y 1940 se asienta un modelo centralizador en el orden público económico y en el régimen de gobierno unitario (las asambleas provinciales consideradas en la Constitución se esfuman y desaparecen de la escena). La centralización desconcentrada de la educación y la salud, del sistema policial, el cuerpo de Carabineros, obtiene logros exitosos, valorados nacional e internacionalmente, lográndose la legitimación del proceso de centralización por sus exitosos logros (Palma, 2009, p. 51).

La segunda oleada, desarrollada a mitades del siglo XX, se forja en medio de los procesos de modernización, especialmente, el acelerado proceso de urbanización. A su vez, la expansión de la CORFO, fortalece y profundiza el modelo de sustitución de importaciones. Los nuevos servicios y empresas públicas y los entes encargados de las nuevas políticas sociales de vivienda, seguridad social, entre otros, provocan el desarrollo y aglomeración burocrática en la capital, cuya gestión y operación se ejecuta a través de órganos desconcentrados en todas las provincias del país (Palma, 2009).

La tercera oleada centralizadora va desde el régimen dictatorial de Pinochet a los gobiernos de la

Concertación de Partidos por la Democracia. Se trata de una nueva estrategia de desarrollo económico que enfatiza al mercado para la asignación de los recursos, promoviendo una política de exportaciones. En las últimas décadas del siglo XX y la primera del actual, el proceso de concentración demográfica en la capital continúa incrementándose. La brecha entre la Región Metropolitana y el resto de las regiones señala un desequilibrio creciente, según los usuales indicadores: inversión, consumo, gasto fiscal, entre otros (Palma, 2009).

En el período de transición a la democracia a comienzos de la década de 1990, cabe hacer notar que la descentralización del Estado chileno fue concebida como una solución de compromiso y de presiones corporativas y políticas, y nunca como un proceso sistémico (Raczynski y Serrano, 2001, p. 4), originadas por el requerimiento de democratización de los municipios.

Por eso Boisier (2014) señala que la campaña presidencial de 1989, por primera vez puso a la descentralización encima de la mesa, pero que la Concertación, una vez en el poder, se olvidó de las regiones, mientras que la derecha levantó la bandera regionalista y obligó a una ley de gobierno y administración regional, lo que tuvo como resultado una Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (LOCGAR) que no contempla la función de gobierno y que, por tanto, el nombre no es la cosa nombrada.

Con dichas reformas se avanza menos de lo que se pretendía, pero más de lo que se suponía, desarrollándose un proceso irreversible de aprendizaje social y de educación cívica que nace de una demanda descentralizadora inédita desde la sociedad civil (Boisier, 2014).

El modelo de relaciones entre el Estado central, las regiones y los territorios en el actual orden constitucional en Chile

Como bien es sabido, la Constitución Política de la República (CPR) de Chile consta de 15 capítulos, más las disposiciones transitorias, ocupando el capítulo de “Gobierno y Administración Interior del



Estado” el lugar N° 14, justo antes del capítulo final (15), relativo a la “Reforma de la Constitución”.

En su artículo 3°, situado dentro de las Bases de la Institucionalidad (capítulo I), se señala claramente que Chile es un Estado Unitario, lo que no obsta a que su territorio se divida en regiones y que su *administración pública* sea funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, en su caso (CPR).

De este modo, el constituyente chileno ha querido combinar la unidad del Estado, como principio básico articulador del poder político, con la descentralización o desconcentración *administrativa*, como instrumento de gestión administrativa. Así, el impulso de la regionalización y reparto del poder administrativo se efectúa en el marco del Estado-nación existente, descartándose la posibilidad de seguir modelos de Estado compuesto de tipo federal o con regiones o comunidades autónomas (Ferrada, 2001).

¿Pero qué implica realmente la existencia de un Estado de Chile unitario y cómo se articula esto con la existencia de una administración pública descentralizada o desconcentrada? Significa un Estado cuya soberanía es ejercida por un solo gobierno y, por tanto, reconocer, que el Estado chileno tiene un solo centro de decisiones políticas, que está dado por los órganos del gobierno central (Ferrada, 2001).

Este modelo se opone al modelo de Estado compuesto o Estado coordinador de entes en los que la titularidad del poder político —en particular, la potestad legislativa—, está distribuida entre distintos órganos territoriales, expresión de la soberanía territorial que les reconoce el ordenamiento. En este sentido, el constituyente chileno rechaza la idea de construir un modelo federal en Chile, optando por una descentralización progresiva de la administración estatal —principalmente, con base regional— que, sin afectar la unidad soberana del Estado —en lo político—, conduzca —en lo administrativo— a una administración pública más eficiente y eficaz, en beneficio de los ciudadanos (Ferrada, 2001).

Ahora bien, en materia de gobierno y administración interior del Estado, la CPR es complementada por la Ley Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado. En ella se define que el gobierno y administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

De esta forma, el Presidente gobierna a través de los ministerios, mediante la proposición y evaluación de las políticas y planes correspondientes que compete a cada sector, constituyéndose en los órganos superiores de colaboración del Presidente, justamente en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores.

La autoridad de gobierno se ejerce por parte de los ministerios mediante la proposición y evaluación de las políticas y planes correspondientes, el estudio y proposición de las normas aplicables a los sectores a su cargo, el control del cumplimiento de las normas dictadas, la asignación de recursos y la fiscalización de las actividades del respectivo sector, entendida esta como un campo más o menos específico de la actividad social.

Desde un punto de vista organizativo, los ministerios cuentan con un ministro, con una o más subsecretarías y las secretarías regionales ministeriales.

Los ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, son responsables en la conducción de sus respectivos ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquel imparte.

Los subsecretarios son los jefes superiores de las subsecretarías y tienen carácter de colaboradores inmediatos de los ministros. Les corresponde, además, coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna de los ministerios y cumplir las demás funciones que les señala la ley.

Por otro lado, los servicios públicos son órganos administrativos encargados de aplicar las políticas, planes y programas que apruebe el Presidente de la República a través de los respectivos ministerios.

En concordancia con el ordenamiento constitucional, para efectos de gobierno y administración interior del Estado, el territorio se divide en regiones, y estas, en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas, su administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, en su caso, en conformidad con la ley.

El *gobierno* de cada región reside en un Intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de



la República, siendo su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.

La *administración* superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región. Dicho gobierno estará constituido por el Intendente y el Consejo Regional que, para el ejercicio de sus funciones, gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

A su vez, en cada provincia existirá una gobernación, que será un órgano territorialmente desconcentrado del Intendente y estará a cargo de un Gobernador, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.

Los municipios, instituciones responsables de la administración de las comunas, se definen como *corporaciones autónomas* de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, y se constituyen por el alcalde y el Concejo Municipal, autoridades electas por el sufragio popular. Su finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

En síntesis, para efectos de administración, el Estado chileno se divide en 15 regiones, 54 provincias y 346 comunas².

A dicho ordenamiento territorial institucional del país le corresponden las siguientes competencias:

| Tabla N° 1 | | | |
|---|-------|----------|----------|
| Competencias por nivel de gobierno y administración | | | |
| FUNCIÓN | Local | Regional | Nacional |
| Defensa | | | X |
| Política macroeconómica | | | X |
| Orden público y seguridad | | | X |
| Vivienda | | | X |
| Salud | X | | X |
| Educación | X | | X |
| Desarrollo económico | X | X | X |
| Planificación territorial | X | X | X |
| Protección social | | X | X |
| Protección medio ambiente | X | X | X |
| Cultura y actividades recreativas | X | X | X |

Fuente: Manuel Vivar Aguilar (2010).

² Nota del Editor: a contar del 6 de septiembre de 2018 Chile tendrá 16 regiones, por la creación de la nueva XVI Región de Ñuble, que contará con Chillán como capital regional y estará integrada por las nuevas provincias de Diguillín, Punilla e Itata.

A su vez, las competencias tributarias por nivel son las siguientes:

| Tabla N° 2 | | |
|---|---------|-----------|
| Competencias tributarias por nivel | | |
| | CENTRAL | MUNICIPAL |
| Impuesto sobre ingresos (personas y empresas) | X | |
| Sobre las ventas (IVA) | X | |
| Sobre patrimonio y activos | X | |
| Sobre comercio exterior | X | |
| Sobre vehículos | | X |
| Sobre bienes inmuebles | | X |
| Sobre funcionamiento comercial (patentes) | | X |

Fuente: Manuel Vivar Aguilar (2010).

Este modelo institucional de organización del Estado indudablemente condiciona el modo de gobernar, especialmente en lo referente a la cuestión espacial: de arriba abajo, desde el centro hacia la periferia, usando preferentemente el modelo “principal-agente”, en desmedro del modelo “elección pública local”, y con una impronta principalmente sectorial. Por ello, no es extraño encontrarnos con que la variedad de políticas, programas e instrumentos “nacionales”, diseñados desde el centro y trasladado a territorios (regiones y comunas), cuyos beneficiarios y localizaciones son además habitualmente determinadas por las autoridades centrales o sectoriales desconcentradas, tienen como efecto dispersión territorial y pérdida de efectividad (Ruiz, 2005).

La ausencia de modelos territoriales y de gestión integrada del territorio a escala regional y subregional (comunal o intercomunal), explica en gran parte la persistencia de un crecimiento desordenado y con inequidad territorial, muchas veces especulativo y depredador, afectando seriamente la coherencia territorial y su sustentabilidad (Ruiz, 2005).

Estas formas institucionales y modalidad de gobierno y políticas ha provocado lo que se ha denominado “regionalismo subordinado” (Ferrada, 2001a). A pesar de su efectividad, la “cultura de la subordinación al centro político”, ha conllevado una permanente autoinhibición regional para generar políticas, programas y proyectos con importancia estratégica.



Cada vez hay mayor coincidencia que Chile necesita cambiar su lógica de administración y relación entre el Estado y las regiones. Si bien, la emergencia de los gobiernos regionales ha significado un avance institucional que siembra semillas de respuestas transversales a los temas del desarrollo de territorios y comunidades e institucionaliza espacios de intermediación entre lo nacional y lo local, su instalación y desarrollo lo ha sido en medio de la complejidad y, en la mayoría de las veces, con herramientas que le son ajenas. Más todavía, la institucionalidad de planificación no le ha sido un factor facilitador, pues aunque existen abundantes instrumentos, su desarticulación dificulta aún más su quehacer (Arenas, 2004).

De algún modo, se ha ido agotando una manera de diseñar, ejecutar y evaluar las políticas públicas, en suma, una manera de hacer gobierno para las regiones, los territorios y sus comunidades (Ruiz, 2005).

Más aún, al decir de Prats (2009, p. 11): “el salto al desarrollo [...] se encuentra bloqueado por un haz de desigualdades anudadas por la concentración 0

Modelos de descentralización en la experiencia comparada

El debate sobre la organización vertical del poder y la estructura de la distribución territorial del poder político en el territorio es especialmente relevante desde el advenimiento del constitucionalismo moderno, fruto de las revoluciones liberales francesa y americana. Ambas optan por dos modelos completamente distintos de organización: la primera, por un centralismo uniformador basado en un concepto radical de igualdad, concretamente de igualdad del ciudadano ante la ley; la segunda, por el camino exactamente contrario, esto es, la división del poder político para evitar la concentración de poder en manos de un solo sujeto político. Ambas concepciones buscan la unidad y la permanencia mediante opciones distintas: la experiencia francesa busca la unidad de la nación mediante la homogeneización, mientras que la experiencia americana busca la unidad en el respeto de la diversidad (Carrión, 2003).

¿Existen modelos de descentralización?

Según Carrión (2003), la existencia de factores generales y la imposición de lógicas por parte de los organismos internacionales daría a pensar en la existencia de modelos. Sin embargo, al revisar los casos, la evidencia nos muestra una realidad totalmente distinta: los procesos de Alemania, España, Bélgica o Inglaterra son diferentes entre ellos, así como lo son en relación a los de Bolivia, Colombia, Ecuador y Chile.

La descentralización no ha sido una experiencia uniforme y mucho menos es conveniente y posible la existencia de un modelo único.

Más aun, una misma medida específica, en contextos institucionales distintos, puede significar en un caso un avance en descentralización y en otro, un retroceso de la misma.

En Europa, el avance descentralizador se inicia a finales de la década de 1940, después de la Segunda Guerra Mundial. El que Estados Unidos, vencedor en el conflicto, contara con un modelo de Estado altamente descentralizado influyó en la revisión del Estado europeo, que en aquella época era unitario y centralizado. Desde ese momento y de manera gradual, la descentralización se fue extendiendo por todo el continente. Sin embargo, el proceso se ha realizado con flujos y reflujos, con un grado de heterogeneidad por países y con una velocidad característica propia de cada uno de ellos (Carrión, 2003).

Fueron los dos países más devastados por la guerra, Italia y Alemania, los que impulsaron este proceso y siguieron formas distintas. En Alemania, Estado federal, la descentralización se realizó sobre la base de una estructura preexistente, con una orientación a profundizar las autonomías de los Länder (Estados). Italia, por su parte, fortaleció la tendencia nacional de organización de su Estado. Esto significa que, en los dos tipos de organización estatal (federal y unitaria) y en las dos formas de organización territorial (regional y estatal), la descentralización se produjo con un factor común: fortalecimiento del orden intermedio de gobierno.



Un segundo momento se produce en las décadas de 1970 y 1980, cuando nuevos países entran en el proceso. En Francia, con la victoria socialista, la tendencia recibe un gran impulso a través de consejos regionales, de los departamentos (administración periférica), y de la ampliación de las competencias de los gobiernos locales. En Inglaterra, luego de un gran esfuerzo en las administraciones locales durante el período Thatcher, comienza la devolución de los poderes a Gales y Escocia y, posteriormente, a Ulster, lo que en 1999 conduce a la elección de los primeros parlamentos en la historia escocesa y galesa. España se suma a este proceso, tras la caída de la dictadura de Franco, para procesar el enfrentamiento de las “dos Españas”: la centralista, católica, monárquica y capitalista, con la federal, laica, republicana y socialista. En este caso, las circunscripciones territoriales provienen de la existencia de comunidades con identidad histórica, cultural y lingüística, que se reclaman como naciones.

Posteriormente, el proceso toma mucha fuerza en los países del este europeo, tras la caída del muro de Berlín. Mientras las Alemanias se reunifican bajo la forma federal, la URSS pasa por una Comunidad de Estados Independientes —que prácticamente no operó—, hacia una Federación Rusa, que contiene varios Estados y un grupo adicional de otras trece repúblicas independientes (Estonia, Letonia, Lituania, Bielorrusia, Moldavia, entre otras). Algo similar ocurre con Yugoslavia, donde se forma la Federación Yugoslava (Serbia, Kosovo y Montenegro), quedando afuera Macedonia, Croacia y Bosnia. Checoslovaquia, por su parte, se divide en dos países independientes.

El proceso europeo de descentralización destaca un orden intermedio de gobierno, que se caracteriza por una gran diversidad de situaciones dentro del proceso de revalorización de la función que cumple y del ámbito que representa. Va desde las concepciones tradicionales alrededor de la provincia, el departamento o el condado hacia las nuevas, que tienen un contenido de carácter regional: federal, según los once Länder en Alemania; de las comunidades autónomas con veinte regiones en Italia y diecisiete en España; de áreas de planificación sin personalidad jurídica, como las ocho regiones inglesas o las veintinueve francesas (Borja, 1976, cit. en Carrión, 2003).

En parte, este énfasis proviene de la necesidad de poner fin al minifundismo municipal, que tantos problemas de atomización trajo. Se percibe que un ente territorial superior al local fragmentado, surgido de la agregación de ellos, podría solventar algunos de los problemas existentes. De allí que en toda Europa se reduce el número de municipios: en Inglaterra, de 2.000, se pasa a 500; Francia promueve la mancomunidad de sus 38.000 municipios; en Alemania, de 24.000, bajan a 3.500; en Austria, de 4.000, a 2.300; en Suecia, de 2.500, a 270 (Carrión, 2003).

Hay que destacar que, en los noventa, se consolida en Europa un movimiento supranacional, que da origen a la Unión Europea, sustentado en un “esquema descentralizado de subordinación autonómica”. En este contexto, el orden intermedio se define por los Estados nacionales, mediante una coparticipación concurrente de las potestades normativas.

Se añade así un nuevo nivel territorial que redefine la función de intermediación en el Estado nacional, al incorporarse el contenido supranacional. Por consiguiente, la descentralización, por medio de la globalización, deja de ser un tema meramente subnacional y pasa también a ser supranacional, redefiniendo las relaciones local/nacional, nacional/global y local/global.

En América Latina, a su vez, la revaloración de la cuestión local, a fines de la década de 1970 y principios de la década de 1980, se da asociado a los procesos de redemocratización que se viven en la región y de conclusión de los regímenes denominados de “seguridad nacional”. La reforma del Estado puso en la agenda el tema de la descentralización. Desde aquella época, se pueden percibir tres etapas en el proceso de descentralización (Carrión, 2003).

La primera etapa se caracteriza como la vía municipal de fortalecimiento de lo local, a partir de la transferencia de recursos y competencias, así como de la ampliación de su base social de sustentación, a través de la participación y la representación. Este proceso desencadena una marcada bipolarización entre lo local y lo central.



La vía municipalista de fortalecimiento local desde los niveles centrales generó la hegemonía de un tipo de poder local sobre los otros y de este sobre los intermedios, que tiende aceleradamente a homogeneizar la escena local y a tensionar la visión nacional. Los procesos más radicales de municipalización fueron el boliviano y el colombiano; en el primer caso, a través de la creación de múltiples municipios y, en el otro, mediante una propuesta institucional general (Carrión, 2003).

La segunda etapa se caracteriza por el reposicionamiento del orden intermedio de gobierno, con el objeto de remediar el vacío que produjo el excesivo peso sobre lo municipal (Carrión, 2003).

La tercera etapa presenta un proceso de reflujo. Venezuela cambia de ritmo por el énfasis puesto

en la reforma política; Colombia, por el conflicto militar que vive en ese momento; Ecuador, por la aguda crisis económica; Bolivia, por el cambio de gobierno y la burocratización del proceso. Perú, si bien es uno de los países pioneros, pronto entró en un franco proceso de estancamiento en el período de Fujimori, aunque posteriormente existen signos alentadores de arranque del proceso (Carrión, 2003). Chile sigue su evolución lenta, aunque con estancamiento relativo por los impactos de la crisis asiática, que hoy parece haber superado al relanzar una agenda descentralizadora.

Con todo, y más allá de las políticas descentralizadoras de los gobiernos latinoamericanos, con sus flujos y reflujos, sus modelos de Estados y divisiones administrativas presentan el cuadro siguiente:

| Tabla N° 3 | | |
|--|---|--|
| Tipos de estado y división administrativa en países de América del Sur | | |
| PAÍS | TIPO DE ESTADO | DIVISIÓN POLÍTICO ADMINISTRATIVA |
| ARGENTINA | Federal | El gobierno federal, 23 provincias, más la ciudad autónoma de Buenos Aires, y 1.301 municipios |
| BOLIVIA | Unitario descentralizado y con autonomías | 9 departamentos, 112 provincias, 327 secciones de provincias y 1.430 cantones (2005) |
| BRASIL | Federal | La Unión, 26 estados, el distrito Federal y 465-564 municipios (2007) |
| CHILE | Unitario | 15 regiones, 54 provincias y 346 municipios |
| COLOMBIA | Unitario y descentralizado con autonomía en entidades territoriales | 32 departamentos, 10 distritos, 1.096 municipios y territorios indígenas |
| PERÚ | Unitario y descentralizado | 25 regiones y 25 departamentos, 195 provincias y 1.832 municipios distritales (2006) |

Fuente: Elaboración propia en base a Serie de Documento N° 3, SUBDERE, 2009.



Tabla N° 4

Modelos de Estado

| | |
|------------------------------|--|
| ESTADO FEDERAL | Alemania, Argentina, Canadá, Brasil, EEUU, México, Suiza |
| ESTADO AUTONÓMICO | España |
| ESTADO REGIONAL | Colombia, Francia, Italia, Perú |
| ESTADO CENTRALIZADO UNITARIO | Chile |

Fuente: Elaboración propia en base a von Baer et al., 2013.

La descentralización en el nuevo orden constitucional: las distintas opciones o el estado del debate

El actual debate en materia de descentralización existente en Chile debe entenderse como la emanación conflictiva entre transformaciones económicas y políticas, así como expresión espacial de los conflictos entre fuerzas sociales y políticas.

La descentralización es un terreno en disputa, sobre la cual se desatan pugnas por su diseño, secuencia y profundidad. También expresa, resulta y provoca las pugnas por la recomposición espacial de las relaciones entre Estado, economía, sociedad y sistema político.

No obstante dichas pugnas, la forma de organización descentralizada no tiene un contenido único adherido a través de los tiempos, por el contrario, según las circunstancias ha sido la expresión de estrategias contradictorias: de liberales y proteccionistas, de demócratas y reaccionarios.

Una dimensión a considerar en los procesos de descentralización es que afectan los arreglos político-institucionales, dimensión que hemos considerado para efectos de esta reflexión. Por ello, no es menor en este contexto analítico el papel y motivación que juegan los actores políticos que toman la decisión de descentralizar o no descentralizar, ni el lugar institucional que expresan y ocupan en el entramado institucional.

Así, por ejemplo, si los políticos aprecian que ganarán poder al descentralizar lo harán, si no, lo obs-

taclizarán.³ A su vez, dependiendo del lugar desde el cual ejerce, el político tendrá un interés diferente respecto de la descentralización. Si se encuentra en el nivel local querrá ante todo la descentralización política y recursos fiscales transferidos sin responsabilidades administrativas, ni controles sobre el gasto y su destino. En cambio, si el político pertenece al nivel nacional estará motivado a descentralizar responsabilidades administrativas sin recursos y, menos, a ceder autonomía política. A su vez, el político ubicado en el nivel nacional querrá controlar las decisiones locales⁴.

Siguiendo a Tulia Falleti (2006) en su análisis de la secuencia de la descentralización, si el proceso de descentralización empieza “por abajo”, como supuestamente lo hizo en Colombia en la década de 1980, seguirá una secuencia. Primero, los políticos locales lograrán para sí lo más preciado: la autonomía política mediante la elección directa y, en consecuencia, recursos transferidos con alta discreción para su manejo y sin exigencia de resultados. Solo posteriormente se verán compelidos de recibir competencias y facultades a ser financiadas con los recursos previamente cedidos. En este caso la secuencia es: descentralización política > fiscal > administrativa.

Si el proceso se inicia “desde arriba”, como correspondería al caso de Argentina, el poder central transfiere primero competencias sin recursos ni po-

³ Posición calificada por Restrepo (2014), como propia de una teoría de la motivación racional.

⁴ Raciocinio que Restrepo establece podría incluirse en una teoría de la determinación geográfica de la motivación racional.



der político. Pero, ante el colapso de los servicios descentralizados se ve obligado a corresponder con recursos girados y, finalmente, a amparar el proceso con un fortalecimiento de la descentralización política. En este caso la secuencia es: descentralización administrativa > fiscal > política (Falleti, 2006).

Pero, ¿por qué unos procesos empiezan por arriba y otros por abajo? Porque las motivaciones de los políticos locales y nacionales se forman a partir de jerarquías institucionales y políticas heredadas, en que las características de los partidos políticos y los sistemas electorales son definitivas. Si los partidos son fuertemente centralizados, como en México, Venezuela y Argentina, las motivaciones que primarán serán las emanadas desde el nivel central del Estado. Es decir, se tenderá a descentralizar competencias antes que recursos y liderazgo político hacia abajo. En cambio, si los partidos son descentralizados, como en Brasil y Colombia, entonces los políticos territoriales lograrán la descentralización política y fiscal sin responsabilidades administrativas.

El profesor Kent Eaton de la Universidad de California (cit. por Restrepo, 2014) compara cuatro procesos de descentralización en América Latina. De una parte se encuentran Brasil y Argentina, países en donde los procesos seguirían una dinámica de “abajo - arriba”. De la otra están Uruguay y Chile, cuyos procesos se ciñen a un fuerte control de “arriba - abajo”.

En Brasil y Argentina los representantes territoriales y los partidos políticos habrían participado de manera importante en los arreglos constitutivos de la nación. Su fuerza y dinámica no habría desaparecido en el siglo XX. Por el contrario, habría perdurado a través de los cambios en los modelos económicos y los regímenes políticos.

En cambio, desde muy temprano en Uruguay y Chile se tejieron los arreglos que les otorgaron estabilidad a ambas naciones. El centralismo acompañó la evolución de los pactos y rupturas políticas a través de la historia de siglo XX. Así, cuando la descentralización aparece en la década de 1980, en los primeros (Brasil y Argentina), la dinámica emerge desde abajo, y en los segundos (Uruguay y Chile) desde arriba (Eaton, 2004, cit. por Restrepo, 2014).

Si bien estos factores son importantes a la hora de comprender las dinámicas y pugnas por la cuestión de la descentralización, no se debe caer en el error del “fetichismo institucional” (Restrepo, 2014), ni en el determinismo político cuya concepción estrecha explica la historia a partir de la motivación de los individuos que ejercen la política, y en construcciones más sofisticadas que estudian las estructuras de los sistemas políticos, electorales y de partidos como explicativas de las formas de organización de lo político (Leiras, 2009, cit. por Restrepo, 2014).⁵

Ahora bien, en cuanto a Chile, en el segundo gobierno de la presidenta Bachelet se constituyó la Comisión Asesora en materia de Descentralización⁶, cuyo informe final propuso un conjunto de iniciativas que, en lo fundamental, formula las principales bases constitucionales que conformarían la nueva forma o modelo de Estado: un Estado descentralizado, que separa las funciones de gobierno regional y de gobierno interior, radicando la distribución del poder descentralizado en las municipalidades y los gobiernos regionales.

En efecto, en una primera aproximación esencial en el plano constitucional propone la adecuación de la Carta Fundamental para dotar a los gobiernos regionales de las capacidades de autonomía de gestión que les permitan desempeñar sus tareas. A partir de la definición del Estado de Chile como uno de carácter descentralizado, sobre un territorio indivisible, la autonomía política, por ejemplo, exige consagrar la elección popular de las autoridades del ejecutivo regional, el sistema electoral aplicable, la extensión del mandato y las normas básicas acerca de la responsabilidad política. La descentralización fiscal, por su parte, requiere habilitar un marco constitucional para ella, tales como la autorización

5 Argumentación calificada por Restrepo como una teoría de la determinación político-partidista de la forma territorial.

6 Dicha Comisión propuso 10 grandes definiciones: 1) Definición del Estado de Chile como Estado descentralizado; 2) Elección popular 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) Fortalecimiento de la institucionalidad pública regional; 9) Democracia local y regional; 10) Fortalecimiento de la participación ciudadana.



para el establecimiento y aplicación de ciertos tributos a nivel regional, del endeudamiento regional y normas que precisen la afectación de determinados impuestos al erario de los gobiernos subnacionales. Finalmente, respecto de las competencias de gobierno y administrativas, también resulta conveniente ajustar la Carta Fundamental para precisar sus competencias propias o exclusivas, aquellas que compartirá con el gobierno nacional y aquellas en que este podrá delegar su ejercicio en los gobiernos regionales. Una definición constitucional precisa de las competencias de los gobiernos regionales no solo contribuye a reducir los eventuales y previsibles conflictos de competencias que puedan suscitarse entre los distintos niveles de gobierno, sino que es, además, condición necesaria para atribuir al Tribunal Constitucional la función esencial de dirimir tales controversias.

Del conjunto orgánico de las propuestas de la Comisión Asesora, solo algunas de ellas fueron recogidas por el Ejecutivo, conformando lo que el gobierno denominó la “agenda de descentralizadora”.

Dicha agenda estuvo compuesta por 4 pilares:

- una reforma constitucional para la elección del ejecutivo del gobierno regional;
- un proyecto de modificación de la Ley orgánica constitucional de gobierno y administración regional, “Ley de fortalecimiento de la regionalización”, que propone nuevas funciones a los gobiernos regionales (GORES), crea nuevos instrumentos de planificación presupuestaria, establece procedimientos de transferencias de competencias, modifica la estructura administrativa de los GORES, crea la estructura de gobiernos de las áreas metropolitanas;
- un anteproyecto de ley de financiamiento y responsabilidad fiscal, comprometido una vez que se legisle las dos iniciativas anteriores, y;
- modernización municipal mediante una ley que modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales, entre otros, y que ya fue publicada como ley de la República N° 20.922, del 25 de mayo de 2016.

En lo fundamental, no se innova en el carácter de Estado unitario de Chile, no obstante que se avanza en el plano político en la elección de intendentes o gobernadores regionales.

Para asegurar el éxito de estas reformas impulsadas por el gobierno es fundamental, en opinión de la OECD (2015), que vayan acompañadas de mejoras en los mecanismos de coordinación intersectorial de las políticas a nivel central, el refuerzo de los mecanismos de redistribución fiscal y el desarrollo de capacidades a nivel de gobierno subnacional.

Sostiene además, que el proceso de descentralización debería utilizarse para dar un giro hacia políticas regionales, urbanas y rurales más diversificadas y orientadas al desarrollo, pues la desigualdad en Chile tiene una fuerte dimensión territorial, con mucha variación en los niveles de vida entre regiones. Chile es uno de los países más centralizados de la OCDE, lo cual impide que las políticas se adapten a las necesidades locales. En caso de ser implementadas eficazmente, las reformas que está impulsando el gobierno de Chile deberían contribuir a corregir esta situación.

El análisis y recomendaciones de OECD reafirman, según Prats (2009), que:

en las condiciones actuales de desarrollo, la plena movilización de las potencialidades y recursos naturales y humanos de Chile no pueden hacerse manteniendo el poder político, económico, mediático y cultural en manos de unas élites santiaguinas dinámicas pero escasas en número, muy concentradas, familiares, poco abiertas a la renovación de sus miembros, poco transparentes y que viven una simbiosis casi perfecta con la institucionalidad formal e informal de la centralización...” y, “constituye un espaldarazo técnico a la convicción política y cultural... de que *‘Chile será descentralizado o no será desarrollado’*.”

Concordamos con Prats (2009), en que “el modelo de democracia de élites políticas y económicas altamente centralizadas ha tocado techo y está produciendo un distanciamiento creciente entre las élites dirigentes y la ciudadanía en general”; basta ver



el informe del PNUD, Auditoría a la democracia (2016), donde, entre otras materias, los ciudadanos manifiestan en un 5% tener confianza en los partidos políticos, 8% en el Congreso, 13% en el Gobierno y 81% estar muy de acuerdo (43%) y de acuerdo (38%) con la elección popular de intendentes, y el 61% señala que le importa que el candidato sea de su zona.

El gran desafío del país es que “la descentralización no puede hoy entenderse como un movimiento para la defensa de los intereses de las regiones frente al centro, *sino como un movimiento de reconceptualización de Chile* (subrayado nuestro) y de los intereses de todos los chilenos y chilenas” (Prats, 2009).

El debate parlamentario en torno al proyecto de elección de intendentes o futuros gobernadores regionales concentró su foco en el umbral de votos para su elección. El proyecto originalmente planteaba mayoría absoluta y segunda vuelta, en caso de no ocurrir. La oposición, en cambio, sostenía la mayoría simple. El acuerdo finalmente estableció un mínimo del 40% de los votos para la elección de los gobernadores regionales.

También el debate se centró en “amarrar” el proceso electoral regional con transferencias de competencias explícitas y determinadas, y no tan solo un procedimiento para aquellas.

Aprobada la elección de los gobernadores regionales y el “fortalecimiento de la regionalización” que hace referencia a las transferencias de competencias y fortalecimiento de los gobiernos regionales, quedaría pendiente el debate del proyecto de financiamiento y responsabilidad fiscal.

Ciertamente, de prosperar todas estas iniciativas, a las cuales muchos legisladores se oponen, el país habría dado un gran paso en materia de descentralización. Sin embargo, subsistiría la definición constitucional de Estado unitario que, más allá de elecciones regionales mediante, mantendría un enfoque más bien administrativista de la descentralización.

En tal sentido, el actual debate nacional no ha abordado de manera explícita la cuestión de fondo del orden constitucional de si el Estado chileno es solo unitario o si, como propuso la Comisión Asesora Presidencial, es descentralizado o, podríamos agregar, unitario descentralizado.

- En la experiencia institucional de los países se puede reconocer diferentes modelos de Estado:
- Estado federal: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Suiza
- Estado autonómico: España
- Estado regional: Colombia, Francia, Italia, Perú
- Estado unitario centralizado: Chile

Más que modelos puros, entre estas formas de Estado a su vez se presentan matices. De hecho, según lo describe Ferrada (2006), actualmente un buen número de Estados, producto de los requerimientos de eficacia y eficiencia que les impone la gestión administrativa, han generado procesos de desconcentración y descentralización administrativa, sin renunciar a su carácter de Estado unitario.

Siguiendo a von Baer y otros (2013), parece aconsejable, para el caso de Chile, optar por aquel modelo de Estado que responda mejor al conjunto de los siguientes objetivos:

- a) responder al ‘orden natural’ del país, poniendo en valor y potenciando las singulares características de diversidad geográfica, climática, productiva, social, cultural y étnica;
- b) desarrollar en plenitud todo el potencial productivo de todos los territorios del país y alcanzar en menos tiempo la condición de una sociedad social y territorialmente integrada y de país desarrollado;
- c) ser proporcionado y funcional al tamaño demográfico y económico del país, sin generar una expansión y costo burocrático mayores a sus beneficios efectivos;
- d) preservar su condición de Estado unitario, en los aspectos esenciales para la unidad de la Nación, como son: congreso nacional, relaciones exteriores, FFAA, policías, seguridad interior, justicia, grandes estrategias-país;
- e) asegurar el mayor grado posible de descentralización política (elección y fortalecimiento de autoridades regionales), administrativa (traspaso de competencias de decisión autónomas) y fiscal (traspaso y generación de recursos de uso autónomo), en aplicación del principio de doble subsidiariedad, privilegiando el nivel local sobre el regional, y este sobre el nacional;



- f) remover los actuales obstáculos del sistema de gestión pública, sustituyendo su uniformidad por flexibilidad, su verticalidad por redes horizontales, su sectorialidad por territorialidad;
- g) promover los mayores niveles de desarrollo autónomo posibles de todas las comunidades y territorios locales y regionales del país;
- h) construir la oferta pública a partir de las oportunidades de desarrollo y demandas de los territorios y sus comunidades, más que de las instancias y la burocracia del nivel central;
- i) no generar resistencias insalvables durante las diferentes etapas de debate y aprobación de las reformas requeridas para la adopción del modelo y por ende paralizantes para el avance y resultado final del proceso”.

A juicio de dichos autores, la aplicación de tales criterios, conlleva descartar como opción el modelo de Estado federal, puesto que significaría, entre otros, no preservar la esencia del Estado unitario, además de una complejidad y costos de expansión burocrática innecesarios y desproporcionados para el tamaño demográfico y económico de Chile.

Por razones análogas, tampoco parece recomendable adoptar la forma de Estado autonómico — como el caso español—, sobre todo cuando en Chile no existen las características históricas, culturales y políticas propias de las regiones y comunidades autonómicas españolas.

Por el contrario, la aplicación de los criterios propuestos precedentemente “orientan hacia la alternativa del modelo de Estado regional (o estado descentralizado, en el lenguaje de la comisión asesora), opción que, entre otros:

- preserva la esencia del Estado unitario;
- responde mejor a la amplia y rica diversidad característica de Chile;
- impone un avance más significativo del proceso de descentralización y de fortalecimiento de capacidades de todas las comunidades locales y regionales;
- en definitiva, acerca en menos tiempo a niveles más equilibrados de desarrollo social y territorial, propios de los países desarrollados” (von Baer et al., 2013).

Como señala Ferrada (2006), “es necesario hablar de un Estado regional, en que las regiones tengan la autonomía y jerarquía necesarias para plantear sus propias estrategias y políticas de desarrollo, contando para ello con las herramientas jurídicas indispensables para cumplir con su cometido”.

Según Ferrando Badía (cit. en Ferrada, 2006):

el Estado regional se caracterizaría porque las regiones que lo componen son categorizadas como entidades autónomas, dotadas de personalidad jurídica, no originaria ni soberana, que gozan de una potestad legislativa y de administración limitada, condicionada y subordinada a la potestad de gobierno del propio Estado. Así, en el Estado regional [...] las unidades regionales poseen competencias legislativas [acotadas, precisamos nosotros], administrativas y financieras, pero ellas como una derivación del reparto de potestades que ha hecho el propio constituyente estatal, único titular de este poder.

De esta manera, el Estado regional se construye como una opción de descentralización política alternativa al Estado federal, recogiendo algunos elementos de éste —autonomía política, solidaridad y controles jurídicos—, pero sin compartir el poder originario y supremo —poder constituyente— que otorga cohesión al Estado central.

Al respecto, Villanueva (2009, cit. en Von Baer *et al.*) realiza una caracterización de las diferencias entre un Estado unitario y uno regional:



Tabla N° 5

Diferencias entre Estado unitario centralizado y Estado regional

| Estado unitario centralizado | Estado regional |
|--|--|
| Un solo gobierno político en todo el territorio; un solo centro político. | Un gobierno político central y varios gobiernos regionales: policentrismo y pluralidad de centros políticos en la distribución del poder. |
| Con regionalismo administrativo: la región es solo una circunscripción administrativa, una división territorial. | La región es una persona jurídica de derecho público interno, dotada de potestades políticas que contrapesan en poder público central. |
| Una sola legislación nacional, como consecuencia de existir un solo órgano legislativo. | Pluralidad de ordenamientos legislativos: un ordenamiento legislativo nacional, que elabora el órgano legislativo central, y varios ordenamientos regionales, elaborado por los órganos legislativos de cada región. |

Fuente: Alvaro Villanueva (2009, Mesa de diálogos de descentralización, cit. en Von Baer et al. (2013).

Siendo incierto aún, a la fecha de elaboración de este escrito, el resultado legislativo de algunos de los proyectos de ley anunciados, lo que determinará los avances o no de un efectivo proceso descentralizador, quedará igualmente pendiente la definición constitucional del tipo de Estado, de gobierno y administración territorial del mismo, si unitario o descentralizado.

Parafraseando a Sergio Boisier (2014), el futuro que nos espera en este campo respecto del tipo de Estado y descentralización requerida, está en nuestras

manos, de los actores políticos, académicos, pero especialmente, a luz de las encuestas e informes como los del PNUD, en manos de los/as ciudadanos/as.

Por ello resulta tan relevante el proceso constituyente impulsado por el gobierno de Bachelet, pues abrió la posibilidad a una participación ciudadana sustantiva mediante una asamblea constituyente que permita establecer no solo un nuevo pacto entre ciudadanos y entre estos y el Estado, sino también entre las regiones y el Estado.



Bibliografía

- Arenas, F. (octubre de 2004). Planificación y gestión del territorio: Aspectos institucionales e instrumentales. En Seminario de planificación y gestión del territorio, Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) e Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales (IEUT), Santiago de Chile.
- Boisier, S. (2014). Chile: hacia una innovación descentralizada. Exposición en Seminario del Proyecto RED, Unión Europea/Subdere.
- Carrión, F. (2003). La descentralización: Una perspectiva comparada entre América Latina y Europa. En Carrión, F. (ed.). *Procesos de descentralización en la Comunidad Andina*. Quito, Ecuador: Flacso, OEA, Parlamento Andino.
- Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional (2014). Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial de Chile.
- Constitución Política de la República. Texto actualizado a octubre de 2010.
- Constitución Política de la República. Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- Falleti, T. (2006). Una teoría secuencial de la descentralización: Argentina y Colombia en la perspectiva comparada. En *Desarrollo Económico: Revista de Ciencias Sociales/ Instituto de Desarrollo Económico y Social*, Vol. 46, N° 183 (oct-dic 2006), Buenos Aires, pp. 317-352.
- Ferrada, J. C. (2001). El Estado regional chileno: Lo que fue, lo que es y lo que puede ser. En *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, Tomo 2: pp. 223-248.
- Ferrada, J. C. (2001a). El Estado regional chileno: un modelo de descentralización sin participación política. En *Revista Iberoamericana de Administración Pública/ Instituto de Administración Pública (Madrid)*, N° 6, enero-junio, 2001: pp. 175-208.
- Insulza, J. M. (2003). Política regional. Presentación realizada en la Cámara de Diputados el 08 de julio de 2003.
- Lahera, E. (2000). *Políticas sociales y desarrollo regional*. Recuperado de: www.ubiobio.cl/cps/ponencia/doc/p18.2.htm-37k
- Leiras, M. (2009). Los procesos de descentralización y la nacionalización de los sistemas de partidos en América Latina. Documento de trabajo N° 3: 4.
- Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/N?i=191865&f=2016-01-05&p=>
- Navarrete, B. e Higuera, V. (2014). Chile desde la teoría secuencial de la descentralización, 1990-2010. *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, sep.-dic, pps. 179-202. XIII Seminario Internacional de Red Iberoamericana de Investigadores sobre Globalización y Territorio (RII), 1 a 4 de septiembre de 2014, Salvador, Brasil.
- OECD (2009). Chile. Estudios territoriales de la OCDE.
- OECD (2015). Chile, prioridades políticas para un crecimiento más fuerte y equitativo. Serie “Mejores Políticas”, septiembre 2015.
- Palma, E. (2009). El desafío de la descentralización: La especificidad y las exigencias del caso chileno. En Von Baer, H. (ed.). *Pensando en Chile desde sus regiones*, Ediciones Universidad de La Frontera, AUR y Red Sinergia Regional, pp. 47-60.
- PNUD (2016). IV Encuesta Auditoría a la Democracia. 9 de septiembre de 2016. Recuperado de: www.auditoriaalademocracia.org
- Prats, J. (2009). Chile será descentralizado, o no será desarrollado. En Von Baer, H. (ed.) (2009). *Pensando en Chile desde sus regiones*, Ediciones Universidad de La Frontera, AUR y Red Sinergia Regional, pp. 11-15
- Raczynski, D. y Serrano, C. (2001). Descentralización. Nudos críticos. CIEPLAN. recuperado de: <http://www.asesoriasparaeldesarrollo.cl/docs/145689531.pdf>
- Restrepo, D. (2014). Crítica a los estudios sobre descentralización en América Latina desde un estructuralismo abierto. En XIII Seminario Internacional de Investigadores sobre Globalización y Territorio (RII), Salvador de Bahía, Brasil.
- Ruiz, J. (2005). El desarrollo de buen gobierno en territorio: Experiencias y desafíos para la descentralización, el desarrollo, la coordinación y la cooperación. X Congreso CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago de Chile.
- Subdere. 2009. Ponencia “La experiencia chilena de descentralización y desarrollo regional: La visión de la SUBDERE.” En Seminario Desarrollo regional y descentralización en Europa y América Latina: Políticas Comparadas, organizada por ILPES.



—. 2015. Agenda descentralización 2014-2018. Descentralización en América Latina: Un análisis comparado de los casos de Colombia, Bolivia, Perú, Brasil y Argentina. Serie de Documentos de Trabajo N° 3. Recuperado de: www.descentralizacion.subdere.gov.cl

Villanueva, Á. (2009). Mesa de diálogos de descentralización. En (2013: 44) en Fundamentos y propuesta para construir una política de Estado (2014-2030) y un Nuevo Programa de Gobierno (2014-2018) en descentralización y desarrollo territorial. Instituto de Desarrollo Local y Regional, IDER, Universidad de La Frontera.

Vivar Aguilar, M. (2010). La descentralización fiscal en Chile. Una aproximación desde el enfoque cualitativo, en *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, Vol X, N° 1, Universidad Arturo Prat, pp. 35-57.

Von Baer, H., Toloza, I. y Torralbo, F. (2013). Fundamentos y propuesta para construir una política de Estado (2014-2030) y un nuevo programa de gobierno (2014-2018) en descentralización y desarrollo territorial. Instituto de Desarrollo Local y Regional, IDER, Universidad de La Frontera.



Editores

Eugenio Rivera Urrutia, Doctor en Ciencias Económicas y Sociales, investigador de Fundación Chile 21 y académico de la Universidad de Talca.

Gustavo Rayo, Administrador Público de la Universidad de Chile y Doctor en Estudios Políticos por la Universidad de Grenoble (Francia). Director Escuela de Ciencia Política y Administración Pública Universidad de Talca.

Pie de imprenta

Fundación Friedrich Ebert en Chile
Hernando de Aguirre 1320 I Providencia I
Santiago de Chile.

Responsable
Simone Reperger
Representante de FES-Chile
www.fes-chile.org

Fundación Friedrich Ebert en Chile

La Fundación Friedrich Ebert (FES), fundada en 1925 en Alemania, es una institución privada de utilidad pública comprometida con las ideas de la Democracia Social. Lleva el nombre del primer presidente del Estado alemán elegido democráticamente, Friedrich Ebert, y es portadora de su legado en cuanto a la configuración política de la libertad, la solidaridad y la justicia social. A este mandato corresponde la Fundación en el interior y exterior de Alemania con sus programas de formación política, de cooperación internacional y de promoción de estudios e investigación.

Las opiniones expresadas en esta publicación no reflejan, necesariamente, los puntos de vista de la Friedrich-Ebert-Stiftung.

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.

ISBN: 978-956-7630-60-8