



UNIVERSIDAD
SAN SEBASTIAN
FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

REVISTA DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Nº 26/2022

I.S.S.N. 0718-302X

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Andrés Chadwick Piñera
Decano

Gonzalo Arenas Hödar
Director de la Revista

Carlos Villarroel
Secretario de la Revista

Comité Editorial

Jaime Abedrapo, Iván Navas, Nicolás Oxman, Tatiana Celume,
Felipe Muñoz, María Cristina Schwabe, Gina Osorio, Marión Soto, Carlos Villarroel,
Roberto Mayorga, Carlos Künsemüller y Alejandro San Francisco

La Revista de Derecho y Ciencias Sociales es una publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián y es la continuadora de la *Revista de Derecho* de la misma universidad.

Domicilio legal: Bellavista 7, Recoleta, Santiago.

Correo electrónico: gonzalo.arenas@uss.cl

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita la revista.

Publicación semestral.

ÍNDICE

Presentación	7
Congreso bicameral: garantía de descentralización <i>Álvaro Iriarte Baron</i>	9
Derecho a la educación, libertad de enseñanza y derecho preferente de padres, madres y apoderados en la educación de sus hijos <i>Fernando Peña Rivera</i>	35
Descentralización, una propuesta al Constituyente <i>Jaime Abedrapo, Luis Arturo Squella Ovalle, Clemente Recabarren Vial, Gustavo Paulsen Brito, Diego Shalper Sepúlveda, Macarena Bravo Rojas</i>	53
Las aguas en la nueva Constitución <i>Tatiana Celume Byrne</i>	125
La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes en el Proyecto de Constitución Política de la República de Chile de 2022 <i>José Maximiliano Rivera Restrepo</i>	145
La propuesta de texto constitucional de la Convención Constitucional en materia de actividades económicas y sectores regulados <i>Teresa Zañartu Torres, Hipólito Zañartu Rosselot</i>	161

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián presenta en esta oportunidad el número 26 de su *Revista de Derecho*, la que corresponde al primer semestre del año 2022.

La instancia que constituye la edición y publicación del presente número de la Revista es considerada por nuestra Facultad como un deber especialmente relevante en tiempos en que el proceso constituyente, en el curso del cual se ha debatido acerca de los fundamentos mismos de nuestra convivencia política, se acerca a su escrutinio final por parte de la misma ciudadanía. Es esta, indudablemente, la llamada a juzgar primera y soberanamente en relación con la conveniencia o idoneidad de los cambios propuestos en el proyecto presentado por la Convención Constitucional. No obstante, creemos que las diversas cuestiones planteadas por dicho documento no pueden quedar al margen de la reflexión académica, ya sea por su importancia como materias susceptibles de ser discutidas por los expertos, ya por sus repercusiones en el campo de las políticas públicas.

En el sentido indicado anteriormente, el actual número de la *Revista de Derecho* pretende ser una contribución de nuestra Facultad y de la Universidad San Sebastián al debate nacional respecto del proyecto de nueva Constitución que se plebiscitará el 4 de septiembre, mediante la publicación de seis trabajos académicos, todos en directa relación con la discusión actual.

En primer lugar, se presenta el artículo “Congreso bicameral: Garantía de descentralización”, del profesor Álvaro Iriarte, quien elabora un interesante análisis acerca de la pertinencia del bicameralismo como una herramienta eficaz al servicio de una mayor representatividad de los intereses territoriales. En este escrito, el autor advierte de la necesidad de otorgarle una nueva legitimidad a la existencia del Congreso bicameral; lo que adquiere especial importancia precisamente en el contexto político presente, marcado por un fuerte cuestionamiento a esta modalidad de composición del Poder Legislativo.

La importante temática del derecho a la educación y la libertad de enseñanza requiere una permanente atención por parte del estamento académico, sobre todo si se la considera desde la óptica de los derechos humanos. Este es precisamente el cometido que aborda el profesor Fernando Peña en su artículo “Derecho a la educación, libertad de enseñanza y derecho preferente de padres, madres y apoderados en la educación de sus hijos”, trabajo que nació de la profundización de los temas tratados en una exposición realizada el 25 de noviembre de 2021 en la Comisión sobre Derechos Fundamentales de la Convención Constitucional. En este escrito, el autor nos ilustra acerca de la evolución histórica del reconocimiento de los tres derechos mencionados y aboga por su perfeccionamiento realista –en el caso del derecho a la educación– o su preservación –tratándose de la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres–.

Los profesores Jaime Abedrapo, Clemente Recabarren, Gustavo Paulsen, Diego Schalper, Macarena Bravo y Arturo Squella nos presentan el estudio que lleva por título “Descentralización, una propuesta al Constituyente”, en donde se realiza un diagnóstico detallado del estado de dicho proceso de descentralización, el que, a juicio de los autores, aún tiene un largo camino por recorrer. Los autores finalizan su exposición con varias propuestas concretas tendientes a fortalecer eficazmente los gobiernos locales y regionales.

En el artículo “Las aguas en la nueva Constitución”, escrito por la profesora Tatiana Celume, se analizan algunas implicancias jurídicas del tránsito propuesto por la Convención Constitucional desde el actual régimen en la materia, que considera el agua como un bien nacional de uso público y reconoce los derechos de aprovechamiento como un título concesional, hacia uno nuevo que la califica como un bien común natural, susceptible únicamente de autorizaciones administrativas de uso. La autora concluye brindando su opinión de si se vislumbran razones sólidas o plausibles para sustituir tan radicalmente el estatuto jurídico pertinentes a las aguas.

Presentamos también el trabajo del profesor José Maximiliano Rivera titulado “La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto de Constitución Política de la República de Chile de 2022”. En esta investigación, el autor revisa críticamente la utilización del concepto de “autonomía progresiva” en dos disposiciones del nuevo texto fundamental y los alcances que en nuestro ordenamiento jurídico tendría su eventual reconocimiento en los términos propuestos. Para lograr este objetivo, el profesor Rivera brinda una interpretación precisa de la mencionada noción en el derecho vigente, chileno y español, consultando, además, la respectiva doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, damos a conocer el artículo “La propuesta de texto constitucional de la Convención Constitucional en materia de actividades económicas y sectores regulados”, escrito por los profesores Teresa Zañartu Torres e Hipólito Zañartu Rosselot. En este trabajo, los autores analizan algunas cuestiones vinculadas al derecho constitucional económico tal como quedó establecido en la propuesta de nueva Constitución, en contraste con la regulación consagrada en la actual Carta Fundamental. En este sentido, no podían quedar excluidas de la consideración de los profesores mencionados las importantes temáticas del derecho de propiedad, el emprendimiento económico individual y del Estado, la regulación de los recursos naturales, el derecho de aguas y el derecho de minería. Es de destacar que, en cada apartado y para concluir su exposición, los autores ofrecen al lector tablas comparativas que, a modo de síntesis, recapitulan las principales diferencias entre el texto fundamental actualmente vigente y el del proyecto de la Convención Constitucional.

Con la publicación de los referidos artículos pretendemos dar a conocer las posturas de algunos investigadores acerca de temas de particular trascendencia en el marco del actual debate constitucional, contribuyendo así a un más acabado conocimiento de ciertos contenidos esenciales de la propuesta de nueva Carta Fundamental; todo ello con el objeto de posibilitar una mayor profundización de la discusión en el ámbito especializado y la siempre indispensable divulgación de estas temáticas entre el público lector.

CONGRESO BICAMERAL: GARANTÍA DE DESCENTRALIZACIÓN

*Álvaro Iriarte Baron**

RESUMEN

El bicameralismo tiene en su origen como elemento central la idea de que existen dos cámaras cuyos criterios de integración y representación son distintos y que, por tanto, implican desde una perspectiva democrática diferentes formas de representación. Asimismo, es parte del entramado de pesos y contrapesos de una república democrática, toda vez que cumple esta función tanto respecto del interior de la función legislativa como respecto de la función ejecutiva. Desde esta perspectiva, el sistema bicameral ha adoptado ciertas configuraciones con el advenimiento de las democracias representativas. Y si bien es un engranaje central del sistema de pesos y contrapesos institucionales, el bicameralismo ha sido objeto de fuertes críticas debido a que cumple un rol central para limitar el efecto de mayorías circunstanciales que pueden configurarse en una democracia. Chile tiene una larga tradición bicameral, pero desde una perspectiva histórico-institucional será la Constitución de 1822 el primer texto constitucional donde se establecen las bases del bicameralismo nacional, y en particular del Senado; que continuará su evolución hasta nuestros días, y que durante la redacción de la Constitución de 1980 fue una interesante discusión tanto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución como en el Consejo de Estado. Finalmente, las reformas de 1989 y de 2005 transformaron profundamente el Senado nacional para darle su actual integración. Esta tradición podría verse amenazada en el contexto del proceso constituyente o que podría ser reforzada introduciendo algunos cambios que acentúen su rol de cámara territorial y la igual representación de las regiones.

Palabras claves: Congreso, bicameralismo, Senado, pesos y contrapesos, cámara territorial.

* Abogado, licenciado en derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Master (c) of Liberal Arts University of Chicago. Investigador asociado Instituto Res Publica. airiarte@respublica.cl

I. JUSTIFICACIÓN DEL BICAMERALISMO

Tradicionalmente, el bicameralismo se ha sustentado en dos argumentos centrales y que podríamos calificar comunes tanto en los Estados federales como en los unitarios que optan por él: la función revisora y la función de contrapeso institucional (Abizadeh, 2021). En este sentido, ambas funciones persiguen, en definitiva, un fraccionamiento del poder en dos organizaciones distintas a la vez que mutuamente dependientes (Sánchez, 2004). Asimismo, estos argumentos son los que tienen mayor fuerza a la hora de explicar la adopción de un modelo bicameral en un régimen democrático.

El primero de ellos dice relación con el rol de revisión legislativa que desempeña una segunda cámara legislativa, que en teoría se traduce en el perfeccionamiento de la calidad legislativa de las normas aprobadas en el Congreso. En efecto, se suele concebir la segunda cámara como revisora, que puede tener un carácter más especializado y concebida como más alejada de la contingencia y del enfrentamiento político; una cámara legislativa más reflexiva y de acuerdos (Fermandois Vöhringer, 1997). Se puede considerar como una suerte de control de calidad de las leyes y de los procedimientos legislativos de una democracia, toda vez que las iniciativas de ley son sometidas a una doble lectura y discusión y, por tanto, existe la expectativa que los errores y desaciertos sean menores o menos recurrentes (Sánchez, 2004).

El segundo argumento que tradicionalmente se ha esgrimido en favor de bicameralismo es que un segundo cuerpo legislativo desempeña una función de equilibrio, en el marco de un sistema de pesos y contrapesos institucionales para evitar la concentración del poder en unos pocos actores institucionales, así como también para proteger a las minorías. Es una garantía para prevenir el abuso de poder de una mayoría circunstancial (Abizadeh, 2021).

Es pertinente notar que la forma de Estado que adopte una nación, esto es, federal o unitario (con toda la gama de opciones intermedias que se puedan imaginar) puede tener cierta relación en cuanto a determinar la adopción de un sistema bicameral o no. Observando los Congresos del mundo, es posible apreciar que un Estado federal como regla general optará por el bicameralismo, dejando la Cámara Baja como la cámara que representa al pueblo y la Cámara Alta como la que representa a las entidades federadas (Boudon, 2016), como es el caso de Estados Unidos, Argentina y Brasil, entre otros. En cuanto a lo que ocurre con un Estado unitario, estos adoptan el bicameralismo o el unicameralismo indistintamente y más bien debido a contextos históricos particulares, como lo ha sido Chile, Italia y Francia. Así, naciones que cuentan con una larga tradición de Congreso bicameral pueden ser tanto Estados federales como Estados unitarios.

Más recientemente, el bicameralismo ha sido considerado como un freno para los movimientos populistas y autoritarios del siglo XXI, ya que puede ser el contrapeso efectivo ante las mayorías parlamentarias de corte populista que pueden configurarse en la cámara política en un momento histórico determinado. Es una nueva dimensión del sistema de pesos y contrapesos destinado a evitar que elementos populistas o autoritarios socaven la institucionalidad democrática por un abuso del principio de mayorías. Se argumenta que un sistema bicameral podría ser un buen contrapeso en este caso.

II. BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA DEL SENADO Y SU CONFORMACIÓN EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DE 1822 A 1925

Si bien ya los primeros ensayos constitucionales tras la independencia de la Corona española contemplaron la existencia de un Poder Legislativo separado del Poder Ejecutivo y del Judicial –elemento característico del ideario republicano liberal del siglo XIX–, el tratamiento no permitió configurar con claridad el referido poder. En efecto, en estos ensayos constitucionales en general no se dedica mucho texto al Poder Legislativo, cuestión que solo comenzará a ser un tema recurrente a partir de la Constitución de 1822 y de los textos constitucionales posteriores.

A. Constitución de 1822

Fue la Constitución de 1822 el primer texto constitucional nacional que organizó expresamente el Poder Legislativo bajo la modalidad del bicameralismo, al establecer en su Artículo 17 que “El Congreso se compone de dos Cámaras, la del Senado, y la de los Diputados”. Esta Cámara Alta, llamada Cámara de Senadores no se concibió como electiva (Campos Harriet, 1951; Heise González, 1959) y por tanto su conformación no buscaba representar ni a electores ni a territorio alguno. De acuerdo con el Artículo 18 de este texto constitucional, se integraba por los individuos de la Corte de Representantes, los ex directores supremos, los ministros de Estado, los obispos con jurisdicción dentro del territorio y, en su defecto, por la dignidad que presida el Cabildo Eclesiástico, un ministro del Supremo Tribunal de Justicia (nombrado por el mismo Tribunal), tres jefes del Ejército, de la clase de brigadier inclusive arriba, nombrados por el Poder Ejecutivo, el delegado directorial del departamento en que abra sus sesiones el Congreso, un doctor de cada Universidad nombrado por su claustro y dos comerciantes y dos hacendados, cuyo capital no baje de treinta mil pesos (nombrados por la Cámara de Diputados). La referida carta fundamental no estipulaba un número determinado de senadores, sino que solo se limitaba a establecer quienes integraban este cuerpo legislativo: algunos por derecho propio (ex directores supremos, ministros de estados u obispos) y otros mediante designación que otra institución hacía de ellos (ministro del Tribunal Supremo, dos comerciantes y dos hacendados, etc.). Este texto, aunque expresamente entregaba funciones legislativas a la Cámara Alta, al determinar que su composición fuera no electiva se hacía eco de la tendencia a mantener un cuerpo más bien consultivo, buscando alejar la discusión de las dinámicas cotidianas de la democracia representativa, rol que –al menos en teoría– quedaba reservado a la Cámara de Diputados, por tener expresamente carácter electivo¹.

¹ Con todo el complejo sistema de elección determinado en la misma Constitución para elegir los diputados, y el hecho de que este incluyera un sorteo, en la práctica privó a esta cámara del carácter representativo que se pretendía que tuviera.

B. Constitución de 1823

La llamada “Constitución Moralista”, cuyo principal autor intelectual y redactor fue don Juan Egaña, mantuvo el bicameralismo para organizar el Congreso: un Senado Conservador y Legislador (Artículo 35) y una Cámara Nacional (Artículo 60). Con todo, introduce una modificación relevante, pues en este entramado institucional el Senado Conservador tenía el rol de corporación legislativa y fiscalizadora del Ejecutivo, funcionando de manera permanente (Campos Harriet, 1951; Heise González, 1959). El texto constitucional establecía la composición del Senado en su Artículo 36: “Se compondrá de nueve individuos elegidos constitucionalmente por el término de seis años, que pueden reelegirse indefinidamente”. Desde esta perspectiva, se fijaba expresamente el número de senadores en la carta fundamental, a diferencia de lo que ocurrió en la Constitución de 1822. En cuanto a su conformación, es necesario considerar que se elegían por medio de asambleas electorales, cuerpos formados en cada distrito que comprendieran doscientos ciudadanos y que actuaban con carácter de asamblea electoral nacional cuando elegían o censuraban funcionarios generales para toda la nación, como expresamente se señala respecto de los senadores (Artículo 99). Nuevamente se establecía un sistema de elección indirecto, y en este caso particular, con una extensa regulación constitucional de cómo realizar la elección.

C. Proyecto de constitución federal

Tras el fracaso de la Constitución de 1823, un importante grupo de dirigentes nacionales comenzó a mirar como una alternativa seria el régimen federal y que había llegado el momento de implantar dicho modelo (Campos Harriet, 1951). En efecto, la joven república acumulaba el fracaso de los textos constitucionales de 1818, 1822 y 1823, sin que pudiera lograrse estabilidad y progreso. Se ha señalado por Julio Heise y otros autores, que este giro en el intento por organizar la nación fue “otro intento de encajar la realidad social en un casillero ideológico como consecuencia de la esperanza que en las constituciones y en la ley cifraban los estadistas de aquella época” (Heise González, 1959, p.50). Asimismo, otras naciones americanas como México, Colombia, Venezuela y Argentina habían adoptado el régimen federal y, sobre todo, Estados Unidos que en tan corto tiempo había logrado un progreso considerable (Heise González, 1959).

El Congreso constituyente de 1826 estudia un proyecto de constitución federal, pero sin esperar la aprobación del referido texto aprueba una serie de leyes para avanzar hacia el federalismo. En lo que interesa a este trabajo, el territorio nacional fue dividido en ocho provincias: Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé. ¿Qué proponía el proyecto que no llegó a ser aprobado en materia de Poder Legislativo? Se radicaba en tres organismos, el Senado, la Cámara de Representantes y un Consejo de Gobierno. En cuanto a la composición del Senado, la idea era que cada una de las provincias eligiera dos senadores. Si bien este proyecto nunca llegó a aprobarse, es novedoso en cuanto a dar por primera vez un carácter de

representación territorial a una de las cámaras legislativas, y, asimismo, al asignar un idéntico número de escaños a cada provincia.

D. Constitución de 1828

Ante el fracaso del régimen federal y la necesidad de dar orden al país, el Congreso constituyente de 1828, dominado ampliamente por el bando liberal, se abocó a la redacción de una nueva carta fundamental. Don Melchor de Santiago Concha preparó el proyecto que fue revisado por don José Joaquín de Mora, cuyo texto fue aprobado y promulgado por el Congreso constituyente (Heise González, 1959). En cuanto al Poder Legislativo, se mantuvo el sistema bicameral y el Congreso Nacional quedó compuesto de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores (Artículo 23). En cuanto a la composición de la Cámara de Senadores, estaba integrada por dos representantes de cada provincia, siendo elegidos por las Asambleas Provinciales (Artículo 30). Se trataba, eso sí, de una elección indirecta, no de una elección directa y esta última quedó reservada para los miembros de las Asambleas Provinciales y de la Cámara de Diputados. En este sentido recoge la idea del proyecto de constitución federal, en cuanto a que se asignaba un mismo número de senadores a cada una de las provincias en que se organizaba el territorio nacional. La propia Constitución dividía el territorio en ocho provincias (Artículo 2º), por lo que mediante una simple operación era posible determinar el número total de senadores en 16. Este texto constitucional es considerado como el último intento de organizar la república bajo un sistema federal (Campos Harriet, 1951).

E. Constitución de 1833

Fue precisamente la interpretación del texto de la Constitución de 1828 lo que condujo a la revolución de 1829 que solo se resolvió con el enfrentamiento armado entre el bando pipiolo (liberal) y el pelucón (conservadores) en que resultó vencedor este último. Tras la victoria pelucona, se fue decantando la necesidad de reformar la carta fundamental para adecuarla o ajustarla al estado social de la nación. Se asumió la tarea como una respuesta para poner término a la anarquía que había predominado en los albores de vida independiente de la patria.

a. *Texto original*

Si bien mantuvo la organización del Congreso bajo la modalidad bicameral, con una Cámara de Diputados y un Senado (Artículo 13), en lo que dice relación con esta última cámara legislativa y su composición no siguió el criterio de la carta fundamental de 1828. En efecto, el antecedente inmediato en esta materia fue la Constitución de 1822. De esta manera, originalmente el texto aprobado por la Gran convención establecía que el Senado estaba constituido por 20 miembros, elegidos por votación indirecta en todo el territorio de la república, recibiendo la denominación de Senadores de la República (Campos Harriet, 1951). Así, el texto de la Constitución de 1833 fijaba de manera expresa

el número total de senadores que integraban la Cámara Alta (Artículo 24) y, a la vez, disponía que su elección fuera indirecta (Artículo 25) y no asociada a la representación de un territorio o sección de territorio específica, esto es, en una lista única nacional.

b. *Reforma de 1874*

En su primer mensaje al Congreso de 1872, el Presidente de la República don Federico Errázuriz Zañartu pide a este cuerpo legislativo hacerse cargo de varias reformas constitucionales, entre ellas, la composición del Senado (Heise González, 1959). La reforma discutida por la legislatura de 1873 y finalmente aprobada en 1874 modificó la composición del Senado: (a) los senadores serían elegidos en votación directa y por provincia y (b) cada provincia elegiría un senador por cada tres diputados y por una fracción de dos diputados. Con esta reforma, los senadores eran representantes de las provincias, y el texto constitucional estableció una fórmula variable para la determinación tanto del número total de senadores que conformaban la Cámara Alta como el número de senadores que correspondía elegir a cada provincia. Es importante hacer presente que con esta nueva redacción el número de senadores quedaba necesariamente asociado al número de diputados. Los diputados se determinaban por la carta fundamental en función de la cantidad de habitantes. Desde esta perspectiva, si bien se puso término a la figura de senadores nacionales, que pasaron a representar a las provincias, su distribución no fue idéntica entre ellas, y quedaron, en definitiva, con un mayor número de senadores las provincias que contaran con mayor número de diputados. En última instancia, el factor demográfico fue decisivo para la asignación y distribución de escaños en el Senado.

F. *Constitución de 1925*

La Constitución de 1925 fue un mecanismo para salir de la crisis institucional en que se encontraba inmerso el país para la década de 1920.

El texto propuesto mantuvo la organización bicameral (Artículo 24). En cuanto a la organización del Senado propiamente tal, introdujo un cambio en relación con la Constitución de 1833 y su modificación en este asunto, toda vez que estableció expresamente en su Artículo 40 que: (a) los senadores se elegían en votación directa por nueve agrupaciones provinciales y (b) a cada agrupación le correspondía elegir cinco senadores. Si bien los senadores no son de carácter nacional, no son en estricto rigor elegidos por una provincia como lo eran bajo la Constitución de 1833 tras la reforma de 1874. Bajo este texto constitucional, se asignaron los senadores a las agrupaciones provinciales: el territorio estaba administrativamente dividido en provincias, y la Constitución de 1925 dispuso que la ley fijaría nueve agrupaciones provinciales, agrupando las provincias “en atención a las características e intereses de las diversas regiones del territorio de la República”.

De esta manera, la Constitución incluía mediante una operación matemática la determinación del número total de senadores, toda vez que expresamente se señala que

son nueve agrupaciones provinciales y que cada una de ellas elige cinco senadores, lo que hace un total de 45 senadores. Con posterioridad, mediante Reforma Constitucional, Ley N° 16.672 de 2 de octubre de 1967, se modificó la norma para establecer que serían 10 agrupaciones provinciales, por lo que el número total de integrantes de la Cámara Alta pasó a ser de 50 senadores.

En relación con este texto constitucional, es interesante destacar que si bien los senadores no se elegían por la unidad político-administrativa en que se organizaba el país –la provincia– y que se creó una unidad electoral denominada agrupación provincial para ello, no deja de ser destacable que se asignara un idéntico número de escaños a cada una de ellas, sin considerar como criterio para eso la cantidad de población que residía en cada una de ellas. Durante la discusión del texto constitucional en esta materia, y contando con la participación del presidente don Arturo Alessandri Palma, quedó constancia, entre otras cosas, que las agrupaciones provinciales solo tendrían efecto desde la perspectiva de la elección de senadores, sin que repercutiera en la división político-administrativa de la república (Ministerio del Interior, 1925). El tema de fondo en cuanto a la composición del Senado, esto es, la razón para no considerar la población como factor a la hora de asignar los escaños fue la necesidad de diferenciar la Cámara Alta de la Cámara de Diputados. En efecto, la Cámara Baja tenía como criterio de asignación de escaños el número de habitantes, y la propuesta del presidente Alessandri buscaba que el Senado tuviera la representación territorial de la nación.

II. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980: IGUAL REPRESENTACIÓN SENATORIAL DE REGIONES SIN EJECUCIÓN PRÁCTICA

A. Texto original

Desde la aprobación de la Constitución Política de 1980, se estableció en el Artículo 45 (hoy Artículo 46 de la carta fundamental) que el Congreso Nacional se conformaba por dos ramas, la Cámara de Diputados y el Senado. Originalmente, se establecía que el Senado se integraba por miembros elegidos en votación directa, por otros designados por ciertas instituciones y por los expresidentes de la república; teniendo solamente estos últimos el carácter de vitalicios. El análisis de este artículo respecto del texto constitucional original se orienta a revisar cómo se dio cuerpo a la conformación de la Cámara Alta en el trabajo realizado en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, en el Consejo de Estado y finalmente en la Junta de Gobierno.

a. *Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República*

Al momento de redactar la nueva constitución, existió amplio consenso en cuanto a la necesidad de contar con un Congreso Bicameral y al rol que se buscaba entregar al Senado en la nueva institucionalidad. Se dio un intenso debate en torno a la integración de la Cámara Alta. En efecto, la discusión al interior de la Comisión de Estudio de la

Nueva Constitución Política del Estado –comúnmente conocida como Comisión Ortúzar por su presidente don Enrique Ortúzar Escobar– fue álgida en cuanto a la conformación del futuro Senado y se extendió a la revisión del Anteproyecto que realizó el Consejo de Estado presidido por el expresidente don Jorge Alessandri Rodríguez. La Comisión de Estudio y el Consejo de Estado que concluyeron su labor cada uno con un texto constitucional diferente.

En un comienzo, al interior de la Comisión, la discusión giró en torno a la necesidad de que existiera el Senado como una suerte de cámara revisora, más bien alejada de la contingencia política nacional. Esta idea fue el primer consenso al interior de la Comisión, siendo partidarios de esta idea diversos comisionados que expusieron en más de una ocasión sus argumentos como cámara revisora. En la Sesión N° 322, del 25 de octubre de 1977, el comisionado don Jaime Guzmán Errázuriz concebía el Senado como “cuerpo de alta jerarquía institucional y relativamente más desvinculado de las contingencias y luchas político-partidistas para desempeñar funciones de tipo consultivo” (Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado). Por su parte el comisionado don Sergio Diez Urzúa considera que “el Senado debe ser Cámara revisora, para producir el equilibrio” y que

[D]ebe dejarse que la vida política que en Chile siempre se mezclará con la idea provinciana, con el caudillismo local, que en el grado de evolución política nuestra es imposible evitar tenga su expresión fiel, verdadera y real, con todo el valor que ello significa, en la Cámara Baja, en la Cámara política (Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado).

Consensuada la necesidad de contar con la existencia de un Senado, más de allá de la tradición histórica nacional, correspondía determinar cómo sería su conformación. En este sentido, la conformación de la Cámara Alta se proyectaba con integrantes elegidos en votación directa y con otros integrantes designados o por derecho propio. Este tema relativo a la composición del Senado fue quizás al que más tiempo dedicó la Comisión, por existir una mayor diversidad de opiniones en torno a la integración de la Cámara por senadores designados institucionalmente en simultáneo con los elegidos en votación directa por los ciudadanos. Una lectura de las Actas Oficiales da cuenta de que el debate y los argumentos se concentraron principalmente en este asunto y que la decisión adoptada finalmente de contar con senadores designados no fue unánime al interior de la Comisión en su momento.

Sin embargo, una vez adoptada la conformación, para que el Senado cumpliera su rol revisor y se mantuviera alejado de la política partidista, la Comisión tenía que determinar la cantidad de escaños que elegir y el mecanismo de elección. En la Sesión N° 339, del 14 de marzo de 1978, el comisionado Diez argumentó expresamente la razón por la que un colegio electoral único debía ser el encargado de elegir directamente a los senadores, y que no fueran elegidos en virtud de una división geográfica electoral como había sido durante la vigencia de la Constitución de 1925:

[s]er elegidos en colegio electoral único, a lo largo de todo el territorio de la Republica, de modo que, cualesquiera sean los candidatos, se trate de gente de gran categoría. Porque, si hacen división por zonas, se va a producir un absurdo: entregarán un Senador al norte, uno al sur, uno al centro y veinticinco a Santiago, Valparaíso y la Región Metropolitana, en proporción no solo al número de habitantes, sino también al peso de la opinión, etcétera (Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado).

En este mismo sentido manifestó su opinión el comisionado don Gustavo Lorca Rojas al referirse a los senadores:

[q]ue deben ser elegidos, pero elegidos no por circunscripciones electorales, sino que a través de un sistema único en el país. Eso es vital. Entiende que incluso alcanzó a estudiarse un proyecto de reforma de la Constitución sobre la necesidad de ir a un Senado nacional. De otra manera se repite en cierta medida, si se crea como lo establece la Constitución de 1925, la configuración de la Cámara de Diputados (Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado).

Por lo mismo, el comisionado Lorca sostuvo que “la parte elegida tiene que serlo según un sistema electoral nacional que separe definitivamente al Senado del electorado” (Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado). El comisionado Guzmán, en la Sesión N° 352 del 18 de abril de 1978, propuso que el Senado estuviera compuesto “por treinta Senadores nacionales, elegidos por un Colegio Electoral Único y los quince restantes” serían escaños designados institucionalmente y los expresidentes de la república por derecho propio (Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política del Estado).

En la Sesión N° 414 del 27 de septiembre de 1978, la Comisión finalmente aprobó el texto del Anteproyecto, que en lo relativo a los senadores elegidos directamente por votación establecía: “El Senado está integrado por treinta miembros elegidos en votación directa en colegio electoral único para toda la República”.

Este fue el texto del Anteproyecto que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución remitiría al Consejo de Estado, que configuraba el Poder Legislativo bajo la modalidad del bicameralismo y que, en relación con el Senado, establecía que se conformaría por senadores elegidos en votación directa y por senadores designados, siendo los primeros elegidos en un colegio electoral único para todo el país, dando un nuevo sentido a la expresión “senador de la república”.

b. Consejo de Estado

El Consejo de Estado, presidido por el expresidente de la república don Jorge Alessandri Rodríguez fue el siguiente cuerpo colegiado que discutió el texto de la nueva constitución política. El presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República realizó en la Sesión N° 54 de 14 de noviembre de 1978 una exposición respecto del texto del Anteproyecto elaborada por dicha instancia,

explicando que la conformación del Senado sería mixta, esto es, con senadores designados y con senadores elegidos en votación directa, siendo estos últimos elegidos en colegio electoral único por toda la república (Arancibia Mattar, Brahm García, e Irarrázaval Gomien, 2008).

El Consejo de Estado pidió informes a sus asesores y en el Memorándum discutido en la Sesión Nº 67 de 27 marzo de 1979 (Arancibia Mattar, Brahm García, e Irarrázaval Gomien, 2008) se sugería la integración del Senado con senadores que deberían ser “representantes de las regiones y elegidos por los colegios regionales”, en contraposición a la fórmula de senadores elegidos en colegio electoral único para todo el país. La principal observación o prevención realizada era “la extrema inconveniencia de elegir senadores por votación nacional, porque el Senado se convertiría en un semillero de candidatos presidenciales que crearía las mayores dificultades a la gestión del Presidente de la República” (Arancibia *et al*, 2008, p. 422).

Al comenzar la discusión, en particular de los artículos referidos a la conformación del Senado, en la Sesión Nº 75 del 29 de mayo de 1979, tanto Alessandri –expresidente de la república– como don Pedro Ibáñez Ojeda –exsenador– adoptaron desde el inicio una visión diferente de la propuesta del Anteproyecto presentado por la Comisión Ortúzar. Alessandri hizo presente “la inconveniencia de los ‘senadores nacionales’ quienes se crearían virtuales Presidentes de la República”; a lo que Ortúzar responde que es posible “estudiar la posibilidad de que los senadores sean elegidos por regiones, debiendo elegir cada una de ellas a dos representantes, salvo la quinta y la octava, que elegirían tres cada una, y la metropolitana que elegiría seis (Arancibia *et al*, 2008, p. 481).

El consejero Ibáñez, siendo partidario de que los senadores fueran elegidos por las regiones, expuso que la distribución de los escaños que concebía era que “las regiones que eligen uno a cuatro diputados, contarían con un senador; las que tengan cinco a nueve diputados, elegirían dos senadores; las que tengan diez o más diputados, tendrían tres senadores, y el área metropolitana contaría con seis senadores” (Arancibia *et al*, 2008, p. 481). En este sentido, es necesario tener presente los siguientes antecedentes para entender el cambio de foco de la discusión. a) En esa fecha, Chile se encontraba dividido político-administrativamente en trece regiones, y a doce de ellas se les asignó una numeración correlativa de norte a sur con la excepción de la Región Metropolitana que comprendía Santiago. b) La quinta región correspondía a la Región de Valparaíso y la Octava Región, a la Región del Biobío. c) La discusión tenía como supuesto que el número de senadores para elegir era el fijado en el texto del Anteproyecto, esto es, treinta senadores. De esta manera, en esta primera discusión, la conformación del Senado dejaba de considerar senadores elegidos en colegio electoral único para pasar a ser elegidos por regiones. En la propuesta de don Enrique Ortúzar, diez regiones elegirían en conjunto veinte senadores, a razón de dos por regiones, mientras que los diez escaños restantes serían elegidos entre las regiones de Valparaíso, Biobío y Metropolitana en los números expuestos. De alguna manera se reconocía una igualdad mínima entre las regiones al asignar dos escaños a cada una, para luego ser desequilibrada con la asignación de más escaños a las regiones con mayor población. En la propuesta del consejero Ibáñez, la

única región con un número exacto y determinado de escaños era la Región Metropolitana con seis, los otros 24 senadores se distribuirían entre las regiones en relación con el número de diputados que eligieran, poniendo como mínimo un senador por región. En esta propuesta primaba más el carácter demográfico, toda vez que indirectamente la asignación de los senadores, al depender del número de diputados, dependía de la cantidad de electores.

La base territorial para la elección de senadores fue materia de discusión durante el trabajo del Consejo de Estado, en la Sesión N° 76 del 12 de junio de 1979. Si bien la mayoría al interior del Consejo se inclinó por la elección de senadores por las regiones en desmedro de la fórmula de senadores nacionales originalmente propuesta por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República, la determinación exacta de la base o unidad territorial concentró igualmente la discusión. El consejero don Juan de Dios Carmona propuso “elegir senadores por región y como de estas hay trece, los senadores elegidos, serían 26 que durarían ocho años en sus cargos, renovándose uno por región cada cuatro años”, mientras que para el consejero Ibáñez:

[e]l número de diputados que elija cada región resulta una buena pauta para determinar la representación senatorial. Así las que elijan entre uno y cuatro diputados deben elegir un senador; los que eligen de cinco a nueve diputados, dos senadores, diez o más, tres senadores, al paso que las regiones de Aisén y Magallanes elegirán unidas, uno solo, y la Región Metropolitana seis (Arancibia *et al*, 2008, p. 488).

El consejero don Juan Antonio Coloma Correa, si bien partidario de los senadores nacionales, sostuvo:

[q]ue los senadores regionales propuestos por los señores Carmona e Ibáñez deberían renovarse cada ocho años de acuerdo con el sistema que existía en la constitución de 1925, a fin de evitar comicios de esta índole en todo el país, al mismo tiempo (Arancibia *et al*, 2008, p. 488).

Con posterioridad y reforzando su posición, el consejero don Pedro Ibáñez insistió en asignar el número de senadores a cada región en función de la población: “podría establecerse que las regiones con menos de doscientos mil habitantes elijan solo un senador; aquellas con una población superior al millón elegirían tres; con más de tres millones elegirían cuatro; y las restantes como regla general, dos” esto es, un criterio tanto territorial como demográfico para efectos de la composición del Senado. En la Sesión N° 77, del 19 de junio de 1979, el consejero Carmona insistió en su postura de

[s]eñalar en forma rígida la cifra de dos senadores por región con expresa excepción de la Quinta y Décima, que elegirían tres cada una, y de la Metropolitana que elegiría cuatro, y de consagrar en una disposición transitoria al precepto de que mientras una región no alcance una población mínima de 200.000 habitantes elegiría solo un senador” (Arancibia *et al*, 2008, p. 493).

Será finalmente la idea propuesta por don Juan de Dios Carmona la adoptada por unanimidad en el Consejo de Estado.

En la Sesión Nº 82, del 24 de julio de 1979, finalmente y por unanimidad el Consejo de Estado aprobó el texto constitucional del artículo relativo a los senadores elegidos directamente por votación y que establecía:

[E]l Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones en que se encuentra dividido el país. A cada región corresponde elegir dos senadores, salvo las regiones Quinta y Octava que elegirán tres cada una, y la Región Metropolitana que elegirá cuatro².

Se desechó la idea de los senadores nacionales por la de senadores elegidos por cada región. La representación senatorial no quedó fijada en términos estrictamente iguales para cada región, pero sí se estableció como principio que a cada región corresponderían dos senadores, con dos elementos demográficos que considerar: a) Valparaíso, Biobío y la Región Metropolitana elegirían un número mayor de escaños en atención a ser las regiones con mayor población del país y b) las regiones de Aysén y Magallanes, atendida su escasa población, elegirían en conjunto dos senadores hasta que una de ellas lograra una población mayor a doscientos mil habitantes, entonces, la región que alcanzara dicha población elegiría dos senadores y la otra región erigiría un senador hasta que alcanzara la población de doscientos mil habitantes y procediera a elegir dos.

c. *Junta de Gobierno*

La Junta de Gobierno en la revisión final del texto constitucional que sería sometido a plebiscito ciudadano fijó una última redacción que se construyó a partir de la versión presentada por el Consejo de Estado. Mediante el Decreto Ley Nº 3464 Aprueba Nueva Constitución Política y la somete a ratificación por Plebiscito, se presentó a la ciudadanía el texto de la nueva carta fundamental en lo pertinente al Senado, y se dispuso en el Artículo 45: “El Senado se integrará con miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país. A cada región corresponderá elegir dos senadores, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva”. Esta norma asignaba un mismo número de senadores a cada una de las unidades político-administrativas en que se dividía el país (regiones) sin importar otro criterio para asignar los escaños. Si bien no establecía un número determinado y cierto de senadores, al fijar que cada región elegía dos, en la práctica permitía determinar a ciencia cierta la cantidad de senadores elegidos por votación directa, para lo que solo era necesario determinar en cuántas regiones se dividía el país, materia objeto de ley y no de actuación administrativa del gobierno de turno.

² En el proyecto de Constitución aprobado por el Consejo de Estado correspondía al Artículo 51 de la carta fundamental.

Este fue el texto aprobado por la ciudadanía y que no llegó a tener nunca operatividad, toda vez que en 1989 se reformó la carta fundamental introduciendo cambios en esta materia.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989

Tras el resultado del plebiscito de octubre de 1988, en que Triunfó la opción “No”, se generó un movimiento favorable para introducir modificaciones en la Constitución de 1980, en el marco del Acuerdo para la Transición a la Plena Democracia de 1985 suscrito entre el gobierno del presidente Augusto Pinochet Ugarte y distintos actores políticos nacionales. En efecto, con posterioridad al plebiscito, las fuerzas de oposición agrupadas en la Concertación de Partidos por la Democracia anunciaron que buscarían un “Acuerdo Nacional por la Democracia y el consenso constitucional”, que en su punto 7° establecía que se requerían ciertos cambios constitucionales entre ellos la elección íntegra del Congreso Nacional por sufragio popular, garantizando la debida representación proporcional (Andrade Geywitz, 1991).

La Comisión de Reformas Constitucionales de la Concertación de Partidos por la Democracia y la Asociación Chilena de Ciencia Política trabajaron sobre la base de los puntos señalados por la Concertación tras el plebiscito de 1988 y en materia de integración del Senado proponía modificar el texto vigente de la siguiente manera: a) fijar en 65 el número total de senadores, todos elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país, b) establecer como mínimo la elección de tres senadores por cada región y c) establecer que la diferencia de escaños para completar los 65 senadores serían elegidos por las regiones que corresponda en proporción a la población de cada una de ellas (Andrade Geywitz, 1991). Renovación Nacional fue el primer partido político del oficialismo en presentar un proyecto de reforma de la Constitución Política en noviembre de 1988, que, en relación con la conformación del Senado, consideraba que el número de senadores no era suficiente para las funciones encomendadas por la carta fundamental. Asimismo, tenía como supuesto que en la determinación del número de senadores por cada región debía guardarse una debida consideración al número de electores de cada una de las regiones (Andrade Geywitz, 1991).

Con posterioridad, la Concertación de Partidos por la Democracia y Renovación Nacional constituyeron un Comisión Técnica de Reformas Constitucionales que en cuanto a la integración del Senado presentó la siguiente propuesta: a) 50 senadores elegidos en votación directa, b) cada región elegirá a lo menos dos senadores, siendo distribuidos los cargos restantes entre las regiones en proporción a sus respectivos números de electores (Boeninger, 1997). De esta manera se garantizaba que más de la mitad de los senadores sería elegida sobre una base mínima e igualitaria para las regiones con independencia de su población. Podría considerarse que se buscaba una regla en que la base territorial y la población tuvieran una significación semejante en la composición de la Cámara Alta (Andrade Geywitz, 1991). Por su parte, la Unión Demócrata Independiente solo presentó su propuesta de reforma constitucional en

enero de 1989. Respecto de la composición del Senado, propuso dividir cada una de las siete regiones más pobladas del país en dos circunscripciones senatoriales que elegirían dos senadores, de manera tal que cada una de estas regiones elegiría en total cuatro senadores.

Sin perjuicio de las diferencias entre las distintas propuestas, es interesante destacar que, en relación con la composición del Senado, en lo pertinente a los senadores elegidos por votación directa, queda en evidencia el consenso de los diversos actores políticos en cuanto a incorporar el factor demográfico como elemento a la hora de determinar su número. En efecto, en muchas de las proposiciones se objeta el hecho de que todas las regiones, fueren cuales fueren su importancia y su población, elegirían igual número de senadores (Andrade Geywitz, 1991).

Si bien no fue posible durante las jornadas de trabajo llegar a un acuerdo aceptado por todos los actores de gobierno y oposición, intensas negociaciones lograron destrabar el acuerdo, que se plasmó en una ley presentada por el gobierno con 54 reformas constitucionales (Boeninger, 1997). El mensaje que acompañó al proyecto de ley hace presente que será una ley (orgánica constitucional) la que determinará en definitiva el número de senadores que serán elegidos y cómo serán elegidos, incluyendo en este punto cuántos senadores elegirá cada una de las regiones (Biblioteca del Congreso Nacional, 1989): “El proyecto establece que por ley orgánica constitucional deberá establecerse que seis regiones del país se dividirán en dos circunscripciones senatoriales cada una. Cada región no dividida, y cada circunscripción de las que se dividan, elegirán dos senadores” (p. 5). El contenido del proyecto marca un cambio respecto del texto vigente de la Constitución de 1980 aprobado en plebiscito, toda vez que la asignación de los escaños en el Senado no se propone en teoría respecto de cada región, si no que se hace respecto de una unidad electoral, llamada circunscripción senatorial, que puede comprender toda una región o bien parte de ella. Se dispone expresamente en el texto constitucional que los senadores se eligen por circunscripción.

¿Qué es una circunscripción senatorial? Desde una perspectiva electoral, la circunscripción electoral es una unidad electoral, esto es, una división del país que solo existe con la finalidad de elegir autoridades, sin que tenga otra utilidad desde una perspectiva administrativa.

Mediante una norma transitoria propuesta por el referido proyecto de ley se determinó que las regiones que tendrían dos circunscripciones serían Valparaíso, Metropolitana de Santiago, Maule, Biobío, La Araucanía y Los Lagos.

¿Cuál es la justificación de la selección de estas regiones? El propio Mensaje del Ejecutivo hace la prevención (Biblioteca del Congreso Nacional, 1989): “El criterio adoptado para determinar estas regiones no es puramente demográfico, sino que más amplio, aunque se tuvo presente, para establecer una base mínima, que estas regiones son las que superan el número de cuatrocientos mil electores” (p. 5). Queda la impresión de que el criterio demográfico va asociado a la idea de la relevancia de una región en la vida nacional, la que puede deberse a factores más bien históricos que económicos. Así el texto propuesto reemplazaba el contenido del Artículo 45 de la carta fundamental por el siguiente:

[E]l Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales. Cada región constituirá una circunscripción, excepto seis regiones, cada una de las cuales la ley orgánica constitucional dividirá en dos circunscripciones. A cada circunscripción corresponde elegir dos senadores (Biblioteca del Congreso Nacional, 1989).

De esta manera, se aumentaba el número de los senadores elegidos en votación directa al determinar que la elección era por circunscripción y que seis regiones tendrían dos circunscripciones, lo que se traducía en que elegirían cuatro senadores cada una de ellas, con lo que resultaría un total de 24. Asimismo, no queda definida expresamente la cantidad de senadores para elegir en votación directa, a diferencia de la formulación del texto aprobado en 1980. En efecto, la propia Secretaría Legislativa (Biblioteca del Congreso Nacional, 1989) informó respecto del proyecto que “la disposición propuesta no señala, como sí lo hace la que existe en la actualidad, que el número de regiones es de trece, por lo cual podría plantearse en el futuro un aumento, mediante ley, de las regiones existentes” (p. 36).

Durante la tramitación legislativa se redactó un texto que mantenía la alusión a las trece regiones en que se dividía el país y que señalaba expresamente que las de mayor población elegían más senadores (Biblioteca del Congreso Nacional, 1989):

El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales. Cada una de las trece regiones en las que se divide el país constituirá una circunscripción, excepto las seis regiones de mayor población, cada una de las cuales será dividida en dos circunscripciones por la ley orgánica constitucional respectiva. A cada circunscripción corresponde elegir dos senadores (p. 44).

Parte importante de la discusión giró en torno a la mención del número de regiones para efectos de determinar el número de senadores en la Constitución, así como también a si explicitar o no el criterio demográfico para justificar la existencia de regiones con dos circunscripciones. En efecto, se hizo la prevención de que referirse al mayor número de electores o población como “elemento fundamental para integrar el Senado, puede romper la idea tradicional de que el Senado es representativo de las regiones más que la distribución demográfica, lo que en verdad representa la Cámara de Diputados” (p. 44). Tras la discusión, se desechó la idea de incluir la referencia a la población en la norma y se mantuvo la original de hacer alusión al número de regiones en que se dividía el país para mantener como principio fundante de la integración de la Cámara Alta la representación de las regiones. La redacción propuesta fue:

El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales. Cada una de las trece regiones que se divide el país constituirá una circunscripción, excepto seis de ellas, que serán divididas en dos circunscripciones por la ley orgánica constitucional respectiva. A cada circunscripción corresponde elegir dos senadores (Biblioteca del Congreso Nacional, 1989).

En definitiva, se estimó que las regiones deben tener una representación equilibrada (mas no idéntica) sin considerar el factor demográfico como el principal elemento, y por ello, son seis regiones –prácticamente la mitad de las existentes a la fecha– las que contarían con dos circunscripciones. Asimismo, al mantener la referencia en el texto a las trece regiones, se permitió determinar en el texto constitucional el número de los senadores elegidos en votación directa, que con esta reforma ascendieron a 38 en total.

Esta reforma, promulgada como la Ley Nº 18.825 el 15 de junio de 1989 fue sometida a plebiscito el 30 de julio de 1989, siendo aprobada mayoritariamente por la ciudadanía. Quedó, así, incorporada y vigente para la elección presidencial y parlamentaria de diciembre de ese año.

La Ley Nº 18.700, Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, fue el cuerpo legal que, cumpliendo el mandato constitucional, determinó las regiones que contarían con dos circunscripciones senatoriales y en consecuencia elegirían cuatro senadores (Artículo 180). Asimismo, esta ley fijó los límites que comprendían las circunscripciones senatoriales, lo que como regla general coincidía con el límite político-administrativo de la región, obviamente, exceptuando aquellas que comprendían más de una circunscripción (Artículo 181).

Desde esta perspectiva, tanto el texto constitucional como el texto de la Ley Nº 18.700 establecieron, en definitiva, un criterio más bien mixto que no puede ser considerado como estrictamente territorial. Lo anterior es así toda vez que si bien los senadores se elegían a razón de dos por circunscripción senatorial, y que la regla general era que cada región equivalía a una circunscripción, se consideró la existencia de regiones que contemplaban dos circunscripciones senatoriales y, por tanto, terminaban eligiendo cuatro senadores. Las regiones que comprendían dos circunscripciones senatoriales eran aquellas que concentraban la mayor cantidad de población.

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

La reforma constitucional de 2005 no solo eliminó la figura de los senadores designados y vitalicios, sino que además introdujo otros cambios en el texto de la carta fundamental. Se eliminó la referencia al número de regiones en el artículo que fija la composición del Senado y se suprimió el número de senadores que elegía cada circunscripción senatorial. Asimismo, se determinó que cada región constituiría a lo menos una circunscripción, dejando en todo caso abierta la posibilidad de que una región comprendiera más de una circunscripción senatorial. En la actualidad y tras la reforma el Artículo 49 establece: “El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país, cada una de las cuales constituirá, a lo menos, una circunscripción”. Acto seguido, la Constitución dispone que será una ley orgánica constitucional la que determine el número de senadores, así como también el número de circunscripciones senatoriales.

Desde la perspectiva que interesa a este trabajo, la redacción del texto constitucional no establece un número de senadores para la Cámara Alta determinado o determinable

por una simple operación aritmética, sino que, por el contrario, deja esta determinación derechamente a una ley orgánica constitucional. Esto es así por cuanto las circunscripciones pueden variar y toda vez que no se indica cuántos senadores elige cada una de ellas, debiendo recurrir a la Ley N° 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios para ello. En efecto, de la sola lectura del texto constitucional no es posible concluir cuántos integrantes tiene el Senado de la República de Chile.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 2005, se produjo la creación de nuevas regiones, situación que no había ocurrido desde el proceso de regionalización original. Esta reforma tuvo efectos en materia de composición e integración del Senado:

- a) En 2007, al crearse la Región de Los Ríos a partir de la Región de Los Lagos, esta última región dejó de tener cuatro senadores, y se procedió a eliminar la referencia en el Artículo 180 de la Ley N° 18.700 en cuanto a que estaba dividida en dos circunscripciones senatoriales. En efecto, una de las circunscripciones fue asignada a la Región de Los Lagos y la otra a la Región de Los Ríos, sin que ello implicara un aumento del número total de senadores.
- b) En 2007, al crearse la Región de Arica y Parinacota a partir de la Región de Tarapacá, no se contempló una reforma que creara una nueva circunscripción senatorial que comprendiera el territorio de la nueva región a diferencia de lo que ocurrió con el caso de la Región de Los Ríos, por lo que en la práctica la nueva región siguió siendo representada en el Senado por los senadores elegidos originalmente para representar a la Región de Tarapacá.

Asimismo, la reforma de 2005 demostraría ser clave años más tarde cuando se aprobó la reforma de la Ley N° 18.700, Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios. Tomando como punto de partida el cambio constitucional introducido en 2005, se modificó la composición de la Cámara Alta. Esta modificación consistió en: a) fijar el número de senadores que conforman el Senado en 50 miembros, b) establecer que cada región en que se divide el país constituye una circunscripción senatorial y c) seis regiones, las de menor población, elegirán dos senadores (12 senadores en total), otras seis regiones eligen tres senadores (18 senadores en total) y las cuatro regiones de mayor población eligen cinco senadores (20 senadores en total). Desde esta perspectiva, la reforma de la Ley N° 18.700, si bien avanzó en cuanto a equiparar cada región a una circunscripción senatorial, siguió estableciendo la asignación de los senadores en atención finalmente a la población de la región y no en una base igualitaria.

V. EXPERIENCIA COMPARADA: CÁMARA ALTA EN OTRAS CONSTITUCIONES³

De acuerdo con los datos proporcionados por la Unión Interparlamentaria, la mayoría de los cuerpos legislativos son unicamerales (113 parlamentos) y no bicamerales (79 parlamentos)⁴.

En otras constituciones vigentes que contemplan el bicameralismo para organizar el Poder Legislativo, la norma general es que se adopte un criterio de integración y conformación a partir de una base territorial, que suele ser la unidad político-administrativa en que se organiza el Estado (provincia, estado, etc.). Si bien es posible encontrar senados nacionales, esto es, que no se construyen sobre una base territorial (como el caso de Colombia, Paraguay y Uruguay en América Latina), son más comunes los senados que representan unidades territoriales, independientemente de si se trata de Estados federales –como es el caso de Estados Unidos, Argentina y Brasil– o si se trata de Estados Unitarios –como es el caso de Chile–. Al momento de determinar la cantidad de senadores que se elegirán, es posible encontrar dos grandes grupos: a) constituciones que establecen un idéntico número de senadores para todas las unidades que comparten la misma naturaleza institucional, esto es, representación paritaria y b) constituciones que asignan escaños a las unidades o secciones territoriales en que se divide el país en función de la población de estas.

Se han seleccionado algunos ejemplos de Senado y su composición, que son reconocidos por su antigüedad o prestigio o por el rol que desempeñan al interior de una democracia. Esto con la finalidad de comparar la conformación de estos cuerpos legislativos con el Senado de la República de Chile. Estos Senados son todos cámaras de representación territorial, algunas equitativas y otras no, pero que buscan introducir varios elementos diferenciadores entre ambas ramas del Congreso.

A. Estados Unidos

Uno de los senados modernos de mayor tradición y a la vez con mayor poder es el de Estados Unidos de América. Es uno de los más antiguos pues fue establecido por la Constitución de los Estados Unidos que está en vigencia desde 1789. Asimismo, ha funcionado ininterrumpidamente desde su creación e instalación. Originalmente el Artículo 1 sección 3 estableció que “El Senado de los Estados Unidos estará compuesto de dos senadores por cada Estado, elegidos por la Legislatura correspondiente para periodos de seis años, y cada senador tendrá derecho a un voto”. Se asignaron dos senadores a cada estado de la Unión como una forma de establecer la igual representación entre los estados, a la vez que la Cámara de Representantes fue concebida como la cámara con criterio demográfico. Esta asignación se hizo sin considerar la población de cada estado, de manera que los estados pequeños estuvieran en igualdad de representación que los estados más grandes, como una suerte de contrapeso en la conducción política tanto

³ La versión de los textos constitucionales corresponde a la disponible en el sitio Comparador de Constituciones del Mundo de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/home>

⁴ Detalle de la información disponible en <https://www.ipu.org/national-parliaments>

frente a la Cámara de Representantes como al Presidente. Muchos años después, en 1913, la Decimoséptima Enmienda modificó el texto original para introducir la elección directa de los senadores, sin alterar la asignación de dos escaños por estado:

El Senado de los Estados Unidos estará compuesto por dos Senadores de cada Estado, elegidos por la población del mismo para un periodo de seis años; cada Senador tendrá derecho a un voto. Los electores de cada Estado deberán llenar los requisitos de calificación correspondientes a los electores de la rama más numerosa de las legislaturas de los Estados.

Respecto de la integración del Senado, la fórmula constitucional norteamericana permite determinar el número de senadores mediante el número de estados que conforman la Unión. En la actualidad, Estados Unidos tiene 50 estados, lo que determina la composición del Senado con 100 senadores.

B. Argentina

La Constitución de 1853 tuvo entre sus antecedentes la Constitución norteamericana, y en materia de Poder Legislativo, se adoptó el bicameralismo y, más aún, se adoptó la misma fórmula, esto es, asignar dos escaños a cada una de las provincias en que se dividía Argentina. El sentido era precisamente el mismo que inspiró la norma en la Constitución de Estados Unidos: asegurar una representación idéntica para cada una de las provincias, sin importar el tamaño o la población con que cuenta. Por la reforma constitucional de 1994 se modificó la conformación del Senado en el sentido de aumentar el número de escaños asignados de dos a tres, pero siempre manteniendo que las provincias elijan igual cantidad de representantes. En la actualidad, la Constitución argentina determina en el Artículo 54 la composición del Senado de la siguiente manera:

El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos.

Es interesante hacer presente que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es una provincia y, por eso, se menciona expresamente que tiene derecho a elegir igualmente senadores. Respecto de la integración del Senado, la fórmula constitucional argentina permite determinar el número de senadores por medio del número de provincias que existen. Debido a que Argentina cuenta en la actualidad con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en total la Cámara Alta se compone de 72 senadores.

C. Australia

Un Senado relativamente menos antiguo que el de Estados Unidos o el de Argentina es el de Australia. La Constitución de 1901 dio forma a todo el entramado institucional

australiano, que en materia legislativa fue diseñado como un sistema bicameral, siendo la Cámara Alta el Senado. La conformación del Senado siguió un criterio territorial, ya que se determinó que a cada uno de los estados correspondía asignar el mismo número de senadores. La Sección 7 del texto establecía:

El Senado estará integrado por senadores de cada Estado, elegidos directamente por el pueblo del Estado, votando, hasta que el Parlamento disponga otra cosa, como un solo electorado. Hasta que el Parlamento disponga otra cosa, habrá seis senadores por cada Estado original. El Parlamento puede promulgar leyes que aumenten o disminuyan el número de senadores para cada Estado, pero de manera que se mantenga la representación equitativa de los varios Estados originarios y que ningún Estado original tenga menos de seis senadores.

A diferencia de otros textos constitucionales, esta carta fundamental incorpora dos aspectos novedosos: a) establece un mínimo de seis senadores, sin perjuicio de que la ley electoral puede determinar un número mayor de senadores por estado, y b) existe una mención expresa e imperativa en cuanto a que el aumento o disminución del número de senadores no puede afectar la representación equitativa entre los estados. Asimismo, la Sección 122 de la carta fundamental australiana permite que aquellos territorios que no poseen la calidad de estados puedan tener representación en las cámaras que componen el Poder Legislativo. En la actualidad, cada uno de los seis estados de Australia elige 12 senadores, a los que se agregan dos senadores por cada uno de los territorios que no tienen la calidad de estados: el Territorio del Norte y el Territorio de la Capital de Australia, y queda, así, el Senado compuesto por 76 senadores⁵. En este sentido, los territorios no tienen igual representación que los estados, lo que es una extensión práctica y lógica de la idea plasmada en el texto constitucional, toda vez que no son estados. Ambos territorios adquirieron representación en el Senado en 1974 mediante una ley aprobada por el Parlamento australiano.

D. Brasil

En el caso del país con mayor población de América del Sur, históricamente el Senado ha sido una poderosa institución al interior de su democracia. A causa de esto, ha llegado, incluso, a destituir al Presidente de la nación recientemente, lo que demuestra la importancia de esta institución.

La Constitución actualmente vigente es la de 1988 y regula la conformación del Senado Federal en su Artículo 47 N° 1: “El Senado Federal se compone de representantes de los Estados y del Distrito Federal, elegidos por voto mayoritario. §1°. Cada Estado y el Distrito Federal elegirán tres Senadores un término de ocho años”.

⁵ Información disponible en el sitio oficial del Senado de Australia en https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Senate_Briefs/Brief01

La conformación de la Cámara Alta brasileña se hace sobre la base de un criterio estrictamente territorial, en la que cada estado de la federación elige el mismo número de senadores. A diferencia de Australia e igual que en el caso de Argentina, el distrito federal –que no es un estado– igualmente elige tres senadores para que lo representen en el Senado. La carta fundamental busca así asegurar que los estados más pequeños queden en igualdad frente a los estados con mayor población. En la actualidad, el Senado Federal está conformado por 81 senadores, a razón de tres elegidos por cada uno de los 26 estados que componen la federación, y tres por el Distrito Federal.

E. España

España resolvió dejar plasmado en el texto constitucional que el Senado es la cámara legislativa a la que se reserva la representación territorial en el Artículo 69 N° 1 de la Constitución de 1978. A diferencia de las otras constituciones analizadas, si bien esta representación es territorial, igualmente incluye un elemento demográfico para la asignación final de los escaños. Dispone el texto constitucional vigente que cada provincia elegirá cuatro senadores. Pero la integración de la Cámara Alta española considera tres reglas especiales adicionales: (i) la asignación de escaños para las provincias insulares se fija en tres senadores para cada una de las denominadas islas mayores y en uno para otras islas o agrupaciones de islas, (ii) a las poblaciones del Norte de África (Ceuta y Melilla) les asigna dos senadores a cada una y (iii) a las Comunidades Autónomas les corresponderá elegir además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Esta última regla especial produce como efecto que el número de senadores que conforman en definitiva el Senado sea variable. Esta variación se produce al principio de cada legislatura y toma como referencia el censo de la nación.

VI. ELEMENTOS PARA UN BICAMERALISMO REGIONALIZADOR Y DESCENTRALIZADOR

Debido al contexto constituyente que vive Chile desde 2019, el debate en torno a mantener la estructura bicameral se ha instalado con fuerza, tanto durante el proceso de elección de los convencionales constituyentes como con posterioridad a la creación de la Convención Constitucional en julio de 2021.

Efectivamente, pareciera ser que existe una suerte de asociación en sectores de la opinión pública entre bicameralismo e inacción legislativa. Más aún, algunos sectores han convertido el bicameralismo en una cierta excusa o justificación ante la incapacidad de avanzar en ciertas reformas legislativas. Estas situaciones se deben más bien a un problema político que se refleja en los bajos niveles de confianza que generan los partidos políticos y cuyo efecto se proyecta al Congreso⁶. Incluso, en enero de 2022, un

⁶ Una buena muestra de esta realidad se puede ver en Estudio Nacional de Opinión Pública. Encuesta CEP 85 de agosto 2021, publicada por el Centro de Estudios Públicos (CEP). Resultados

grupo de convencionales ingresó una propuesta de Congreso Plurinacional de carácter unicameral, suprimiendo derechamente la segunda cámara.

Aun así, siguiendo los ejemplos de otras democracias en otras latitudes, se puede mantener el sistema bicameral, precisamente, para profundizar la institucionalidad democrática. Desde esta perspectiva, el Senado podría contribuir tanto a la representación como a la descentralización, lo que se podría lograr en parte con los siguientes cambios:

A. Senado: cámara legislativa territorial

Tratándose de un Estado unitario y no federal, mantener un Senado cuya conformación es a base del principio de representación territorial permite reconocer una realidad de descentralización geográfica y a la vez le confiere a la institución un papel como instrumento de descentralización (Fermendois Vöhringer, 1997). Más aún, si durante el proceso constituyente se avanza hacia un modelo de Estado unitario, pero con mayores atribuciones para las unidades territoriales en que se divide el país, esta fórmula podría configurar un buen complemento para la nueva institucionalidad.

En este sentido, la Constitución podría perfectamente incluir una declaración expresa, como la Constitución de España en su Artículo 69 en cuanto a que se trata de la cámara legislativa de representación territorial. Otra fórmula podría implicar que se mencione expresamente que los senadores se eligen por cada región, lo que en la práctica produce el efecto de considerar esta cámara como la de representación territorial del país. Lo que se busca es que desde la perspectiva constitucional no exista espacio para que sea otro factor distinto al territorial el que explique la integración de la Cámara Alta.

B. Igual número de senadores por cada región, sin importar la población de cada territorio

Establecer que existirá un Senado o Cámara Alta –con independencia del nombre que se le asigne– que estará conformado por un idéntico número de senadores elegidos por sufragio universal y directo en cada una de las regiones o territorios en que se divide administrativamente Chile sería una novedad. Sería una verdadera innovación en materia de reconocimiento de las aspiraciones de los chilenos que no residen en la capital de que cada región tiene al menos en una esfera del quehacer nacional la misma importancia. En efecto, sería la primera vez en la historia republicana nacional que una de las cámaras legislativas se integra con exactamente el mismo número de representantes por territorio, sin importar la población que reside en ella.

La posibilidad de que una región como Arica, que de acuerdo con el último censo tiene una población de 226.000 habitantes, o Aysén, que tiene una población total de 103.000 habitantes, tengan el mismo número de representantes que la Región Metropolitana

y datos disponibles en <https://www.cepchile.cl/cep/encuestas-cep/encuestas-2010-2021/estudio-nacional-de-opinion-publica-n-85-septiembre-2021>

que con 7.112.000 habitantes concentra cerca el 40% de la población de Chile⁷, sin lugar a duda, es un verdadero cambio de paradigma.

¿Por qué? Porque por primera vez se estaría reconociendo que cada territorio administrativo en que se divide la nación tiene un mismo valor político para la toma de decisiones. El mensaje que se transmite desde esta perspectiva es precisamente uno de igualdad política-institucional, ya que, al momento de tomar decisiones mediante la votación de iniciativas legales, el ciudadano de Arica tiene el mismo peso que el ciudadano de Valparaíso, y el ciudadano de Aysén tiene el mismo peso que el de Santiago. Al reservar esta igualdad de representación al Senado, se refuerza a la vez el criterio de representación de la Cámara Baja, esto es la cantidad de población: a mayor población mayor número de representantes.

¿Cuántos senadores asignar? Pareciera que dos escaños por región podrían no reflejar del todo la realidad regional que se busca representar. En este sentido, parece prudente fijar el número de senadores en tres por cada región, lo que con la actual división política-administrativa del país implicaría un Senado integrado por 51 senadores.

Es pertinente hacer presente que en la actualidad el Senado tiene como número fijo de integración 50 senadores, por lo que solo habría que agregar un senador más y redistribuir los escaños para lograr la representación equitativa. Sin embargo, es necesario reconocer que esta fórmula permite un incremento automático de los senadores con la creación por ley de nuevas regiones, lo que sí podría elevar el número de senadores. Por lo mismo se podría innovar introduciendo una norma constitucional que obligara a disminuir a dos el número de senadores que elige cada región en caso de que la aplicación de la norma vigente resultara en un Senado compuesto por más de 60 senadores, que es lo mismo que contar con más de 20 regiones.

La identidad regional podría ser perfectamente reforzada con esta institucionalidad, toda vez que eventualmente senadores de distinta inclinación política podrían perfectamente llegar a acuerdos para aprobar iniciativas que beneficien directamente a su región o rechazar aquellos proyectos que las perjudiquen. Lo anterior se puede dar eventualmente sin perjuicio de la línea que adopten sus compañeros de bancada o correligionarios de partido. Podría ser un verdadero incentivo para cruzar el pasillo. En esta misma línea, un Senado conformado de esta manera podría facilitar una mejor coordinación entre los representantes de las regiones menos pobladas, de manera que al momento de legislar se tomen en consideración las realidades de estos territorios, realidades que muchas veces quedan olvidadas en la tramitación legislativa y que solo quedan en evidencia al implementar las leyes.

⁷ De acuerdo con los resultados del Censo de Población y Vivienda 2017 publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de Chile, disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017.pdf?sfvrsn=2fb08fd9_6

C. Sistema electoral

Otra herramienta para lograr una correcta diferenciación entre la Cámara de Diputados y el Senado podría ser el mecanismo de elección de los senadores. Si bien los tiempos actuales hacen muy difícil –casi imposible– contar con un Senado cuyos miembros sean elegidos por votación indirecta o designados por otros órganos del Estado, perfectamente podría establecerse que la elección se orientara por el principio mayoritario en la carta fundamental al que deberá ajustarse las respectivas leyes.

Así lo hizo la Constitución de 1925 al disponer en su artículo 25 que para la elección de diputados y senadores se emplearía un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad. Así también lo hace la Constitución de Argentina en su artículo 54 al prescribir, respecto de la elección de los senadores, que corresponderán dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la banca restante al partido político que le siga en número de votos.

No obstante, es necesario tener presente que el sistema de elección es una materia que históricamente ha sido reservada a la ley, por lo que solo se trataría de establecer un criterio orientador para el legislador. Lo relevante en todo caso es que podría establecerse cualquier sistema electoral siempre y cuando sea distinto al que se determine para la elección de los diputados. Apuntar a un sistema mayoritario y no proporcional es una idea que vale la pena considerar, toda vez que daría una conformación diversa a la delegación de senadores de una región respecto de la delegación de diputados.

D. Competencias y atribuciones legislativas

En materia de competencias y atribuciones, y sin perjuicio de mantener aquellas que actualmente tiene el Senado en materia de una serie de nombramientos de altos funcionarios o en materia de acusaciones constitucionales, podrían introducirse elementos que reforzaran esta función desde la perspectiva estrictamente legislativa. Un mecanismo consiste en establecer ciertas preeminencias a la hora de tramitar proyectos de ley, esto es, reservar el inicio de cierto tipo de proyectos de ley a una u otra cámara.

El texto constitucional podría asignar una preeminencia a la Cámara de Diputados en materia de la formación de leyes que impliquen desembolsos financieros del Estado no previstos en la ley de presupuestos, así como también la creación de nuevos impuestos, tributos o cargas destinados a aumentar los ingresos nacionales. Esto se traduciría en que esta clase de iniciativas legales comiencen obligatoriamente su discusión en la Cámara de Diputados, con lo que quedaría al Senado el rol de revisor de las referidas mociones. Debido a que se busca reforzar el rol de cámara construida sobre el principio de representación de población, la Cámara Baja sería la llamada a discutir en primer lugar los gastos e ingresos de la nación. Se trataría de una ampliación de la norma contenida en el Artículo 65 inciso segundo del texto constitucional vigente, que solo se refiere a las leyes sobre tributos, a la ley de presupuestos y a las leyes de reclutamiento.

En el actual texto constitucional se establece que los proyectos de ley de amnistía y de indultos generales deben comenzar su tramitación en el Senado. Una nueva

redacción constitucional podría establecer que los proyectos de ley que versan respecto de la modificación de la organización político-administrativa de la nación, como son la creación, supresión o modificación de regiones, provincias y comunas, comiencen su tramitación exclusivamente en el Senado. Este mismo criterio podría aplicarse en el caso de la aprobación, supresión o eliminación de zonas francas o de beneficios especiales que se establezcan para una o más secciones territoriales específicas.

VII. CONCLUSIONES

En la actualidad, el bicameralismo se encuentra sometido a fuerte escrutinio por parte de la ciudadanía en las democracias, y Chile no es la excepción. En efecto, se ha vuelto habitual en distintas democracias que cuentan con una Cámara Alta, sobre todo aquellas que ejercen la función legislativa en igualdad de términos con la cámara política, concentrar las críticas en la existencia de dos cámaras legislativas para encontrar respuesta ante lo que se percibe como pasividad legislativa. En Chile, esto ocurre en medio de un proceso para redactar una nueva Constitución política.

En el caso de Estados no federales, como el de Chile, existe la preocupación permanente respecto de la verdadera necesidad del bicameralismo, sobre todo si no cumple con los objetivos de descentralización y representación de intereses territoriales por la debilidad de sus facultades, ni con el de mejorar la calidad de la legislación por tener integración y función idénticas a las de la Cámara política (Fermendois Vöhringer, 1997).

Es posible afirmar que, si el criterio para asignar el número de representantes para el Senado tiene un elemento asociado a la población, efectivamente se debilita la existencia de un Congreso bicameral, toda vez que perfectamente se podría argumentar válidamente que sería mejor eliminar esta cámara. Lo mismo sucede si no existe una clara diferenciación de competencias en materias legislativas entre la Cámara Alta y la Cámara Baja.

¿En qué se diferenciaría institucionalmente la integración de ambas cámaras? Aparentemente en nada. ¿Que justificaría tener dos cámaras que se integran con el mismo criterio y que tienen las mismas facultades legislativas? Pareciera, objetivamente, que nada, y que aquel argumento en cuanto a que el Senado tiene un carácter más reflexivo y de moderación y que cumple una función revisora de la legislación no permite justificar por sí solo el bicameralismo en Chile. Por el contrario, al no introducir elementos diferenciadores se va decantando en la opinión pública la crítica de que termina siendo un obstáculo para la voluntad popular, provocando frustración y no una contribución saludable al proceso legislativo.

Si se quiere mantener el sistema bicameral, es necesario introducir varios cambios en materia constitucional para que, así, la Cámara Alta encuentre justificación firme y duradera ante las críticas, sean estas las tradicionales o las nuevas surgidas del populismo y autoritarismo actuales: a) el Senado como la cámara legislativa de representación territorial, b) una idéntica representación de cada unidad territorial, c) sistema electoral distinto al de la Cámara de Diputados y d) funciones legislativas diferenciadas entre Senado y Cámara de Diputados. De estos cambios puede depender la permanencia del

Senado en la institucionalidad nacional, esto es, mantener el sistema bicameral en vez de optar por un sistema unicameral.

En caso contrario, el Senado será visto como un elemento de obstrucción y no como la cámara revisora que está llamada a perfeccionar las leyes y normas en el marco del proceso legislativo.

REFERENCIAS

- ABIZADEH, A. (Septiembre de 2021). Representation, Bicameralism, Political Equality, and Sortition. *Perspectives on Politics*, 19(3), 791-806.
- SÁNCHEZ, F. (2004). Cámaras Diferentes, Partidos Iguales: Los Partidos Políticos en los Bicameralismos de Iberoamérica. *América Latina Hoy*(38), 77-100.
- ANDRADE GEYWITZ, C. (1991). *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BOENINGER, E. (1997). *Democracia en Chile: lecciones para la gobernabilidad*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- CAMPOS HARRIET, F. (1951). *Manual de Historia Constitucional de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HEISE GONZÁLEZ, J. (1959). *Historia Constitucional de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (1997). El Senado en el Derecho Comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 24(2), 273-311.
- BOUDON, J. (2016). Bicameralism or Bicameralisms: Typology Test of Bicameral Parliaments. *Historia et ius* (10), 1-13.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (1925). *Actas Oficiales de las Sesiones de celebradas por Comisión y Sub-comisiones encargadas del estudio y Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ARANCIBIA MATTAR, J., BRAHM GARCÍA, E., E IRARRÁZAVAL GOMIEN, A. (2008). *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)* (Vol. 1). Santiago: Centro de Estudios Bicentenario.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1989). *Historia de Ley Nº 18.825 Reforma de la Constitución Política de la República*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional.
- ACTAS OFICIALES COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. (s.f.). Constituciones políticas y Actas constitucionales. Recuperado el 15 de enero de 2022, de https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/60446
- SÁNCHEZ, F. (2004). Cámaras Diferentes, Partidos Iguales: Los Partidos Políticos en los Bicameralismos de Iberoamérica. *América Latina Hoy* (38), 77-100.

DERECHO A LA EDUCACIÓN, LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y DERECHO PREFERENTE DE PADRES, MADRES Y APODERADOS EN LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS*

*Fernando Peña Rivera***

“La América quiere ser libre para trabajar por sí misma en su felicidad: quiere que sus tesoros le sirvan a ella misma: quiere que florezcan en su seno las ciencias, las artes; aspira al esplendor que dan las naciones cultas la cultura de los talentos y la aplicación de sus recursos [...] Es palpable que esta felicidad no es para un día, sino para muchos siglos”.

Camilo Henríquez

RESUMEN

El presente trabajo muestra la evolución del derecho a la educación, la libertad de enseñanza y el derecho preferente de apoderados como aspectos centrales del debate constitucional. Se busca situar el origen y trayectoria de la educación en Chile como un elemento central del proceso de movilidad social y desarrollo que ha experimentado nuestra sociedad en las últimas décadas, recogiendo antecedentes históricos y experiencias comparadas de otros sistemas educativos en el mundo. Además, se muestra cómo el Estado y las instituciones políticas han asumido la función educativa desde el siglo XIX a la fecha, pasando desde el objetivo de la escolarización obligatoria, la necesidad de revertir las preocupantes cifras de trabajo infantil, el analfabetismo generalizado, la desnutrición, hasta los desafíos modernos en materia de mejora de la calidad de los procesos lectivos, las habilidades del siglo XXI y el cambio curricular, las políticas de inclusión y apoyo a niños con necesidades educativas especiales, y por cierto, el rol de las

* El presente trabajo es una síntesis de la exposición realizada el 25 de noviembre de 2020 en la Comisión sobre derechos fundamentales de la Convención Constitucional. El texto no es una transcripción, sino un trabajo para profundizar en los temas allí abordados.

** Fernando Peña Rivera es administrador público de la Universidad de Concepción y magíster en Filosofía Aplicada de la Universidad de los Andes. Actualmente es académico de la Escuela de Gobierno de la Universidad San Sebastián. Además, es parte del Consejo de Evaluación del Sistema de Educación Pública desde noviembre de 2021.

autoridades en un sistema de provisión mixto. La discusión constitucional ha reanimado el debate sobre el rol del Estado y las herramientas con que dispone para atraer matrícula a los establecimientos públicos. Parte de las conclusiones es que el debate normativo o jurídico sobre el derecho a la educación, no ayudará a mejorar sustantivamente el déficit financiero y los problemas estructurales que sufre la educación pública en Chile.

Palabras claves: Derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho preferente de apoderados, educación pública, Constitución.

1. RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DE LA EDUCACIÓN EN CHILE

La educación siempre está dentro de las tres o cuatro principales prioridades de la población en cualquier estudio de opinión o encuesta. Es un tema con una fuerte carga de ideas, actores y principios, que ha servido en múltiples ocasiones de escenario de revueltas y manifestaciones, las más llamativas, las movilizaciones estudiantiles de 2006 y 2011, que sirvieron de vehículo para una generación de dirigentes que ha cosechado importantes logros electorales. No es exagerado afirmar que la historia de Chile se puede estudiar desde la evolución y trayectoria de la educación.

Antes de la celebración de la primera Junta de Gobierno de 1810 en el cabildo abierto de Santiago, en Chile había siete escuelas particulares y dos de cabildo, las que, según Serrano, “tenían fines estrictamente religiosos en los propios conventos y seminarios para la formación del clero” (2012, *Tomo I*, p. 52).

Los jesuitas fueron los grandes protagonistas del sistema escolar durante la Colonia y parte del siglo XIX. El padre Luis de Valdivia funda en 1597 el colegio Máximo de San Miguel, primer establecimiento escolar en nuestro territorio. La *ratio studiorum*, texto oficial de los jesuitas para el uso metodológico al interior de los colegios, diseñado en 1599, es considerado por muchos las “primeras bases curriculares” de nuestro sistema escolar (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 56).

Con la fundación del Instituto Nacional en 1813 comienza la etapa republicana de nuestro sistema, la que fue abruptamente interrumpida en octubre de 1814 por el triunfo de las fuerzas hispanas tras el desastre de Rancagua. Luego de la consolidación de la independencia en 1818, el director supremo Bernardo O’Higgins (por solicitud del Senado) dispone la reapertura del *Instituto*, hito relevante que motivó la creación de más establecimientos escolares en el país.

Sin embargo, dicho impulso contrastó con el deficiente estado financiero de los recintos, los que debían hacer grandes esfuerzos para cumplir con sus obligaciones, entre ellas, pagar el sueldo de los profesores. Es así como en 1834, a causa de la falta de recursos para pagar el sueldo del preceptor, cierra una escuela municipal en Yumbel, región del Biobío, que atendía a 70 alumnos. El cierre de la escuela motivó la solicitud de “fondos nacionales” desde el municipio para solventar los gastos del establecimiento. Nacen, de esta forma, las escuelas fiscales, o si se quiere, el aporte fiscal como política pública. Ya para 1835 “se contaron cuarenta a lo largo del territorio, había dos en Chiloé, una en Coquimbo y veinte en Concepción” (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 145).

La escuela pública se transformó en una institución de máxima importancia para el proceso táctico de asentamiento del Estado en el territorio nacional, lo que fomentó la creación de más establecimientos durante la segunda mitad del siglo XIX, tanto así, que para 1890 la escuela pública era la primera red territorial del Estado, presente en 857 localidades del país (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 181).

Sin embargo, dicha expansión no fue de la mano con el entusiasmo de las familias, pues los menores de edad cumplían labores agrícolas (en el caso de los varones) o de cuidados al interior del hogar (en el caso de las niñas). El ausentismo y la deserción escolar fueron los grandes problemas del sistema durante todo el siglo XIX. En 1854, un quinto de los niños entre 5 y 15 años trabajaba (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 210.), mientras que uno de cada catorce niños en edad escolar estaba matriculado, cifra que aumentó a dos de cada diez para fines de siglo. En 1849 el ministro del ramo fue claro:

[l]a apatía de muchos padres de familia, la ignorancia de otros que les hace mirar con la más completa indiferencia la educación de su prole, y en fin, la pobreza de un gran número, origen de su repugnancia a privarse, en obsequio de la Ilustración, del auxilio de sus hijos, aun por breves espacios de tiempo, serán obstáculos poderosos con que por largos años habrá que luchar para llegar a obtener la concurrencia apetecida a las escuelas (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 191).

Para ese Chile preindustrial, organizar la vida familiar en torno al trabajo era natural y necesario, porque este formaba para la vida adulta y entregaba oficios concretos para la subsistencia, algo que la escuela no podía ofrecer o que, al menos, no estaba lo suficientemente claro en su propósito.

Si bien las dificultades sociales con que se enfrentó el sistema escolar en el siglo XIX complicaron su desarrollo, hubo avances que posibilitaron su madurez, entre ellos, la creación de la Universidad de Chile, la que estaba autorizada para ejercer la superintendencia en todas las ramas de la enseñanza, y haber “puesto la primaria bajo la dirección inmediata de la Facultad de Filosofía y Humanidades” (Labarca, 1931, p. 131).

El surgimiento de una elite intelectual en 1842 profundizó el ideario de un *Estado docente*, el que tomó forma y contextura con la creación en 1841 de la *Escuela Normal de Preceptores*, bajo la dirección de don Domingo Faustino Sarmiento, para quien la misión educativa se resumía en tres prioridades: la creación de una escuela primaria común, la formación del magisterio y la educación femenina (Labarca, 1931, p. 115).

En 1853 se efectuó la primera distribución de textos escolares gratuitos para niños pobres, mientras que en 1860 se promulga la *Ley de Instrucción Primaria*, hito político y legislativo porque 1) fijaba una relación proporcional entre número de habitantes y número de escuelas al imponer como requisito para fundarlas la existencia de dos mil personas, 2) la escuela pública, fiscal o municipal, era gratuita; 3) el financiamiento sería principalmente fiscal y municipal y comprendía no solo el preceptor, sino local, útiles, textos y bibliotecas populares; y 4) los preceptores pasaron a ser empleados públicos con derecho a jubilación. Asimismo, se creó una Inspección de Instrucción Primaria con el rol de superintendencia (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 159).

El artículo 1 de la ley señalaba que “la instrucción primaria se dará bajo la dirección del Estado”, lo que para muchos juristas e historiadores constituye el primer derecho positivo en nuestra historia republicana, lo que no deja de ser curioso porque, mientras el sistema político se hacía más liberal al ampliar las libertades individuales y el pluralismo, la educación asumía de manera inversamente proporcional el resguardo de la unidad y del Estado docente (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 91). Para la premio nacional de historia, Sol Serrano, esta época de nuestra historia demuestra que:

[L]a escuela fue un proyecto político para la construcción de una sociedad política moderna. Obviar esta dimensión por considerarla utópica, elitista y jerárquica, todo lo cual es cierto, o porque supone estudiarla desde “arriba” y no “desde abajo”, significa negar la capacidad explicativa de la dimensión política de la sociedad. De otra forma, cuesta entender por qué la educación hasta el presente se ha entendido como una promesa, primero de civilización, luego de libertad, más tarde de emancipación y finalmente de igualdad (Serrano, *Tomo I*, 2012, p. 92).

Aun cuando en 1837 se dicta la primera ley orgánica de ministerios en el Gobierno de José Joaquín Prieto, por lo que la *educación* queda albergada en el Ministerio de “Justicia, Culto e Instrucción Pública”, no será hasta el 30 de noviembre de 1927 (cuando se dicta la tercera ley de ministerios) la creación del “Ministerio de Educación Pública”. Posteriormente la Ley Nº 18.956, promulgada el 22 de febrero de 1990, reestructuró el Ministerio de Educación Pública, que pasó a llamarse “Ministerio de Educación” a secas (Mineduc, 2017).

También durante el siglo XX destaca la creación de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), institución pública del Estado de Chile creada en 1964, parte del Ministerio de Educación, que vela por “hacer efectiva la igualdad de oportunidades ante la educación de niños y jóvenes en condición de vulnerabilidad económica”, en momentos cuando la desnutrición y la falta de condiciones higiénicas limitaban el trabajo de la escuela pública.

Además, en enero de 1967 nace el Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas (CPEIP), institución que concentró las diversas actividades de perfeccionamiento docente que existían en la época y desarrolló nuevas líneas en esa área. La idea era impregnar a la mayor cantidad posible de maestros en los nuevos principios pedagógicos que impulsaba la Reforma de 1965. Además, se dio mucha importancia a la formación y perfeccionamiento de los equipos directivos de las escuelas y liceos, pues en esa época se abrieron muchos establecimientos educativos y se necesitaba personal a cargo de ellos (Mineduc, 2017).

De esa forma, el siglo XX consolidó el tejido burocrático e institucional del sistema escolar, que en los últimos años se ha orientado a promover el mejoramiento de la calidad y la excelencia de los procesos educativos, en lo que destaca la creación del Sistema de Aseguramiento de la Calidad en 2011 (Ley 20.529) y de la Agencia de la Calidad de la Educación.

“La responsabilidad del desarrollo del niño puede convertirse en cierto sentido contra el mundo: el niño requiere una protección y un cuidado especial para que el mundo no lo dañe. Pero también el mundo necesita protección para que no sea avasallado y destruido por la agresividad de lo nuevo que lo ataca en cada nueva generación”.

Hannah Arendt

2. LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO

Dijimos anteriormente que la educación, en cuanto derecho positivo, se equipa con la Ley de Instrucción Primaria promulgada en 1860 con, al menos, cuatro hitos o aspectos que permiten el despliegue del *Estado docente* consagrado en la Constitución de 1833.

El desarrollo de la vida cívica y el ejercicio de los derechos ciudadanos estaban íntimamente ligados al nivel de cobertura y de éxito del sistema escolar. El artículo 8 de la CPR de 1833 señalaba que “Son ciudadanos activos con derecho a sufragio: los chilenos que habiendo cumplido veinticinco años, si son solteros, y veintiuno, si son casados, y sabiendo leer y escribir [...]”; lo que refuerza el carácter censitario del sistema político, al que solo accedían quienes poseían cierto nivel educativo, lo que por cierto, más que un derecho, era privilegio de algunos pocos.

Que la educación sea un derecho positivo o que esté consagrado jurídicamente no explica del todo la importancia que ha tenido y sigue teniendo el debate educativo en nuestro país. A saber, diversos cuerpos normativos se refieren a esta dimensión individual o fenoménica que subyace en el desarrollo de todo quehacer pedagógico. El artículo 19 n° 10 de la actual Constitución señala que “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, lo que posteriormente complementa el artículo 2° del D.F.L. N° 2, de julio de 2010, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Educación N° 20.370, de 2010; al concebir la educación como:

[u]n proceso de aprendizaje permanente, que abarca las distintas etapas de la vida de una persona, cuya finalidad es alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas (Flores, 2014, p. 112).

La crisis política y social que atraviesa nuestro país, cristalizada en los hechos de violencia ocurridos en octubre de 2019 y el sucesivo estado de espasmo institucional que le siguió, nos invita a reflexionar acerca de cuál es el nivel de desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo e intelectual en nuestros tiempos.

Así como el mero desarrollo institucional del sistema educativo no es suficiente para abordar la profundidad de nuestra crisis, reducir la *educación* a un fenómeno individual o de íntimas consecuencias tampoco debe ser el camino.

El historiador Gonzalo Vial, como pocos, fue capaz de leer lo que consideraba como nuestra *fractura social*, esto es, “las fallas abismantes en el ingreso, el trabajo, la vivienda,

la salud, la educación, el hogar estable como motor de progreso y prenda de auténtica felicidad” (Vial, 2009. pp. 1391-1396); huyendo, pero al mismo tiempo criticando las posturas maniqueas de la guerra fría que serpentearon la transición en Chile, y que, en cuanto paradigmas, resultan insuficientes para explicar y abordar la crisis que nos afecta como cuerpo social. Las múltiples expresiones de violencia y barbarie que nos azotan son la expresión viva de dicha crisis. ¿Qué tenemos, entonces? Se pregunta el profesor Joaquín García Huidobro en su libro *Bencina y Pasto Seco* (2020, pp. 191-192), a lo que responde:

Esas muchedumbres de encapuchados no son solo izquierdistas radicales, no son simplemente los restos o hijos de las organizaciones violentas de la izquierda de la década de los ochenta del siglo pasado, o los nietos de revolucionarios sesenteros. Son, en muchos casos, el fruto del desarraigo, la consecuencia de la falta de sentido. Se trata de personas que quieren hacer algo grande con sus existencias y, como no tienen Dios, o patria, o partido, o lo que sea que pueda plantear un horizonte exigente a sus vidas, se contentan con hacer lo único grande que tienen por delante: una gran destrucción empapada de falsa épica. De ahí los mencionados rituales, verdaderas liturgias nihilistas, que se observan todos los viernes en Plaza Baquedano: sus símbolos, gritos y consignas muestran una angustiada búsqueda de sentido.

Del mismo modo, el filósofo chileno Gastón Soublette, en una carta dirigida al director del diario *El Mercurio* el 24 de noviembre de 2021, afirma que “Este problema (la violencia), no tendrá solución mientras los agentes del poder correspondan a un tipo de humano que carece de desarrollo espiritual y formación ética, pues todos los chilenos somos el producto de una educación muy deficitaria en lo que se refiere a la formación del carácter”. La formación del *carácter* a la que se refiere el profesor Soublette es asunto antiguo, pero no por eso de especial vigencia en nuestro sistema educativo. La estandarización de contenidos, el currículo nacional y los mecanismos de evaluación muchas veces han impedido el florecimiento de las virtudes y talentos que posibilitan la excelencia del espíritu. Platón en su obra *La República* nos advierte de la complejidad del proceso formativo de un alumno:

En un principio, el pequeño animal humano no tendría las respuestas exactas. Se le debe ejercitar para sentir placer, predilección, aversión y odio por las cosas que realmente son placenteras, agradables, desagradables y odiosas. En *La República*, el joven bien educado es el que vería con mayor claridad cualquier error en trabajos mal hechos de un hombre o en obras mal terminadas de la naturaleza; con justa aversión culparía y odiaría lo feo incluso desde sus primeros años, y haría entusiastas alabanzas a lo bello, recibiendo en el alma y alimentándose con ello, para convertirse en un hombre de buen corazón. Todo esto antes de encontrarse en edad de razonar; de modo que cuando finalmente llegue a él la Razón, entonces, educado de esta forma, estrechará sus manos para darle la bienvenida y reconocerla, ya que percibe su afinidad con ella (Lewis, 1943, p. 20-21).

En la misma dirección, Aristóteles dice que el fin de la educación es conseguir que el alumno tenga predilecciones y aversiones por lo que corresponde:

Cuando llega la edad del pensamiento reflexivo, el alumno que se ha ejercitado de esta forma en afectos ordenados o sentimientos justos descubrirá con facilidad los primeros principios de la ética; pero el hombre corrupto nunca los podrá ver y no podrá progresar en esta ciencia (Citado en Lewis, 1943, p. 7).

Lamentablemente, el crecimiento y madurez de los sentidos interiores, del buen gusto y de la nobleza han sido menospreciados e incluso vilipendiados desde la arrogancia que la técnica y las ciencias exactas han edificado en el mundo moderno: “El verdadero objetivo es extender el poder del Hombre a la realización de cuantas cosas sean posibles” (Lewis, 1943, p. 36). Podríamos extendernos acerca de la dimensión epistemológica de este asunto, sin embargo, descuidaríamos el objetivo del presente trabajo.

Vimos que la educación como derecho es de las primeras expresiones *positivas* en nuestro ordenamiento jurídico en el siglo XIX. Durante el siglo XX, la educación tuvo el desafío de consolidar el proceso de escolarización iniciado en el siglo anterior. Mientras en 1885 el 16% de los niños asistía a la escuela, en 1930 más de la mitad de los niños entre seis y catorce años (el 63% para ser exactos) estaba matriculado en una escuela primaria pública o particular y el 67,1% de los mayores de seis declaraba saber leer en el Censo de ese año. Al iniciar el siglo XX, el país ya tenía un sistema de educación territorialmente extenso que en este período creció en forma exponencial no solo en número de escuelas y cobertura, sino también en la diversificación de su oferta (Serrano, 2022, *Tomo II*, p. 65). Asimismo, el ingreso masivo de mujeres a la instrucción primaria también fue un factor decisivo en este crecimiento, porque para 1930 el 54,2% estaba escolarizado (lejos del 3,1% un siglo atrás).

Entre 1920 y 1930 el proceso de alfabetización empezó a cosechar este desarrollo, aumentó su ritmo de avance y por primera vez en Chile quienes sabían leer superaron a los que no lo hacían. En analfabetismo retrocedió del 40,9% al 22,6% entre los mayores de seis años. Al mismo tiempo, el porcentaje de quienes sabían leer creció del 59% al 67,1%. Dicha década es especialmente significativa porque Chile pasó de ser una república analfabeta a un país letrado (Serrano, 2022, *Tomo II*, pp. 69-70) y, curiosamente, ocurre mientras el país ensaya una nueva Constitución luego de la crisis política de 1924 (*ruido de sables*) y que se suma, al término de la década, a una de las crisis económicas más profundas que haya sufrido el mundo (*la gran depresión de 1929*), la que abona al proceso de desorganización política que vive el país y la rotativa de autoridades en 1932. La Constitución Política de 1925 en su artículo 10 n° 7 refrenda la obligatoriedad de la educación escolar, la que previamente fue establecida por la Ley N° 3.654 del 26 de agosto de 1920 (Flores, 2014, p. 122).

El crecimiento estable de la población fue acompañado, a partir de la década del 50, por un importante esfuerzo por ampliar la cobertura del nivel primario, la que se alcanzó y se estabilizó por sobre los dos millones de estudiantes durante la década del 70. Por su parte, y respondiendo a la mayor demanda por educación media, a partir de los 60 se observa un aumento de la matrícula en el nivel medio y se llega a superar el millón de estudiantes en el 2004. Del mismo modo, entre la década de los 80 y la primera década del nuevo milenio, el número de alumnos matriculados en alguna Institución de

Educación Superior se multiplicó por diez. En siete décadas, se transformó completamente la escala del sistema educativo en Chile (Fontaine y Urzúa, 2018, pp. 29-30).

Por su parte, la Constitución Política de 1980 reafirma el derecho a la educación en su artículo 10 n° 19 al detallar el rol del Estado en cada ciclo de aprendizaje, e incorpora el estímulo de “la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación” dentro de sus labores. En 2013 mediante una reforma constitucional se establecerá la obligatoriedad del segundo nivel de transición (kínder), la que, dicho sea de paso, aún no es aprobada por el Congreso. La misma reforma crea un sistema de financiamiento gratuito para el nivel medio menor. Así, el Estado formaliza su compromiso con la educación parvularia, la que, de acuerdo con la evidencia y los avances de la neurociencia, se ha transformado en un ciclo de vital importancia para corregir brechas y mejorar los aprendizajes. Lamentablemente, y según datos de la encuesta CASEN 2015, el 59,31% de los menores de cinco años no asiste a jardines infantiles, y más preocupante aún es que, en el caso de estos, 77,3% de los padres declara que el menor no asiste pues consideran que no es necesario, por el cuidado en casa (Fontaine y Urzúa, 2018, p. 55).

Para terminar, y pensando en cómo reforzar el *derecho a la educación* en una nueva Constitución política (sin caer en declaraciones rimbombantes de alto calado hermenéutico o simbólico) propongo dos cosas, cada una con un mérito propio. Primero, incorporar o hacer referencia al derecho de niños con Necesidades Educativas Especiales (NEE) en el sistema escolar. La cantidad de niños al interior de las aulas con alguna condición del espectro autista (TEA) o con alguna discapacidad física o mental severa aumenta todos los años, y si bien existen varios decretos y cuerpos normativos que regulan la educación especial, entre ellos la ley de inclusión promulgada en 2015, es necesario el reconocimiento constitucional de dicho grupo de alumnos, pensando siempre en su integración y desarrollo en igualdad de condiciones. Segundo, que el Estado junto con estimular la investigación, la creación artística y el patrimonio cultural (Art.19 n° 10 CPR), incorpore el estímulo de las llamadas *habilidades del siglo XXI*, definidas por Nickerson y otros, como los aspectos del pensamiento vinculados a 1) la solución de problemas, 2) la creatividad como capacidad de ver las cosas en una forma nueva, 3) las habilidades metacognitivas como aquellas que “son necesarias, o útiles, para la adquisición, el empleo y el control del conocimiento, y de las demás habilidades cognitivas” y 4) El razonamiento como la “capacidad de realizar inferencias, es decir, de evaluar y generar argumentos de acuerdo con los principios de la inferencia inductiva y deductiva” (Maggio, 2018, p. 13).

Lo anterior permitiría iniciar una necesaria discusión acerca de la pertinencia curricular de nuestros planes de estudio en la educación obligatoria, porque si bien Chile ha progresado en los últimos años en su desempeño escolar, aún sigue siendo bajo en comparación con el promedio OCDE. Según el informe del mismo organismo *Education in Chile* (2017), “Chile tiene dificultades para producir alumnos de alto rendimiento que podrían ayudar a transformar el país, creando una economía compleja, basada en el conocimiento” (Fontaine y Urzúa, 2018, p. 46). Para revertir este escenario, las escuelas y liceos deben contribuir a la formación de capital humano avanzado, lo que, a su vez, permitiría a las Instituciones de Educación Superior acotar sus programas

de pregrado e invertir menos tiempo en programas de nivelación. En ese sentido, es clave que el proceso constitucional en curso no apruebe normas o iniciativas que interrumpen en el proceso de desmunicipalización en curso (Ley 21.040). Si queremos revitalizar la educación pública, es importante dejar que la instalación de los Servicios Locales de Educación (SLED) ocurra y se desarrolle según el cronograma fijado por la autoridad. Es prematuro evaluar la eficacia de esta política sin antes terminar con la instalación de los 70 SLED que crea la ley para asumir el rol de sostenedores en reemplazo de los municipios.

“El florecimiento de este sector es otro de los elementos esenciales de una sociedad civil madura. Más aún, es un indicador directo de su madurez. El genuino pluralismo en este campo naturalmente depende a su vez de la pluralidad de fuentes que nutren esas organizaciones. El Estado no deberá fundarse sobre la noción de que él sabe por su cuenta lo que la sociedad necesita”.

Vaclav Havel

3. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La actual Constitución Política de la República señala en su artículo 19 n° 11 que “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”. Como bien vimos en la primera parte de este trabajo, la educación particular existe en Chile desde la Colonia, siendo las congregaciones religiosas las grandes promotoras de la primera enseñanza. Afirmar que la Constitución de 1980 crea la educación particular subvencionada es un error, toda vez que la subvención estatal se crea en 1951 por medio de la Ley N° 9.864 en donde se “(...) estableció el subsidio para escuelas Privadas”. Asimismo, la *libertad de enseñanza* (como principio) es incorporada a la Constitución Política de 1833 mediante una Reforma Constitucional el 13 de agosto de 1874, en donde el legislador señala que “La Constitución asegura a todas las personas: (...) La libertad de enseñanza”. Además, el *financiamiento compartido* fue creado en 1993, el que posteriormente fue eliminado en la Ley 20.845 de 2015. No es correcto tampoco afirmar que en países desarrollados no existe la educación particular. Que la educación sea pública o gratuita no asegura equidad, ni menos calidad. En Bélgica y Holanda (ambos sistemas excelentes) más del 70% de los alumnos asiste a establecimientos particulares subvencionados y existe un subsidio mayor para alumnos vulnerables (tal como en Chile gracias a la ley SEP). En países como Estonia, la mayoría prefiere las escuelas públicas y se permite el financiamiento compartido (Fontaine y Urzúa, 2018, p. 15). En cambio, en países como Francia o Alemania, la mayoría de las familias opta por la educación pública. Existe financiamiento estatal para la educación particular en países tan diversos como Alemania, Dinamarca, República Checa, España, Estonia, Israel,

Australia, Portugal, Corea del Sur, Polonia, Canadá, Japón, Suiza, Italia, Nueva Zelanda, México, Estados Unidos y Grecia (Fontaine y Urzúa, 2018, p. 37).

Un caso interesante de estudio es el de Suecia, que hasta 1991 fue un país en donde la educación se entregaba mediante un sistema público y gratuito. Las escuelas públicas dependían de los municipios y tenían una matrícula del 99% del alumnado. Sin embargo, en dicho año se llevó a cabo una reforma que permitió la creación de escuelas particulares subvencionadas, religiosas y laicas, con fines y sin fines de lucro, y financiadas por el Estado vía subvención por alumno. Las escuelas debían cumplir con un currículum nacional y no estaría permitido el financiamiento compartido, pero sí podrían seleccionar a sus alumnos según criterios académicos a partir de la enseñanza secundaria (Fontaine y Urzúa, 2018, p. 38). Según el informe de la OCDE *Social Choice and School Voucher* de 2017, el 14% de los alumnos en Suecia asiste a algún establecimiento particular subvencionado luego de la reforma, lo que aporta más diversidad y capacidad de elección a las familias.

En Chile, con las movilizaciones estudiantiles de 2011, se inicia una denuncia sistemática a lo que algunos denominan el “lucro en la educación”. El abogado Fernando Atria, en su libro *Mercado y Ciudadanía en la Educación* (2007) afirma que “hay armonía entre esta comprensión del derecho a la educación y la exclusión del reconocimiento público a establecimientos organizados como personas jurídicas con fines de lucro”. En el mensaje de ley del primer trámite constitucional de la Ley 20.845 (ley de inclusión) se señala que los países que son parte de la OCDE:

[e]n su gran mayoría no financian (ni permiten) establecimientos que puedan lucrar, basan sus logros educativos en un fuerte pilar de educación pública y poseen un sistema que garantiza el compromiso de parte de los establecimientos privados financiados por el Estado en el desarrollo de una educación de calidad, prohibiéndoles, además, realizar cobros a las familias y seleccionar (BCN, Historia ley 20.845, p. 9).

Como vimos anteriormente, la diversidad de sistemas en el mundo refleja una alta variedad de tipos de sostenedores, lo que en ningún caso explica el nivel de desempeño ni la calidad del sistema (OCDE, 2017. p. 8). La discusión en Chile, lejos de la evidencia, se sostuvo más en un fenómeno ético-político, lo que se tradujo que en 2015 se aprobara una reforma que, entre otras cosas, obliga a todos los sostenedores de colegios particulares subvencionados a transformarse en personas jurídicas sin fines de lucro, lo que ayudó a calmar la atmósfera de persecución iniciada con las movilizaciones de 2011. Sin embargo, en la práctica, trajo serias dificultades a los sostenedores para seguir prestando el servicio educativo, entre otras cosas, porque no obstante la derogación del financiamiento compartido, en los artículos transitorios de la Ley nº 20.845, se estableció un régimen de transición, que permitía a los establecimientos a esa fecha adscritos al régimen de financiamiento compartido seguir cobrando la cuota mensual a los padres.

La transición considera un mecanismo bajo el cual el establecimiento está obligado a dejar de cobrar el financiamiento compartido cumplida una condición: que el monto máximo de financiamiento compartido por alumno que puede cobrar el establecimiento

sea menor al Aporte por Gratuidad. El mecanismo se encuentra regulado y descrito reglamentariamente en el Decreto 478 de 2015.

Un estudio del Centro de Estudios Públicos (CEP) de 2014 advirtió que dicha fórmula podría afectar a entre 410 y 580 mil escolares por la eliminación del financiamiento compartido, como consecuencia de que los recursos extras que compromete el Estado por medio de la reforma educacional no alcanzarían a cubrir el gasto real en que hoy incurren por cada alumno los colegios de más alto copago, lo que genera un incentivo para que establecimientos particulares subvencionados se transformen en colegios particulares. En reciente estudio encargado por el Congreso (Holz, 2021) concluyó que

La evolución real de ambas variables (FICOM/Aporte por Gratuidad) depende, principalmente, del crecimiento de la USE (Unidad de Subvención Educativa), que varía en el mismo monto en que varían las remuneraciones del sector público. Es decir, la evolución de las variables que determinan el fin del financiamiento compartido depende, por diseño, de un factor exógeno al control del Ministerio de Educación (BCN, Holz, 2021. p. 9).

Asimismo, las ahora fundaciones o corporaciones sin fines de lucro se han visto limitadas para invertir y hacer crecer sus proyectos, toda vez que los bancos ya no califican a las nuevas personas jurídicas como “sujetas de crédito”, lo que ha perjudicado principalmente a los establecimientos en crecimiento. Por último, hay incertidumbre con el proceso de compraventa con Garantía CORFO creado por la Ley 20.845, al que hasta 2019 solo habían accedido 27 sostenedores (de un total de 4.500). La gran mayoría de estos ha optado por la opción del arriendo, aun cuando la ley solo permita un valor máximo del 11% del avalúo de la propiedad, lo que no refleja el valor comercial de las propiedades y los costos asociados a su mantención.

En efecto, los cambios normativos para poner *fin al lucro* han complicado la tarea de los sostenedores, quienes han debido tomar una posición defensiva respecto del Estado, en circunstancias de que siguen siendo la opción preferente de las familias según muestran los resultados del proceso de Admisión Escolar (en la región del Biobío de los 10 establecimientos con mayor número de postulaciones, 8 son colegios particulares subvencionados). Este proceso, por su parte, ha desnudado, vale decir, la crisis de la educación pública, de la que poco o nada se hace cargo la ley de inclusión.

En ese sentido, omitir la *libertad de enseñanza* como tópico en un futuro texto constitucional profundizaría esa relación de sospecha que el Estado ha sembrado con los sostenedores de colegios particulares subvencionados, en circunstancias de que proveen bienes públicos altamente valorados por las familias, quienes mayoritariamente optan por esta modalidad para matricular a sus hijos.

“El lugar donde nacen los niños y mueren los hombres,
 donde la libertad y el amor florecen,
 no es una oficina ni un comercio ni una fábrica.
 Ahí veo yo la importancia de la familia.
 Quienes hablan contra la familia no saben lo que hacen,
 porque no saben lo que deshacen”.

G. K. Chesterton

4. DERECHO PREFERENTE DE LAS FAMILIAS

En el artículo 19 n° 10 de la actual Constitución Política se señala que “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”, lo que es coherente con la importancia que le asignó el constituyente a la *familia* en cuanto núcleo fundamental de la sociedad (art.1) y también con lo suscrito por nuestro país en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Para la abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Carmen Domínguez:

La justificación de toda esta normativa radica en la importancia de los derechos y deberes que surgen del vínculo filial entre padres e hijos. Desde luego, el legislador no establece arbitrariamente cuáles son esos derechos y deberes, pues ellos emanan de la naturaleza misma del vínculo filial. Al reconocerlos se persigue reforzar la trascendencia que este tiene, se releva el compromiso que los padres asumen respecto de los hijos que crían, se asegura que ellos puedan efectivamente cumplir con ser guía y acompañamiento en el desarrollo de sus hijos, cumpliendo así con sus tareas de auxilio afectivo y económico, de educación y formación general, entre otras, todo con vistas al mejor interés del niño o niña (Dominguez, 2021).

El *vínculo filial* descrito anteriormente no es baladí, ya que de él emanan un conjunto de exigencias y responsabilidades que definen las obligaciones del Estado. Mientras peor cumplan su rol las familias, mayores serán las exigencias para las instituciones públicas.

En su obra celebre *Theory of Justice*, el filósofo J. Rawls (1971) afirma que “el hijo llega querer a sus padres solo si ellos manifiestamente lo aman primero [...] de esta manera suscitan en él un sentido de su propio valor y el deseo de llegar a ser el tipo de persona que son” (p. 463). Así, si el niño “ama y confía en sus padres, tenderá a aceptar sus amonestaciones”, algo que Rawls llama la *moralidad de la autoridad* (Fontaine y Urzúa, 2018, pp. 273-274). Así, la relación del individuo con su entorno dependerá en gran medida de la riqueza afectiva y comunicacional que desarrolle durante su crianza. No por algo, para Aristóteles la amistad de padres e hijos es la que “da más placer y utilidad” (Citado en Fontaine y Urzúa, 2018, p. 273). A medida que el niño va creciendo y va equipando su experiencia con otro tipo de aprendizajes, su *imago mundi* se distancia o aleja de la de sus tutores. Lo anterior no significa que el niño deba aprender solo o que

los adultos deban omitirse en su rol formador. Corrientes que fomentan la *autonomía progresiva* de los niños o que denuncian el *adultocentrismo* de la sociedad occidental omiten no solo cuestiones antropológicas relacionadas con el *buen vivir*, sino también los avances de la neurociencia que, al igual que la psicología, refuerzan la evidencia de lo indispensable de las emociones y los vínculos afectivos en el proceso de aprendizaje. A continuación, un ejemplo:

Luego del fusilamiento del presidente rumano Nicolae Ceaușescu, a comienzos de la década de 1990, el mundo observó horrorizado cómo más de 100 mil niños rumanos en notable estado de abandono (hacinados, desnutridos y sin higiene) eran reubicados en familias de acogida en todo el mundo. Fue cuando un grupo de investigadores del Instituto de Psiquiatría, Psicología y Neurociencia del King's College de Londres comenzaron a estudiar el cerebro de 67 huérfanos rumanos con entre 3 y 31 meses de privaciones, en una institución estatal rumana, antes de ser adoptados en familias inglesas. Para poder comparar, también analizaron a una veintena de adoptados, pero salidos de orfanatos británicos. Los resultados de su estudio, publicados en 2020 en el prestigioso sitio *The Lancet*, muestran una reducción media del volumen total del cerebro del 8,57%, aún hoy, cuando la mayoría han superado los 20 años de edad o están cerca de hacerlo. Además, la investigación señala que el grado de reducción depende de la cantidad de sufrimiento. Por cada mes de más pasado en aquellos orfanatos, los chicos ya adultos tienen entre dos y tres centímetros cúbicos menos de masa cerebral: “Más allá del menor volumen cerebral total, también vemos cambios en el volumen y grosor de diversas áreas del cerebro” (The Lancet, 2020).

En la quinta edición de su libro *Se acabó el Recreo* (2014), el académico Mario Waissbluth transcribe un *posteo* que una profesora ha dejado en el muro de Facebook a la Fundación Educación 2020. Es un relato que ilustra la tensión que existe entre las familias y la escuela, desde el punto de vista de una profesora:

Don Mario: He leído con mucha atención sus artículos acerca de ese revolucionario cambio educativo que se desea lograr para el 2020, estoy de acuerdo con usted en muchos aspectos, pero hay algunos que me gustaría que usted o su equipo me aclararan. ¿Está considerada en todas esas propuestas la vulnerabilidad de alumnos cuyos padres nada les ofrecen, al contrario, solo les dan malos ejemplos como la delincuencia o el tráfico de drogas? ¿Cómo rescatar a esas alumnas que pertenecen a una tribu urbana y no tienen ningún interés en educarse para ser cada día mejor? Cuando uno trabaja con esa calidad de alumnos cuesta mucho obtener resultados positivos, porque la escuela se convierte en una institución que pasa a solucionar problemas sociales. La prensa, los políticos, las autoridades y las mediciones a los únicos que culpan son a los profesores, el cual ha perdido el respeto, dignidad y fuerza para luchar. Le digo esto porque me quedan pocos años para jubilar y la verdad es quisiera irme ya. No soy la profesora que necesita este niño actual, todos los días es una tarea titánica para que puedan poner atención, participar de la clase, integrarse porque según ellos “no están ni ahí” (p. 90).

Varios miles de jóvenes egresan año a año de la educación media o desertan del sistema sin las competencias mínimas para desempeñarse en un trabajo o en labores remuneradas. Según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (2021), existen 363 mil personas entre 15 y 24 años que no estudian ni trabajan (NINIS), lo que representa el 13,7% de la población en ese rango etario. El indiscutible éxito macroeconómico de nuestro país en los últimos 30 años no logró la suficiente capilaridad como para generar cambios culturales profundos en nuestro modelo de desarrollo. No se trata solo del fenómeno de la *pobreza*, sino más bien de la *exclusión social*, entendida esta como

[el] proceso que surge a partir de un debilitamiento o quiebre de los lazos (vínculos) que unen al individuo con la sociedad, aquellos que lo hacen pertenecer al sistema social y tener identidad en relación a este. A partir de esta concepción se establece una nueva forma de diferenciación social, entre los que están “dentro” (incluidos) y los que están “fuera”(excluidos) (Sandoval, 2007, p. 20).

Es muy difícil pensar que Chile pueda ser un país desarrollado con las expresiones de rabia, violencia, barbarie, soledad y desintegración familiar que se observan actualmente. La escuela pública algo puede hacer, pero es injusto depositar en ella la responsabilidad de revertir la grave crisis moral y social que atraviesa nuestro país. Las autoridades, equipos directivos y profesores deben acoger y abrazar la participación de los apoderados en el proceso formativo de sus hijos.

Como bien vimos en la primera parte, durante el siglo XIX, el *Estado docente* vio como un obstáculo a los tutores en el desarrollo de la escolaridad. Sin embargo, la realidad hoy es muy distinta. El interés de los padres por formar a sus hijos no es contradictorio con el deseo del Estado de formar ciudadanos civilizados. Autores como Ackerman plantean que los hijos son vulnerables a la influencia familiar, lo que impide que estos puedan evaluar con madurez y autonomía, a menos que el colegio público los exponga muy tempranamente a la diversidad (Fontaine y Urzúa, 2018, p. 277).

Esta fue, de hecho, una de las justificaciones para centralizar las postulaciones a los establecimientos subvencionados (municipales y particulares) en el Sistema de Admisión Escolar (SAE) creado en la ley de inclusión. La idea era mezclar a los alumnos, con el fin de eliminar la segregación del sistema escolar. Sin embargo, la educación pública ha sufrido una fuga de alumnos hacia el sistema particular subvencionado u otros establecimientos, pues los requisitos de admisión que usa el algoritmo favorecen y privilegian a alumnos vulnerables.

Lo anterior no implica que necesariamente disminuya la segregación, ya que, tal como demuestra Eyzaguirre y otros autores en un estudio del CEP, la segregación territorial o espacial todavía hace que las familias opten por establecimientos cercanos a sus domicilios (Eyzaguirre *et al.*, 2019, p. 21). Muchas familias han criticado el sistema (SAE), no solo porque ha limitado la capacidad de los tutores de buscar establecimiento para sus hijos, sino porque además aleja a las familias de la escuela y convierte una decisión relevante (como buscar colegio para un hijo) en un trámite impersonal, que en muchas ocasiones termina en frustración y rabia contra el mismo sistema.

Quizás, si la educación pública ofreciera condiciones favorables de calidad y buen servicio, podría ser una opción preferente para las familias. Forzar a las familias a aceptar un cupo en el establecimiento que el *sistema* ofrece, ciertamente lesiona la libertad de elegir de los apoderados, quienes, sin más alternativas, deben acatar el resultado del algoritmo.

Los defensores y arquitectos de este sistema afirman que solo ordena las preferencias de las familias, sin embargo, omiten que cuando las postulaciones se concentran en pocos establecimientos, las posibilidades de elegir (de verdad) son pocas o nulas. En resumen, no existen buenas razones para omitir o prescindir del derecho preferente de las familias en la educación de sus hijos, no solo porque no es contradictorio con los intereses del Estado, sino además porque el mismo Estado ahorraría muchos recursos en múltiples tareas que asume en desmedro de padres, madres o tutores en la crianza de los niños.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La discusión constitucional acerca del *derecho a la educación* no es más compleja que los cambios que en materia de políticas educativas se requieren para revitalizar la educación pública. Es ingenuo pensar que podemos alcanzar el estándar de países como Finlandia, Estonia o Singapur solo porque lo declaramos como un *derecho* en una nueva carta magna. La realidad, es que el desarrollo y evolución de nuestro sistema educativo depende muy poco de la actual reforma constitucional, en cambio, depende mucho de cómo avance la implementación de la Ley 21.040 que crea los Servicios Locales de Educación y que desmunicipaliza la educación en Chile. Lo que no puede ocurrir, es que un grupo de alcaldes presione o busque interrumpir el proceso en curso por medio de una norma transitoria en el (eventual) nuevo texto fundamental. Evaluar la implementación de la *Nueva Educación Pública* es prematuro, no solo porque de los 70 Servicios Locales que crea la ley solo se han implementado 12, sino porque además la reforma debe respirar y crear las condiciones para alcanzar las metas planteadas en la *Estrategia Nacional de Educación Pública*, instrumento de planificación (creado en la misma ley) que busca transformar a los futuros sostenedores no solo en meros empleadores, sino en agentes movilizadores y de cambio para transformar la educación pública en un servicio de primer nivel, es decir, en una opción preferente para las familias.

No hay dudas de que esta no es la única gran reforma que necesita el sistema escolar en Chile. Es urgente actualizar el currículum nacional y evaluar la pertinencia de mantener la jornada escolar completa. Además, en materia de financiamiento, es necesario simplificar el régimen de subvenciones (DFL 2/1998) y evaluar el uso de los recursos provenientes de la Subvención Escolar Preferencial (SEP) creada hace poco más de una década. La falta de control y la gran cantidad de fuentes de financiamiento genera un exceso de burocracia frente a las exigencias del Mineduc, de la Superintendencia de Educación, de la Contraloría General de República y en casos más graves, frente al Consejo de Defensa del Estado, lo que desvía a los sostenedores de su foco, esto es, los aprendizajes y la mejora continua. La *alcaldización* de la educación pública produjo

que por años los recursos fuesen destinados a financiar las sobredotaciones de personal que contrataban los alcaldes mediante las corporaciones o las Direcciones de Educación Municipal (DAEM), descuidando la inversión en infraestructura y recursos pedagógicos, lo que su vez provocó el desfinanciamiento y consiguiente endeudamiento de varios municipios.

Por último, es importante considerar el aporte que ha hecho la sociedad civil y el mundo particular (subvencionado y pagado) a la educación durante más de dos siglos. No existe rivalidad ni menos competencia, sobre todo cuando son las familias las que eligen, cuya libertad se coarta cuando el Estado no garantiza un servicio de calidad.

Nadie se puede sentir condenado o castigado por estudiar en un establecimiento público, pero tampoco podemos esconder la realidad o tapar el sol con un dedo. Para muchos es fácil pontificar a favor de la educación pública, todo, mientras sus hijos estudian en colegios particulares. De alguna forma, la crisis moral y social de nuestra sociedad viene antecedida por las fracturas y deficiencias de nuestro sistema escolar. No existen atajos ni fórmulas mágicas para mejorar la calidad de la educación pública de un *plumazo*. La nueva Constitución puede declarar muchas cosas, pero serán ejercicios hermenéuticos antes que transformaciones reales si no se respeta la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los apoderados en la educación de sus hijos.

REFERENCIAS

- BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO (2018). Historia de la Ley Nº 20.845. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4020/HLD_4020_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf
- DOMÍNGUEZ, C. Y SALINAS, C. (2020). El reconocimiento del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Centro UC de la Familia. <http://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/29593-centro-uc-de-la-familia-el-reconocimiento-del-derecho-preferente-de-los-padres-a-educar-a-sus-hijos>
- EYZAGUIRRE, S., HERNANDO, A., RAZMILIC, S. Y BLANCO, N. (2019). ¿Qué explica las diferencias socioeconómicas en las preferencias escolares? *Revista Puntos de Referencia*, (514), 00-11. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190725/20190725101144/pder514_seyzaguirre.pdf
- FLORES, J. C. (2014). Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000200005
- FONTAINE, A. Y URZÚA, S. (2018). *Educación con Patines*. Santiago de Chile: Ediciones El Mercurio.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J. (2020). *Bencina y pasto seco. La crisis chilena en perspectiva (1990-2020)*. Santiago de Chile: Tajamar Editores.
- HOLZ, M. (2021). Fin al financiamiento compartido: antecedentes y ejemplos. Asesoría técnica parlamentaria (BNC). https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/31951/2/BCN_finalFICOM..pdf
- LABARCA, A. (1939). Historia de la enseñanza en Chile. Publicaciones de la Universidad de Chile. <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-7703.html>

- LEWIS, C. S. (2008). *La Abolición del Hombre* (5ª ed.). Madrid, España: Ediciones Encuentro.
- MAGGIO, M. (2018). Habilidades del siglo XXI. Cuando el futuro es hoy. Fundación Santillana. https://www.fundacionsantillana.com/PDFs/XIII_Foro_Documento_Basico_WEB.pdf
- PICAZO, M. I., MONTERO, V. Y MUÑOZ, C. (2013). *Los nudos críticos de la educación en Chile*. Concepción, Chile: Editorial Universidad de Concepción.
- REVISTA DE EDUCACIÓN (2017). MINISTERIO DE EDUCACIÓN: 180 años de historia, 180 años de servicio. http://www.revistadeeducacion.cl/ministerio-de-educacion-180-anos-de-historia-180-anos-de-servicio/#_ednref2
- SERRANO, S., PONCE DE LEÓN, M. Y RENGIFO, F. (2012). *Historia de la Educación en Chile. Tomo I. Aprender a leer y escribir (1810-1880)*. Santiago de Chile: Editorial Taurus.
- SERRANO, S., PONCE DE LEÓN, M. Y RENGIFO, F. (2012). *Historia de la Educación en Chile. Tomo II. La Educación nacional (1880-1930)*. Santiago de Chile: Editorial Taurus.
- VIAL, G. (2009). *Chile: cinco siglos de historia. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Zig-Zag.
- WASSBLUTH, M. (2014). *Se acabó el recreo* (5ª ed.). Santiago de Chile: Penguin Random House Editorial. S.A.

DESCENTRALIZACIÓN, UNA PROPUESTA AL CONSTITUYENTE

*Jaime Abedrapo**

*Luis Arturo Squella Ovalle***

*Clemente Recabarren Vial****

*Gustavo Paulsen Brito*****

*Diego Shalper Sepúlveda******

*Macarena Bravo Rojas******

RESUMEN

En la última década Chile ha hecho esfuerzos por avanzar hacia una descentralización territorial, es decir, que abarque el enfoque administrativo, político y fiscal. Sin embargo, estos avances han sido principalmente administrativos y recientemente políticos, por tanto, aún no se ha podido visualizar el impacto de los últimos cambios. En medio del proceso constitucional que vive el país y la demanda de la ciudadanía por cambios en la Administración del Estado, este informe realizado mediante un trabajo colectivo pretende entregar perspectivas, esperamos que útiles, para comprender la relevancia de abordar la descentralización en la discusión constitucional desde diferentes dimensiones, que van desde el enfoque filosófico, histórico, territorial, con especial énfasis en los gobiernos locales, de los derechos sociales y del desarrollo de capital humano calificado para la transferencia de competencia que demandaría un proceso de descentralización territorial efectivo.

Palabras claves: Constitución, democracia cotidiana, descentralización, territorio, derechos sociales, capital humano, gobiernos locales.

* Doctor en Derecho Internacional y Cientista Político, Escuela de Gobierno Universidad San Sebastián jaime.abedrapo@uss.cl.

** Abogado, Máster en Derechos Humanos Universidad de Alcalá de Henares/Universidad San Sebastián.

*** Abogado, Master of Philosophy in Law, Doctor (s) of Philosophy in Law.

**** Abogado, Magíster en Gerencia Pública y Políticas Públicas Universidad Adolfo Ibáñez.

***** Abogado, Doctor en Derecho Económicos, Sociales y Culturales Universidad de Marburgo.

***** Cientista Política y Magíster en Políticas Públicas Educativas Universidad del Desarrollo.

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO

Chile está exigiendo un cambio en la morfología de la administración del país. En efecto, la exigencia por más descentralización se ha vuelto una demanda habitual y una discusión permanente en la última década. Sin embargo, las fuerzas centrípetas mantienen una estructura centralizada.

Desde nuestra independencia, la visión política ha seguido los derroteros de don Diego Portales, quien fue un actor relevante al momento de diseñar la república. Ello ha sido evidente en el exacerbado sistema presidencialista, presente en las Constituciones de 1833, 1925 y 1980. Esto ha sido coherente con la estructura desconcentrada y poco descentralizada hacia los territorios.

La máxima que se ha argumentado para este diseño institucional es “el peso de la noche”, es decir, que estamos acostumbrados a una figura “fuerte”, tipo monarca, a quien delegamos la conducción de la república. Además, se advierte que, a lo largo y ancho del país, no existen competencias ni capacidades instaladas para traspasar atribuciones y recursos a su libre decisión. Además, se suele argumentar que el sistema administrativo desconcentrado evita la concentración a nivel provincial en las regiones. En consecuencia, se ha defendido que el centralismo del país ayuda a una mejor distribución de los recursos a nivel nacional. Es decir, Santiago sería un mejor “repartidor”, dotado de mejores equipos técnicos y conocedor de las realidades locales de un Estado unitario que no reconoce diversidad en sus territorios. ¿Es posible sostener estos argumentos en el Chile de hoy?

Estamos frente a un fin de ciclo. Cada vez existe, desde los territorios, una mayor demanda por acceder a recursos, competencias y atribuciones que les permitan tomar decisiones a nivel local, provincial o regional, argumentando la necesidad de avanzar hacia la “democracia cotidiana”. Una que acerca la toma de decisiones políticas a los ciudadanos y que les permita tomar sus propias decisiones.

Esa discusión, que se generó muchas veces en el Congreso Nacional, ha conseguido que, durante el 2021, se abriera paso a una devolución de poder político a las regiones mediante la elección directa de gobernadores regionales, lo que significa una transferencia de representación para el territorio. Sin embargo, existen interrogantes respecto del traspaso efectivo de competencias y recursos, ya que con las que han contado, desde el inicio, parecen insuficientes para gobernar sus respectivos territorios.

En ese proceso, pareciera necesario que el constituyente defina una nueva orgánica administrativa para el país, sumando a los cambios que se han alcanzado en torno a una ampliación en el proceso de descentralización. Ello permitiría reconocer la diversidad presente en el territorio nacional y una mayor capacidad en la toma de decisiones a nivel territorial, tanto regional como municipal.

A nivel regional se requiere mayor autonomía financiera con vistas a la formulación de políticas públicas territoriales. Asimismo, las municipalidades o gobiernos locales requieren de mayor transferencia de recursos que les permitan establecer los servicios públicos que demanda la ciudadanía en distintos ámbitos. Por ejemplo, seguridad pública, cuidado de la infancia vulnerada, adultos mayores, mejoras urbanas, entre otros muchos asuntos. Para ello, debería reformarse la ley de fondos municipales, ya que no

resulta adecuado mantener la enorme diferencia presupuestaria entre los recursos que administran los diferentes gobiernos locales. Este es solo uno de los asuntos que la presente investigación buscará plasmar en propuestas concretas al constituyente.

La Universidad San Sebastián, y en específico su Facultad de Derecho y Gobierno, pretende entregar perspectivas, esperamos que útiles, para comprender la relevancia de abordar la descentralización en la discusión constitucional. Primeramente, desde una perspectiva sustentada en principios y fundamentos filosóficos, para, en un segundo apartado, presentar la evolución de la discusión del asunto desde un análisis de las distintas Constituciones que ha tenido la república. Posteriormente, se presentará un apartado acerca de la descentralización de los territorios, para luego observar cómo ello sería más eficiente al objeto de garantizar los derechos sociales en Chile, para luego continuar con un análisis de la generación de capital humano que se requiere para la transferencia de competencias en las regiones y así lograr una descentralización efectiva. Por último, se presentarán aportes al debate que justifiquen las propuestas que en concreto se recomendarán con objeto de una reforma del ordenamiento territorial del Estado.

1. EL SENTIDO DE LA DESCENTRALIZACIÓN

En el contexto de una nueva Constitución, pareciera oportuno preguntarnos el para qué de la descentralización del país, al objeto de brindar algún sentido al debate en el constituyente relativo a la administración territorial de Chile.

Al respecto, es oportuno acercarnos a la descentralización desde distintas dimensiones. La primera, desde el deber ser, para luego observar la contingencia que exigiría mayor traspaso de competencias, atribuciones y recursos hacia los territorios. Ello es conveniente porque algunos presentan el asunto como una discusión eminentemente técnica, siendo uno de los principales errores en el planteamiento. La descentralización debe acompañarse de una visión de sociedad anclada en elementos de causa espiritual o principios políticos que le den legitimidad al diseño institucional de la propuesta. En este sentido, la técnica debe estar al servicio de las personas que, según el cambio de época que estamos observando, releva nuevos valores de ellas, lo que condiciona el diseño e implementación de las políticas públicas. Pero ¿cuáles son los cambios que observamos en el denominado cambio de época?

El futuro es incierto respecto del devenir de Chile y en gran parte de las democracias occidentales; principalmente por la falta de confianza en las instituciones públicas y su cuestionamiento amplio acerca de la capacidad de representación política efectiva. En los hechos, desde la ciencia política se plantea pasar a un régimen más directo en la toma de decisiones de la ciudadanía (Abedrapo, 2020).

En el seno de las democracias, el escenario de crispación es multicausal y se ha manifestado mediante profundas demandas sociales y políticas. Sin embargo, tienen una demanda transversal relativa a una mayor participación en las decisiones a nivel de territorio local, en el ámbito sectorial y también nacional, por medio de consultas y participación directa de los electores.

En efecto, existe una exigencia por cambio en la morfología del poder nacional. En tiempos de crisis política, no se ha podido identificar aún una propuesta integral u holística al respecto, aunque sí se reconoce una exigencia por reconstituir la comunidad según su propia identidad. En definitiva, pareciera existir una exigencia porque la institucionalidad se adapte a la diversidad social y cultural en el proceso de “empoderamiento” ciudadano y no al revés, como ha sido hasta ahora: que la administración centralizada determine la distribución del poder territorial.

La encuesta de Latinobarómetro del 2018 ha puesto de manifiesto la decepción de los ciudadanos con la democracia. La insatisfacción de la democracia en Latinoamérica pasó de 51% a 71% (Latinobarómetro, 2018). Las causas de ello las podríamos situar en el pragmatismo, vacío espiritual y el individualismo, características que conllevan la insatisfacción y falta de sentido social (Abedrapo, 2020, p. 235).

En general, al hombre moderno materialista le cuesta comprender la dimensión espiritual, social y afectiva como sustento de la comunidad que da sentido a la vida. Por eso, lo que vivimos en el cambio de época podría ser la reacción al racionalismo impuesto en la modernidad que tendió a homogeneizar el sistema económico y administrativo al objeto de responder a las “claves” del desarrollo civilizatorio, desconociendo la diversidad cultural y social de las naciones, sus raíces y propias visiones de mundo. Ello ocurre en un contexto en donde se ha hecho notoria la ampliación de la conciencia en asuntos de sostenibilidad social y medioambiental.

En perspectiva, la tensión entre la noción de comunidad y el liberalismo promovido desde la Ilustración es evidente en nuestros días. Por tanto, la superación cultural existente no permite observar las tendencias que en la postmodernidad se asentarán en materia social y política. Las disputas las vemos en planteamientos que reivindican un nuevo equilibrio entre el Estado, el mercado y la comunidad.

En efecto, la difícil ecuación señalada entre el Estado, el mercado y la comunidad ha sido descrita por Michael Reid como una dificultad porque se ha transformado en una suerte de desilusión permanente en el continente latinoamericano (Reid, 2009, pp. 32-35). Si bien el péndulo ha girado radicalmente de tiempo en tiempo, ello no necesariamente sería diferente durante el cambio cultural que hoy observamos, lo que exige una transformación en la morfología de la distribución del poder.

Sin embargo, en términos generales, hay un componente diferente y es el que tiene relación con la valoración de la diversidad y la demanda por reconstruir el tejido social de la comunidad, lo que requiere de capacidades para decidir respecto del destino de sus propias vidas desde el *nosotros*.

El proceso de industrialización que vivieron las potencias europeas en los siglos XVIII y XIX, en particular Inglaterra, son sustanciales en el desafío de comprender cómo dichas visiones de mundo crearon las nociones administrativas modernas de los Estados nacionales que nacían luego de sus procesos de independencia (Carriquiry, 2017). Aunque América Latina tuvo como primera influencia la colonia española y la portuguesa, desde lo comercial y lo político en materia de regímenes administrativos de la nación, las influencias francesas e inglesas, posteriormente la alemana, fueron fundamentales al momento de comprender nuestra legislación y administración territorial. Esta sin duda es una de

las causas del fenómeno descrito, es decir, aquel que no se reconoce a sí mismo y corta las raíces identitarias (culturales) en relación con la diversidad social y cultural de los habitantes que componen el pueblo. En los hechos, actualmente estamos en puertas de que en materia de distribución de poder los pueblos originarios tengan la palabra como nunca durante los más de doscientos años de vida independiente.

Por ello, podríamos advertir que no habrá continuidad en el proceso de homogeneización administrativo y centralizado del Estado y que, muy posiblemente, las respuestas constitucionales buscarán revertir dicho ordenamiento político, social, cultural y administrativo. Se dará inicio al proceso que revertirá políticas que buscaban la “chilenización” o integración de los indígenas –uniformidad nacional cultural– y, con ello, se reconocerá, como lo señala Guzmán Carriquiry, que “los indios no eran un grupo homogéneo, [que] pertenecían a diferentes etnias, con sus propias lenguas, costumbres y tradiciones religiosas [...]. Carecían de una identidad común” (Carriquiry, 2017).

Según Carriquiry, la incompreensión de los colonos respecto de la identidad de los pueblos originarios se acentuó con el cambio de gobernantes en Latinoamérica, quienes, por las denominadas razones de Estado, crearon una nacionalidad homogénea al interior de sus fronteras.

En tal sentido, en Latinoamérica se registran altos niveles de tensión a nivel de pactos constitucionales, que son más profundos que crispaciones coyunturales. Estos responden, como hemos señalado, a un período de cambio de época que se da a nivel de paradigma cultural. Algunos autores, como José Bengoa, han advertido, desde hace décadas, acerca de la necesidad de discutir la morfología del poder en Chile debido a la emergencia indígena en América Latina. En Chile, señala Bengoa: “ha cambiado radicalmente las perspectivas de las demandas indígenas de los años setenta (siglo XX). En estos años los indígenas demandaban en primer y en casi único lugar, recursos... por ello siempre fueron considerados campesinos...” (Bengoa, 2007, p. 128). Situación que hoy ha mutado radicalmente, al igual que el derecho internacional público, ya que hoy se les reconoce tradiciones, estilos de vida y derechos inalienables emanados de sus propias cosmovisiones¹.

En definitiva, más que discutir cuánto impacto en materia de autonomía, acción positiva o cambios administrativos debieran considerarse al momento de diseñar la política de descentralización en vista de los pueblos originarios, la cuestión es observar y actuar en coherencia con el cambio paradigmático en el que se aprecia la exigencia por devolver las atribuciones, competencias y recursos a los habitantes en sus respectivos territorios. Ello con el propósito de acercar las decisiones a la comunidad y así facilitar la expresión de sus propias realidades culturales y sociales. Ese sería el mandato actual: cambiar la política centralista que ha imperado en el poder y devolverla a una ciudadanía para que se haga corresponsable de su propio destino en comunidad.

Hoy es tiempo de superar la precariedad del Estado en lo político, social y económico, debilidad que ha surgido del no reconocimiento de la propia cultura de sus habitantes.

¹ Ver *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En Declaración y Convenio Nº 169 de la OIT. <https://www.ohch.org/documents>

En los hechos, la población indígena ha sido invisibilizada y, en general, reconocida como un obstáculo para el desarrollo y conformación de la identidad nacional.

Por tanto, estamos inmersos en un tiempo de confusión y debate en materia política y antropológica. Las nuevas tecnologías, que aceleran la interacción a nivel planetario hasta llevarla a tiempo real, nos presentan un nuevo desafío: insistir en que será el progreso tecnológico el que dará respuesta a nuestras frágiles comunidades, que más bien tiene su causa primera en la morfología del poder heredada en el centralismo existente desde los tiempos del inicio de la república. Por esta y otras razones planteadas, es que la conversación respecto de la descentralización del país adquiere gran relevancia en el actual proceso constituyente.

La comunión sin liderazgos políticos y sociales, donde se nos invite a un futuro común centrado en las necesidades de las personas y capaces de conducir a su pueblo de manera participativa hacia el bien común y la fraternidad, significará el extravío de nuestra sociedad. Por ello, la urgencia actual está en la búsqueda de una identidad común y en reconocernos como una nación diversa, pero con un solo destino.

1.1. Fundamentos teóricos de la descentralización

Primero pongamos la mirada en la condición humana. Como nos diría Arendt (2005, p. 33), en colocar en perspectiva el pensamiento y la palabra que nos lleva a cuestionar las verdades vacías que nos hemos creado para salvaguardar nuestros propios intereses, en desmedro de pensar en lo que hacemos a diario.

En tal perspectiva, desde el nacimiento de nuestra república, como hemos señalado, nuestra organización política territorial ha estado ideada desde una mirada centralizada en la toma de decisiones. Esto ha hecho coherente el régimen político presidencialista con la administración del país, en herencia de la tradición monárquica heredada en tiempos de conquista y colonia española. En efecto, a pesar de que “el territorio de Chile se caracteriza por su heterogeneidad y grandes desigualdades entre las regiones del país. La respuesta del Estado chileno a esta problemática se ha materializado en un conjunto de políticas públicas enfocadas en lo que se ha denominado zonas extremas y localidades aisladas” (García, 2015, p. 21). Lo anterior presenta bastante bien una situación que la Administración del país mira desde el centro, estableciendo alguna respuesta desde el desconocimiento de la realidad diversa del territorio. Así, adoptando un modelo “asistencialista” de apoyo, sin empujar políticas que les permitan a sus propios habitantes el mejoramiento de sus condiciones de vida traspasando conocimiento, recursos y competencias de manera gradual, pero sostenida, hasta conseguir amainar la dependencia con en el nivel central. Es importante añadir que por zona extrema no se entiende, en estos días, una zona lejana a la capital del país, ya que existen territorios cercanos desde la perspectiva geográfica que, de todos modos, se encuentran aislados por distintos factores en relación con el resto de las comunas².

² Se puede ver esta información en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2011), *Política Nacional para el Desarrollo de las Localidades Aisladas*. Área Gobierno. BCN Minuta. Defensa y Relaciones Internacionales.

Lo anterior es una de las razones por las que, en las últimas décadas, en Chile se ha promovido la discusión relativa a la necesidad de avanzar en la descentralización política, económica y social, como se ha plasmado en leyes tales como la 21.073 de 2018, la que organiza la elección del gobernador regional. Sin embargo, pareciera necesario pensar en la comunidad para comprender el para qué de la descentralización, con vistas a elaborar adecuados conceptos de desarrollo territorial e institucional.

El concepto de desarrollo viene desde la propia Organización de Naciones Unidas (Boisier, 2001). No obstante, es oportuno señalar que, desde el punto de vista filosófico e institucional (ciencias políticas y administrativas), se abre una discusión respecto de la definición, alcances y estrategias para su consecución.

Desde la perspectiva comunitaria y la sostenibilidad social de las políticas públicas, pareciera que la visión pragmática, fundada en las lógicas de eficiencia y eficacia de la administración territorial, no es razón suficiente para pensar el desarrollo orgánico de la nación. El sentido de la política se fundamenta, primero, en la cercanía de las decisiones políticas respecto de un territorio diverso desde lo cultural, social y geográfico. En definitiva, la racionalización y homogeneización de las políticas públicas heredadas desde tiempos de la Colonia y seguidas por las ideas plasmadas en la propia gobernanza mundial tendieron a alejar las decisiones políticas de la comunidad, llevándolas a un sistema central que ordena, prioriza e implementa las políticas públicas en todo el territorio nacional.

Por ello, el desarrollo local se expresa en el objetivo de “satisfacer las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de autodependencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado” (Boisier, 2001, p. 4).

En tal sentido, se demanda por medio de la descentralización una revitalización de las comunidades del país, entendido en ello el barrio, municipio, provincia y región. En definitiva, se aspira a un orden territorial en coincidencia con lo planteado por Ludwig Erhard, quien plasmó los cimientos del sistema político y económico luego de la catástrofe que originó la Segunda Guerra Mundial. Su formulación permitió crear las bases institucionales tras “un esfuerzo honesto de todo un pueblo que, basados en los principios de libertad, tuvo la oportunidad de volver a aplicar la iniciativa humana, la libertad humana, la energía humana” (Erhard, 1981, p. 4). Ello dista de una visión paternalista que presenta una orgánica en la que se administran las decisiones desde la capital política, social y económica. En definitiva, la descentralización requiere, primeramente, la voluntad de devolver la soberanía al territorio. Sin ello, razones más o menos, será inviable el proceso de descentralización en sus dimensiones culturales, políticas, administrativas y decisionales. Esta última requiere autonomía presupuestaria.

En definitiva, en los cimientos de la economía social de mercado –la que no es una teoría económica, sino la expresión de una doctrina política y social a la luz del humanismo cristiano– se piensa primero en una articulación administrativa que facilite el libre desenvolvimiento creativo de las personas, transfiriendo la responsabilidad como fundamento político y social.

Esta idea que pareciera contemporánea, por cierto, encuentra eco en pensadores anteriores a la era cristiana como el propio Platón y, por cierto, en la tradición personalista contemporánea con filósofos como Emanuel Mounier, para quien el sistema político y administrativo debía facilitar la vida comunitaria, ya que “todos los demás sistemas son una forma de anonimato tiránico” (Martínez, 2005, p. 43). En tal sentido, la macropolítica, la macroeconomía pierden sentido cuando no están al servicio de la comunidad o la desoyen.

Al respecto, estamos en un proceso de descentralización sin precedentes en nuestra historia republicana, situación que advierte una incertidumbre en la delimitación, competencias y responsabilidades por devolver a las autoridades y personas del territorio y que conlleva a un nuevo balance entre los poderes de la administración territorial. Por esto, los conflictos de competencias que se observarán entre los distintos niveles de gobierno serán prácticamente inevitables (Ferreiro *et al.*, 2019, p. 5). Sin embargo, lo que justifica este debate y transformación es un cuestionamiento moral al actual orden de competencias y representación en el ámbito público. Es decir, es un debate que excede al marco propio de las políticas públicas, las que, en términos generales, se rigen por la eficacia y eficiencia en modelo de gestión territorial, legitimado desde un cierto paradigma en materia de distribución del poder. En este sentido, la discusión es sobre el origen de la legitimidad del poder y cómo acercar las decisiones a la comunidad política.

Desde esta perspectiva, las tesis acerca de que el mercado sería el mejor asignador de poder y riqueza están en cuestionamiento respecto de sus resultados y legitimidad. Considerando la noción de comunidad, por tanto, se requiere de un ente (Estado) que facilite y promueva la descentralización. Al respecto, se busca que la soberanía no se exprese únicamente en la elección de sus representantes, es decir, que las personas no pierdan la capacidad de tomar decisiones en materias de interés ciudadano. Este proceso ha ido en paralelo o en sintonía con el reconocimiento de una sociedad multicultural, en momentos de valoración de la diversidad y aceptación de esta en todas sus formas y dimensiones. En definitiva, en Chile se reconoce al todo o Estado, pero con todas sus partes sin exigirles uniformidad.

El proceso que acontece en Chile podríamos situarlo desde la década de los noventa del siglo XX, motivado principalmente por los sucesos internacionales. Este fue el momento en que se evidenció un debate intelectual respecto de la necesidad de fomentar la participación de los ciudadanos en las decisiones a todo nivel como principal estrategia para el desarrollo de los pueblos. De ahí el concepto *empowerment* de la literatura anglosajona (Abedrapo, 2019, p. 453). En definitiva, se empieza a sostener que cada individuo o sujeto tiene derecho a ser parte de su destino, tendencia heredada del personalismo-comunitarista y de las propias corrientes liberales que han ido creando la necesidad de abrir nuevos espacios de participación en la toma de decisiones políticas, económicas, sociales y culturales. En esta perspectiva, las instituciones han debido adaptarse a esta nueva exigencia creciente que contraviene la morfología del poder centralizado y omnipresente.

En consecuencia, la ciudadanía en general aspira a cambios en las relaciones sociales y de poder. En este sentido, la disposición señalada ha ido modificando nuestra propia

identidad. En perspectiva politológica, el *empoderamiento* es el proceso mediante el cual las personas se involucran en acciones orientadas al acceso de asignación autónoma y de la comunidad (material y simbólica) para el logro de objetivos determinados (Ballesteros, 2001).

Por lo señalado, la discusión respecto de la descentralización es muy relevante: en vista de intentar reconocer la diversidad, transferir competencias, atribuciones y recursos, y que esto redunde en la percepción de *empoderamiento* ciudadano y, a la vez, sin que sea menos importante, mejore la calidad de vida de las personas en la lógica del bienestar y del ser. Esta segunda dimensión tiene relación con la perspectiva espiritual de la persona (dignidad) y su espacio de desarrollo en sociedad.

En tal sentido, la democracia se hace más cercana y busca que las personas se transformen en gestores de sus comunidades, comprendiendo, así, el concepto de democracia cotidiana, en donde el efectivo gobierno local, y el propio proceso de descentralización en distintos niveles, conlleva una mayor participación y responsabilidad de cada uno (a).

Reconocernos y comprender las demandas ciudadanas en las democracias actuales complejiza cualquier propuesta sostenible de descentralización que aporte a la regeneración del tejido social y permita dar coherencia a la visión de país. Reconocernos es no olvidar nuestra identidad construida desde los tiempos anteriores a la conquista, la propia Colonia y bajo el legado macizo de nuestras instituciones nacidas tras los pactos sociales firmados durante nuestra vida independiente. Desconocer ello sería privarnos de parte de nuestra alma, sería no aceptarnos como nación y desconocer nuestro fondo y forma. Posiblemente, juzgando el pasado y corriendo el riesgo de prospectar nuevas crisis de identidad en el futuro.

Asimismo, no comprender el profundo cambio de época al que asistimos a nivel mundial y que afecta la legitimidad de las democracias representativas e interpela el actual orden social prevalente, sería idear un nuevo marco constitucional sentenciado a una nueva crisis política y social. Las exigencias de una nueva morfología del poder que invita a devolver las competencias a los territorios permiten resignificar la ética, ya que el asunto es transitar entre las demandas y aspiraciones concretando una propuesta que permita renovar el sentido de la política. Es decir, aumentar la participación debido a una resignificación de esta para las personas. Ello, tras una propuesta coherente, gradual y efectiva.

1.2. Conceptos de centralización y descentralización

Principio de subsidiaridad y descentralización

El principio de subsidiaridad yace desde los padres de la economía social de mercado, quienes desde Alemania y tras la Segunda Guerra, fueron los ideólogos que implementaron el principio relacionado con la necesidad de permitir espacios para la autonomía decisional en las personas. Se trata de una cuestión que influye directamente en la concepción de las políticas públicas, en cuanto orientador del papel del Estado. Principalmente, evitando una acción asistencialista por parte de este impulsando un

órgano regulador que establece las condiciones para el desarrollo que proviene desde la propia sociedad civil.

En economía, el término justicia social significa igualdad de oportunidades, así lo han señalado muchos políticos y científicos sociales. Sin embargo, es preciso establecer más claramente a qué nos referimos y cómo ello pudiera entregar elementos propositivos para la descentralización administrativa del país.

Desde una perspectiva integral, la justicia social tiene relación directa con un sistema educacional que intenta establecer la meritocracia. Es decir, formar a todos en igualdad de acceso, para que luego sea el esfuerzo y desempeño de cada cual el ordenador, otorgando a cada uno lo que corresponda. No obstante, ello no es posible sin afecto y sin objeto. En tal sentido, sin comunidad, los demás conceptos pierden relevancia. En efecto, para Emmanuel Mounier no hay verdadera vida comunitaria más que en una comunidad de personas, colocando bajo sospecha todo orden o régimen institucional que se desvincule del grupo humano como el objeto primordial.

Esa es la sustancia del planteamiento de la economía social de mercado (ESM) que presentamos como fundamento para inspirar la *governabilidad* tras el debate constitucional. En este sentido, el debate acerca de la justicia social es muy amplio y para muchos no se circunscribe solo a la educación, sino que, además, debiera ampliarse a la salud, vivienda, así como a otros bienes y servicios: “El valor de la justicia social caracteriza la convivencia humana y orienta el comportamiento” (García-Plata, 2003, p. 16).

La economía social de mercado tiene sustento en orden a principios y orienta a los actores económicos y no los deja a su libre comportamiento. Los limita en su único interés de autoayuda, manteniendo un compromiso con la comunidad, que es la única que ofrece un hogar en la vida, “un remanso donde descansar en la unión directa con sus iguales, una seguridad sociológica que le preserva del sentimiento de abandono total” (Buber, 1979, p. 76).

Producto de lo anterior, la economía social de mercado ha representado una alternativa ordoliberal que, en definitiva, vela por la libertad de emprendimiento y libre competencia no como fin, sino como medio. A la vez, rechaza la concentración económica, los excesos de la libertad individual y el descontrol de los ciclos económicos, que, en general, provoca el apetito por el lucro y la acumulación que se instrumentalizan vía especulación³. A la vez, crea las condiciones para que cada persona y su comunidad gocen de libertad decisional y para que, desde su identidad, promuevan una mejor calidad de vida, sin mantener dependencias con el nivel central del Estado.

También en relación con la exigencia en favor de la descentralización, un principio rector de la ESM es la autorresponsabilidad del ciudadano. En él se deposita el “motor” de la creatividad y el emprendimiento, que, a su vez, es la causa primera del desarrollo

³ La economía alemana se caracteriza primeramente por sus 3,4 millones de pequeñas y medianas empresas, los trabajadores autónomos y los profesionales liberales. Alrededor del 99,7% de las empresas pertenecen al segmento de las pymes. Una empresa mediana cuenta con un número menor a los 500 empleados y una facturación anual inferior a los 50 millones de euros. En este tipo de empresas trabaja más del 70% de la fuerza laboral alemana. www.ahk.de

social, mediante la innovación fomentada por la libertad de elección (Abedrapo, 2014). En última instancia, las personas desarrollan sus potencialidades en sociedad, quedando implícitos los conceptos de amistad cívica y comunidad política.

En tal sentido, desde el mismo principio de subsidiariedad se da paso al de solidaridad, el que requiere de la sociedad compuesta por hombres libres (Erhard, 1981, p. 2). Por ello, el fin es robustecer el espacio de emprendimiento, creatividad e innovación, para ello la fraternidad es causa de la sostenibilidad. Ella mejora las oportunidades y la calidad de vida de las personas, en especial cuando cuenta con las atribuciones, competencias y recursos para hacerlo. En este sentido, se deben establecer sistemas de impuestos, seguros y protección social, lo que permite que el principio de solidaridad implique el derecho de asociación, acuerdos tarifarios, cooperativas y las organizaciones civiles que surjan para fortalecer la participación en la vida económica y social. En Alemania es un tema cultural que atraviesa las relaciones de trabajadores y patronales⁴, también la administración territorial, la que primeramente vela por permitir niveles de autonomía a los *länder* (estados), *regierungsbezirk* (regiones administrativas o provinciales) y los *gemeinde* (municipios o gobierno a nivel local).

En definitiva, la noción de subsidiariedad de la ESM significa que el Estado central apoya de manera directa en tiempos de catástrofes, depresión o crisis. Situaciones que impactan en altas tasas de desempleo, endeudamiento y otras dificultades que ameritan la intervención estatal. En dichas ocasiones, el gobierno debe intervenir los mercados y hacerse cargo de las deficiencias del sistema, lo que abre una gran variedad de posibilidades de acción en donde los privados no se muestran eficientes. Al respecto, es admisible mencionar la protección al medio ambiente, la que no puede esperar que los individuos o particulares se hagan cargo. La acción ideal del subsidio es transicional o excepcional, ya que después de una crisis o adaptados los privados a dar respuestas a las distintas problemáticas, el Estado debe volver a su acción de regulador y controlador del sistema. Cuestión que se conoce como un Estado social, el que está consagrado en el artículo 20 de la Ley Fundamental alemana, donde se establece que este no puede ser alterado ni siquiera por la vía de una reforma constitucional. Por tanto, la Constitución obliga al Estado a garantizar, junto con la esfera de libertad del ciudadano, las bases de

⁴ En Alemania las relaciones laborales promueven la cohesión social, expresada en los principios de solidaridad y participación. El modelo sitúa a Alemania como uno de los países donde menos huelgas se convocan. Nos referimos a su sistema de Autonomía Colectiva en el que los trabajadores no cuentan con “salario mínimo” y a la vez exhibe, en comparación con otros países de la UE, un índice menor de huelgas (menos conflictividad laboral, además, debemos considerar que los sindicatos son de los mejor organizados de la Unión. De hecho, la mayor agrupación sindical es la Federación Alemana de Sindicatos (DGB), con unos siete millones de afiliados. Esta representa los intereses de ocho sindicatos, el mayor de todos es el Sindicato Unido de Servicios. Los interlocutores sociales de estos son las Organizaciones Patronales Alemanas (BDA). Esta representa a unos dos millones de empresas. El modelo sindical con base en la confianza y la interrelación societal permite que los agentes sindicales y patronales negocien los convenios colectivos de forma autónoma. El Estado se limita a fijar las condiciones generales del trabajo, pero no el monto de los salarios. La jornada laboral, permisos y vacaciones se dejan en mano de los agentes sociales, aplicando así el principio de autorresponsabilidad (www.facts-about-germany.de).

su sustento a cuyo efecto cada individuo debe asumir su parte de responsabilidad en el sistema de la seguridad social (Benecke, 2008, p. 36).

Ciertamente, Chile tiene su propia cultura e identidad histórica. Sin embargo, al momento de establecer los principios constitucionales en los que se enmarcará la administración territorial de la república, cobra relevancia brindar una perspectiva antropológica a la institucionalidad que se promoverá con base en ciertos principios.

1.3. Dimensiones política, administrativa y fiscal de la descentralización.

Aproximación política de la descentralización

FIGURA 1
PILARES AGENDA DESCENTRALIZACIÓN A PARTIR DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL
PARA LA DESCENTRALIZACIÓN Y EL DESARROLLO REGIONAL DE 2014⁵



Centramos la atención desde octubre de 2014, cuando la comisión entregó las orientaciones de la estrategia respecto del itinerario propuesto para avanzar hacia la descentralización efectiva de la administración territorial.

Al respecto, la comisión sostuvo que Chile tiene un punto de partida basado en el centralismo, con inequidad social y territorial, lo que, advierten, es un obstáculo severo

⁵ Grupos temáticos de la comisión asesora presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional:

1. Grupo Descentralización Política: Alejandro Ferreiro, Juan Ferrada, Humberto Nogueira, Arturo Fermandois, Ricardo Israel, José Mariman, Diego Benavente y Luis Hernández (sec. técnico).
2. Descentralización Administrativa: Cristián Vittori, Marcelo Carrasco, Angélica Fuentes, Manuel Millones, Jaime Bertin, Juan Andrés Varas y José Ábalos (sec. técnico).
3. Descentralización Fiscal-Económica: Esteban Valenzuela, Manuel Ahumada, Ismael Toloza, Jorge Martínez, Harry Jürgensen, Jaime Tohá y Gonzalo Campos (sec. técnico).
4. Fortalecimiento de Capacidades Locales y Regionales: Héctor Gaete, Álvaro Palma, Patricio Vergara, Carlos Canteros, Ignacia Fernández y Víctor Hernández (sec. técnico).
5. Participación Ciudadana y Control Democrático: Beatriz Vega, Teresa Valdés, Pedro Muñoz, Luis Moncayo, Myriam Chible, María Ignacia Jiménez y Francesco Penaglia (sec. técnico).

para alcanzar el desarrollo. Por ello, proponen generar una nueva estrategia de “desarrollo y oportunidades para todos los habitantes, en todo su territorio”.

Presenta (la comisión) a sus comunas y regiones asumidas como base del desarrollo nacional, en definitiva, un país descentralizado y desarrollado, social y territorialmente integrado, justo, inclusivo y digno.

El informe de la comisión estableció que ello requiere de ciudadanía, sociedad civil y actores del desarrollo comprometidos, organizados y *empoderados* para ejercer los derechos y asumir los deberes del desarrollo del territorio donde viven.

1.4. La orgánica propuesta para el territorio del Estado

- Nueva Forma de Estado, es decir, descentralizado, con territorio indivisible y soberanía única, con entidades territoriales dotadas de autonomía (política, competencial, financiera) y potestad normativa territorial en el ámbito de sus competencias.
- Distinción entre funciones de gobierno:
 - a) Gobierno Regional y Local: de las entidades territoriales dotadas de autonomía.
Gobierno Interior: órganos desconcentrados del gobierno nacional, a nivel de provincias, con representantes designados por el Presidente de la República.
- Entidades territoriales básicas de distribución del poder descentralizado: comunas y regiones. Ello sin perjuicio de la creación de otras que establezca el legislador para ciertos territorios o materias especiales. Ejemplo: Estatuto Especial para La Araucanía.
- Representatividad y legitimidad política de las entidades territoriales mediante elección popular de las autoridades.

Para alcanzar este objetivo proponen cinco ejes estratégicos:

Eje 1: Marco Constitucional y Político

1. Adecuaciones de la Carta Fundamental para dotar a los gobiernos regionales y municipios de las capacidades de autonomía de gestión (política, administrativa, fiscal y económica) necesarias para el adecuado desempeño de sus funciones.
2. Elección popular del Intendente Regional (máxima autoridad del Ejecutivo del Gobierno Regional) desde octubre de 2016. Como sabemos, esto fue recién posible en mayo de 2021. Esta nueva elección debe ser simultánea a las elecciones municipales, como efectivamente sucedió. Además, se propuso la designación del “delegado del Gobierno Nacional” a nivel de provincias, responsable de funciones de Gobierno Interior: Seguridad Interior, Orden Público, Supervigilancia de la Administración Desconcentrada.

Eje 2. Descentralización Administrativa

1. Traspasar competencias, servicios y programas públicos, desde los ministerios y organismos centrales a la dependencia de los gobiernos regionales y municipalidades.

Para acoger estos traspasos, se propuso crear cuatro nuevas Direcciones en cada gobierno regional: calendario plurianual propuesto (en consulta con SUBDERE). La propuesta es gradual y el itinerario presentado fue el siguiente (el que no se cumplió):

- 2015-2016: Fomento Productivo e Innovación: CORFO, SERCOTEC, SERNATUR e INDAP.
- 2016-2017: Desarrollo Social: SENCE, FOSIS, INJUV, SERNAM, SENAME, SENAMA, IND, CONADI.
- 2017-2018: Infraestructura, Habitabilidad, Transporte y Medio Ambiente, D. Arquitectura, Obras Portuarias, Vialidad, Obras Hidráulicas, SERVIU, Transporte.
- 2018-2019: Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología: CNCA, DIBAM, CMN, C&T. El traspaso implica asimismo la supresión de las actuales Direcciones Regionales de cada Servicio.

Eje 3. Descentralización Fiscal y Económica Meta (aún no implementada).

Se propuso elevar el actual 18% de gasto local y regional del total de ingresos fiscales a 35% al año 2020 (promedio de OCDE: 45%).

1. Ley de Rentas Regionales para la gestión autónoma subnacional.
 - Coparticipación progresiva en recaudación nacional (devolución) hasta alcanzar el 20% del total nacional en 2020.
 - Agregar el 15 % restante mediante mejoras en la recaudación municipal y de la Ley de Rentas Regionales (basado en recursos naturales, mineras, eléctricas, puertos, forestales, acuícolas).
 - Fortalecimiento de las finanzas municipales para servicios garantizados: reapropiación del impuesto predial; nuevo cálculo de patentes; distribución municipal-regional del *royalty*.
2. Fondo de Convergencia para la Equidad Interterritorial.

Eje 4. Fortalecimiento de Capacidades Locales y Regionales.

1. Crear un sistema regional de gestión de capital humano calificado (talentos): incentivos para atraer, retener, formar, renovar y reconvertir técnicos, profesionales, postgraduados, para el desarrollo de comunas y regiones.
2. Fortalecer la institucionalidad pública regional - liderazgo descentralizador y articulador de los gobiernos regionales - capacidad de gestión pública de municipalidades y gobiernos regionales.

Eje 5. Participación Ciudadana y Control Democrático

1. Democratizar la Política Local y Regional: flexibilizar la creación de partidos políticos regionales; garantizar la renovación en cargos; primarias obligatorias; voto programático.

2. Fortalecer la Participación directa en los asuntos de interés local y regional: plebiscito programático; referéndum revocatorio de cargos y de normativas locales y regionales; transparencia en la gestión pública.

La comisión asesora para la descentralización y desarrollo regional también propuso una agenda descentralizadora de Chile o más conocida como *Hoja de Ruta para las medidas de la política de Estado* para ser implementadas en distintos períodos, visualizando la finalización del proceso de reformas tendientes a una descentralización efectiva para el 2025.

Según el informe de la comisión, la condición de éxito de la propuesta depende de la voluntad política, compromiso y recursos, es decir, del gobierno central, del Ministerio del Interior y SUBDERE; del Ministerio de Hacienda y DIPRES; además de los ministerios sectoriales.

Luego, los partidos políticos y parlamentarios, más los nacientes gobiernos regionales y los municipios, deben canalizar la política en el territorio. Por tanto, la sociedad civil y la ciudadanía de regiones son actores en extremo relevantes para permitir el cambio cultural que requiere el proceso de descentralización.

También se releva el propio compromiso de funcionarios públicos en el avance del proceso y en instancias de seguimiento de este para apoyar el trabajo prelegislativo y de medidas de colaboración con la formulación de los proyectos de reforma y perfeccionamiento de las medidas. Todo ello permitiría un control del efectivo avance del proceso.

También se valora una adecuada estrategia comunicacional de apoyo a la descentralización, que ponga énfasis en la propuesta general y las medidas esenciales. Esta debiera estar orientada o focalizada en tomadores de decisiones, centros de estudio, medios de comunicación y ciudadanía en general.

Estas directrices de la comisión se pueden observar y también contrastar con algunos hitos políticos en cuanto a la implementación misma de la propuesta, la que hoy demuestra avances y dificultades de diversa índole.

En efecto, recordemos que el 30 de diciembre de 2014 (dos meses después de la entrega del informe) se firmó la Reforma Constitucional para la elección directa del órgano ejecutivo del gobierno regional. La iniciativa propuso la elección popular directa de los Gobernadores Regionales con segunda vuelta, la creación del cargo del Delegado Presidencial (a cargo de tareas de gobierno interior) y la ampliación del plazo de delegación de facultades legislativas de parte del Congreso al Ejecutivo desde 1 a 4 años (solo para efectos de modificar dependencia de servicios públicos regionales). El proyecto (Boletín N° 9834-06) fue ingresado al Congreso Nacional el 5 de enero de 2015 y se encuentra aún en tramitación en el Congreso.

Para enero de 2015, se acordaron las indicaciones para el proyecto de fortalecimiento de la regionalización (Oficio N° 1169-352 al proyecto de ley Boletín N° 7963-06). Entre otros aspectos propone un Plan de Ordenamiento Territorial (obligatorio), Convenios de Programación (obligatorio), Áreas Metropolitanas (intercomunales con más de 250.000 hab.) a cargo del gobierno regional en materias como: transporte, residuos sólidos, medio ambiente y áreas verdes, y creación de tres nuevas divisiones en los

gobiernos regionales: Fomento Productivo, Desarrollo Social y Humano e Infraestructura y Transporte.

Para mayo de 2015 ingresó a trámite legislativo el proyecto que modifica disposiciones aplicables a funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a SUBDERE (Boletín Nº 10057-06). Ello busca dar respuesta al creciente aumento de responsabilidades de las municipalidades del país, fortaleciendo el ámbito de sus recursos humanos y estableciéndose obligaciones de información y rendición de cuentas en estas materias (la última vez que se había fijado las plantas municipales fue en 1994). Esta iniciativa proviene del Protocolo de Acuerdo para la Modernización del Sistema Municipal suscrito el 14 de noviembre de 2014.

Asimismo, se ha avanzado en acordar la Ley de Financiamiento y Responsabilidad Fiscal en el Ámbito Regional y Municipal. Para dar cumplimiento a dicho compromiso, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) elaboró el estudio *Apoyo al proceso de descentralización*. La iniciativa ha estudiado cómo rediseñar la distribución del Fondo Común Municipal (FCM), el perfeccionamiento del pago de patentes municipales, la identificación de los territorios rezagados y creación del Fondo de Convergencia.

En el mismo sentido, durante el segundo semestre de 2015, se iniciaron las experiencias piloto en materia de Fomento Productivo (CORFO / SERCOTEC) en los gobiernos regionales de Antofagasta, Biobío y Los Ríos. También se diseñaron las experiencias piloto para ser implementadas, en el 2016, en los ámbitos de Infraestructura y Transporte (SERVIU) y Desarrollo Social y Humano (FOSIS).

Dentro de otras iniciativas relevantes impulsadas desde el 2014, al objeto de avanzar en la descentralización, es oportuno señalar el proceso de fortalecimiento del capital humano de los gobiernos regionales y locales, lo que debe convertirse en una política pública permanente. Esto va de la mano con impulsar un programa de modernización municipal (que las municipalidades pasen de cumplir una función principalmente administrativa a la constitución de verdaderos gobiernos locales, que se estructuren con base en cuatro principios fundamentales: modernización, equidad, autonomía y rendición de cuentas).

Al respecto, es importante mencionar el Instructivo Presidencial Nº11 (del 01.12.2014), el que creó el Comité Interministerial para la Transferencia de Competencias a los gobiernos regionales, cuya Secretaría Ejecutiva se radicó en la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

En paralelo, se inició la implementación del Plan de Desarrollo de las Zonas Extremas. Este buscaba impulsar el crecimiento de las regiones extremas en un horizonte de seis años (2021). Comenzó a ser aplicado en las regiones de Arica y Parinacota, Aysén y Magallanes y en la provincia de Palena y la comuna de Cochamó, Región de Los Lagos. La idea original presentada consistía en invertir 5.000 millones de dólares (en 467 proyectos) en diversas obras de conectividad, acceso a los servicios de educación y salud, infraestructura y capacidad productiva, entre otras, en el ejercicio 2015-2022. De alguna manera, esto era leído como las últimas acciones del centralismo para abordar la situación de desigualdad entre las regiones, para luego, una vez niveladas las regiones, se procediera a la descentralización efectiva. De hecho, el Plan Nacional de Ordenamiento

Territorial, orientado a generar un desarrollo armónico, sostenible y que compatibilice el crecimiento económico, la generación de empleos y las vocaciones de cada territorio (por medio de diálogos regionales realizados por el Minvu), manifestando que el Estado a nivel central considera que aún no existen las condiciones para impulsar la descentralización, lo que se evidencia en la creación del Fondo de Convergencia, previsto para que funcione en paralelo al FNDR. Ello es así con el objeto de asistir a los territorios que están en condiciones de rezago, es decir, aquellos lugares que de acuerdo con indicadores objetivos están atrasados en relación con el resto de los territorios. Todas son medidas que se entienden para nivelar las condiciones como preludio a la descentralización.

1.5. Modelos internacionales de descentralización. Aprendizajes desde España y Francia

En consideración a nuestras tradiciones históricas y culturales heredadas desde los tiempos de la Colonia, se debe observar en líneas gruesas el proceso de descentralización que ha vivido España. Al respecto, es interesante detenerse en el título VIII de la Constitución española de 1978, relativo a la organización territorial del Estado.

Porque si bien se considera a España en estos días un país descentralizado, ya que su ordenamiento territorial del poder está en torno al Estado autonómico, es importante recordar que este surge como concepto ante el desacuerdo frente a los Estados federales y Estado regional. En efecto, el proceso comenzó en 1978, pero se ha ido desarrollando desde entonces, dejando atrás la configuración medieval y permitiendo sortear las complicaciones existentes en torno a la unidad territorial del país. Resulta interesante señalar que Felipe V, a mediados del siglo XVIII, acabó con las singularidades de los territorios de la monarquía española, cuestión que se mantuvo en el contexto de las guerras carlistas durante el siglo XIX, donde se intentó homogeneizar o minimizar las diferencias de la población residente en Cataluña, el “país vasco” y entre los gallegos, principalmente.

Así, España consigue avanzar en el nacionalismo españolista, recordando la labor del general Franco al respecto, quien veló por acallar los diversos nacionalismos, los que volvieron a escena una vez que llegó la transición a la democracia. En este contexto, el dilema del constituyente ha sido dar cabida a las distintas nacionalidades y sus reivindicaciones bajo un mismo territorio. En el artículo 2 de la Constitución española (CE) se plasmó la respuesta a la dificultad administrativa de la nación.

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integra y la solidaridad entre ellas.

Esto va relacionado con el título VII de la CE, el que establece la organización territorial del Estado.

En los hechos, la autonomía no puede oponerse al principio de unidad del Estado, por tanto, tiene ciertas limitaciones en su alcance. Sin embargo, en conjunción con el principio de solidaridad constitucional, se busca una cierta relación en armonía al interior

de la administración territorial. Es decir, garantiza un cierto equilibrio económico/social entre los ciudadanos españoles, lo que se condice con el principio de igualdad constitucional, que a su vez busca prevenir los privilegios que puedan surgir en las relaciones entre las organizaciones territoriales como las autonomías y los ayuntamientos. Al respecto, el artículo 139.1 de la CE consagra la igualdad de derechos y obligaciones.

Lo anterior queda de manifiesto al observar que constitucionalmente se le otorga al Estado la competencia en la coordinación económica de todo el territorio, lo que debe actuar en sincronía con las políticas de las autonomías mediante distintos instrumentos, tales como autorización, control o medidas homogeneizantes de las políticas regionales. En definitiva, el sistema constitucional está pensado para mantener un Estado unitario, pero a la vez respetar la diversidad identitaria de las autonomías y, a su vez, siempre evidenciando niveles de tensión política y económica. La CE intenta velar por el bien común por medio de los principios de igualdad y de unicidad del orden económico y del mercado por parte del Estado.

Estos principios se observan en la estructura institucional en donde la CE ha permitido el desarrollo de las comunidades autonómicas. En efecto, cada autonomía cuenta con su asamblea legislativa que aborda las leyes propias de sus respectivos estatutos autonómicos. Así, estas pueden dictar sus propias leyes sin tener potestad en ámbitos propios de la CE. Asimismo, en materia de control del ejecutivo, son relevantes en el nivel autonómico.

Para su funcionamiento, además, estas cuentan con autonomía financiera. Ello por medio de un sistema tributario que permite ingresos a libre disposición y autonomía presupuestaria, es decir, que tienen capacidad decisional en torno al gasto. Respecto de sus ingresos, es importante señalar que provienen de la cesión de ciertos tributos estatales (30% de impuesto al patrimonio, sucesiones y donaciones, entre otros), más la transferencia presupuestaria de los ingresos generales del Estado y de los fondos de compensación interterritorial, en estricta atención al principio de solidaridad.

Es una constante que los procesos de descentralización responden a contextos políticos amplios, por lo que acudir a experiencias como la española o francesa solo sirven para observar lineamientos generales acordes a los cambios culturales manifestados en el seno de las democracias modernas.

El proceso francés de descentralización, que data de hace más de 40 años, nos permite reconocer tres grandes reformas que, en definitiva, han conseguido mayores competencias y financiamiento de los organismos subnacionales: descentralización política, financiera y administrativa. Este camino no ha sido compartido en todos los procesos de descentralización y es muy difícil argumentar respecto de cuál sería el más idóneo para Chile, país que ha iniciado una autonomía administrativa a nivel municipal pero que, en materia de competencias, aún falta bastante por devolver a los territorios. Además, hay que considerar que hemos sido testigos del avance de una descentralización política a nivel regional que no ha conseguido aún el traspaso de competencias ni recursos sustantivos para la función de los gobernadores regionales.

Volviendo a Francia, su primera reforma hacia la descentralización política contempló que los gobiernos subnacionales, previamente designados por el Presidente de la República,

pasarán a ser elegidos por sufragio universal (Ferreiro *et al.* 2019). Sin embargo, estos no tuvieron importantes competencias, al igual que en el caso de Chile. Tampoco tuvieron un ámbito de acción muy determinado, sino hasta la década de los noventa cuando se avanzó en un cambio fiscal y administrativo, consiguiendo ser percibida como la segunda gran reforma en materia de descentralización efectiva. Recordemos que, formalmente, fue el general De Gaulle, en 1969, quien iniciaría el proceso de descentralización con una propuesta de regionalización. Propuesta que, solo en décadas de discusión política y legislativa, fue transformando la organización territorial centralista napoleónica, heredera de la monarquía absoluta y la lógica de la concentración de poder (Baena del Alcázar, 1983). Para la década de los ochenta, pareciera emerger una auténtica voluntad de descentralización de la administración territorial, ya que se percibe un aumento en el malestar de la ciudadanía a causa de la concentración del poder estatal en Francia. Los nacientes grupos sociales demandaban una mayor participación en las decisiones cotidianas.

Finalmente, a inicios de los años 2000, se realizó una importante ola de reformas que dieron paso a una descentralización fiscal más profunda. Todo esto demuestra que los procesos de descentralización son largos y se dan en el transcurso de varios años (Ferreiro *et al.*, 2019, p. 69), motivados, principalmente, por cambios culturales desde el propio seno de la ciudadanía. Es decir, el pueblo soberano. Al respecto, veamos cómo hemos organizado administrativamente Chile desde su independencia hasta nuestros días.

2. NOTAS SOBRE LA HISTORIA DEL RÉGIMEN DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE

“... el Cabildo afrontaba, día tras día, aspectos infinitos de la vida urbana, grandes, medianos y pequeños... Hoy, muchas de tales preocupaciones nos parecen nimias, si no ridículas; y muchas de las medidas adoptadas, ingenuas cuando no contraproducentes. Pero eran la existencia y civilización mismas de comunidades urbanas que ascenderían a pocos centenares o contados millares de personas, pobres hasta el harapo, asediadas hasta el hambre, afligidas hasta el terror, que mantuvieron viva durante estos ásperos siglos la llama pequeña y temblorosa de Chile”.

Gonzalo Vial, *Chile. Cinco Siglos de Historia. Tomo I*

Analizar la historia del régimen de gobierno y administración del Estado en Chile, en adelante, también referido como régimen territorial, tiene el propósito de observar, desde la revisión histórica, el contexto del ordenamiento político y territorial de la república. La relevancia de esto es doble. Por una parte, busca mostrar que las municipalidades, como forma de propender a la descentralización política y administrativa, tienen antecedentes significativos en nuestra historia institucional.

En efecto, la búsqueda de propuestas que buscan generar cambios sustanciales en nuestro régimen de gobierno y administración interior, deben considerar nuestra experiencia histórica. Ese ejercicio –buscar en nuestra historia las claves para repensar

esta dimensión del régimen institucional hacia el futuro— es imprescindible para que las reformas institucionales puedan perdurar en el tiempo. Además, una revisión de la experiencia histórica de Chile en esta materia puede servir para rescatar arreglos institucionales específicos que, por distintas circunstancias, han quedado olvidados o en desuso. Es al menos plausible pensar que algunos de los problemas actuales del régimen territorial pueden encontrar solución no en grandes innovaciones, sino en la recuperación de prácticas o reglas, debidamente adaptadas, que ya tienen antecedentes en la historia de Chile.

Con estos objetivos, la revisión histórica que se presenta a continuación se ordena del siguiente modo. Primeramente, veremos el *Régimen de Gobierno y administración interior del Estado en el Chile Indiano y Comienzos de la República*, el que realizará un breve repaso de algunos hitos relevantes en la historia del régimen de gobierno y administración interior los primeros siglos de nuestra historia. Dicho repaso busca, además de proveer el contexto general para la explicación más detallada del periodo posterior, ilustrar que las instituciones de gobierno local —el cabildo, primero, en la época indiana y luego la municipalidad— desempeñaron un papel central en nuestra configuración política. En esa línea, se muestra cómo, desde sus inicios, nuestro régimen territorial fue dual. Por un lado, siempre existió una administración centralizada, cuya primera cabeza fue el gobernador, y que constituye un antecedente imprescindible para comprender el carácter unitario del Estado de Chile. Por otro, nuestro estatuto siempre reconoció algún grado de autonomía al órgano de administración local, el cabildo primero, luego la municipalidad. Ambos elementos, sistema unitario y administración local autónoma, se han mantenido de forma más o menos constante a lo largo de nuestra historia. Contrario a lo afirmado por algunos, nuestra tradición institucional tuvo, desde sus orígenes, un elemento local, municipal si se quiere, importante. En esa línea, se destacan los siguientes hitos: la función del cabildo y la importancia de primeras ciudades, la creación de las intendencias a finales del siglo XVIII, el régimen de administración interior establecido por la Constitución de 1833 y la Ley de Comuna Autónoma de 1891.

Posteriormente, veremos el *Régimen de gobierno y administración interior del Estado en la Constitución de 1925*, realizando un análisis más detallado de la normativa aplicable a nivel constitucional que rigió en Chile bajo la Carta del 25. Al respecto, se destaca la consolidación de la división provincial y municipal en materia de administración local y la exclusión de los municipios de la función de gobierno, cuyo último eslabón territorial continuó siendo el distrito, a cargo del inspector, órgano de la administración central. A nivel municipal, que interesa especialmente considerando la hipótesis de esta investigación, se presta especial atención a los cambios en la estructura interna de las municipalidades.

Luego veremos el *Régimen de gobierno y administración interior en la Constitución de 1980*, revisando el desarrollo de la normativa constitucional aplicable bajo la vigencia de la actual Constitución. En esa línea, se pone especial énfasis en las innovaciones introducidas por la carta vigente, en especial la consagración en las Bases de la Institucionalidad de las categorías jurídicas “descentralización” y “desconcentración” territorial y funcional y la consagración de las regiones como nueva unidad territorial. En relación con las

reformas constitucionales realizadas a la Carta del 80, se pone especial énfasis, por su importancia, en la reforma del año 91 que habilitó la elección directa de los alcaldes mediante sufragio universal, recuperando así la tradición de reconocer autonomía a los órganos de administración local.

A lo largo de esta perspectiva histórica se intenta mostrar las continuidades y discontinuidades entre los sucesivos estatutos territoriales consagrados a nivel constitucional. Esta revisión se limita fundamentalmente a los textos constitucionales y sus reformas. Las referencias históricas o doctrinarias tienen por objeto simplemente ayudar a la mejor comprensión de esos textos y, solo en lo que se refiere al periodo prerrepblicano, ilustrar el régimen territorial mismo.

2.1. Régimen de gobierno y administración interior del Estado en el Chile indiano y comienzos de la república

Del período indiano de la historia de Chile, es importante destacar, en primer lugar, el establecimiento del cabildo. De origen castellano, anterior fusión de los concilios germanos y de la tradición municipal romana, el cabildo pasó a América tempranamente durante la época de la conquista. Desempeñó dos principales funciones: por una parte, representaba políticamente a la comunidad frente al rey, cuyo representante en Chile era el gobernador, especialmente cuando funcionaba en su modalidad abierta; y, por otra, tuvo a su cargo innumerables tareas de administración local, como “los cincuenta brazos del Cabildo”, al decir de Alemparte (1940, p. 233). En Chile, esto fue gravitante desde el primer momento. Su origen se remonta a la fundación de la ciudad de Santiago, 12 de febrero de 1541, y desde entonces jugó un papel central en nuestra vida política. Nombró, partiendo por Valdivia, y depuso gobernadores, representó al rey los abusos de los oficiales de la Corona y fue la instancia decisiva que generó el proceso de independencia durante el Cabildo abierto del 18 de septiembre de 1810. Al de Santiago siguieron la fundación del de La Serena (1543) y Concepción (1550) y así como el de todas las principales ciudades (Vial, 2009, *1*, p. 178). Los orígenes de nuestra historia institucional están, entonces, indisolublemente entrelazados con el cabildo.

Junto con el cabildo, desde un comienzo, la institución del gobernador, representante del rey, y con él la administración centralizada del derecho indiano, fue gravitante en nuestro régimen territorial (Bravo, 1986, p. 81). Hasta comienzos del siglo XVIII, el gobernador administraba el territorio nacional que se dividía en provincias, 18 en 1700⁶, cada una a cargo de un corregidor dependiente del mismo gobernador.

⁶ Cada provincia con su ciudad capital o villa respectiva: Santiago, Ciudad de Santiago de Nueva Extremadura; Copiapó, Villa de San Francisco de la Selva; Coquimbo, Ciudad de San Bartolomé de la Serena; Quillota, Villa de San Martín de la Concha; Aconcagua, Villa de San Felipe el Real; Cuyo, Ciudad de Mendoza; Melipilla, Villa de San José de Logroño; Rancagua, Villa de Santa Cruz de Triana; Colchagua, Villa de San Fernando de Tinguiririca; Maule, Villa de San Agustín de Talca; Cauquenes, Villa de Nuestra Señora de las Mercedes de Tutuvén; Itata, Villa de San Antonio Abad de Quirihue; Chillán, Ciudad de San Bartolomé de Gamboa; Concepción, Ciudad de La Concepción del Nuevo Extremo; Puchacay, Villa de San Juan Bautista de Hualqui; Rere, Villa de San Luis Gonzaga de Rere;

Dos notas relevantes del régimen territorial de estos primeros años pueden destacarse: la estructura unitaria y la autonomía del gobierno local. Ambas se mantendrán, con interrupciones en el caso de la segunda, hasta nuestros días. En este primer momento, el elemento unitario estaba dado, sin duda, por la figura del gobernador. Dicha característica debe, sin embargo, ponderarse con la autonomía de la que gozó el cabildo. Dentro de la provincia se distinguían poblaciones rurales, fuertes militares, villas y ciudades. En estas últimas, el cabildo desempeñaba un papel central y gozaba de autonomía frente a la administración central. El cabildo podía distinguirse en estos primeros siglos debido a su sistema dual, donde, por un lado, se encuentran las unidades territoriales dependientes de la administración central y, por otro, de forma separada y con reconocimiento de su autonomía, la institución de representación de los vecinos y administración local. En los años posteriores, aun cuando la autonomía política de las municipalidades se vio, por periodos, severamente morigerada, la distinción entre una estructura de gobierno interior y otra separada de administración interior se mantendría.

En 1700 asume la Corona española Felipe V de Borbón, poniendo fin a la sucesión de los monarcas de la casa de Austria (Vial, 2009, 1, p. 302). Con él se inician las llamadas reformas borbónicas cuya principal creación, en materia de régimen territorial, fue la Intendencia. Dicha institución encarnó la visión del llamado despotismo ilustrado, propio de la época. Los territorios debían quedar a cargo de funcionarios, jerárquicamente subordinados, quienes dirigían una burocracia creciente y cada vez más especializada. En Chile la implementación de la Intendencia debió esperar hasta 1786. Su aplicación en nuestro territorio tuvo su fuente jurídica en la “Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes del Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires” de 1792. Previamente, en 1777, con la designación de don Tomás Álvarez de Acevedo como visitador de Chile, delegado por el virrey del Perú, se dio inicio al proceso que terminaría por establecer dicha institución en nuestro territorio. Terminada la visita, en 1785, en Lima, se acordó el texto de la nueva estructura administrativa del país, que dividió el territorio en dos intendencias, Santiago y Concepción, cada una de ellas subdividida en varios partidos y gobiernos (Cobos, 1975, p. 91). En 1811 el primer Congreso Nacional crearía una tercera Intendencia, Coquimbo, que había sido solicitada sin éxito al visitador Álvarez de Acevedo en 1785 por el Cabildo de La Serena (Cobos, 1975, p. 104). Lo anterior da cuenta de la continuidad que existió entre el régimen territorial pre y posindependencia. En ambos regímenes, la Intendencia, incluso después de la abolición formal de la de origen Borbón en 1822, desempeñó un papel central en nuestra estructura administrativa que se asentaría con la Constitución de 1833⁷ y a la que solo se le puso término con la Reforma Constitucional de 2017.

Valdivia, Ciudad de Santa María La Blanca de Valdivia; Chiloé, Ciudad de Santiago de Castro (ver Sagredo *et al.* (2016) p. 26).

⁷ Un estudio acerca de las continuidades y diferencia entre la Intendencia pre y postindependencia puede encontrarse en: Enríquez, L. (2017). *Las intendencias y el gobierno interior de Chile entre 1810 y 1833*, p. 34.

Como sucedió a nivel constitucional, el periodo que corre desde la declaración de independencia en 1818 hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1833 fue ocasión de múltiples ensayos en materia de régimen de gobierno y administración interior del Estado (Cobos, 1989, p. 34)⁸. Por su parte, la Constitución de 1833 estableció un marco institucional que perduró, no obstante modificaciones importantes, hasta la Carta de 1925 y que dejó, por consiguiente, una importante huella en nuestra cultura jurídica.

El régimen establecido por la Constitución de 1833 dividió el territorio nacional en provincias, a cargo de un gobernador designado por el Presidente de la República, que se componían de departamentos, a cargo de un delegado también de designación presidencial, los que, a su vez, se componían de subdelegaciones, a cargo de un subdelegado designado por el gobernador, y, por último, distritos, a cargo de un inspector designado por el subdelegado⁹. El carácter centralizador que las intendencias habían tenido desde su origen se vio reforzado, durante este periodo, mediante, primero, la subordinación al Presidente de la República a que don Diego Portales sometió en la práctica a quienes ejercieron dicha función y, segundo, por la Ley de Régimen Interior de 1844, con antecedentes en otra iniciativa legal del mismo Portales, que reforzaba jurídicamente la subordinación de los intendentes al Presidente de la República (Vergara, 1991, p. 414). Bajo este régimen, hacia 1856, Chile se dividía en 13 provincias¹⁰.

En este nuevo esquema, los municipios, a diferencia del viejo cabildo que era completamente autónomo, fueron parcialmente integrados a la estructura jerárquica de la administración central. En efecto, los municipios conservaron su identidad propia como organismos de administración local, pero eran dirigidos por el gobernador o el subdelegado, con lo que su carácter autónomo se vio morigerado¹¹.

Un último hito relevante de este periodo es la promulgación de la Ley de Organizaciones y Atribuciones de las Municipalidades, también conocida como Ley de Comuna Autónoma, en 1891. Dicha regulación suele estudiarse como un intento, ampliamente considerado fallido, de poner término a la intervención electoral del Ejecutivo, por cuanto facultó a las municipalidades para llevar padrón electoral y administrar el proceso de votación y escrutinio¹². Al margen de dicho aspecto, la Ley de Organización y Atribuciones de

⁸ Ver también Sanhueza (2008) y Sagredo *et al.* (2016), pp. 27 y ss. En sistema APA, indicar el tramo exacto de páginas. Merece notarse, sin embargo, que la primera mención de una división administrativa en nuestra historia republicana puede encontrarse en el Acta del Cabildo Abierto de Santiago del 18 de septiembre de 1810, en relación con la necesidad de elegir diputados de “todas las provincias de Chile”, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile. Tomo I*, p. 3.

⁹ Artículos 115 a 121, Constitución Política de la República de Chile de 1833. La designación presidencial de las autoridades de las principales unidades territoriales del régimen de gobierno ha sido una constante en nuestra historia. Antes de la Constitución de 1833 ya había sido establecida por la Constitución de 1818 en su capítulo V, título IV, artículo 1; por el Acta de Unión de 1823, en su artículo 27 y por la Constitución de 1828, en sus artículos 114 y 116.

¹⁰ Tacna, Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Aconcagua, Valparaíso, Santiago, O’Higgins, Colchagua, Curicó, Talca, Maule, Linares, Ñuble, Concepción, Biobío, Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia, Llanquihue, Chiloé y Territorio de Magallanes (ver Sagredo *et al.* (2016), p. 34).

¹¹ Artículo 127, Constitución Política de la República de Chile de 1833.

¹² Artículo 29, Ley de Organizaciones y Atribuciones de las Municipalidades.

las Municipalidades también introdujo cambios en la estructura y atribuciones de las municipalidades, algunos de estos tendieron a reforzar su autonomía. Así, por ejemplo, estableció que ella se compondría de nueve miembros, tres alcaldes y seis regidores en las más pequeñas, todos elegidos en votación directa y estableció la incompatibilidad entre dichas funciones y los demás empleos públicos remunerados¹³. Adicionalmente, la ley estableció una clasificación completa de las atribuciones de las municipalidades, las que cubrían un amplísimo espectro de materias, incluyendo, por ejemplo, la atribución para designar a los jefes de la policía en cada departamento y una norma residual por la que se entendía que, cada vez que la ley habilitaba a una autoridad pública sin especificarla, debía entenderse remitida a la municipalidad del territorio respectivo¹⁴.

2.2. Régimen de gobierno y administración interior del Estado en la Constitución de 1925

2.2.1. *Reformas al régimen de gobierno y administración interior del Estado en la Constitución de 1925*

En términos de estructura, la Constitución de 1925 mantuvo los aspectos centrales del régimen de gobierno y administración interior que introdujo la Constitución de 1833. La estructura de Gobierno se dividió también, de unidad mayor a menor, en provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos.¹⁵ La administración de la provincia residió en el intendente, figura ya conocida. Tal como en la Constitución de 1833, a cargo de las unidades mencionadas, se ubicaban gobernador, subdelegado e inspector, todos ellos parte de la Administración central y con vínculos de jerarquía que, en último término, los ligaban al Presidente de la República¹⁶. Por su parte, en lo que se refiere al régimen de administración territorial, las dos unidades principales fueron la provincia, que correspondía a la unidad del mismo nombre en la estructura de gobierno interior, según se detalla más adelante, y las municipalidades, cuyo estatuto sufrió cambios de importancia, según también detallaremos.

Al menos cuatro aspectos de la regulación territorial que introdujo la Constitución de 1925 merecen mención especial. En primer lugar, fue la carta del 25 la primera de nuestras Constituciones en incorporar el concepto “descentralización”. Seguidamente, puede destacarse la creación de las asambleas provinciales, sin perjuicio de que la implementación de dicha reforma nunca ocurrió. En tercer lugar, es oportuno destacar la consagración definitiva de la separación entre el régimen de gobierno y el de administración. En cuarto lugar, puede mencionarse el cambio al estatuto de las municipalidades. Por último, se menciona brevemente la evolución del régimen territorial durante el periodo en relación con el debate acerca del número y tamaño apropiado de las provincias.

¹³ Artículos 2, 3 y 8, Ley de Organizaciones y Atribuciones de las Municipalidades.

¹⁴ Artículos 32 y 33, Ley de Organizaciones y Atribuciones de las Municipalidades.

¹⁵ Artículo 88, Constitución Política de la República de Chile de 1925.

¹⁶ Artículo 94, Constitución Política de la República de Chile de 1925.

La Constitución de 1925 tuvo por propósito explícito favorecer la descentralización administrativa de Chile. Fue el primer texto legal que incorporó el concepto “descentralización” en este sentido e introdujo algunas reformas importantes en esa línea. Don Arturo Alessandri, al momento de asumir su candidatura presidencial en abril de 1920, afirmaba: “quiero la descentralización político-administrativa” (Sagredo *et al.* 2016, 24 n.49). Posteriormente, en el transcurso de 1925 y mediando los acontecimientos conocidos por todos¹⁷, la subcomisión de reformas constitucionales, en la que participaba (“nunca ausente”, al decir de Vial (2009, *II*, 1079)) el mismo Alessandri, para entonces retornado Presidente de la República e impulsor de la nueva Constitución, dedicó seis sesiones al problema de la centralización y a las modificaciones que necesitaba nuestro régimen territorial¹⁸.

Como observó don Sergio Carrasco, el consenso que reinó en la subcomisión de reformas con relación al término “descentralización” ocultaba importantes divergencias acerca de qué era exactamente lo que se quería lograr por medio de la consagración constitucional de dicho término. Algunos entendieron descentralización en un sentido político, como la creación de unidades con algún nivel de autonomía y, por lo mismo, con atribuciones propias directamente establecidas por la Constitución o la ley. Otros entendieron el término en su sentido administrativo. Para ellos, la regionalización debía materializarse por medio de unidades territoriales enteramente dependientes del Presidente de la República, con potestades delegadas por él mismo (Carrasco, 1997, pp. 301-325).

El resultado de esta divergencia fue que la subcomisión optó por una descentralización moderada. La Constitución de 1925, concretamente su artículo 107, definió descentralización como un proceso por el que las leyes conferirían “paulatinamente” nuevas atribuciones a los “organismos provinciales o comunales”. En la misma línea, defendiendo la adopción de una descentralización mesurada, se manifestaron varios de los integrantes de la subcomisión de reforma, por ejemplo, el mismo Alessandri¹⁹ y don José Guillermo Guerra (1997, pp. 509-510)²⁰.

Una innovación que la Carta del 25 introdujo a nivel provincial y que merece ser destacada es la creación de las asambleas provinciales²¹. Dichos organismos tenían por objeto asesorar al intendente, quien las presidía, y estaban integrados por representantes de todas las municipalidades de la provincia. Sin embargo, a dicho encargo, la

¹⁷ Fin del primer Gobierno de don Arturo Alessandri, salida del país y regreso para asumir nuevamente la presidencia de la república (ver, por ejemplo, Vial (2009), *II*, pp. 1000-1079).

¹⁸ Concretamente, sesiones N° 14, 20, 21, 22, 29 y 33 (ver Ministerio del Interior, *Actas Oficiales de las Sesiones Celebradas por la Comisión y Subcomisión Encargadas del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, pp. 166-168, 177, 265-268, 272-297, 370-381 y 520-525. De acuerdo con la revisión de Sergio Carrasco Delgado (1997) pp. 301-325).

¹⁹ Ministerio del Interior, *Actas Oficiales de las Sesiones Celebradas por la Comisión y Subcomisión Encargadas del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* Sesión, pp. 21-281.

²⁰ Sergio Carrasco compila varias otras opiniones en la misma línea (ver Sergio Carrasco Delgado, 1997, pp. 301-325).

²¹ Sin perjuicio de que un organismo similar, con el mismo nombre, ya había sido contemplado en la Constitución de 1828.

Constitución agregaba potestades tales como elaborar ordenanzas provinciales y comunicar formalmente al Presidente de la República las necesidades de la provincia en un informe anual. La asamblea provincial solo podía ser disuelta por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado²². Sin embargo, esta innovación, que buscó dotar de mayor relevancia al gobierno provincial, al tiempo que integraba a los municipios en dicho esquema, no pasó de ser una norma programática sin operatividad. La ley que debía regular la constitución de las asambleas provinciales no llegó a dictarse y en 1942, mediante la Ley Nº 7.164, sus atribuciones fueron transferidas al intendente.

Otro aspecto relevante de la Constitución de 1925 es que ella terminó por consagrar la separación entre el régimen de gobierno y administración interior. Así, la estructura de provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos se reguló explícitamente en el Capítulo VIII, bajo el título “Gobierno Interior del Estado”. Por su parte, el Capítulo IX, bajo el título “Régimen Administrativo Interior”, artículo 93, señaló que, para efectos de administración, el territorio se dividiría en provincias, equivalentes a la unidad homónima de la estructura de gobierno, y en comunas que “equivaldrá a la división política llamada ‘subdelegación’”.

La separación explicada en el punto anterior debe, sin embargo, matizarse al considerar el rediseño del estatuto de las municipalidades que efectuó la Constitución de 1925. En efecto, la Constitución introdujo la figura del alcalde como órgano unipersonal que preside la municipalidad. Recuérdese que, en el esquema de la Ley de Organizaciones y Atribuciones de las Municipalidades, los alcaldes eran tres. Más importante que dicho cambio, la Constitución estableció que, en las ciudades de más de cien mil habitantes, el alcalde sería designado por el Presidente de la República²³. Con ello, puede decirse que la separación entre régimen de gobierno y administración, siendo nominal y funcionalmente efectiva, no implicó autonomía política para los municipios. A mayor abundamiento, la Constitución estableció que los municipios estuviesen bajo la vigilancia correccional y económica de las asambleas provinciales, las que podían cesar el mandato de alcaldes y regidores²⁴.

Por último, en relación con la evolución del régimen territorial, es posible señalar que durante este periodo se ensayó brevemente la idea de disminuir el número de las provincias, con el fin de hacerlas más grandes y darles mayor poder relativo frente a la tendencia centralizadora. En esa línea, hacia 1928, mediante los decretos con fuerza de ley Nº 8.582 y Nº 8.583 dictados durante el gobierno del general Carlos Ibáñez del Campo, se disminuyeron las provincias de 23 a 16 más los territorios de Aysén y Magallanes. Al año siguiente se reducirían a 15 después del tratado limítrofe con Perú. Dicha estrategia, sin embargo, no se sostuvo en el tiempo. A contar de 1930, las provincias eliminadas se volvieron a establecer. Hacia 1974, las provincias sumaban 24 (Sagredo *et al.* 2016).

²² Constitución Política de la República de Chile de 1925, artículos 94 y ss. La atribución de comunicar al Presidente de la República las necesidades del territorio tenían ya un antecedente en la Ley de Organizaciones y Atribuciones de los Municipios, artículo 28 Nº 1.

²³ Constitución Política de la República de Chile de 1925, artículo 101.

²⁴ Constitución Política de la República de Chile de 1925, artículo 106.

Hacia el final del periodo de vigencia de la Constitución, el diagnóstico más difundido era que la Constitución no había logrado revertir la tendencia centralizadora (Bulnes de Granier, 1988, p. 6)²⁵.

2.3. Régimen de Gobierno y Administración Interior bajo la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 realizó importantes modificaciones en nuestro régimen territorial. Si bien algunas de ellas significaron mejoras relevantes en términos de favorecer la descentralización, hoy resulta pacífico afirmar que ellas no fueron suficientes. En lo que sigue revisaremos, primero, la configuración original del régimen territorial establecido en la Constitución de 1980. Y, segundo, las principales reformas constitucionales realizadas a ese régimen.

2.3.1. *Régimen de Gobierno y Administración Interior establecido en la Constitución de 1980*

En lo que se refiere al régimen de gobierno interior, la Constitución de 1980, junto con establecer la forma unitaria del Estado, dividió el territorio nacional en regiones y provincias, según lo estableció su artículo 3. El gobierno interior del territorio quedó estructurado mediante regiones, las que habían sido creadas mediante el Decreto Ley Nº 575 de 1974, pero que ahora pasaban a tener reconocimiento constitucional y en las viejas provincias que pasaron a ser la última unidad territorial del estatuto de gobierno interior.

El gobierno regional residía en el intendente que, conforme con la tradición de origen prerrepblicano, dependía directamente del poder central. Era, según especificaba el artículo 100 de la Constitución, de “exclusiva confianza del Presidente de la República”. Como máxima autoridad regional, el intendente presidía el Consejo Regional de Desarrollo, el que recogía el frustrado intento por crear las asambleas regionales y tenía por objeto asesorar al intendente, sin perjuicio de que su consulta resultaba obligatoria en ciertas materias²⁶. La Constitución del 80, sin embargo, le dio un marcado sello corporativista a dicho organismo, por cuanto era integrado por los gobernadores provinciales²⁷ y, además, por representantes de las ramas de las Fuerzas Armadas y los “miembros de los principales organismos públicos y privados que ejerzan actividades en el área territorial

²⁵ Ver también Mensaje de S.E. el Presidente de la República, don Eduardo Frei Montalva en Cámara de Diputados, “Boletín de Sesiones Extraordinarias”, Sesión 5, 1 de diciembre de 1964, 284. Así lo atestiguan también las numerosas iniciativas destinadas, en los primeros años, sin éxito, a implementar las Asambleas Provinciales y, luego, a reformar enteramente el régimen territorial (ver recopilación en Carrasco (1997), pp. 320-325).

²⁶ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 102.

²⁷ De la misma forma que las Asambleas Provinciales de la Constitución de 1925 estaban integradas por representantes de las municipalidades.

de la región”²⁸. Se establecía, además, que el sector privado debía tener representación mayoritaria en el concejo.

Adicionalmente, en su artículo 104, la Constitución estableció la creación del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, este consistía en un porcentaje de los ingresos estimados en cada ley de presupuestos que debía distribuirse entre las regiones, según lo determinara la ley. Con ello, se elevó a rango constitucional el Fondo de Desarrollo Regional creado también en 1974, mediante el Decreto Ley Nº 575.

Por su parte, el gobierno y administración provincial residía en el gobernador, también de exclusiva confianza del Presidente de la República²⁹.

En lo que se refiere al régimen de administración interior, los órganos que desempeñaban esa función, al igual que en la Carta del 25, fueron el intendente, que presidía sobre la región, y la municipalidad. El estatuto de las municipalidades, sin embargo, sufrió cambios significativos. Por una parte, la designación del alcalde le correspondía al Consejo de Desarrollo Regional, a propuesta de terna del concejo municipal respectivo. En los casos que determinara la ley, en consideración a la ubicación o número de habitantes de la comuna, la designación del alcalde correspondería al Presidente de la República, norma equivalente a la contenida en la Carta del 25.

De forma similar a la estructura regional, la Constitución instituyó un Consejo de Desarrollo Comunal, cuyo objeto era asesorar al alcalde y hacer efectiva la participación de la comunidad en el progreso económico y social de la comuna³⁰.

2.3.2. Reformas al régimen de Gobierno y Administración interior establecido en la Constitución de 1980

a. Reforma constitucional de 1989

La primera reforma constitucional, de 1989, contenida en la Ley Nº 18.825, prácticamente no modificó el régimen territorial. En esta materia, dicha reforma solo habilitó a las municipalidades para convocar plebiscitos comunales.

b. Reformas constitucionales de 1991 y de 1997, que modificaron sustancialmente el régimen territorial

Poco después, durante el Gobierno de don Patricio Aylwin, la reforma constitucional aprobada mediante la Ley Nº 19.097, que modifica la Constitución Política de la República en materia de gobiernos regionales y administración comunal, el régimen territorial fue modificado sustancialmente. Dichos cambios establecieron parte importante de las principales características del estatuto actualmente vigente. Mencionaremos tres.

²⁸ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 101.

²⁹ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 105.

³⁰ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 109.

En primer lugar, se consagraron a nivel constitucional, en el Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad, las categorías jurídicas “descentralización” y “desconcentración” territorial o funcional. Concretamente, tal reconocimiento se hizo en el artículo 3 de la Constitución que dispone que la administración del territorio será “territorial y funcionalmente descentralizada o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”. Quedaron así claramente establecidas a nivel constitucional las dos técnicas jurídicas mediante las cuales el ordenamiento jurídico busca atenuar la centralización administrativa (Soto-Kloss, 1992, p. 2). Por una parte, la descentralización territorial o funcional, consistente en la creación, por la Constitución o la ley, de organismos autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propios, habilitados para ejercer competencias que les son directamente atribuidas por la Constitución o la ley y se relacionan con el Presidente de la República mediante un vínculo especialmente tenue, llamado técnicamente de “supervigilancia” (Vergara, 1991, p. 417). Por otra, la desconcentración administrativa entendida como la “radicación de potestades en un órgano inferior dentro de la escala jerárquica de un ente de la administración” (Soto-Kloss, 1992, p. 2).

Dicha consagración constitucional tuvo aplicación en la misma reforma constitucional de 1991, y aquí encontramos una segunda modificación relevante, ya que ella encargó al intendente el gobierno de la respectiva región, pero estableció el gobierno regional como órgano descentralizado, integrado por el intendente y el consejo regional, este último también creado por la misma reforma, en el que residía la administración de la respectiva región³¹. Una crítica a este nuevo esquema ha sostenido que la creación de entes con personalidad jurídica propia no basta para propender a la descentralización si no va acompañada de la atribución de potestades relevantes (Oelckers, 1976, p. 1) y que, en este aspecto, la Reforma Constitucional de 1991 fue insuficiente (Vergara, 1991, p. 417).

Una tercera modificación crucial, efectuada por esta reforma constitucional, fue que, a nivel municipal, habilitó la elección directa del alcalde, remitiendo la materia a la ley orgánica constitucional respectiva, terminando con los mecanismos de elección indirecta y, muy especialmente, con la designación presidencial de dicho órgano. Además, también en relación con el estatuto de las municipalidades, creó el consejo municipal, integrado por miembros también directamente elegidos³². Con ello, puede decirse que la reforma de 1991 retornó a la primera tradición en esta materia al reconocer y resguardar la autonomía e independencia del órgano de administración local.

Recién en la reforma constitucional de 1997, aprobada mediante la Ley N° 19.526 sobre administración comunal, se consagraría explícitamente en el texto constitucional la elección directa del alcalde mediante sufragio universal.

31 Ley N° 19.097 que modifica la Constitución Política de la República de Chile en materia de gobiernos regionales y administración comunal, artículo 7.

32 Ley N° 19.097 que modifica la Constitución Política de la República en materia de gobiernos regionales y administración comunal, artículo 10.

c. Reformas constitucionales de 2005, 2007 y 2009

La reforma constitucional de 2005, aprobada mediante la Ley Nº 20.050 que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, tan importante y amplia en otras materias, no significó grandes cambios en nuestro régimen territorial. En esta materia, se limitó a reservar, como materia de ley orgánica constitucional, la creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas, así como la modificación de sus límites y capitales respectivas.

La reforma constitucional de 2007, aprobada mediante la Ley Nº 20.193 estableció, por su parte, los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.

La reforma constitucional de 2009, aprobada mediante la Ley Nº 20.346, modificó las normas en materia de asociacionismo municipal, habilitando a las municipalidades a asociarse entre ellas, dando lugar a personas jurídicas de derecho privado, corporaciones o fundaciones.

d. Reforma constitucional de 2009, elección directa de los consejeros regionales y atribuciones del consejo regional

La reforma constitucional de 2009, aprobada mediante la Ley Nº 20.390, que reforma la Constitución en materia de gobierno regional y administración regional, merece especial mención en esta revisión histórica, porque ella estableció la elección directa de los consejeros regionales, anteriormente llamados “miembros del Consejo Regional”. Además, habilitó al consejo regional para aprobar el presupuesto regional, ejercer las atribuciones delegadas por el Presidente de la República y celebrar convenios con ministerios y municipalidades. Por último, estableció que el consejo regional fuese presidido por un consejero regional, dotándolo de mayor autonomía frente al Intendente, quien dejó de integrarlo.

e. Reforma constitucional de 2017, gobernador regional y delegado presidencial

Finalmente, la reforma constitucional de 2017, aprobada mediante la Ley Nº 20.990 y que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional, implicó una última modificación sustancial en nuestro régimen de administración territorial. Mediante ella, se crearon los órganos gobernador regional y delegado presidencial y eliminó definitivamente el intendente.

Por una parte, el gobernador regional fue establecido como el órgano unipersonal ejecutivo del gobierno regional, correspondiéndole presidir el consejo regional, ejercer las demás funciones que determine la ley orgánica constitucional y la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional. Es elegido mediante sufragio universal. Por otra parte, se estableció el delegado presidencial, de exclusiva confianza del Presidente de la República y a quien le corresponden las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región. Adicionalmente, se creó la figura del delegado presidencial provincial como órgano territorialmente desconcentrado respecto del delegado presidencial regional.

3. HACIA UNA DESCENTRALIZACIÓN DESDE LOS TERRITORIOS

3.1. Institucionalizar los territorios o territorializar las instituciones

La historia de Chile puede ser interpretada como un proceso de construcción de la nación chilena por la vía de la formalidad legal y el fortalecimiento del Estado (Góngora, 2003).

Como se señaló en el apartado anterior, el siglo XIX instauró un modelo de gobierno regido por la Constitución de 1833, el que se sustentó en la jerarquía vertical y en una fuerte centralización del poder. El llamado Estado portaliano extendió su influencia hasta nuestros días por medio de múltiples ramificaciones jurídicas, políticas y culturales. Un sistema que, al decir de Alberto Edwards, se fundamentó en “las dos más poderosas tradiciones que nos han legado tres siglos de coloniaje: la centralización y la autoridad” (Edwards, 1913-1921, p. 594).

Seguramente, es esa consonancia con la cultura política prevaleciente en la Colonia lo que le dio a este modelo de Estado su capacidad de erigirse, para bien y para mal, en la base estructural de Chile como nación. A tal punto ejerce esta influencia, que las formas de este modelo fueron adoptadas tanto por los herederos de los triunfadores en Lircay como por aquellos que se sintieron depositarios del legado de los derrotados en esa batalla que marcó el destino de nuestro país (Góngora, 2003, p. 88).

De allí surgieron rasgos que nos acompañan hasta hoy en nuestra organización política y administrativa y, como también nos revela Góngora, de esta “Tierra de Guerra” nacieron las principales definiciones identitarias de nuestro país en los siglos XIX y XX.

El aspecto que nos interesa relevar aquí dice relación con el centralismo como una de las columnas principales de este sistema y, en especial, con la forma de poblar y organizar el territorio que se deriva de esta concepción.

Suprimidos los intentos federalistas y con ello coartado o limitado el impulso de las regiones, Santiago comenzó a crecer de forma desproporcionada y asimétrica en relación con el resto del país. Durante la mayor parte de nuestros dos siglos de independencia este proceso se ha mantenido y acrecentado.

El poblamiento del país ha supuesto, asimismo, la expansión de ese modelo único, como una extensión de la forma de abarcar el territorio que heredamos de la Colonia. A juicio de quienes promueven la descentralización, este proceso ha devenido en un lastre, una limitación al fortalecimiento de las culturas locales y al desarrollo económico y social de los distintos territorios del país.

Los procesos descentralizadores más relevantes³³ fueron, sin embargo, acompañados por el intento de adaptar los territorios a esta estructura formal única dictada desde el centro.

³³ Proceso de regionalización iniciado en 1974 que dividió el territorio nacional en 13 unidades político-administrativas; La Ley 19.097, que hizo modificación de la Constitución Política de la Republica en materia de gobiernos regionales y administración comunal; y en el año 1992, la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (LOGCAR).

Esto es así, sin considerar demasiado que buena parte de los centros urbanos del país surgieron como avanzadas militares, con fines bélicos o con el propósito de “hacer soberanía”. Otros, nacieron de campamentos mineros, es decir, eran poblaciones originalmente pensadas para que sus habitantes estuvieran en tránsito, sin un proyecto de vida fundacional. Su propósito era servir al Estado central, en sus objetivos militares, políticos y económicos. Muchos poblados fueron reminiscencias de los llamados “pueblos de indios” o territorios que corresponden al asiento principal de haciendas o encomiendas. En fin, como todo proceso de poblamiento, Chile se habitó de múltiples maneras y respondiendo a objetivos muy diversos.

Asimismo, el fenómeno de la urbanización es relativamente reciente. Durante buena parte de nuestra vida independiente hemos sido un país rural y agrícola, por lo que el crecimiento urbano y las demandas de autonomía y desarrollo que este trae aparejado recién volvieron a manifestarse a contar de mediados del siglo pasado³⁴.

Asimismo, estos procesos de urbanización, gestados en distintos periodos de migración interna, principalmente debido a las condiciones socioeconómicas del campo chileno, por lo que se realizaron de manera inorgánica y, en ocasiones, hasta violenta, han producido, si se puede llamar así, profundas heridas sociales en nuestras ciudades. Las políticas de vivienda o la ausencia de ellas, en la década de los 80 del siglo pasado, y la planificación territorial segregadora han incrementado las desigualdades territoriales y afectado profundamente la calidad de vida de los sectores más vulnerables del país. Todo ello ha configurado la existencia de realidades territoriales muy disímiles y, sin embargo, todas ellas agrupadas bajo una misma institucionalidad.

Por todo lo anterior, proponemos, acicateados por el proceso constituyente que actualmente vivimos, que quizás ha llegado la hora de observar esos territorios y culturas y pensar la organización administrativa del Estado desde el punto de vista de dichos territorios, entendidos en sus complejidades económicas, sociales y culturales.

Nuestra premisa es que, puestos en ese punto, lo que vemos en primer lugar es la municipalidad. Ella es dirigida por el alcalde y el concejo municipal. Esta es una instancia esencialmente administrativa, por ello siempre más jurídica que social y cultural, la que no describe una tipología de territorio o población pues bajo esta denominación se desarrolla una muy variada tipología de asentamientos humanos y espacios físicos. Pequeños pueblos, campamentos o faenas, grandes urbes con entidad comercial y cultural muy arraigada, barrios de grandes conurbaciones, poblados originalmente villas o pueblos, alcanzados por las metrópolis y reconvertidos en poblaciones dormitorio, entre otros usos, modestas zonas rurales casi sin población urbana, puertos o caletas de pescadores, balnearios, etc. Una significativa variedad de tipos a los cuales se dotó de una misma organización administrativa estatal.

Asimismo, existen territorios y poblaciones que teniendo una entidad específica, problemas y realidades comunes carecen, no obstante, de un recipiente institucional que aborde la integralidad de esos aspectos comunes. El ejemplo más evidente de lo

³⁴ El Censo chileno de 1930 fue el último en que el número de habitantes de zonas rurales superó al de áreas urbanas (2.168.224 frente a 2.119.221 habitantes).

que señalamos son las metrópolis, los grandes conglomerados urbanos de nuestro país, Santiago, el gran Valparaíso y el gran Concepción, al menos. Enormes ciudades sin una autoridad común que podría responsabilizarse de muchos temas que cada municipio aborda separadamente, lo que genera descoordinaciones, desaprovechamiento de recursos humanos y materiales y, por cierto, que establece barreras para la prestación de bienes y servicios comunes a toda la población urbana, favoreciendo con ello las desigualdades que indudablemente se producen en estas urbes. En otro extremo, pero participando de la misma incapacidad del Estado de contener y reconocer institucionalmente una realidad territorial, están las vastas zonas, escasamente pobladas, que tanto en el norte como en el sur del país han debido constituirse en grupos de pequeñas y precarias municipalidades, cada una con escasas capacidades y recursos de todo tipo, sin que las instancias regionales o provinciales sean idóneas ni representativas para cumplir un rol coordinador que les permita enfrentar en conjunto los desafíos de sus gestiones locales. *Podríamos decir que se institucionalizaron los territorios y se dejó de lado territorializar las instituciones.*

Nuestro legislador, especialmente en los últimos años, ha intentado reconocer esta multiplicidad de territorios físicos y humanos que se agrupan bajo la denominación de comunas. Entre esos esfuerzos se cuentan diversas leyes especiales y algunas de carácter general. Quizás la más relevante es la reforma constitucional aprobada en 1997, la que permitía a los municipios estructurar sus propias plantas de personal adaptándolas a sus necesidades específicas y a su realidad económica y social, pero, como prueba de la resistencia al cambio que producen este tipo de iniciativas, recién pudo materializarse esta medida mediante la Ley 20.922, conocida como ley de plantas, el 2016.

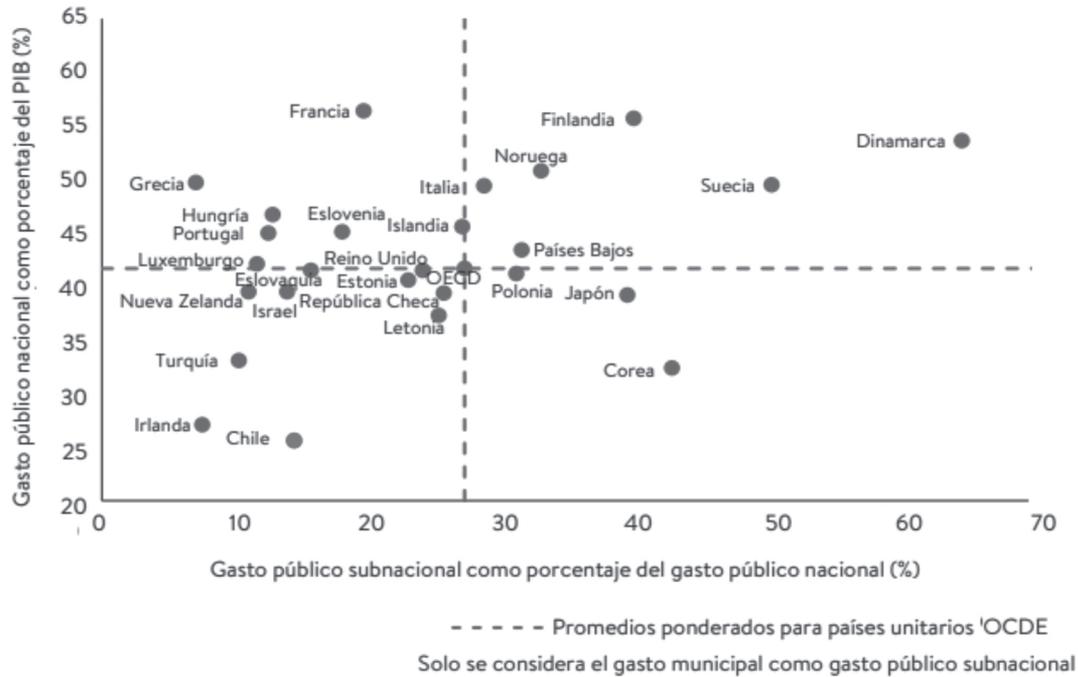
Sin embargo, estos esfuerzos han sido insuficientes, parciales y no han logrado derribar las limitaciones del sector local para desarrollar plenamente sus potencialidades.

La principal debilidad que hoy se observa en este ámbito, la que es objeto de una creciente preocupación pública, es la inequidad territorial. Ella, en el caso de los municipios, se expresa en la fuertemente desigual provisión de servicios que los gobiernos locales prestan a sus ciudadanos. Desde la calidad y cantidad de los espacios públicos, hasta prestaciones definitivamente esenciales, como salud, educación y seguridad. La expresión financiera de esta desigualdad son las enormes diferencias entre los presupuestos municipales, los que divididos per cápita revelan con elocuencia las falencias del sistema de financiamiento municipal.

A estas enormes diferencias presupuestarias habría que agregar que los gobiernos locales en su conjunto administran una proporción del gasto fiscal que es de las menores de la OCDE, por lo que podríamos decir que se suma a la desigualdad intrasistema municipal una fuerte desproporción entre el gasto público central y el gasto municipal, ciertamente incoherente con las funciones y competencias que la Constitución y las leyes asignan a estas entidades (Figura 1).

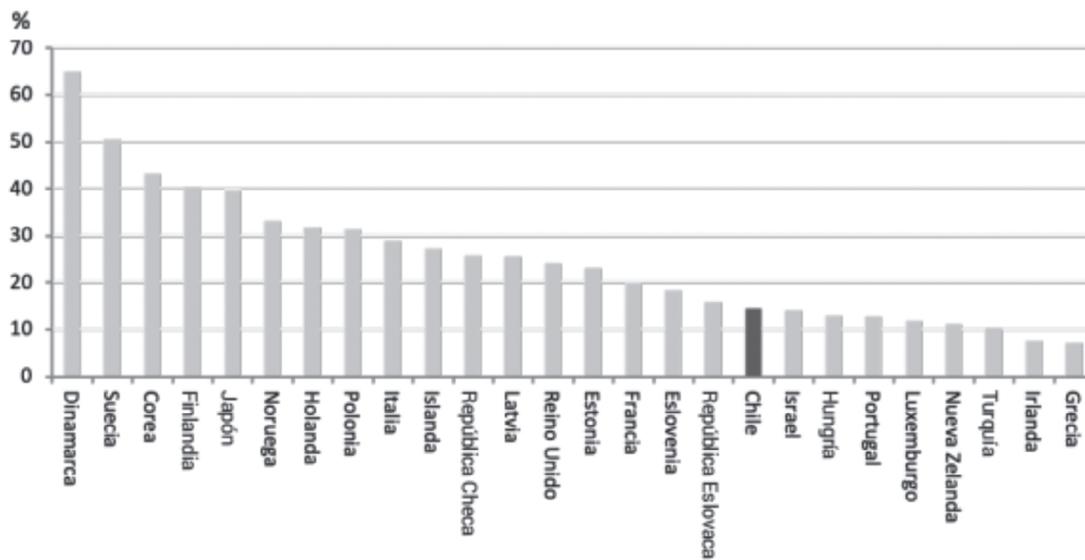
Los municipios chilenos, como se puede observar en la Figura 2 siguiente, administran una baja proporción del gasto público en relación con otros países. Aún peor, buena parte de esos recursos corresponden a transferencias realizadas como subvenciones para sostener la educación pública municipalizada y la atención primaria de salud, por

FIGURA 1
GASTO PÚBLICO Y GASTO SUBNACIONAL EN PAÍSES UNITARIOS OCDE, 2016 (%)



Fuente: Aninat, *et al.* (2020).

FIGURA 2
GASTO DE GOBIERNOS SUBNACIONALES COMO % DEL TOTAL DE GASTO DEL GOBIERNO GENERAL, PAÍSES UNITARIOS DE LA OCDE



Fuente: Horst (2018).

lo que los recursos efectivamente destinados a las materias propiamente municipales están muy por debajo del promedio de los países OCDE y también de la mayor parte de los estados latinoamericanos.

Como se ve, nuestros gobiernos locales han sufrido una postergación financiera y también la falta de una preocupación oportuna para dotarlos de los instrumentos que les permitan fortalecer y potenciar sus capacidades individuales.

Ejemplo de lo que señalamos se evidenció en las últimas elecciones municipales de mayo de 2021. La elección de alcaldes es la única en nuestro país en la que no existe segunda vuelta electoral, a pesar de elegirse una autoridad unipersonal y con responsabilidades de gobierno. Cuestión que solo puede explicarse por la falta de interés del legislador en empoderar y legitimar las autoridades locales, desgano que viene a reflejar la postergación histórica, cultural y legislativa de la que hablamos.

El resultado de esta situación es que una minoría de municipios serán conducidos por alcaldes que obtuvieron más del 50% de los votos. De los 345 municipios de Chile, solo 140, es decir poco más del 40%, tuvieron un candidato o candidata que ganó con mayoría absoluta. En la mayor parte de las comunas se ejercerá el gobierno local con mayoría relativa. Hay un municipio, Putaendo, en que su alcalde fue elegido con el 19% de los votos; una buena parte de alcaldes electos apenas si se empinaron sobre el 20% y la mayoría se mueve entre el 30% y el 40 %. Esta circunstancia no solo podría eventualmente afectar la legitimidad o el empoderamiento de las autoridades elegidas sin contar con un respaldo mayoritario, el mayor problema es que las comunidades pueden carecer de una adecuada representación que refleje la voluntad de las mayorías.

3.2. Las fortalezas del gobierno local

Sin perjuicio de esta pluralidad y diversidad de territorios que encuadramos bajo los gobiernos municipales, estos son la expresión estatal más próxima a esa realidad física y humana. Como consecuencia de ello, participan de ciertas características que, correctamente definidas y potenciadas, pueden transformar estos gobiernos locales en un poderoso agente para el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

Consideramos que los gobiernos locales son especialmente aptos para cumplir tareas de Estado en los siguientes ámbitos:

a. *Políticas sociales*

La cercanía que los gobiernos locales tienen con la comunidad, en el sentido de la proximidad física y política, la mayor facilidad que se tiene a este nivel de observar las particularidades que escapan a las estadísticas nacionales, permite a su vez que estas instancias puedan participar con ciertas ventajas en las distintas etapas de la gestión social: diagnóstico, diseño, ejecución, control y evaluación. Se enriquece cada una de estas etapas con los frutos de la interacción directa con su población objetivo (Cohen y Franco, 2005).

La complejidad de las burocracias modernas, la tendencia a la especialización y los fenómenos culturales que acompañan a las organizaciones, más aún si estas son

como el Estado, de gran tamaño, suponen fuertes obstáculos a la concertación y coordinación en el territorio. Las dependencias múltiples de los servicios y agencias públicas, la centralización o descentralización de sus programas, ministerios y servicios, los conflictos horizontales o verticales impiden, las más de las veces, el concierto que necesariamente debe darse en el territorio para abordar problemáticas que solo son sectoriales en el diseño de las instituciones, pero que son siempre integrales en la realidad social.

Los programas de vivienda, educación, alimentación infantil, empleo, por ejemplo, se desarrollan en distintos aparatos burocráticos, con distintos niveles de autonomía. Con frecuencia, en el ámbito local, estos sectores solo tienen delegaciones con escasas facultades, si es que las tienen. Responden, por lo demás, a la necesidad de ejecutar vastas políticas, con frecuencia de alcance nacional, sometidos a mecanismos de control de gestión que evalúan su desempeño sobre la base de indicadores también sectoriales y por lo tanto parciales (Paulsen, 2005).

En el ámbito local, en cambio, es posible integrar las observaciones sectoriales, permitiendo que las políticas públicas aborden la realidad social desde perspectivas más alineadas y coherentes con la sociedad que las requiere que las agencias gubernamentales de nivel central, por mucho que estas últimas estén descentralizadas a nivel regional. De este modo, pueden visualizar y aprovechar de mejor modo realidades que escapan a la visión en estancos de los ministerios y servicios nacionales, tales como la familia, el barrio, las particularidades de la economía local, las organizaciones sociales locales, entre muchas otras.

b. *Participación ciudadana*

Existe cierto consenso respecto de que la participación es un instrumento que mejora los programas y proyectos sociales, asegurando mejores diagnósticos, facilitando su ejecución y sustentabilidad. Desde luego, si esas iniciativas públicas son de responsabilidad local, se producirá una retroalimentación efectiva entre el Estado y la población involucrada en dichas acciones.

En la legislación chilena se consagra toda una institucionalidad para la participación en el ámbito municipal (Título IV de la Ley Orgánica de Municipalidades), la que, por medio de ordenanzas, debe reflejar las características de las sociedades locales y constituir un consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil.

El legislador ha valorado y reconocido la importancia de la participación social en el ámbito local, no obstante que ha limitado las facultades vinculantes de dicha participación y, sobre todo, ha establecido una estructura para canalizar tal participación que adolece de excesivo formalismo y, sobre todo, de una cierta sobrevaloración de la organización social formal, en desmedro de otras formas de participación más informales y más directas que pueden ser potencialmente mucho más efectivas que las actuales.

Además, el gobierno local puede canalizar o colaborar con procesos de participación que van más allá de lo estrictamente local y permitir, así, que sus comunidades se integren en procesos regionales o nacionales de participación y decisión colectiva.

El uso que en estos espacios puede darse a las nuevas tecnologías de información y comunicación es promisorio, a tal punto, que cuesta ver sus límites.

c. *Superación de desigualdades territoriales*

Relevar el rol de los municipios en la estructura del Estado es atender también una de las principales demandas de la ciudadanía, la que ha sido recogida y sistematizada por los expertos como uno de los desafíos más importantes que tiene nuestra sociedad, lo que puede ser un factor crítico de nuestro futuro político. Nos referimos a las desigualdades territoriales.

Como expusimos anteriormente, las diferencias de ingreso entre los distintos gobiernos locales son de tal magnitud que ponen en entredicho el sistema de financiamiento municipal; pero estas solo son una parte de la inequitativa distribución de bienes y servicios públicos que se produce entre nuestras administraciones locales. Casi no hay índice que mida este tipo de prestaciones –salud, seguridad, educación, espacios públicos, entre muchos otros– que no refleje esta actuación desigual del Estado respecto de nuestros distintos territorios.

Terminar con este problema es una tarea prioritaria del Estado y, entendemos, será indudablemente materia relevante del debate constitucional. Desde luego, solo un trabajo consciente y arduo con las estructuras de financiamiento municipal permitirá avanzar en la equidad de nuestros territorios. Pero es importante no descuidar en esta discusión el rol que las propias entidades locales pueden y deben cumplir en esta lucha por “emparejar la cancha” de nuestros territorios. Reconocer cabalmente la autonomía, incluida la fiscal, que deben tener los municipios, como, asimismo, potenciar sus propias facultades de administración de los servicios que prestan son factores esenciales de una buena política, auténticamente descentralizadora, en esta materia.

d. *Equilibrar el poder político*

Daniel Innerarity (2021) señala que los males de la democracia no surgen por culpa de los representantes ni tampoco de los electores, al menos no completamente, y que en política debemos sospechar de aquellos que solo ven en uno de estos grupos a los responsables de todos nuestros problemas. Pues bien, si no son unos u otros los causantes de los tropiezos de la democracia, ¿de dónde vienen entonces estos defectos del sistema? El filósofo vasco nos propone una respuesta a este dilema:

La verdadera solución pasa a mi juicio por el diseño institucional y las condiciones sistémicas. La política no tiene los medios ni para designar a los mejores ni para hacernos sustancialmente mejores, pero sí para configurar unas instituciones que dificulten ciertas prácticas estúpidas y posibiliten unas interacciones que nos hagan colectivamente más inteligentes sin necesidad de que seamos demasiado listos (Innerarity, 2021).

De ahí la importancia de una buena Constitución, la primera piedra del diseño institucional sobre la que se construirá todo lo demás.

Actualmente, nuestros Estados se han vuelto complejos y han surgido nuevos poderes y nuevas interacciones entre ellos, empoderando y protegiendo con ello a sus sociedades. Parece conveniente, entonces, que nuestro diseño institucional extienda la necesidad de control mutuo de nuestros poderes, también, a nuestros territorios, para ello se debe fortalecer el ámbito de competencia de los gobiernos subnacionales sin descuidar –siendo coherentes con lo que acabamos de afirmar– que en estos territorios se deben establecer iguales mecanismos de control recíproco del poder entre las instituciones descentralizadas.

3.3. Propuestas para fortalecer la descentralización local

En consonancia con lo expuesto, podemos identificar un conjunto de propuestas que podrían fortalecer los territorios, contribuyendo a su descentralización efectiva y permitiendo que las instituciones locales y regionales favorezcan y potencien el aprovechamiento de todos los recursos nacionales en beneficio de un desarrollo integral y equitativo del país.

a. *Establecer un sistema de gobierno intermedio, entre la comuna y la región*

El que abordaría realidades territoriales tales como las grandes conurbaciones (gobiernos metropolitanos) y el de las municipalidades que con baja población y escasa urbanización forman parte de un territorio con otros municipios, igualmente precarios desde el punto de vista institucional y económico, con el que, sin embargo, comparten una identidad cultural o geográfica. Esto permitiría optimizar la capacidad de estos territorios para aprovechar todas las capacidades comunes, mejorando la gestión, utilizando economías de escala, adecuados recursos humanos y materiales, pero también ejerciendo mayor control político por parte de la población y mayor transparencia en las actuaciones públicas.

b. *Que los consejos regionales sean integrados completa o parcialmente por los alcaldes de la respectiva región*

Estos cuerpos colegiados cumplen una importante tarea de canalización de la participación ciudadana regional, priorización de iniciativas de inversión, ordenamiento del territorio y reglamentación regional. Vemos que estas funciones implican directamente los territorios locales, por lo que su representación y capacidad de mediación puede ser fortalecida integrando en ellos directamente a las autoridades elegidas para representar dichas comunidades. De esta manera se producirá una instancia de coordinación política entre las autoridades locales y entre estas y el gobierno regional. Se lograría una nueva estructura de distribución y equilibrio del poder político en el ámbito regional, la que, a nuestro juicio, sería más clara, transparente y efectiva que la actualmente existente.

c. *Creación de un sistema de rentas regionales y locales*

No existirá verdadera autonomía institucional hasta cuando los territorios no posean verdaderas capacidades de administrar y generar recursos propios. Esto debe resolverse cautelando la correcta administración fiscal y un ordenamiento tributario nacional que sea racional y coherente, pero definiendo con claridad un espacio para los gobiernos subnacionales en esta materia. Los temores que este tipo de iniciativas pueda provocar entre quienes les preocupa la responsabilidad en las finanzas públicas pueden ser disipados al contemplar la vasta experiencia comparada, la que, tanto en Europa como en Norteamérica, ha demostrado que la descentralización fiscal no solo es posible, sino que esta ha promovido el desarrollo y permitido un aporte al crecimiento estatal desde los territorios. En este contexto, se debe permitir la tributación local acotada (ámbito para los impuestos locales) y dinamizar las capacidades de los municipios para generar ingresos propios.

d. *Ampliar las competencias de los gobiernos locales para la asociación público-privada*

La experiencia comparada muestra que los gobiernos subnacionales pueden potenciar enormemente sus capacidades de gestión y su contribución al desarrollo de los territorios en la medida que puedan establecer alianzas sólidas y efectivas con el sector privado. Este tipo de alianzas presuponen un alineamiento estratégico entre los objetivos de ambos sectores en beneficio de las comunidades que representan y de las que forman parte. Ámbitos tales como el desarrollo y la renovación urbana, el fomento productivo, la integración social, el acceso a nuevos mercados, entre muchos otros, han demostrado que pueden ser abordados con estrategias asociativas entre los sectores privado y público a nivel territorial. Para lograr esto, nuestra legislación debe permitir un mayor catálogo de recursos y modalidades para este tipo de iniciativas.

e. *Establecer un sistema de competencias locales en la generación, ejecución y evaluación de políticas sociales*

La centralización de nuestro Estado ha generado grandes estructuras administrativas destinadas al desarrollo de políticas públicas de carácter social, las que, precisamente por su tamaño y peso institucional, tienen dificultades para realizar acciones coordinadas, flexibles y adaptadas a las particularidades territoriales. Por ello, es preciso crear espacios sectoriales para dotar a los municipios de recursos y capacidad administrativa para promover sus propias políticas en ámbitos tales como vivienda, protección y colaboración con los adultos mayores, desarrollo familiar, etc. Y, sobre todo, políticas sociales con perspectiva territorial, abandonando la visión exclusivamente sectorial de los problemas sociales.

f. *Reformas políticas locales*

Transcurridos casi 30 años de existencia del actual sistema político municipal se ha acumulado suficiente experiencia como para promover ciertos cambios que contribuyan a un mejor desempeño institucional. Entre ellos creemos conveniente analizar las siguientes propuestas:

- i. Elección diferida de alcalde y concejo municipal.** La idea de separar estas elecciones es favorecer la diferenciación de funciones y atribuciones entre estas instancias, promover el pluralismo y afianzar el rol fiscalizador del concejo municipal.
- ii. Establecer la segunda vuelta en la elección de alcalde.** Con ello se fortalece la legitimidad y la gobernabilidad de las administraciones locales.
- iii. Establecer un sistema de iniciativas ciudadanas en materia de proyectos y normativa local.** El que debería ir acompañado de ciertos requisitos formales y respaldo comprobado, pero que indudablemente contribuiría a favorecer la participación, la integración y la identidad local.
- iv. Creación de auténticos partidos políticos regionales.** Es decir, aquellos que puedan tener existencia inclusive en una sola región y que permitan organizar la participación política ciudadana para cargos subnacionales.

4. EJECUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A NIVEL MUNICIPAL: UNA APUESTA DESCENTRALIZADORA

4.1. ¿Qué son los derechos sociales?

Situados desde la expresión del incipiente auge de la promoción de los derechos humanos en tiempos modernos y como una reacción a las masivas muertes que acontecieron en el marco de la Segunda Guerra Mundial, emergió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵, que consiste en el primer instrumento internacional específicamente dedicado a la protección de las garantías sociales. Su entrada en vigor no estuvo exenta de polémica pues se dictó en plena Guerra Fría, como contrapartida al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, estimándose que su contenido estaría teñido por el conflicto entre el bloque norteamericano y el bloque soviético. Así, mientras el pacto de derechos civiles gozaría de exigibilidad interna dentro de los países y posibilidad de reclamación ante tribunales internacionales, el pacto social, en cambio, se estimó como meras normas programáticas no vinculantes para los Estados (Schuler, 1988).

Los derechos sociales hablarán de la forma en cómo se entiende en un país el rol del Estado y de los particulares –¿exclusividad estatal en la provisión de los derechos

³⁵ Adoptado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, para entrar en vigor el 3 de enero de 1976.

sociales o aceptación de un sistema mixto público-privado?–; la separación y el rol de los poderes del Estado –¿es el juez mediante acciones judiciales o el Parlamento mediante textos legales el que fija el contenido y alcance de las garantías sociales?–; la noción del poder en el territorio –¿es el Estado centralizado el que asegura los derechos sociales o se descansa en organismos descentralizados?–; y la tensión de la responsabilidad fiscal y la garantía universal de los derechos –¿son los derechos sociales una garantía común para todos o más bien se proveen progresiva y focalizadamente, de acuerdo con las posibilidades económicas que posee el erario fiscal?

Todas estas interrogantes influyen en la conceptualización de los derechos sociales, respecto de la cual no existe consenso en la literatura (Däubler, 2010, p. 115; Krennerich, 2013, p. 333). Así, hay algunos que los conciben como el derecho que tiene una persona a exigir prestaciones sociales de parte del Estado –los llamados “derechos de prestación”–, las que serían garantizadas de manera universal y reclamables judicialmente. Otros, en cambio, los definen como las posibilidades que tiene un ciudadano de reclamar de la sociedad –es decir, tanto del Estado como de los particulares– condiciones de vida y de participación acordes a estándares mínimos de dignidad, cuyo contenido debe deliberarse por parte de los poderes democráticamente legitimados (dígase, los Parlamentos) teniendo en consideración las posibilidades económicas disponibles en un momento determinado.

Luego, los derechos sociales pueden dividirse en cuatro grupos diferentes según su contenido –derechos al trabajo y a condiciones laborales adecuadas, derechos a la seguridad social (previsión social y salud), derechos al desarrollo sociocultural (educación) y derechos ecológicos fundamentales (medio ambiente libre de contaminación)– y su relación con las diferentes áreas de la vida, donde se agregan derechos vinculados a la protección de la familia, la alimentación, la vivienda e incluso a la participación (Thamm, 1990, pp. 29).

Como se ve, la temática de los derechos sociales toca diversos asuntos y materias propias de la filosofía, el derecho, la ciencia política e incluso la economía. En lo referente a este informe, nos dedicaremos exclusivamente a evaluar la regulación de los derechos sociales en Chile y su implementación fáctica, analizando el papel que cumplen los organismos descentralizados en la adecuada provisión de aquello que las normas dicen proteger.

4.2. Derechos sociales en Chile en el ordenamiento jurídico

La regulación de los derechos sociales en Chile es uno de los temas más controvertidos en el último tiempo³⁶.

En efecto, la Constitución chilena vigente consagra expresamente varios derechos sociales a modo de meta estatal, es decir, como un encargo constitucional vinculante para el Estado de generar condiciones adecuadas para la vigencia de garantías tales

³⁶ A mayor abundamiento, acerca de los temas tratados en este apartado, vid. Schalper (2021) y Nogueira (2008), capítulo III.

como protección de la salud (Art.19 Nº 8), educación (Art.19 Nº 10), seguridad social (Art.19 No.18), libertad de trabajo y su protección (Art.19 Nº 16) y medio ambiente libre de contaminación (Art.19 Nº 8). Así, se aparta de la lógica de derechos subjetivos pues todas estas garantías sociales –con un pequeño matiz del recurso especial en materia medioambiental– carecen de recurso de protección, es decir, no pueden ser reclamables judicialmente ante los tribunales de justicia de manera directa. El argumento de aquello es que la provisión de estos derechos siempre se concebía en términos “posibles”, de acuerdo con las posibilidades financieras del Estado, asunto que deben discernir los poderes políticos y que excedían las capacidades de los jueces. Sobre este tema, los fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional han sido cambiantes.

La Corte Suprema ha hecho propia la teoría de la protección conexa de los derechos sociales, acogiendo recursos de protección relativos a estas garantías bajo el entendido de que su vulneración lesiona también el derecho a la vida (Art. 19 Nº 1). Pensemos, por ejemplo, en la negativa de tratamientos críticos para conservar la vida. Acerca de la igualdad ante la ley (Art. 19 No.2), pensemos en tratos arbitrariamente discriminatorios en el acceso a un plan de salud, a un establecimiento educacional, a un puesto de trabajo o a una protección de seguridad social (o el derecho de propiedad, Art. 19 Nº 24), por ejemplo, tratándose de la privación unilateral de prestaciones garantizadas por el Estado o por un prestador privado de salud.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en general ha rechazado que los derechos sociales puedan reclamarse directamente de los tribunales, debiendo ser estimados por el poder legislativo y ejecutivo mediante leyes, reglamentos y políticas públicas. No obstante, hay un fallo emblemático en el que el Tribunal Constitucional declaró contrario a la Constitución un artículo relativo a la ley de ISAPRES (Art. 38 ter) donde parecía que modificaba este planteamiento, dando paso a una lógica de reclamación directa de los derechos sociales³⁷. Sin embargo, con posterioridad a esa resolución vuelve a su predicamento original, delegando en los poderes democráticamente legitimados la determinación del alcance de los derechos sociales.

Finalmente, es preciso advertir que existen autores que han buscado por la vía del derecho internacional de los derechos humanos extender el marco de protección de los derechos sociales en Chile, reclamando una aplicación directa de instrumentos internacionales que regulan los derechos sociales. Hasta acá, esta tesis todavía sigue siendo minoritaria y no ha encontrado asidero estable en la jurisprudencia. Esta situación amerita observar cómo preservarlos desde derechos sociales garantizados o cautelados desde los gobiernos locales.

En consecuencia, digamos que en Chile los derechos sociales se conciben como mandatos vinculantes para el Estado, cuya expresión se encuentra en textos legales que

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 976-08) en el caso *Peña Wasaff* del 26 de junio de 2008, donde se pretende que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del art. 38 ter de la Ley 18.933 (Ley de ISAPRES) por estimarse contrario al principio de igualdad ante la ley (art. 19 No.2), a la protección de la salud (art. 19 Nº 9) y al derecho de propiedad (art. 19 Nº 24). Vid. el fallo en <https://vlex.cl/vid/-58941719>.

regulan los ámbitos de aplicación y el alcance de las garantías sociales, estableciendo programas, políticas públicas y distintos instrumentos públicos y privados delegados que permiten garantizar en términos progresivos salud, educación, seguridad social, vivienda y condiciones mínimas de dignidad de los habitantes de Chile. Por esta razón, analizaremos brevemente la estructura del Estado chileno y cómo los organismos descentralizados materializan el contenido de estas normas, realizando un análisis crítico de cuánto realmente se hace carne la aspiración que se expresa en estos textos legales.

4.3. Implementación descentralizada de los derechos sociales

Como punto de partida, es preciso advertir que evaluaremos cuatro grupos de derechos sociales. A saber: el derecho a condiciones mínimas para una vida digna, el derecho de salud, el derecho de educación y el derecho de vivienda. Cada uno de estos será analizado separadamente, indicando su conceptualización normativa, para luego analizar cómo se implementan en la práctica, con especial énfasis en aquellos ámbitos que dicen relación con la gestión municipal.

4.3.1. *Derecho a las condiciones mínimas para una vida digna*

Resulta evidente que el derecho a condiciones mínimas para la vida digna es una prerrogativa de contenido difuso, que más que un reclamo concreto implica un emplazamiento al legislador para determinar leyes específicas que pormenoriza los beneficios y prestaciones ligadas a los grupos más vulnerables de la sociedad.

Estas condiciones pueden extenderse a muchas cosas –alimentación, agua potable, vestuario, hospedaje, etc.–, las que no consisten en materias fijadas, sino cuestiones que se deben ir deliberando en el tiempo, para equilibrar las crecientes y cambiantes demandas de los grupos marginados con las obvias limitaciones del presupuesto estatal.

Es preciso constatar que este derecho encuentra una consagración indirecta en nuestra legislación. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸ se regula en el art. 11, que señala que “los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. En el mismo sentido se expresa el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Por su parte, nuestra actual Constitución no tiene una expresión explícita de este derecho. Sin embargo, la jurisprudencia ha configurado un derecho a condiciones mínimas de existencia, mediante una aplicación del Art. 19 No.1 –que consagra el derecho

³⁸ Fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. Su valor jurídico en nuestro país es controvertido: la doctrina mayoritaria sostiene que tiene vigencia y aplicación de rango legal, mientras que la doctrina minoritaria le atribuye un valor mayor. Para más información, vid.

de toda persona a la vida y a la integridad física y psíquica– conectada con el Art. 1 inc. 3º –principio de servicialidad del Estado– y con el Art. 5 inc. 2º –deber del Estado de promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana–.

Finalmente, el art. 3 de la Ley Orgánica Constitucional referida a las Bases de la Administración del Estado, establece que:

(...) la administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal(...).

Este principio se hace extensivo a todos los niveles de la gestión pública, incluyendo por cierto la municipal.

En resumen: hay consenso en los distintos niveles normativos acerca de la existencia de un deber del Estado de asegurar condiciones mínimas de la vida digna a todos los residentes en Chile. En miras de esto, contamos especialmente con un sistema de protección social cuyo domicilio se encuentra radicado principalmente en el Ministerio de Desarrollo Social y de la Familia, particularmente lo referido al Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS).

La manera como se implementan gran parte de los programas del FOSIS es mediante vínculos con las municipalidades, ya sea mediante mecanismos de financiamiento o convenios de colaboración. En ese sentido, el Art. 10 de la Ley 18.989 –que crea en su minuto el Ministerio de Planificación y, por tanto, regula el funcionamiento del FOSIS– establece que este realizará sus actividades mediante convenios con los sectores públicos o privados, entregando facilidades para el traspaso de fondos.

Asimismo, el Registro Social de Hogares es un instrumento de calificación socioeconómica que viene a reemplazar la antigua Ficha de Protección Social (FPS), la que fue establecida el 2006 en el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet. La principal innovación de la FPS fue superar la lógica exclusiva de la carencia material de la antigua ficha CAS, pasando a considerar mediante puntajes los niveles de vulnerabilidad de las familias y la capacidad generadora de ingresos (CGI), cuya determinación se obtenía –he ahí lo relevante para nuestro trabajo– mediante visitas sociales gestionadas por medio de los municipios³⁹. Luego del trabajo de comités de expertos y de diversos organismos internacionales, se implementa el Registro Social de Hogares como un sistema integrado de información, manteniendo la lógica de la información autorreportada de las personas, obtenida principalmente mediante las *visitas sociales* de las municipalidades por las que, además de recabar información, se realiza verificación en el domicilio del

³⁹ Para más información sobre el funcionamiento de la FPS, vid. información desde el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (http://www.registrosocial.gob.cl/docs/Doc_Instrumentos-de-Focalización.pdf). También es interesante el informe que hacen Herrera, Rodrigo; Larrañaga, Osvaldo y Telias, Amanda, en el informe *La Ficha de Protección Social*, en el marco del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de agosto de 2010.

usuario, complementada con material obtenido de diferentes bases de datos manejados por el Estado. Con base en eso, se realiza una calificación socioeconómica, indicando en qué tramo se encuentra la persona, lo que determinará su acceso a distintos beneficios sociales del Estado.

Esta interacción ministerio-municipio en la captación de información clave para la determinación de los beneficiarios de los distintos programas sociales no está exenta de críticas, pese a la evolución en el tiempo. Así, se critica que las personas capacitadas para hacer la captación y evaluación de la información en las municipalidades requieren estar certificadas por el ministerio, cuestión que termina por entorpecer y centralizar en demasía la capacidad de acción de la gestión local. Esto se traduce en que las visitas sociales no se realicen con la regularidad que se requiere, entonces, muchas veces subsisten personas fuera del sistema o con su información descentralizada. Además, el mecanismo de autorreporte tiene la dificultad de que las personas no están acostumbradas a actualizar sus contingencias de vida –especialmente aquellas que repercuten en su calificación socioeconómica– por lo que muchas veces los registros no tienen un correlato adecuado con la situación de los hogares, lo que se podría traducir en que familias vulnerables no queden finalmente entre los beneficiarios. Además, los municipios se quejan de que no obtienen ni el financiamiento ni cuentan con el personal necesario para verificar si la información entregada es realmente fidedigna, lo que se presta para abusos en la obtención o mantención de ciertos beneficios. Luego, pese a los esfuerzos por digitalizar y uniformar la entrega de datos, lo cierto es que muchos municipios carecen de la tecnología y el personal capacitado para acogerse a dichos instrumentos, especialmente si se trata de comunas cuyos presupuestos municipales son bajos y dependientes de programas centralizados.

Con base en lo anterior, no debiera extrañarnos que a junio de 2020, es decir, cuando nos tocó enfrentar la crisis social y sanitaria, el 41% de los vecinos de la Región Metropolitana no se encontrasen registrados en el RSH, cuestión que fue particularmente crítica para la entrega de transferencias de emergencia (especialmente el Ingreso Familiar de Emergencia) (Lindh *et al.*, 2020). Sobre la base de estos antecedentes, se ve que es urgente llevar adelante un plan de adecuada implementación del sistema de información, partiendo por presumir que la información entregada por los usuarios es correcta, pasando de una lógica de verificación a una lógica de presunción-responsabilidad (es decir, con sanciones muy duras para aquellos que entregan información falsa). Luego, es preciso crear incentivos para que las personas mantengan su información actualizada, sean o no beneficiarios de los programas sociales. Un camino es establecer un registro obligatorio, debidamente informado y actualizable computacionalmente con soportes web. Además, hay un cuestionamiento referente a la falta de consideración de los egresos familiares en la calificación socioeconómica, especialmente, tratándose de familias que tienen situaciones como la enfermedad crónica de uno de sus miembros. Finalmente, es urgente dotar a los municipios de mayor capacidad de ejecución, flexibilidad y financiamiento para fiscalizar aquellos casos que aparezcan como dudosos en el sistema y de generar convenios con unidades vecinales que permitan mecanismos de participación y fiscalización entre pares con los debidos resguardos de privacidad en la información.

Volvamos a los programas del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en particular el programa “Seguridades y Oportunidades”. Lo relevante de este programa se ve, en primer lugar, en los requisitos que deberán cumplir sus destinatarios, siendo fundamental pertenecer a grupos de alta vulnerabilidad, tales como adultos mayores (“Programa Vínculos”), personas en situación de calle (“Programa Calle”) o pobreza (“Programa Familias”) o menores de edad cuyos tutores se encuentren privados de libertad (“Programa Abriendo Caminos”)⁴⁰.

El programa incorpora tres componentes cuyo objetivo final es la mantención propia de los beneficiarios. A saber: un programa de acompañamiento, con bonos por esfuerzo y subsidios de empleo para las mujeres; un programa de apoyo psicosocial, que persigue promover el desarrollo de habilidades y capacidades necesarias que permitan a los usuarios su inclusión social y desenvolvimiento autónomo y un programa sociolaboral, que persigue aumentar condiciones de empleabilidad y participación en el ámbito laboral. Todo este proceso va acompañado de transferencias directas basales y condicionadas a ciertos elementos en el ámbito educacional o de salud (ej. Bono control niño sano, bono por asistencia escolar, bono por graduación de cuarto medio, entre otros), que permiten el sustento adecuado mientras se desarrollan los programas de acompañamiento. Además, los usuarios reciben subsidios al pago de consumo de agua potable y de servicio de alcantarillado de aguas servidas, siempre que cumplan con los requisitos.

Todos estos programas son ejecutados mediante convenios entre los municipios y el Ministerio de Desarrollo Social. Así, se contrata con cargo a transferencia de fondos a equipos profesionales –por ejemplo, en el programa Familias se hace en la Unidad de Intervención Familiar (UIF)–, los que trabajan bajo la dependencia del alcalde con la asistencia técnica del FOSIS (o del SENAMA, en el caso del programa Vínculos) y el apoyo de la SEREMI de Desarrollo Social y Familia de la región respectiva. Es más, tratándose del programa Abriendo Caminos y Calle, incluso se acepta la posibilidad de ser implementados por organizaciones de la sociedad civil que tengan experticia en la materia.

El impacto que tienen estos programas es muy significativo pues funcionan a base de un modelo de acompañamiento y cercanía local, con funcionarios que establecen interacción y vínculos con los beneficiarios. No obstante, hay muchos desafíos pendientes, entre estos destacan la necesidad de contar con personas especializadas y competentes –especialmente en las regiones, sectores rurales y municipios de escasos recursos–, la despolitización de los programas –los que muchas veces son empleados como espacios para contratar personas dedicadas al proselitismo partidista– y la evaluación de los logros objetivos, con unidades especializadas y dotadas de personal competente para ir supervigilando los programas de acompañamiento.

Otro ejemplo que demuestra lo relevante del trabajo de los gobiernos locales es el programa “Chile Crece Contigo”, el que nos presenta una significativa experiencia respecto del derecho de todas las personas a contar con condiciones mínimas para una vida digna.

⁴⁰ Para más detalles, revisar <http://www.chileseguridadesyoyportunidades.gob.cl/programas>.

Chile Crece Contigo es el subsistema de protección integral a la infancia que tiene como misión acompañar, proteger y apoyar integralmente a todos los niños, niñas, y sus familias, hasta los 8-9 años, mediante acciones y servicios de carácter universal, así como focalizando apoyos especiales en aquellos que presentan alguna vulnerabilidad mayor. De esta manera, a un mismo niño o niña se le estará brindando apoyo simultáneo en las distintas áreas que se conjugan en su desarrollo: salud, educación, condiciones familiares, condiciones de su barrio y comunidad, entre otros. Esto es lo que se llama integralidad de la protección social.

Los niños y niñas quedan integrados al sistema Chile Crece Contigo cuando sus madres realizan el primer control de embarazo en el sistema público de salud. Ahí, se inicia su acompañamiento personalizado a la trayectoria de desarrollo que llega hasta su ingreso al sistema escolar. Para ello, se refuerza la coordinación y la complementación con programas y estrategias ejecutados por el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud o la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, entre otros, todo coordinado desde el Ministerio de Desarrollo Social y Familia⁴¹. En la práctica, quien está a cargo de coordinar los esfuerzos es el municipio, por medio de los CESFAM, los establecimientos educacionales (especialmente tratándose de los jardines vía transferencia directa, que son administrados por los municipios) y los departamentos de asistencias sociales (los llamados DIDECOS o direcciones de desarrollo comunitario), los que muchas veces no cuentan con todos los recursos necesarios para materializar la gama de beneficios y apoyos comprometidos a los padres e infantes en el marco de este programa.

Luego, es interesante conocer brevemente la experiencia del programa “Chile Cuida”, que también forma parte del sistema de protección social del Estado y tiene como misión acompañar y apoyar mediante diferentes servicios a las personas en situación de dependencia, sus cuidadores y cuidadoras, sus hogares y su red de apoyo. El acceso a estos servicios es coordinado por las municipalidades que participan en Chile Cuida y pueden ser: cuidados domiciliarios, ayudas técnicas, residencias, hogares protegidos, centros diurnos, entre otros.

Como se ve, un somero repaso de los principales programas de asistencia social permite advertir el rol central que cumple la administración descentralizada en la materialización concreta de esta garantía social. Así, surge la pregunta referente a los desafíos que tiene la gestión municipal para cumplir con esta responsabilidad. De manera sintética podemos afirmar que los municipios de escasos recursos carecen de información y procesamiento de datos adecuado para el seguimiento de las personas y que no es suficiente el personal para realizar fiscalización adecuada de los programas, por lo que mejorar sus condiciones materiales resulta un imperativo. Por último, es obvio que la politización no se encuentra ajena a estos programas, los que muchas veces se copan por personas poco competentes pero afines políticamente al gobierno regional o municipal de turno, situación que también debe ser tomada en consideración al momento de proponer una institucionalidad que avance hacia la descentralización tras el objetivo de garantizar la dignidad de las personas.

⁴¹ Los detalles del programa pueden revisarse en <https://www.crececontigo.gob.cl>.

4.3.2. *Derecho a la educación y la descentralización*

En ese contexto, se brindará un análisis crítico del proceso de descentralización en curso, bajo la ejecución de la llamada “Nueva Educación Pública” aprobada en el segundo mandato de la presidenta Michelle Bachelet⁴².

Como punto de partida, es necesario aclarar el alcance del concepto de educación en nuestra normativa. En el Art. 2 de la Ley General de Educación se define como “el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”. Así, el proceso educativo se divide en cuatro niveles –parvularia, básica, media y superior– conforme con lo establecido también en la Ley General de Educación. Además se regula la formación diferenciada técnico-profesional, que está orientada a la formación en especialidades definidas en términos de perfiles de egreso en diferentes sectores económicos de interés de los alumnos.

El derecho a la educación se encuentra regulado en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Arts. 13, 14 y 15, en los que se reconocen ciertos derechos y directrices en relación con la educación (principalmente asociados a educación parvularia y escolar gratuita, obligatoria y accesible para todos). En la actual Constitución, el que se hace cargo de regular el marco normativo base del derecho a la educación en Chile es el Art. 19 N° 10, que regula la educación como una garantía, abarcando distintos aspectos y derechos relacionados con ella. También señala al Estado como obligado a promover la educación parvularia, así como la obligatoriedad de la educación básica y media, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito para asegurar su acceso para toda la población. Finalmente, es la Ley N° 20.370 General de Educación la que regula los detalles de las prestaciones estatales, subvencionadas y privadas en materia educativa.

Tratándose de la educación parvularia, el Estado la provee mediante tres programas supervigilados por la recientemente aprobada Subsecretaría de Educación Parvularia. A saber: la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), que consiste en un estamento autónomo de provisión estatal de educación parvularia dependiente del Ministerio de Educación; la Fundación Integra, que es una institución de derecho privado sin fines de lucro dependiente de un Consejo presidido por la primera dama, que provee servicios de educación inicial para niños y niñas de entre tres meses y cuatro años de edad, que viven en situación de pobreza o vulnerabilidad social, y el sistema de jardines vía transferencia de fondos (VTF), donde el municipio (ya sea directamente o por medio de sus

⁴² Los detalles del proceso de municipalización, del fin de la administración municipal y del actual traspaso a nuevas unidades centralizadas excede el propósito y la extensión de este trabajo. Para más información, vid.: Concha C. (2020). *Chile, cerrando el ciclo de la administración educativa municipal*, en: <https://liderazgoeducativo.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/Cerrando-el-ciclo-de-la-administración-educativa-municipal.pdf>. Libertad y Desarrollo (2017). *Proyecto de Desmunicipalización: hacia la centralización*, en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2017/10/TP-1324-NUEVA-EDUCACION-PUBLICA.pdf> y Bellei, C. (2018). *Nueva Educación Pública: contexto, contenidos y perspectivas de la desmunicipalización*, en: <https://www.educacionpublica.cl/wp-content/uploads/2018/11/DEP.pdf>.

corporaciones municipales) celebra un convenio con la JUNJI para la transferencia de capital necesario para la administración de un establecimiento de educación parvularia. En el 2020 se suscribieron 460 convenios a lo largo de Chile, para la normalización o conservación de jardines infantiles.

Esta dispersión orgánica es muy criticada pues sus contornos son poco claros, genera ineficiencia en la asignación de recursos y va en directo perjuicio de los niños y niñas beneficiarios (Elige Educar, 2020; IdeaPaís, 2017). Además, la subvención que reciben los municipios para financiar los jardines VTF está muy por debajo de los recursos que reciben los otros subsistemas, lo que se traduce en condiciones muy precarias tanto en lo laboral para el equipo parvulario docente como en lo referente a la infraestructura y condiciones de trabajo. Así, el trabajo descentralizado en el ámbito de la educación parvularia es muy minusvalorado y malamente implementado.

Por su parte, la educación básica y media en Chile se provee mediante tres subsistemas. A saber: la educación pública, hoy administrada en parte por los municipios y en parte por los servicios locales de educación en aplicación de la Ley N° 21.040, promulgada el 2017; la educación particular subvencionada, que se financia por aportes del Estado sobre la base del número y asistencia de los alumnos y la educación particular, que es financiada por aportes privados de los apoderados.

En ese marco y para los efectos de este informe, diremos que el aseguramiento del derecho a la educación escolar se realiza mediante un sistema mixto, con participación del Estado y de los particulares. Es preciso decir que la cobertura de la educación pública venía cayendo fuertemente las últimas décadas, pasando de 78% de la cobertura total (1981) a 37% (2014) (Eyzaguirre, 2016). En ese contexto, se toma la decisión de introducir varias reformas al sistema educativo, caracterizadas por el término de la educación particular subvencionada y por un proceso progresivo de traspaso de potestades educativas desde las municipalidades hacia el Estado centralizado, que se estructuraría mediante los Servicios Locales de Educación (SLE). Así, se estrena la Dirección de Educación Pública (DEP), que consiste en un servicio público especializado dependiente del Ministerio de Educación, cuya tarea es coordinar y supervigilar el funcionamiento de los servicios locales de educación, que son órganos públicos funcional y territorialmente descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propios. Los servicios locales serán encabezados por un director ejecutivo, nombrado por el Presidente de la República por concurso de acuerdo con el Sistema de Alta Dirección Pública.

Lo novedoso de este proceso para los efectos de nuestro estudio es que pareciera ir en sentido diverso el resto de las garantías, pues más que tender a la descentralización en la gestión municipal, lo que hace es simplemente una desconcentración territorial por unidades de agrupaciones comunales. Dicho en simple: debido a las dependencias administrativas internas, el sistema de nueva educación pública no es un proceso de descentralización, sino más bien una vuelta a una educación centralizada, que se desconcentra en organismos menores.

La educación municipal tenía críticas que sí son atendibles, especialmente en lo relativo al mal uso de las subvenciones estatales –sobredotación de personal en tiempos de campaña, mal uso de los recursos en favor de otros ítems presupuestarios, instrumentalización

de los colegios para fines partidistas– y en asuntos pedagógicos –volatilidad de los procesos educativos por cambios en la administración comunal, falta de personal capacitado, falta de infraestructura, entre otros–. No obstante, tenía la bondad de poder acoger de mejor manera las particularidades del entorno educativo, pensando en las diferencias que poseen las distintas localidades. Una respuesta centralizada como la que se encuentra en curso arriesga una centralización de los contenidos, lo que, además de perjudicial para la formación de los niños, podría atentar contra la diversidad de proyectos educativos y la libertad de enseñanza; una excesiva burocratización de los servicios educativos y un retroceso en el empoderamiento de las comunidades escolares y en los directores en la gestión escolar. Además, no queda tan claro que logre aislar el riesgo de la politización y de la volatilidad. Es más, las posibilidades que tiene la ciudadanía de exigir transparencia y probidad a nivel local podrían ser más efectivas que en organismos centralizados.

En resumen, da la impresión de que más que retroceder en el proceso descentralizador, lo que correspondía era dotar a los municipios de mayores recursos y capacidad de fiscalización, empoderando además a la Superintendencia de Educación Escolar para que velara por el cumplimiento de estándares de calidad. Fortalecer la educación pública no es sinónimo de centralismo, sino más bien de descentralización efectiva, participativa y diversificada.

4.3.3. Derecho a la salud y la descentralización

El derecho a la salud es un tema de principal atención en los tiempos que corren, especialmente, a causa de las fortalezas y debilidades del sistema integrado de salud que han salido a relucir a propósito de la pandemia. Así, haremos una breve descripción de cómo se encuentra regulado el derecho a la salud en Chile, para luego revisar el modo en que se implementa su aseguramiento material y cómo esto se asocia a la gestión descentralizada.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, no solo la ausencia de enfermedad”. Por su parte, el Art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental”. Luego, la Constitución chilena consagra en el art. 19 Nº 9 el derecho a:

...la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. (...) Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Hay dos aspectos claves de la manera en que se regula la salud en la actual Constitución. El primero es que se habla de un “derecho de protección”, pues nadie puede asegurar que alguien “no se enferme” y sería difícil garantizar que todas las prestaciones de salud fueran reclamables del Estado en términos absolutos. Así, el derecho a la “protección” de

la salud se ha entendido como un mandato al Poder Legislativo y, por consiguiente, al Poder Ejecutivo de realizar todas las acciones necesarias para garantizar el mayor acceso posible a la salud. Y el segundo es el reconocimiento constitucional de un sistema mixto de salud, donde tanto el Estado como proveedores privados formarán parte del sistema de atención de salud. Así, el sistema descansa en que todo trabajador (o afiliado voluntario) cotiza periódicamente en una entidad administradora (ya sea privada [ISAPRE] o pública [FONASA]), la que tendrá a su cargo el pago de las prestaciones de salud que dicha persona reciba (Aldunate, 2009, p. 223; Centro de Epidemiología y Políticas de Salud UDD, 2019).

En Chile, la cabeza del sistema de salud es el Ministerio de Salud (en adelante MINSAL), el que se estructura por medio de dos Subsecretarías: la Subsecretaría de Salud Pública –territorialmente desconcentrada mediante las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud– y la Subsecretaría de Redes Asistenciales, cuyo eslabón base es la Atención Primaria de Salud (APS), que se relaciona íntimamente con las municipalidades.

La Subsecretaría de Redes Asistenciales se estructura con base en servicios de salud, organismos públicos funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines. La red asistencial de cada servicio de salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del servicio, los establecimientos municipales de atención primaria (APS) de su territorio y demás establecimientos, ya sean públicos o privados, que mantengan convenios con el servicio de salud respectivo para ejecutar acciones en salud. Toda red tendrá un primer nivel de APS, compuesto por establecimientos que ejercerán funciones asistenciales en un determinado territorio con población a cargo y otros niveles de mayor complejidad que solo recibirán derivaciones desde el primer nivel de atención conforme con las normas técnicas que dicte al efecto el Ministerio de Salud, salvo en los casos de urgencia y otros que señalen la ley y los reglamentos.

A partir de 1980, la administración de la mayor parte de los centros de atención primaria (87%) pasó a manos de las municipalidades o corporaciones municipales de salud, quienes ejercen facultades de gestión administrativa en el marco de las normas técnicas, planes y programas que imparte el MINSAL y la supervisión del servicio de salud correspondiente.

Así, la atención primaria se estructura sobre centros de salud, hospitales comunales, centros comunitarios de salud familiar (Cecosf), centros de salud familiar (Cesfam), consultorios generales urbanos (CGU), consultorios generales rurales (CGR), postas de salud rural (PSR), servicio de atención primaria de urgencia (SAPU), y servicios de atención de urgencia de alta resolución (SAR). Estos componentes de la red de salud son tremendamente relevantes, pues el sistema descansa en que la mayor cantidad de problemas de salud posibles se resuelvan en ese eslabón, de manera de concentrar solamente los casos complejos en los hospitales de derivación.

La literatura ha venido insistiendo en la necesidad de fortalecer la atención primaria (Jeria y Correa, 2017, pp. 52). Así, es necesario dotar de mejor personal médico, infraestructura e implementación que permita mayores niveles de diagnóstico (especialmente en lo relativo a exámenes de laboratorio e imágenes) y resolución. Además, es urgente

modificar el modelo de financiamiento (Aguilera *et al.* 2019). Actualmente, este se realiza mediante un monto per cápita mensual homogéneo por beneficiario inscrito en los establecimientos municipales de APS y se calcula por medio del plan de salud familiar (que incluye salud del niño, adolescente, adulto, adulto mayor, mujer, ambiente, odontológico y GES otorgadas por el nivel primario, así como también los exámenes). Cada una de las actividades considera un grupo objetivo y cobertura específica. Este aporte per cápita es aproximadamente 70% del financiamiento de la APS municipal, viniendo el restante por programas de refuerzo y leyes respecto de asignaciones de desempeño y otros beneficios al personal de la APS. Además, los municipios pueden aportar fondos al funcionamiento, dependiendo de sus ingresos propios. El 2019 fue de \$ 6.329 per cápita, que sería el monto basal que podría incrementarse conforme con el porcentaje de pobreza de la comuna, ruralidad, dificultad para atender y cuántos adultos mayores hay. Como se puede ver, es evidente que esos recursos son insuficientes.

Adicionalmente, existen desafíos pendientes en torno a la dirección de los servicios de atención primaria. Es clave reconocer que la mayoría de los alcaldes no cuentan con los conocimientos necesarios para hacerse cargo de esta importante labor, la que, por más que la deleguen, deben en último término asumirla igual (Gattini, 2019).

Finalmente, es fundamental enfrentar la falta de especialistas en las regiones y en los sectores rurales. En ese sentido, son interesantes los datos que entrega el informe “Situación actual de los egresados de Medicina Concepción y De la Patagonia USS” (2017) de la Universidad San Sebastián. En él se consigna que de los egresados entre 2000 y 2010, el 70% logró obtener una especialidad. Dentro de ese grupo, la mitad se mantuvo en su lugar de estudio, mientras que la otra mitad migró a la Región Metropolitana (Correa y Riquelme, 2017). Este es solo un botón de muestra de que falta una política razonable de incentivo para la captación y retención de talento médico hacia las regiones del país.

Por último, es indispensable abordar el déficit de especialistas en Chile respecto del sistema de salud pública en general. En el 2019, el MINSAL afirmaba que el déficit de especialistas en Chile había aumentado en 36,7% en tres años. En ese sentido, el desarrollo de adecuados procesos de homologación para especialistas médicos extranjeros, la generación de incentivos para diversificar las especialidades –especialmente las relativas a los públicos de riesgo– y la revisión del actual sistema de becas, son elementos claves para combatir este problema.

4.3.4. *Derecho a la vivienda y la descentralización*

El cuarto derecho social en evaluación es el referente a la vivienda, que es definida por la Real Academia Española como un “lugar cerrado y cubierto para ser habitado por personas”. Si bien la Constitución chilena no consagra expresamente el derecho a la vivienda, este se encuentra recogido en el Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se encuentra ratificado por Chile. Como veremos, existe un esfuerzo importante por parte del Estado en la creación de condiciones de habitabilidad y vivienda para las personas. No obstante, organizaciones de la sociedad han advertido el incremento de los campamentos, con más de 80.000 familias viviendo

en condiciones deplorables, sin acceso a agua, alcantarillado ni energía y con altos niveles de inseguridad. Así, nuestro país habría experimentado un aumento de 73,52% de las familias viviendo en campamentos (Techo para Chile, 2021).

El organismo público a cargo del aseguramiento de este derecho es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), regulado en la Ley N° 16.931. Este ministerio tiene a su cargo la política habitacional del país, debiendo coordinar las instituciones que elaboren planes de vivienda urbanas y rurales y que ejecuten las obras necesarias para la provisión de viviendas y equipamientos comunitarios necesarios. El mecanismo para lograr dicho objetivo es principalmente el subsidio habitacional, en virtud del cual el Estado financia (o cofinancia) la construcción de casas, espacios públicos y otros equipamientos barriales, cuestión que en muchos puntos se topa con la gestión municipal.

Los principales son los subsidios para la compra de viviendas. El más recurrente es el subsidio DS-49 Fondo Solidario, que permite a familias, que no son dueñas de una vivienda y viven en una situación de vulnerabilidad social y necesidad habitacional, comprar una vivienda construida sin deuda hipotecaria, o bien, integrarse a una de las iniciativas de la nómina de proyectos habitacionales del SERVIU de la región. El aporte del Estado está compuesto por un subsidio base de 314 UF, el que puede aumentar según la ubicación geográfica de la vivienda y subsidios complementarios que dependen de las características del grupo familiar que postula y la vivienda que se espera comprar⁴³. El municipio se hace parte de este proceso de varias maneras. La primera es que muchas veces provee terrenos que posee en administración a propósito de una administración fiscal, lugar donde se lleva adelante la construcción. La segunda es en lo relativo al ya comentado Registro Social de Hogares, que es un elemento central en la postulación. La tercera es que hay muchos municipios en Chile que mediante sus direcciones de obras organizan y orientan a las familias tanto en su postulación individual como en la configuración de un “Comité de Vivienda”, que consiste en un grupo de personas que postula colectivamente a un subsidio para conformar un condominio social. Finalmente, existen también las llamadas “EGIS-Municipales”, que permiten que el municipio haga de intermediario entre el SERVIU (organismo estatal dependiente del MINVU encargado de la ejecución de los subsidios) y las empresas constructoras.

Es importante dejar muy claro que las municipalidades no participan en la asignación de subsidios, esta es una misión que corresponde exclusivamente al MINVU. Así, podríamos concluir que, en lo referente al derecho de vivienda, la relación entre el ciudadano y el Estado se da sin mayor mediación de la gestión local, asunto que debiera rectificarse.

⁴³ Se puede ver: <https://www.minvu.gob.cl/beneficio/vivienda/subsidio-para-comprar-una-vivienda-construida-de-hasta-950-uf-ds49/>

5. DESCENTRALIZACIÓN Y CAPITAL HUMANO

5.1. Antecedentes de la descentralización regional

Para cualquier estudio que aborde el problema de la descentralización es fundamental comprender que esta tiene diversos enfoques. En ese sentido, se puede comprender la descentralización territorial mediante un enfoque administrativo, otro político y el fiscal (Henríquez, 2020b). En cuanto a la descentralización administrativa, esta apunta al traspaso de competencia territorial entre diferentes rangos de gobiernos, tales como, el nacional, regional y comunal. Por su parte, el enfoque político hace referencia tanto a la participación ciudadana como a la representatividad de los distintos niveles de administración (intermedio y local). A su vez, la descentralización política se relaciona con la distribución de poder político de las autoridades elegidas y los ciudadanos, haciendo hincapié en que ambos son parte del proceso de toma de decisiones. Respecto de la descentralización fiscal esta es entendida desde dos perspectivas: la de los gastos y la de los ingresos. De acuerdo con la Comisión Asesora Presidencial del 2014, la primera tiene que ver con la entrega de mayor decisión subnacional sobre el gasto público total, pues existiría una mayor descentralización si los gobiernos regionales y locales tuvieran mayores niveles de toma de decisión en el gasto público total. La perspectiva del ingreso apunta a que se requiere avanzar hacia mayores ingresos propios por parte de los gobiernos subnacionales (Dazarola, 2019).

A lo largo de este informe, se observa que Chile ha avanzado en materia de descentralización en las últimas décadas. Sin embargo, estos avances han sido abordados principalmente desde una visión administrativa que no ha permitido a las regiones desarrollarse plenamente por la falta de fortalecimiento en la descentralización política y fiscal.

En esa línea, los enfoques de la descentralización muestran que los principales cambios en esta materia se han encaminado mayormente en materia administrativa. No obstante, se han dado pasos en materia de descentralización política, pero algunos de ellos se han concretado recién desde 2017, por lo que su impacto aún no se puede medir. Desde 1990 a la fecha se destacan los siguientes avances:

1. Promulgación de la Ley Nº 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional, la que estableció los gobiernos regionales.
2. Promulgación de la Ley Nº 20.390 de Reforma Constitucional en Materia de Gobierno y Administración Regional. Esta ley se enfocó en el fortalecimiento del accionar de los consejos regionales, los que pasaron a ser elegidos por la ciudadanía desde el 2014.
3. Promulgación de la Ley Nº 20.990 que Dispone la Elección Popular del Órgano Ejecutivo del Gobierno Regional. Esta ley crea la figura del gobernador regional, el que será elegido por sufragio popular y establece el proceso de traspaso de competencias a la gobernación regional.

En la última década, se ha presentado un conjunto de leyes que han producido un avance desde la regionalización a la descentralización en el país (Henríquez, 2020a), pero hace falta aún fortalecer la descentralización territorial en su conjunto, es decir, dar un efectivo traspaso de competencias a los gobiernos locales y regionales que les otorgue mayor poder (descentralización administrativa), autoridad (descentralización política) y recursos (descentralización fiscal) para un desarrollo integral y en igualdad de oportunidades para las regiones.

La OCDE en su informe *Territorial Reviews: Chile* (2009) presentó varios desafíos para el país en esta materia, señalando que Chile requiere atender su diversidad y la dependencia económica de las regiones, ya que, si bien la economía ha sido fortalecida en los últimos 20 años, las regiones no han usado completamente sus recursos, ni desarrollado todo su potencial, lo que ha generado barreras para el crecimiento del país. Esto ocurre, principalmente, porque la economía regional todavía depende fuertemente del gobierno central. Asimismo, el organismo indicó en un nuevo informe de 2017, *Making Decentralisation Work in Chile. Towards Stronger Municipalities*, que Chile es parte de los países más centralizados de la OCDE debido a que su modelo de desarrollo refuerza las disparidades interregionales y locales de forma significativa. El estudio también señala que:

...la “hipercentralización” de poderes ha ido de la mano con una “hiperconcentración” de población, recursos y poder. Por ejemplo, mientras el área Metropolitana de Santiago cubre el 2,1% del territorio chileno, cuenta con el 41% de la población del país, el 49% del PIB y el 41% del empleo (OCDE, 2017).

Además, en el informe se observa que al analizar las dimensiones económicas del bienestar en materia de descentralización, Chile muestra altos niveles de disparidad regional en satisfacción de vida, medio ambiente, seguridad y empleo, siendo más severas estas disparidades en materia educativa. Esto último será abordado en detalle posteriormente.

Respecto de las disparidades regionales en el informe OCDE se observa que Chile “registra el segundo nivel más alto de concentración regional del PIB entre los países de la OCDE (un índice de concentración de 55 en comparación con el promedio de la OCDE de 39)”. Asimismo, es el país que junto a México, la República Eslovaca e Irlanda, tienen la mayor diferencia de PIB per cápita entre regiones de acuerdo con el índice Gini de países de la OCDE 2013.

Con estos datos se evidencia la necesidad de avanzar en una descentralización territorial que abarque la entrega de mayores potestades a los gobiernos locales y regionales administrativa, política y fiscalmente. Para progresar en este sentido de forma efectiva es fundamental el rol y compromiso de las empresas en la creación de empleos atractivos que incentiven a los profesionales a radicarse en las regiones y el compromiso de las Instituciones de Educación Superior para contribuir con el desarrollo de capital humano avanzado en los diferentes territorios del país que contribuyan a los gobiernos locales y regionales, pues la sola autonomía de estos no logrará una verdadera descentralización, ya que para el traspaso de competencias se requiere la existencia de un capital humano

avanzado que contribuya en el proceso y que sea capaz de responder a las demandas de la ciudadanía y al desarrollo de la región.

La educación y la creación de empleos son factores determinantes en el desarrollo de las regiones, y el crecimiento de las regiones es determinante para el desarrollo del país. Es por ello que en el siguiente punto se realiza un diagnóstico y análisis de la situación actual de Chile en descentralización y capital humano avanzado que permita a los convencionales comprender este fenómeno de forma integral.

5.2. Situación actual de Chile en educación y empleo en regiones

La mayoría de las personas buscan desarrollarse tanto familiar como profesionalmente en el lugar que los vio crecer, pero en muchas ocasiones, debido a las disparidades locales principalmente en materia educativa y laboral, deben migrar de sus regiones en busca de mejores oportunidades.

En esa línea, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elaboró un informe llamado “Desigualdad Regional en Chile: Ingresos, Salud y Educación en Perspectiva Territorial” en donde se muestra una comparación de la medición del Índice de Desarrollo Humano (IDH) para las regiones entre 2006 y 2017. Este indicador permite observar las diferencias interregionales y su evolución en educación, empleo y salud (PNUD, 2018).

La Figura 1 muestra que en todas las regiones hubo mejoras significativas en la medición del IDH, siendo las regiones con mayor progreso aquellas que en 2006 presentaban un desempeño más bajo. No obstante, los desafíos persisten, ya que, si bien hay una reducción en las brechas subnacionales en indicadores básicos, estas permanecen al momento de analizar disparidades más complejas, por ejemplo, la pobreza multidimensional que también será abordada en este informe.

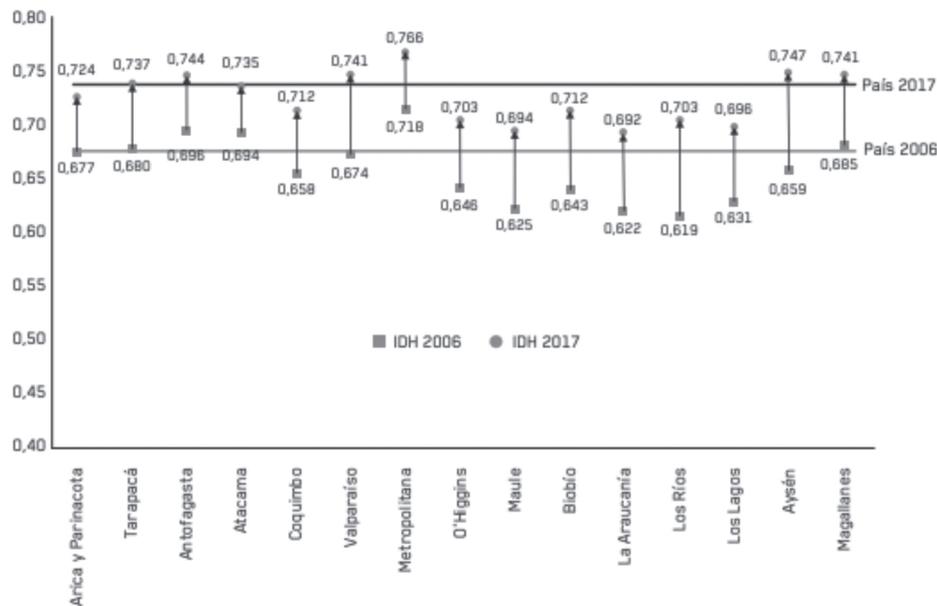
Por otra parte, en el IDH se observa una constante de crecimiento en la Región Metropolitana y las regiones mineras y una baja en las regiones de la zona central y sur, entre la Región de O’Higgins y Los Lagos. Esta constante se mantiene a lo largo del análisis del PNUD en la medición de salud, educación y pobreza.

Oferta de la Educación Superior en regiones

En Chile, el acceso a la educación preescolar y escolar llega a niveles superiores al 90%, es decir, es casi universal. En cuanto a la cobertura de la educación superior esta ha tenido un constante incremento, pasando de 600.000 estudiantes aproximadamente en 2005 a una que se duplica en 2021 con 1.200.000 de estudiantes matriculados en diferentes Instituciones de Educación Superior (IES) a lo largo del país.

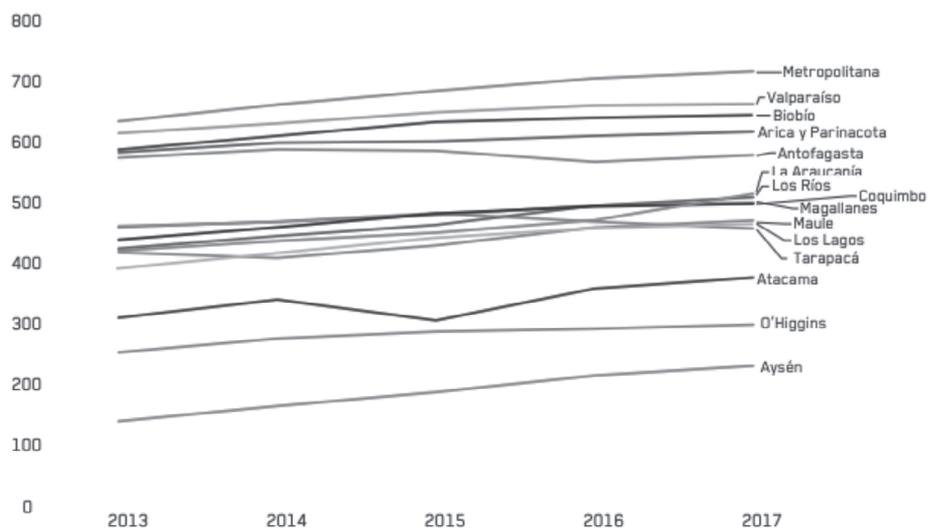
Al observar la asistencia a la educación preescolar y escolar (básica y media) por región se concluye que no hay fuertes disparidades entre regiones en el acceso a estos tipos de educación (PNUD, 2018). Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso de las IES, en que, si bien existen mejoras considerables en el acceso a este tipo de educación por región, la matrícula es mayor en las regiones que concentran la mayor cantidad de

FIGURA 1
ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO REGIONAL 2006-2017



Fuente: PNUD (2017).

FIGURA 2
EVOLUCIÓN DE LA MATRÍCULA DE EDUCACIÓN SUPERIOR. MATRÍCULA DE PREGRADO POR CADA 1.000 HABITANTES DE 18-24 AÑOS, POR REGIÓN, 2013-2017



Fuente: PNUD (2017).

habitantes: la Región Metropolitana, de Valparaíso y del Biobío. En cambio, en las regiones donde la oferta de educación superior siempre ha sido más limitada hay menor tasa de matrícula. Este es el caso principalmente de la Región de O'Higgins y la de Aysén. Esto último se podría relacionar a la migración de estudiantes a las grandes ciudades del país, las que ofrecen una mayor diversidad de proyectos educativos.

Al profundizar en el análisis de la oferta educativa que existe en las regiones, se observa que la cantidad de carreras en Centros de Formación Técnica (CFT), institutos profesionales (IP) y universidades varía significativamente entre regiones. En la siguiente tabla se observa, como ya se ha mencionado, que las regiones con mayor número de habitantes concentran la mayor matrícula de la educación superior y lo mismo ocurre en cuanto a la oferta: la Región Metropolitana, la de Valparaíso y la del Biobío “concentran cerca el 67% de la oferta (55% en programas de CFT, 68% de IP, 70% de universidades). Más aún, tres de cada cuatro carreras ofrecidas por universidades privadas se localizan en una de estas tres regiones” (PNUD 2018). A pesar de esta información, es importante señalar que la sola existencia de una mayor oferta de carreras en estas regiones no

FIGURA 3
N° DE CARRERAS DE EDUCACIÓN SUPERIOR, POR REGIÓN Y TIPO DE INSTITUCIÓN 2015

	Centros de formación técnica	Institutos profesionales	Universidades	Total programas educación superior	Universidades estatales	Universidades privadas del CRUCH	Otras Universidades privadas
Arica y Parinacota	54	16	108	178	78	-	30
Tarapacá	53	33	175	261	97	-	78
Antofagasta	77	127	337	541	112	80	145
Atacama	48	63	94	205	72	-	22
Coquimbo	103	214	253	570	61	31	161
Valparaíso	275	500	829	1.604	252	198	379
Metropolitana	642	1.983	3.615	6.240	703	291	2.621
O'Higgins	61	268	83	412	18	5	60
Maule	178	224	277	679	85	63	129
Biobío	225	698	1.094	2.017	103	484	507
La Araucanía	145	230	419	794	135	101	183
Los Ríos	52	57	206	315	-	123	83
Los Lagos	106	251	344	701	143	16	185
Aysén	31	13	31	75	11	10	10
Magallanes	43	19	89	151	71	-	18

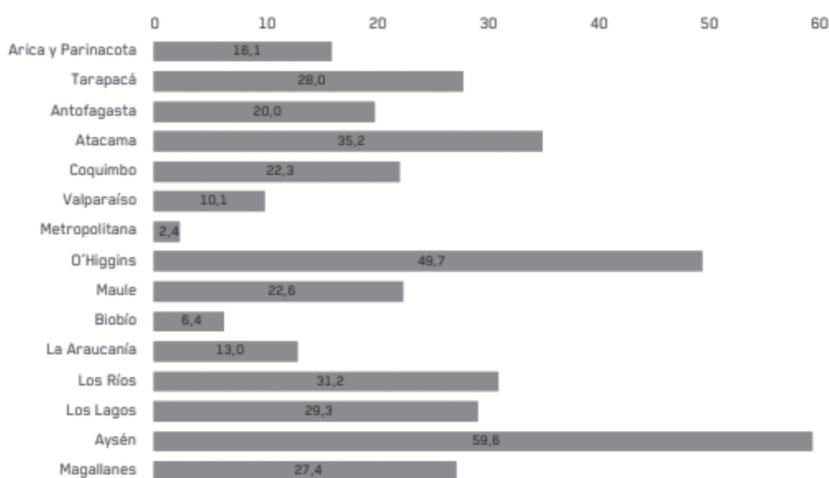
Fuente: PNUD (2017).

quiere decir que exista desigualdad por ello, ya que sería plausible que exista más oferta donde existen más estudiantes potenciales (PNUD, 2018). Al igual que dichas regiones, otras que presentan una oferta que podría considerarse como alta son las de Tarapacá, Antofagasta, Los Ríos y Magallanes. Estas últimas comparten algo en común: contar con universidades estatales importantes.

Otro aspecto fundamental que considera el informe del PNUD en las diferencias regionales en materia educativa es la calidad de los servicios. Para medir dicha calidad, se consideran dos enfoques: la tasa de docentes con grado de doctor Ph. D., o equivalente, y el número de programas acreditados. Respecto de la medición de los programas acreditados, el análisis muestra que el 63% de los programas se concentra en la Región Metropolitana, la de Valparaíso y la del Biobío y, en cuanto a los docentes con doctorado, el 76% de ellos se agrupa en las regiones ya mencionadas.

Otro aspecto para considerar en materia de brechas educativas entre regiones es la migración de estudiantes en busca de más y mejores oportunidades de formación. Esto impacta en la calidad de vida de las familias de regiones, pues al salir sus hijos en busca de esas nuevas oportunidades, deben incurrir en gastos de arriendo, alimentación, transporte, entre otros, que en otras regiones no deben enfrentar. Asimismo, quienes suelen salir de sus regiones tienden a ser los estudiantes más esforzados y estudiosos, los que muchas veces no regresan, con lo que quedan en desmedro de capital humano las regiones más pequeñas. En la siguiente figura se muestra que solo 2,4% de los estudiantes que viven en la Región Metropolitana emigró por razones de estudios. En cuanto a la Región de Valparaíso y la de Biobío, el porcentaje no supera el 10%. No obstante, en el resto de las regiones, las brechas aumentan bastante, por ejemplo, en el caso de la Región de O'Higgins migró casi la mitad de los jóvenes que ingresaron a la educación superior, y en la Región de Aysén salió casi el 60%.

FIGURA 4
TASAS DE MIGRACIÓN POR ESTUDIOS SUPERIORES, POR REGIÓN DE ORIGEN, 2016

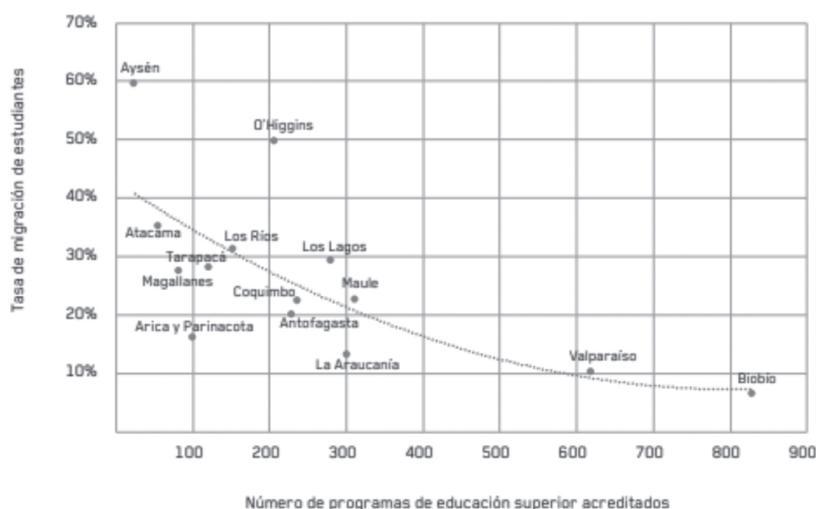


Fuente: PNUD (2017).

Al analizar la relación entre la oferta educativa de las regiones y la calidad de las IES y la migración, se muestra una clara correlación entre estos factores.

Al observar las disparidades territoriales en materia educativa en Chile, se puede apreciar que los avances de descentralización en el país no han venido acompañados de una fuerte articulación con la educación superior para la capacitación y generación de capital humano avanzado que se requiere para el traspaso de competencias que necesitan los gobiernos locales y regionales.

FIGURA 5
TASAS DE MIGRACIÓN DE ESTUDIANTES Y NÚMERO DE PROGRAMAS DE EDUCACIÓN ACREDITADOS (CFT, IP, UNIVERSIDADES) POR REGIÓN, 2016



Fuente: PNUD (2017).

Discriminación en la entrega de recursos estatales a las IES en regiones

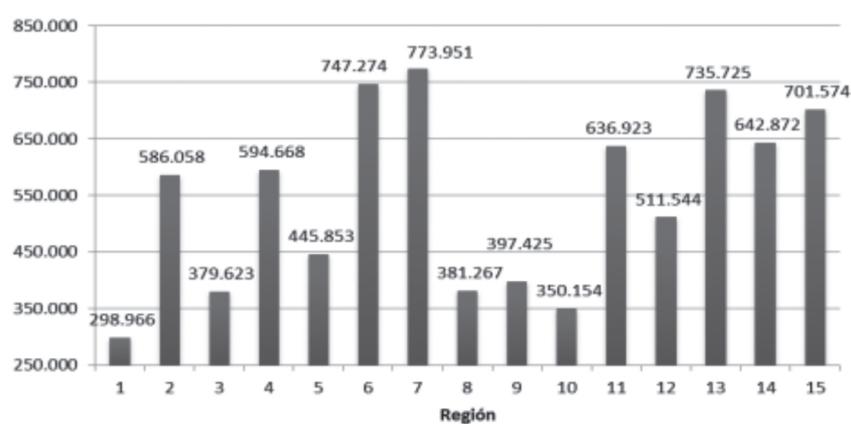
Adicionalmente a las diferencias en oferta y calidad educativa de las regiones también existe una discriminación en la entrega de recursos por parte del Estado a las universidades de regiones. Esto se evidencia al revisar la entrega del Aporte Fiscal Directo (AFD), uno de los principales aportes del Estado a la Educación Superior, el que se entrega solo a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas (CRUCH). El AFD representa el 53% de los aportes fiscales a las IES del CRUCH y solo 4% va a IES que no pertenecen al CRUCH (Acción Educar, 2015).

Esta discriminación en los aportes del Estado también se produce en las mismas universidades pertenecientes al CRUCH, pero por región. Un estudio realizado por Acción Educar el 2015, llamado “Discriminaciones en educación superior: Universidades y el Consejo de Rectores, indica que:

...es posible notar las altas diferencias en el aporte estatal por región por cada alumno, fluctuando entre los \$ 299 mil anual por alumno en la I región a los \$ 774 mil en la VII región, siendo esta región junto con la VI y la Metropolitana las que tiene los mayores aportes del Estado (Acción Educar, 2015).

Este estudio refleja que un alumno de la Región del Maule recibe 2,6 veces más recursos del Estado en AFD que un alumno de la Región de Arica, presentándose así una discriminación arbitraria, pues la diferencia solo radica en la región en la que vive el estudiante.

FIGURA 6
APORTE FISCAL DIRECTO POR ALUMNO DESAGREGADO POR REGIÓN, 2013



Fuente: Acción Educar (2015).

La disparidad de ingresos en regiones y la pobreza multidimensional

El aumento de la oferta educativa de calidad que pueden dar las Instituciones de Educación Superior encaminará a las regiones a un mayor desarrollo de capital humano avanzado, pero esto debe ir acompañado de la creación de empleos que sean competitivos en cuanto ingresos, estabilidad y proyección profesional en las regiones, principalmente en comparación con las regiones más grandes como la Metropolitana, la de Valparaíso y la de Biobío.

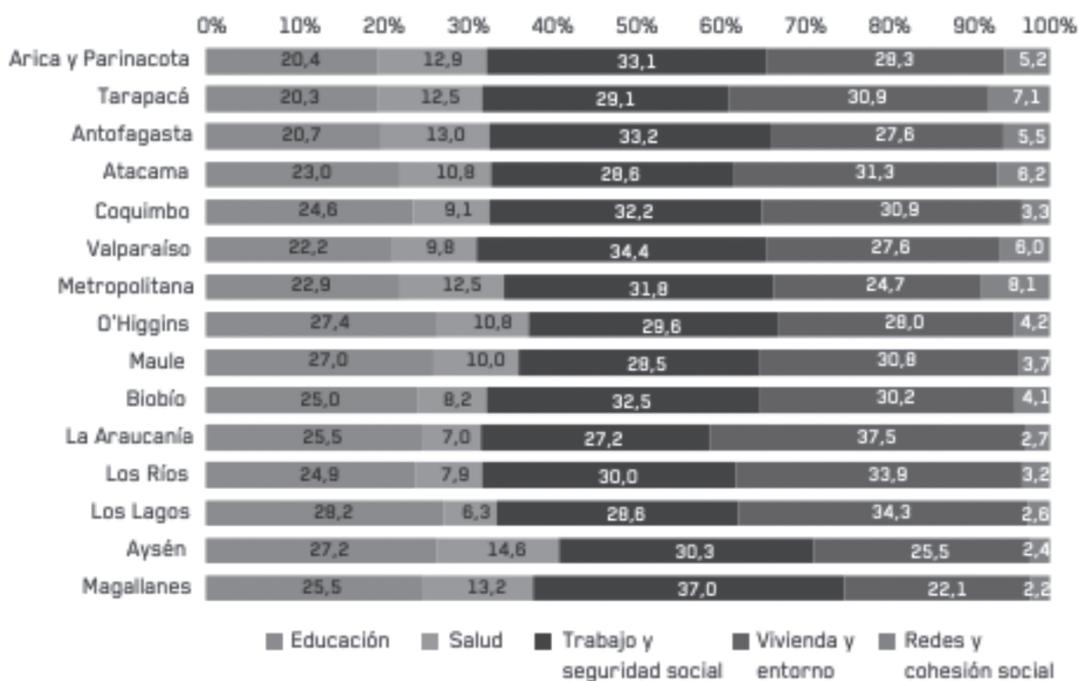
En esa línea, es importante revisar los indicadores de ingresos y ofertas de empleo a lo largo del país, pero también las mediciones de la tasa de pobreza multidimensional, ya que esta muestra un análisis más cercano a la realidad en cuanto a seguridad social, trabajo, vivienda y entorno, todos factores decisivos para los profesionales a la hora de elegir un territorio donde desarrollarse.

El informe del PNUD aborda la medición de la pobreza multidimensional establecida por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia desde el 2014. Esta medida considera cinco dimensiones de medición, las que son:

1. Trabajo y seguridad social.
2. Vivienda y entorno.
3. Educación.
4. Redes y cohesión social.
5. Salud.

Esta medida arroja que la Región de Magallanes y la de Antofagasta son las que tienen la tasa más baja y la Región de La Araucanía es la que tiene la más alta de pobreza multidimensional. Es importante observar en este análisis cuáles son las dimensiones de la pobreza dimensional que tienen mayor incidencia en el resultado de cada región, así, se podrán abordar los desafíos de la descentralización considerando la heterogeneidad de los territorios. Por ejemplo, al comparar la tasa de pobreza por ingresos, las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Atacama tienen una tasa por debajo del promedio nacional, pero en pobreza multidimensional lo superan. Esto ocurre porque estas regiones acentúan sus carencias en la dimensión de trabajo, seguridad social y vivienda,

FIGURA 7
CONTRIBUCIÓN RELATIVA DE LAS DIMENSIONES A LA POBREZA MULTIDIMENSIONAL, REGIONES, 2017



Fuente: PNUD (2017).

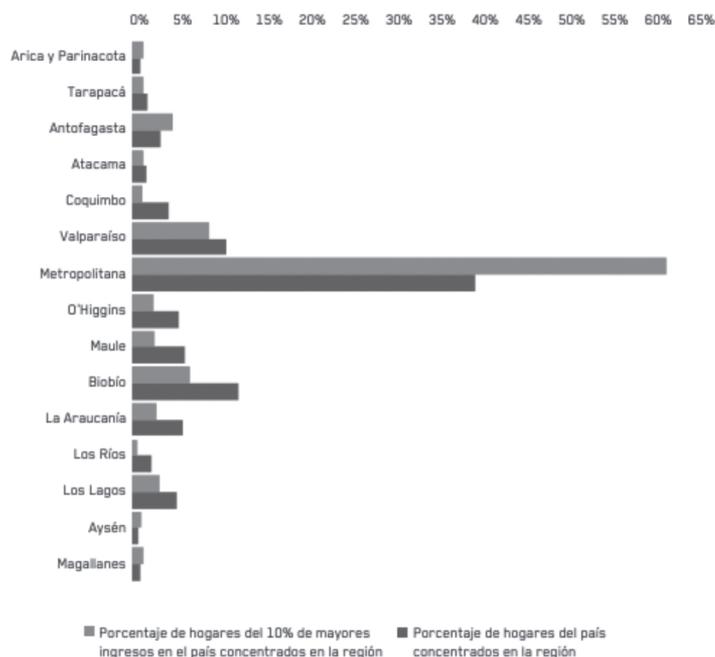
aspectos que afectan la calidad de vida de sus habitantes. La dimensión de vivienda y entorno afecta mayormente a las regiones del sur, en cambio, trabajo y seguridad social tienen mayor impacto en las regiones del centro y de Magallanes. Asimismo, las regiones de O'Higgins al sur presentan grandes déficits en educación (especialmente Los Lagos y Aysén). De esta manera, como se mencionó, cada dimensión permite hacer un *zoom* en las necesidades de cada región. Esta información es útil para que las propuestas que se realicen en materia de descentralización vayan abordando la realidad de cada región al momento de su implementación, pues como hemos podido observar en el caso de la pobreza multidimensional existe una heterogeneidad importante en los diferentes territorios. Así se puede apreciar en la siguiente figura que muestra la contribución de cada dimensión por cada región.

Otra forma de poder analizar el desarrollo de empleo en las regiones y que estos sean atractivos para los profesionales es revisando las mediciones que muestran la disparidades de ingresos por región. La encuesta CASEN 2017 mostró que los ingresos per cápita de los hogares varían considerablemente en las regiones. En el caso de la Región Metropolitana (RM) la mediana de ingresos es aproximadamente 20% mayor que la mediana nacional y, mirándolo desde otro extremo, se observa que el promedio de ingresos de La Araucanía corresponde al 55,1% del ingreso per cápita de la RM. Por otra parte, la RM, en 2017, concentraba casi el 40% de los hogares a nivel nacional y el 60% de hogares con mayor ingreso; esto significa la existencia de una sobrerrepresentación del 50% de estos hogares en la región. Otras regiones con esta sobrerrepresentación son las mineras: Antofagasta, Arica y Parinacota; y hacia el lado sur, tenemos en esta misma categoría las regiones de Aysén y Magallanes. El caso contrario ocurre en regiones del centro sur (Biobío, Maule, La Araucanía y O'Higgins) que tienen una subrepresentación de la cantidad de hogares respecto del porcentaje de estos que tienen altos ingresos.

En la Figura 8 del informe del PNUD 2020, se observa que a pesar de que la subrepresentación de los hogares de altos ingresos se concentra en las regiones del Biobío y de Valparaíso, más del 75% de este tipo de hogares se concentra en estas regiones y en la Región Metropolitana. Esto se ha mantenido constante entre 2006 y 2017, con 73,9% y 75%, respectivamente, de la concentración de hogares de altos ingresos en estas tres regiones. Esto podría ocurrir debido a las tasas de ocupación de las regiones mencionadas: según el CENSO, en 2017, 40,5% de la población ocupada estaba radicada en la RM, 11,6% en Biobío y 10,3% en Valparaíso. Para profundizar más en esta hipótesis el informe indica que la RM concentra:

...más del 80% de los trabajadores informáticos, el 65% de los trabajadores del derecho, el 63% de los profesores de la educación superior, el 60% de los especialistas en organización y administración de empresas, el 52% de los arquitectos, ingenieros y afines, y casi el 52% de los médicos. Todas estas son profesiones que en promedio ofrecen altos salarios.

FIGURA 8
DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE HOGARES TOTALES Y HOGARES DE ALTOS INGRESOS EN REGIONES, 2017



Fuente: PNUD (2020).

5.3. ¿Hacia dónde debemos avanzar para fomentar el desarrollo de capital humano avanzado en regiones?

Es evidente con la información entregada en los puntos anteriores que Chile está al debe en el desarrollo de oferta educativa y laboral de forma equitativa a lo largo del país que permita el entorno propicio para que los habitantes de las diferentes regiones se puedan desarrollar en plenitud en sus localidades, desde la educación escolar a la educación superior, hacia la estabilidad laboral y que no tengan que migrar en busca de mejores oportunidades. Esto ocurre principalmente por la alta concentración de las Instituciones de Educación Superior en las regiones con mayor cantidad de habitantes (RM, Valparaíso y Biobío) y la diversidad de carreras entregadas en ellas, en desmedro de aquellas regiones más pequeñas. Así también ocurre en el ámbito laboral, fundamentalmente por el hecho de que en ciertas ocasiones un mismo trabajo tiene una remuneración más baja en ciertas regiones en comparación con las regiones más grandes.

Las disparidades en materia educativa y laboral no son las únicas preocupantes, pues las diferencias regionales en la medición de pobreza multidimensional también generan alertas respecto de la heterogeneidad en las cinco dimensiones que tienen mayor peso en la medición en cada región. La información que nos entrega esta tasa es de las más

profundas y da la posibilidad de implementar un plan de descentralización especial para cada región y sus propias realidades.

En ese contexto, es importante avanzar hacia una descentralización territorial de la mano de un mayor desarrollo en la oferta educativa y compromiso de las IES en la vinculación y trabajo de pertinencia en regiones y en la generación de especialidades ligadas a los factores de desarrollo de la región. También, es fundamental el compromiso de las empresas en la creación de empleos atractivos y coherentes con el desarrollo de las regiones, ya que los profesionales buscan trabajos bien remunerados y en un ambiente estimulante y esto actualmente lo encuentran principalmente en la RM.

Las personas, al momento de moverse de una región a otra, evalúan los costos y los beneficios del cambio. En ese sentido, según una encuesta realizada en una investigación de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas aplicada a grupos representativos de profesionales calificados que migraron a regiones mediante diferentes programas de incentivo al trabajo en regiones, los determinantes a la hora de tomar esta decisión se podrían enfocar en tres ejes: importancia del trabajo, la familia y experiencias exitosas (Bello, *et al.*, 2012). En esa línea, la encuesta indica que los encuestados comentan que:

...los atributos más destacados de las regiones son naturaleza, familia, tiempo libre y proyección laboral, lo que contrasta con los atributos de alta valoración en Santiago como son proyección laboral, cultura y entretención, y calidad de los servicios públicos y de la educación.

Con estos antecedentes se puede concluir que es necesario avanzar en materia de descentralización educativa y laboral en los siguientes temas (Bello *et al.*, 2012):

1. Atraer y retener capital humano avanzado por medio de incentivos regionales.
2. Formar capital humano con pertinencia territorial.
3. Crear estímulos para la renovación y reconversión de capital humano avanzado.
4. Creación de centros de pensamientos regionales.
5. Desarrollo de Ciencia, Tecnología e Innovación en las regiones.

Para avanzar en estos cinco puntos, es necesario crear un sistema de incentivos que promueva el compromiso de los estudiantes de las diferentes IES a potenciar sus talentos para ponerlos al servicio del desarrollo de las regiones. Dichos incentivos podrían apuntar a los siguientes temas:

1. Financiamiento de arancel de carreras.
2. Bono de mantención.
3. Beca Desarrollo Regional.
4. Mayor cobertura y descuento en créditos.
5. Subvención a la contratación de capital humano calificado en las regiones.
6. Beneficios para el capital humano calificado y su familia, tales como, planes médicos, ayuda al cuidado de los niños, beneficios para la jubilación.

Estos incentivos deberán ser acompañados de requisitos, los que podrían encaminarse, por ejemplo, en la permanencia por cierta cantidad de años de trabajo en la región donde realice sus estudios y la elección de una carrera alineada con la estrategia regional de desarrollo, de innovación para la competitividad y políticas públicas más relevante de la región (Bello *et al.*, 2012).

Asimismo, para el fortalecimiento de las IES, es necesario otorgarles un mayor apoyo presupuestario. Un avance en este punto podría ser concentrar los aumentos presupuestarios con requisitos establecidos para las universidades regionales que son las que menos Aporte Fiscal Directo (AFD) reciben.

Adicionalmente, se requiere también el compromiso de las IES de realizar un trabajo en conjunto con todas las IES que permita una efectiva articulación con los gobiernos regionales y locales. Por último, se requiere de una articulación entre el gobierno regional y el Ministerio de Educación que se encamine hacia la transferencia de recursos para el financiamiento de becas de estudiantes en regiones u otros incentivos como los mencionados anteriormente.

Avanzar en estos lineamientos contribuirá a una descentralización territorial efectiva que facilitará los procesos a las Instituciones de Educación Superior regionales que han sido históricamente afectadas por el centralismo y subirá la calidad de los estudiantes y las instituciones regionales. De esta manera se generará un sentido país, valoración de Chile en su conjunto y en igualdad de oportunidades.

La redacción de la nueva carta magna es un escenario que permite reabrir el debate de la descentralización, dando la posibilidad de discutir con perspectiva de futuro respecto de la educación chilena, que exige un desarrollo regional que permita mayor integración, genuina promoción social y dejar en la historia las discriminaciones que afectan a las regiones.

6. SÍNTESIS DE PROPUESTAS PARA UNA VERDADERA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

A lo largo de este informe colectivo se analiza la descentralización desde diferentes perspectivas, desde la visión antropológica hasta la construcción de un sistema que permita el desarrollo de capital humano avanzado en las regiones para lograr un efectivo traspaso de competencias y progreso regional que se articule con el gobierno local. Si bien nuestro país ha avanzado en la materia principalmente en la descentralización administrativa y política, aún nos queda un largo recorrido para lograr una descentralización efectiva que se haga cargo realmente de la inequidad territorial de las regiones y del traspaso de competencias.

En ese contexto, es fundamental identificar las necesidades de los diferentes territorios que son muy heterogéneos en aspectos sociales, culturales, presupuestarios, entre otros. Para ello, se requiere un análisis profundo respecto del desarrollo de las regiones abordando sus fortalezas y debilidades. Hoy vemos esta oportunidad de análisis en el proceso constituyente, en donde es posible y necesario que el sistema centralizado del país avance hacia una descentralización territorial, en donde sean las instituciones las

que se adaptan al territorio y no al revés. De esta manera, nos encaminamos a una equidad territorial que no solo va a beneficiar a las localidades, sino también al desarrollo económico y social de Chile.

La diversidad de los territorios, anteriormente mencionada, puede ser abordada con mayor conocimiento por medio de los gobiernos locales y regionales. Estas entidades son la institución del Estado más apta en conocimiento para articular el desarrollo local y regional. En ese contexto, los gobiernos locales podrían abordar las siguientes tareas del Estado:

1. Políticas sociales.
2. Participación ciudadana.
3. Superación de desigualdades territoriales.
4. Equilibrar el poder político.

A continuación, se enumeran las siguientes propuestas que se destacan de esta investigación. Dichas propuestas se abordan, en su mayoría, desde el fortalecimiento de los gobiernos locales y regionales y la generación de capital humano avanzado para las regiones:

1. Los gobiernos locales y regionales son quienes tienen mayor cercanía con las necesidades de sus habitantes, es por ello que podrían trabajar más articuladamente mediante un *sistema intermedio entre la comuna y la región*, que aborde, por ejemplo, la realidad de aquellos municipios con baja población y urbanización pero que comparten identidad y cultura con otros territorios. De esta manera se optimizarán los recursos y se potenciarán entre comunas.
2. Establecer mecanismos que permitan una mayor coordinación política entre el gobierno regional y las autoridades locales. Para ello, se podría explorar la *integración de los consejos regionales completa o parcialmente por alcaldes de las comunas de la región*.
3. La inequidad presupuestaria de los gobiernos locales y regionales estanca el crecimiento del país y no permite una verdadera autonomía institucional si ambos no tienen las capacidades de administrar sus recursos propios. En esta línea se propone la *creación de un sistema de rentas regionales y locales*.
4. La alianza público-privada es esencial para que los gobiernos subnacionales puedan fortalecer sus capacidades de gestión y contribución al desarrollo. Para lograr esto se requiere *ampliar las competencias de los gobiernos locales con el objetivo de fortalecer las alianzas público-privadas a nivel territorial*.
5. El centralismo del Estado ha dificultado una acción coordinada para enfrentar las particularidades de cada territorio, es por ello que debemos avanzar en abandonar la visión sectorial de las políticas sociales y encaminarnos hacia la elaboración de políticas sociales con perspectiva territorial. Esto se puede lograr estableciendo un *sistema de competencias locales en la generación, ejecución y evaluación de políticas sociales*.

6. Han pasado casi 30 años de la existencia del actual sistema político municipal, suficiente experiencia para plantearse cambios, por ejemplo, la *elección diferida de alcaldes y consejo municipal* para favorecer la diferenciación de funciones, la conformación de un *sistema de iniciativas ciudadanas en materia de proyectos y normativa local, creación de auténticos partidos políticos regionales, entre otros*.
7. Es fundamental avanzar hacia una descentralización territorial en conjunto con un *fortalecimiento de la oferta educativa* y el *compromiso de las Instituciones de Educación Superior en trabajar en la vinculación y pertinencia de las carreras con el sector de desarrollo de la región y sus empresas*.
8. Las personas al momento de moverse de una región a otra evalúan los costos y los beneficios del cambio, por eso, se requiere la *creación de un sistema de incentivos a la permanencia de profesionales en regiones*, que aborde el desarrollo educativo, social y económico, por ejemplo, dar financiamiento de arancel, bono de mantención, beca de desarrollo regional, subvención a la contratación de capital humano calificado en regiones, beneficios para la familia (médicos, cuidado de niños, jubilación).

Esperamos que este informe de análisis y propuestas acerca de la descentralización en Chile sea de utilidad para los convencionales constituyentes, que la redacción de la nueva Constitución permita terminar con las discriminaciones que afectan a las regiones y establezca una articulación fuerte entre los diferentes actores que tienen que colaborar con el desarrollo de las regiones y la descentralización territorial en su conjunto, administrativa, fiscal, política y social.

REFERENCIAS

- ABEDRAPO, J. (2014). En *Búsqueda del sentido de la política*. Justicia Social y Economía Social de Mercado: Análisis y Perspectivas. Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- ABEDRAPO, J. (2019). *Derecho al desarrollo de los pueblos*. Editorial Tirant lo Blanch.
- ABEDRAPO, J. (2019). *Causas de la erosión del tejido social en Chile*. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/22831>.
- ABEDRAPO, JAIME (2020). *Causas de la erosión del tejido social en Chile*. Agenda Internacional PUCP, Pp. 27(38).
- ACCIÓN EDUCAR (2015). *Discriminaciones en educación superior: Universidades y el Consejo de Rectores*.
- ALDUNATE, E. (2009). *Constitución Política de la República de Chile*. Doctrina y Jurisprudencia, Santiago:
- ALSTON, P. (2005). *Labour Rigths as Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- ANINAT, I. (2020). *Finanzas públicas regionales: propuestas presupuestarias e institucionales*. En: *Mas allá de Santiago: descentralización Fiscal en Chile*. Centro de Estudios Públicos (CEP).
- ARISTÓTELES (2003). *Política*. Editorial Alianza.

- ARISTÓTELES (1996). *Ética Nicomaquea*. Paidós.
- BALLESTEROS, M. (2001). *Empoderamiento como Proceso Integral y Multidimensional*. Federación Universitaria de Buenos Aires. www.takingitglobal.org
- BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1983). La descentralización en Francia: Algunos puntos de conexión con las autonomías españolas. *Revista de Administración Pública*, (100-102, 3), 1797-1838 <https://dianet.unirioja.es/descarga/articulo/5061482.pdf>
- BELLEI, C. (Coord.). (2018). *Nueva Educación Pública: contexto, contenidos y perspectivas de la desmunicipalización*. CIAE, Universidad de Chile. <https://www.educacionpublica.cl/wp-content/uploads/2018/11/DEP.pdf>
- BELLO, W. (2004). *Desglobalización. Ideas para una Nueva Economía Mundial*. Editorial Intermón Oxfam.
- BELLO, A, CURAQUEO, O., CHARLES, C. Y TOLOZA, I. (2012). Incentivos Regionales para atraer y retener Capital Humano para el desarrollo de las comunas y regiones de Chile. https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivo/BLOQUET/Capital_Humano_Regional/Incentivos%20Regionales%20para%20el%20Capital%20Humano%20en%20comunas%20y%20regiones.pdf
- BENECKE, D. (2008). *Social and Ecological Market Economy. A General Overview*. Universidad Miguel de Cervantes. Published by GTZ in May 2008 in: *The Social and Ecological Market Economy-A Model for Asia?* Ed. By Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Eschborn 2008, 23-52.
- BENGOA, JOSÉ (2007). *La emergencia indígena en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2011). *Política nacional para el Desarrollo de las Localidades Aisladas*. Área Gobierno. BCN Minuta. Defensa y Relaciones Internacionales.
- BOADA, M. Y SAURO, D. (1983). *El Cambio Global*. Rubes Editorial S.L.
- BOISIER, S. (2001). *Desarrollo Local ¿de qué estamos hablando?* En: *Transformaciones globales, instituciones y políticas de desarrollo local*, Rosario, Homo Sapiens Ed.
- BULNES DE GRANIER, L. (1988). *La Regionalización y sus Antecedentes Jurídicos*. Editorial Andrés Bello.
- CARRASCO DELGADO, S. (1997). *Iniciativas de Regionalización y Descentralización Durante el Periodo de Vigencia de la Constitución Política de 1925*. Pp. 301-325.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1972). El Derecho al Desarrollo como Derecho de la Persona Humana. *Revista Española de Derecho Internacional*. 25, pp 12-28.
- CENTRO DE EPIDEMIOLOGÍA Y POLÍTICAS DE SALUD FACULTAD DE MEDICINA CLÍNICA ALEMANA - UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (2019). *Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. <https://medicina.udd.cl/centro-epidemiologia-politicas-salud/files/2019/12/ESTRUCTURA-Y-FUNCIONAMIENTO-DE-SALUD-2019.pdf>
- CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2020). *Más allá de Santiago*. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200708/20200708114201/mas_alla_de_santiago_cep_centrouc.pdf
- CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2021). *Estudio de planificación de la segunda etapa de implementación de la Ley N°21.040. Nuevo Sistema de Educación Pública*. <https://politicaspublicas.uc.cl/publicacion/estudio-de-planificacion-de-la-segunda-etapa-de-implementacion-de-la-ley-n21-040/>

- COHEN, E. Y FRANCO, R. (2005). *Gestión Social: Cómo Lograr Eficiencia E Impacto en Las Políticas Sociales*. Editorial CEPAL y Siglo XXI.
- CONTRERAS NIETO, M. Á. (2000). *El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano*. Ed. Instituto Literario.
- CONCHA, C. (2011). Chile, cerrando el ciclo de la administración educativa municipal. <https://liderazgoeducativo.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/Cerrando-el-ciclo-de-la-administración-educativa-municipal.pdf>
- DAZAROLA, G. (2019). *Descentralización en Chile: Avances y temas pendientes*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27720/1/BCN_Estado_Descentralizacion_Chile_2019_def.pdf
- DÄUBLER W. (2010). *La protección de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de Alemania (Der Schutz der sozialen Grundrechten in der Rechtsordnung Deutschlands)*, Baden, 2010.
- EDWARDS, A. (1913-1921). *La Constitución de 1833*. Pacífico Magazine, Zig-Zag, Santiago, 1(5), 593-596.
- ELIGE EDUCAR (2020). *Educación parvularia en Chile: Estado del arte de la educación y desafíos*. https://eligeeducar.cl/content/uploads/2020/07/Elige-Educar.-Educacion-parvularia-en-Chile_VF-2.pdf
- ERHARD, L. (1981). *Bienestar para todos*. Ediciones Omega S.A.
- EYZAGUIRRE, S. (2016). *Tres factores claves para desmunicipalizar la educación pública*. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160607/20160607170647/pder430_seyzaguirre.pdf
- FERREIRO, A., ARIS, M. Y PINTO, F. (2019). *Descentralización en Chile. Diagnóstico y propuestas*. <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/Informe-Final-Descentralizacion-V4.pdf>
- GARCÍA, V. (2015). *Políticas Públicas y Zonas Extremas en el norte y sur de Chile: aproximaciones desde el marco de las coaliciones promotoras*. En L. Correa y A. Salas (Coords.). *Gobernabilidad. Desarrollo y Seguridad en las Zonas Extremas de Chile*. ANEPE.
- GARCÍA-PLATA, J. (2003). *Teresa de Calcuta (5ª ed.)*. Colección Sinergia, Fundación Emmanuel Mounier.
- GATTINI, C. (2019). *Rol de los alcaldes en la administración municipal de salud*. <http://ochisap.cl/index.php/182-rol-de-los-alcaldes-en-la-administracion-municipal-de-salud>, 2019.
- GÓMEZ GALÁN, M. Y SANAHUJA, J. A. (1999). *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo*. Editorial CIDEAL.
- GÓMEZ ISA, F. EL (1999). *Derecho al Desarrollo: Como Derecho Humano en el Ámbito Jurídico Internacional*. Universidad de Deusto-Bilbao.
- GÓNGORA, M. (2003). *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX (8ª ed.)*. Editorial Universitaria.
- GIBNEY, M. J. (2000). *La Globalización de los Derechos Humanos*. Edición de Crítica. Editorial.
- HELP, D. (1997). *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Paidós.

- HENRÍQUEZ OPAZO, O. (2020a). Las leyes de descentralización en Chile: eje del cambio de la intergubernamentalidad pasando de la jerarquía a la negociación. *Revista iberoamericana de estudios municipales*, (21), 5-28. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-17902020000100005>
- HENRÍQUEZ OPAZO, O. (2020b). Descentralización y regionalización en Chile 1974-2020: de la desconcentración autoritaria al Estado unitario descentralizado con mayor empoderamiento regional. UDEC, *Revista Territorios y Regionalismos*, (3), 61-81. <https://revistas.udec.cl/index.php/rtr/article/view/2665/2881> <https://doi.org/10.29393/RTR3-5OHDR10005>
- HERRERA, R., LARRAÑAGA, O. Y TELIAS, A. (2010). La Ficha de Protección Social. En Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- HORST, B. (2018). Descentralización Fiscal: Antecedentes para una reforma en Chile en materia de financiamiento regional (Serie Informe Económica 273). *Libertad y Desarrollo*.
- IDEAPAIÍS (2017). Educación Inicial en Chile, http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2017/10/4._EDUCACION_INICIAL-1.pdf
- INNERARITY, D. (8 de mayo de 2021). Una defensa de la política. *La Vanguardia*, <http://www.lavanguardia.com/>
- YÁÑEZ, E; PÉREZ, A; CONEJEROS, JUAN PABLO; ECHEVERRÍA, MAURICIO (2009). Jacques M. En Testimonio de Verdad. Homenaje a Fernando Moreno Valencia. Santiago de Chile, Fundación Domus.
- JERIA, Á. Y CORREA M. (2017). Chile y su sistema de salud: la próxima reforma. En *Desarrollo Humano y Solidario: Nuevas Ideas para Chile*.
- KRENNERICH, M. (2013). Derechos sociales: entre el derecho y la política (*Soziale Menschenrechte: zwischen Recht und Politik*), Schwalbach.
- KÜNG, H. (2000). Una Ética Mundial para la Economía y la Política. Fondo de Cultura Económica.
- KÜNG, H. (2004). A Global Ethic as a Foundation for Global Society. En F. J. Lechner & J. Boli (Eds.). *The Globalization Reader*. Blackwell.
- LATINOBARÓMETRO (2018). Título informe (Informe 2018). http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2017). Proyecto de Desmunicipalización: hacia la centralización. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2017/10/TP-1324-NUEVA-EDUCACION-PUBLICA.pdf>
- LINDH, J. (2020). Descentralización ¿por qué y cómo hacerlo? http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/01/Descentralización_03.pdf
- LINDH, J., IGLESIAS, A. Y TORRES, M. (2020). Registro Social de Hogares, un asunto pendiente. <http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/08/Registro-Social-de-Hogares.pdf>, 2020.
- MARITAIN, J. (1940). *Humanismo Integral*. Ediciones Ercilla.
- MARITAIN, J. (1977). *Los Derechos del Hombre y La Ley Natural*. Edición Leviatán.
- MARTÍNEZ OCAMICA, G. (2005). *La Palabra y los Pensadores*. Editorial Encrucijada.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (2016). *Actas Oficiales de las Sesiones Celebradas por la Comisión y Subcomisión Encargadas del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*.

- MORENO VALENCIA, FERNANDO. Libertad y desarrollo del hombre. En Documentos de trabajo del Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (ICHEH). Santiago de Chile, 1996.
- NOGUEIRA, H. (1985). El Estado Unitario, los procesos de descentralización regional y el Estado Federal. Editorial.
- NOGUEIRA, H. (2008). Derechos fundamentales y garantías constitucionales: los derechos sociales. Editorial.
- OCDE, El Gobierno del Futuro (Trad. J. M. Rodríguez Álvarez) Editorial Ministerio de Administraciones Públicas.
- OCDE (2017). Revisión de Gobernabilidad Multinivel en Chile: Modernización del Sistema Municipal: Conclusiones y principales recomendaciones. <https://www.oecd.org/regional/regionaldevelopment/Chile-multi-level-main-findings-ES.pdf>
- PAULSEN, GUSTAVO (2005). Claves para el buen gobierno de la seguridad. En L. Dammert y G. Paulsen (Eds.). Ciudad y Seguridad en América Latina. FLACSO-Chile.
- PNUD (2018). Desigualdad regional en Chile. Ingresos, salud y educación en perspectiva territorial. Santiago de Chile, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. <https://www.estudiospnud.cl/wpcontent/uploads/2020/04/DesigualdadRegionalPDF.pdf>
- RICH, B. (1994). World Bank / IMF: 50 Years is Enough. 50 Years is Enough. The Case Against the World Bank and the International Monetary Fund. Editorial South End Press.
- SAGREDO R., GONZÁLEZ, J. I. Y COMPAN, J. (2016). La Política en el Espacio. Atlas Histórico de las Divisiones Político-Administrativas de Chile. 1810-1940.
- SANAHUJA, J. A. (2002). Altruismo, Mercado y Poder: El Banco Mundial y la Lucha. Editorial. Oxfam, España.
- SANHUEZA, M. C. (2008). La Primera División Político-Administrativa de Chile, 1811-1826.
- SARTORI, G. (2001). La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros. Editorial Taurus.
- SEN, A. K. (1997). Bienestar, Justicia y Mercado. Paidós I. C. E.
- SEN, A. K. (1998). On Ethics & Economics. Editorial Basil Blackwell Ltda.
- SEN, A. K. (2000). Desarrollo y Libertad. Editorial Planeta.
- SEN, A. Y KLIKSBERG, B. (2007). Primero la Gente. Editorial Deusto.
- STIGLITZ, J. (2002). El Malestar de la Globalización. Editorial Santillana.
- SCHALPER, D. (2021). Protección de los derechos sociales: Estudio Jurídico con especial consideración a los ordenamientos jurídicos de Alemania y Chile.
- TECHO CHILE, FUNDACIÓN VIVIENDA Y CES (2021). Catastro Nacional de Campamentos 2020-2021. <https://ceschile.org/2021> .
- THAMM, C. (1990). Problemas de la positivización constitucional de los derechos sociales. Editorial. Universidad de Bielefeld.

LAS AGUAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

*Tatiana Celume Byrne**

RESUMEN

El presente artículo trata acerca de las propuestas que la Convención Constitucional ha ido aprobando en el Pleno del órgano y cómo estas repercuten en la connotación pública de las aguas. En particular, se analizará la propuesta que califica las aguas como bienes comunes naturales, la sustitución del derecho de aprovechamiento de aguas por la figura de las autorizaciones y la despropietarización del derecho de aprovechamiento de aguas. Finalizaremos caracterizando el actual derecho de aprovechamiento de aguas bajo la reforma de la Ley Nº 21.435 de 2022.

Palabras claves: Aguas, bienes comunes naturales, bienes nacionales de uso público, derechos de aprovechamiento, autorizaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Las propuestas constitucionales relevan la posibilidad de modificar la categoría constitucional de las aguas, mutando el concepto de bien nacional de uso público por el de recurso común natural. Lo anterior se debe principalmente a que se pretende que las aguas sean insusceptibles de apropiación privada por parte de los particulares. En una primera aproximación al tratamiento jurídico de los bienes nacionales de uso público, podemos señalar que estos se caracterizan por su inapropiabilidad y su consecuente in-comercialidad. En virtud de lo anterior, el acceso al disfrute y aprovechamiento de las aguas queda supeditado al otorgamiento de un título concesional, pero ello no implica privatizar ni declarar apropiables las aguas. Al tratarse de un bien nacional de uso público, el elemento que las define se refiere a que estas están dispuestas para el uso público de los administrados. Su regulación constitucional parte de la base de la configuración de una “antigarantía” por cuanto están al margen de la lógica de la apropiación. Este es el cimiento de la connotación pública de las aguas. Es decir, el elemento definitorio no es la propiedad que ostentan las Administraciones Públicas sobre ellas, sino su relegación

* Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la USS. tatiana.celume@uss.cl

del tráfico jurídico privado y su regulación en un ordenamiento jurídico exorbitante para su aprovechamiento. Es importante destacar este punto porque la consideración de estas como un recurso común natural no da las garantías suficientes de su inapropiabilidad y de su in comerciabilidad, ya que dicha categoría no ha sido tratada anteriormente por el ordenamiento jurídico chileno.

La connotación pública de las aguas satisface el requerimiento de la insusceptibilidad de apropiación. No se verifican motivos plausibles para modificar el actual régimen por el de recurso común natural. Los recursos comunes se fundan en la lógica de la exclusión de la relación persona-bienes y suponen la exclusión de la propiedad respecto de los recursos. Esta condición, la insusceptibilidad de apropiación de las aguas, se satisface mediante su configuración como bien nacional de uso público. Un bien nacional de uso público, como las aguas, necesariamente debe estar dispuesto para el uso por parte de los administrados. No es concebible la existencia de un recurso natural que no pueda ser aprovechado por los particulares para la satisfacción de sus necesidades, las que, bajo toda lógica, deben coexistir con la protección de los usos ecosistémicos de las aguas y la priorización del consumo humano y el saneamiento. Es allí donde corresponde al legislador regular los aprovechamientos extractivos. Es posible indicar que, en virtud de la Ley Nº 21.435, este equilibrio entre los usos productivos y los usos ambientales queda regulado mediante diversos instrumentos como el caudal ecológico y las reservas estatales. Estas reservas no solo cautelan los usos para el consumo humano y el saneamiento, sino que igualmente los servicios ecosistémicos que prestan las aguas.

Bajo la noción de bien nacional de uso público, la nación no es dueña de las aguas: lo que ocurre es que el Estado interviene regulándolas para satisfacer el interés nacional que justifica su publicación. Esta justificación puede ir variando y por ello mutan o se modifican los supuestos que justifican la *publicatio*. Como se puede apreciar con la Ley Nº 21.435, los motivos que justifican la publicación han variado sustancialmente. No es objetivo único del legislador que las aguas se reasignen eficientemente. Se han relevado otras finalidades que la sociedad actual considera prioritarias y necesarias de satisfacer. Todos estos cambios han sido posibles de materializar sin necesidad de cambiar la connotación pública de las aguas. Por este motivo, podemos indicar que se carece de motivos para sustituir la consideración de las aguas como bienes nacionales de uso público por recursos comunes naturales.

Como señalábamos precedentemente, un requisito de la esencia de un bien nacional de uso público es que este quede dispuesto para el uso y disfrute de los administrados. Por este motivo, el ordenamiento jurídico los ha extirpado del comercio jurídico privado y los ha trasladado al tráfico jurídico público. Desde esa esfera exorbitante, ha debido crear mecanismos de acceso tanto extractivos como no extractivos de las aguas. Los usos no extractivos se resuelven bajo la fórmula de un acceso abierto y gratuito. Sin embargo, para los usos extractivos se ha debido crear derechos privativos para su aprovechamiento, regulando un medio de exclusión en atención a que la disponibilidad del recurso no es ilimitada.

Se ha propuesto por los convencionales constituyentes la sustitución del título concesional por una autorización administrativa. Bajo esta lógica, lo que se pretende es

precarizar el título habilitante para aprovechar las aguas. Esta propuesta constituye un pie forzado. Las aguas están dispuestas para uso y goce por parte de los particulares. La forma de poder acceder a los usos extractivos es mediante la creación de un derecho de aprovechamiento creado a partir de un procedimiento concesional. Este derecho nace, se crea, no es un título preexistente al que se le eliminan las barreras de ingreso por medio de la autorización. La autorización, si bien es constitutiva y declarativa, supone la existencia de un derecho preexistente. Lo que supone la creación de un derecho *ex novo* es la posibilidad de que el legislador, de conformidad con los móviles de la publicación –siempre sujeto a ellos–, pueda regularlo de diversas maneras.

El título jurídico para aprovechar las aguas lo constituye un derecho de aprovechamiento nacido de un proceso concesional. La “concesión” es el instrumento jurídico que habilita a la Administración para crear *ex novo* un derecho, que no era preexistente, con la finalidad de que ingrese al patrimonio de su titular y este pueda disponer de su título. Con la Ley Nº 21.435, esta disposición no es absoluta. Se han establecido limitaciones para las transferencias de derechos de aprovechamiento cuando estos se destinen al consumo humano y al saneamiento o, derechamente, provengan de reservas establecidas tanto para los usos ecosistémicos como para la provisión de agua para el consumo humano y el saneamiento.

Atendiendo al Orden Público Económico de la Constitución de 1980, el derecho de aprovechamiento que se originó a partir del Código de Aguas original de 1981 era un derecho absoluto, sin consideraciones al medio ambiente, separado de la tierra, sin priorización alguna en su uso, sin restricciones y cuyo único objetivo era ser reasignado a un uso de mayor valor. Estas características del derecho fueron revirtiéndose a lo largo de los años. Es oportuno indicar que, mediante la reforma al Código de Aguas propiciada por la Ley Nº 20.017 de 2005, se incorpora la patente por no uso de las aguas, la figura del caudal ecológico –para los derechos que se fueran a otorgar a partir de su vigencia– y las reservas, las que solo podían crearse si existía una solicitud pendiente y estas fueran para el abastecimiento de las poblaciones (tratándose de solicitudes de derechos consuntivos) o se justificaran excepcionalmente por un interés nacional (tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos).

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 21.435, se amplía la diversidad de restricciones y limitaciones al derecho de aprovechamiento. Este derecho ya no puede considerarse absoluto. Existen a su haber cargas. La primera de ellas está relacionada con el uso efectivo del recurso. En caso de que un titular de un derecho no tenga las obras suficientes y aptas para su aprovechamiento construidas, dentro de un plazo –cinco años para los derechos consuntivos y 10 años para los derechos no consuntivos contados desde su constitución o desde la entrada en vigencia de la nueva ley–, este derecho se ve expuesto a extinguirse. La segunda de ellas dice relación con la obligación –o carga– de su inscripción registral. Si el titular no registra su derecho de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, dentro del plazo de 18 meses contados desde la entrada en vigencia de la nueva ley, su título caducará de pleno derecho. Todo lo anterior es sin perjuicio de que las instituciones como la reserva y el caudal ecológico se hayan extendido y profundizado. En este sentido,

conviene aclarar que con la reforma al Código de Aguas, el Presidente de la República podrá reservar aguas con el solo requisito de que exista disponibilidad del recurso (ya no requerirá denegar una solicitud pendiente) cuando estas se refieran al consumo humano o para la protección de servicios ecosistémicos. Además, el caudal ecológico se podrá imponer sobre derechos de aprovechamiento ya otorgados, por ejemplo, cuando estos se encuentren constituidos en áreas protegidas para la biodiversidad.

Otro asunto que los convencionales constituyentes han cuestionado es la propietarización constitucional del derecho de aprovechamiento. La propiedad sobre el derecho de aprovechamiento se ha articulado como un medio para proteger al derecho mediante el establecimiento de una reserva legal para imponerle limitaciones u obligaciones basadas en la función social de la propiedad y para proteger la esencia del derecho frente a los cambios regulatorios del legislador. Esta protección ha sido esencial, asimismo, para dotar a los titulares de derechos de aprovechamiento del Recurso de Protección Constitucional. Los argumentos que se han sostenido para desafiar esta protección dicen relación con que el constituyente de 1980 solo pretendió darle estabilidad al derecho de aprovechamiento para que este pudiera ser libremente transado en el mercado de los derechos de aguas. Creemos que dicho argumento es válido, pero solo parcialmente. La protección constitucional como señalábamos precedentemente se desdobra en una protección al titular del derecho de aprovechamiento frente a los actos arbitrarios o ilegales de terceros –incluso del Estado– cuando lo amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio del derecho y frente a los actos legislativos que pretendan desnaturalizar al derecho –socavando sus atribuciones, sus facultades o imponiéndoles gravámenes que impidan su ejercicio–.

La propietarización constitucional del derecho de aprovechamiento no ha obstado, sin embargo, para que el legislador haya podido introducirle reformas que lo limiten o lo restrinjan. Un claro ejemplo de ello queda demostrado con la aprobación de la Ley Nº 21.435, bajo la cual, como ya lo hemos explicado, el derecho de aprovechamiento queda sujeto a cargas o deberes cuyo incumplimiento se sanciona con la extinción o la caducidad del título. En otras palabras, la justificación de la publicación de las aguas, que es esencialmente variable, no se ha visto obstaculizada por el sometimiento del derecho de aprovechamiento al estatuto de la propiedad resguardada constitucionalmente.

II. SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS AGUAS COMO BIENES COMUNES NATURALES

Creemos que dicha declaración se expresa de forma controversial por cuanto la connotación de bienes nacionales de uso público se ha articulado tradicionalmente como una suerte de antigarantía del acceso a la propiedad privada contemplada en el artículo 19, numeral 23, de la Constitución Política y no desde la órbita del derecho de propiedad contemplada en el artículo 19, numeral 24, de la Constitución.

Para Celume, “[l]a característica esencial que comparten las cosas comprendidas en las tres ‘antigarantías’ de que da cuenta el numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política (recursos comunes, bienes nacionales de uso público y reservas constitucionales)

es la insusceptibilidad de ser apropiadas” (Celume, 2013, pp. 92-93). Como indica Cordero, “[l]a doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que los *bienes nacionales de uso público* se caracterizan por su inalienabilidad e imprescriptibilidad, lo que los deja fuera del régimen de apropiabilidad [...]” (Cordero, 2019, p. 118). Sin embargo, la justificación de la inapropiabilidad (y, en consecuencia, de su in comerciabilidad, como posibilidad de constituir relaciones jurídico-privadas a su respecto) es diversa para cada una de estas excepciones. Esta justificación será “natural” en tanto se refiera a los *res communis omnium*, porque su consagración no pasa de ser más que un reconocimiento del legislador a una situación de hecho, como ocurre con el aire o el altamar, en cambio, tratándose de los bienes que “deben pertenecer a la nación toda”, su delimitación es un concepto meramente jurídico, proveniente de una decisión de política legislativa, justificada por los fines económicos, políticos, sociales o culturales que se desean satisfacer¹.

La excepción a la libre adquisición del dominio se justifica en cuanto estos bienes se afectan para satisfacer intereses colectivos, relativos al uso del público, que solo pueden conseguirse por medio de su sujeción al régimen jurídico público. Las soluciones a las que podría llegar el sometimiento de estos bienes al derecho común no coinciden con los requerimientos de utilidad pública que dichos bienes están llamados a satisfacer. La jurisprudencia constitucional ha reconducido el interés nacional, justificante de la publicación, a la noción de “utilidad pública” consagrada en el artículo 19, número 24, inciso segundo de la CPR. Dicha magistratura ha considerado que los bienes nacionales de uso público,

[...] dada su propia naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen en razón de la utilidad pública; esto es, de todos los habitantes y del interés general de la Nación. // El hecho de reservarse un bien al dominio de la Nación toda debe entenderse fundado en razones de utilidad de aquellos que podrán usar del bien: el público. La razón de ser de la reserva es entonces la utilidad pública².

Especificando este interés general, Montt preceptúa que:

[r]especto a los bienes nacionales de uso público, la cuestión se presenta relativamente simple. Se trata de una categoría jurídica asentada hace más de dos mil años, cuyo

¹ No ocurre lo mismo respecto de los bienes que se sujetan a una situación excepcional conforme a “lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”, o lo que podríamos denominar la “reserva constitucional”, ya que es el mismo constituyente quien las estatuye y regula y, por tanto, no necesita justificarse ante sí mismo. Tal es el caso de la propiedad minera, regulada constitucionalmente en el artículo 19 Nº 24, incisos sexto al décimo.

² Considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de abril de 2009, en causa Rol No. 1.215, por Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingueral Ltda.,” “Inmobiliaria Pingueral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.,” y don Gustavo Yánquez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley Nº 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol No. C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

contenido objetivo nadie duda ni discute hoy en día. Además, en relación a ellos, existe una exigencia externa que debe cumplirse, cual es que los bienes nacionales en cuestión deben estar efectivamente destinados al uso directo del público (Montt, 2002, p. 217).

La insuficiencia del concepto de bien nacional de uso público para efectos de poder articular la imposibilidad de ser apropiadas no es, en consecuencia, una afirmación apropiada. En otras palabras, sustituir el concepto de bienes nacionales de uso público por el de bien natural común para efectos de declarar las que son insusceptibles de apropiación privada del recurso hídrico no es recomendable por cuanto la característica esencial de un bien nacional de uso público es la insusceptibilidad de apropiación, *ergo*, su intransferibilidad, además de tratarse de un concepto con una larga tradición jurídica que ha sido reconocida como tal en diversos cuerpos normativos, en especial, en el Código Civil.

Por otra parte, la lógica de los “bienes comunes” se articula sobre la base de una pugna constante entre lo público y lo privado en contra de lo común. Implica erradicar la lógica dominical acerca de aquellos bienes que se consideran comunes y permitir un libre acceso a ellos. Esta concepción encuentra raigambre en aquellas cosas comunes a todos los hombres (artículo 19, numeral 23, primera parte, de la Constitución Política) y proviene de la antigua concepción que el derecho romano dio a los *res communes omnium*. En este sentido, Míguez puntualiza:

[e]n el Derecho romano por *res communes omnium* se entendían aquellas cosas no pertenecientes a particulares ni a una colectividad política, sino que dejadas al goce de todos los hombres [...]. Tales cosas, se dijo, eran por Derecho natural destinadas al uso común de los hombres y su extrapatrimonialidad derivaba del hecho de ser comunes a todos (Míguez, 2014, p. 13).

Mientras de las demás cosas existía propiedad, pública o privadas, en estas cosas se erigía la inapropiabilidad. Como señalan Celume y Goldenberg,

[D]urante la Edad Media, el concepto de los bienes comunes es asociado a la divinidad. De este modo existió una concepción negativa de la apropiación privada –de Derecho humano– que se oponía a la propiedad común, que era de Derecho natural, bajo la idea de que los bienes eran concedidos por Dios a todos los hombres. Por ello, desde Graciano, la preocupación fue la conciliación de la propiedad privada con el estado ideal –de Derecho natural– de los bienes comunes. Luego, esta idea de acceso abierto fue recogida en las Siete Partidas, bajo la expresión de “cosas comunales pertenecientes a todas las criaturas”, donde su característica especial estribaba en que ellas podían ser aprovechadas por todos los hombres para su uso natural o para aquel que les fuese provechoso (Celume y Goldenberg, 2021, p. 137).

Sin embargo, debemos tener claro que las cosas comunales se refieren a aquellas en las que no existía un verdadero riesgo de sobreexplotación y, por esta razón, la necesidad de crear titularidades privativas para su aprovechamiento. Nos referimos al aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera, los ríos, puertos y caminos (estos últimos como vías de comunicación).

Esta concepción muta y, como puntualiza Míguez,

[l]a visión de un mundo orgánico, basado en el colectivismo agrario y centrado en la noción del estatus cambiará radicalmente durante la transición del feudalismo al capitalismo. La sociedad eminentemente agraria, que confería a la tierra un valor de uso, se sumergirá en una nueva era donde el suelo será apreciado como bien económico primordial que urgirá mejorar y explotar. De esta forma, de una concepción notablemente política, que entendía la señoría sobre la tierra como una relación de reciprocidad –de derechos y deberes mutuos– respecto al grupo de pertenencia, se transitará a una noción que confiere al suelo un mero valor de cambio, entendiendo la titularidad dominical en términos de derechos y relaciones unilaterales (Míguez, 2014, pp. 17-18).

Estos bienes pasan de ser comunales a ser bienes privados o públicos y, en uno u otro caso, lo que prima son las relaciones de propiedad que se generan respecto de ellos. Dejan de ser recursos a los que se tiene acceso abierto para pasar a pertenecer a un sujeto, privado o público.

Como reflexiona Vergara,

[el] poder real, a partir de finales del siglo XV, comienza a asentarse más firmemente, para lo cual los instrumentos jurídicos son muy importantes, sobre todo aquellos tomados del *derecho común*, en cuanto a la figura del Príncipe, y a la consideración patrimonial de la *Corona* (Vergara, 1998, p. 83).

De este modo, en el derecho continental medieval podemos apreciar que las aguas pasan a ser una regalía de la Corona. Posteriormente, la cesión del dominio de la Corona a la nación respondía al afán revolucionario y a las ideas liberales que conferían soberanía al pueblo, y así se plasmó en la ley francesa de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790.

Luego, el elemento subjetivo surgió como el primer signo distintivo de los bienes públicos en la época moderna, en el sentido de que se entendía por tales todos aquellos que estaban atribuidos a un sujeto público. Pero esta atribución, que en doctrina era entregada a la nación, como colectividad soberana que vino a reemplazar a la Corona del *Ancien Regime*, posteriormente se traducirá en ciertos textos legales en la incardinación en una entidad pública, principalmente el Estado (o las Administraciones Públicas). Aunque no siempre fue de este modo, si atendemos el tenor de la ley francesa ya citada, que asignó a la nación los bienes que antes correspondían a la Corona. De ahí la denominación inicial de “bienes nacionales”, tendencia que bien respondía a la noción romana que concedía la titularidad de los bienes públicos al pueblo, al *Populum Romanus*, calificándolos especialmente por su nota del destino a un uso público, a efectos de distinguirlos de las *res fisci* y de las *res omnia communis* (Celume, 2013, pp. 147-149).

De ahí la calificación de las aguas como bienes nacionales de uso público en el derecho chileno, que han sido asignadas a la nación toda. Para comprender el tratamiento que el legislador chileno otorga a las aguas, debemos partir de la idea de que, al menos en Chile, el punto neurálgico del tratamiento normativo de estas arranca de su consideración como bienes públicos, también denominados “bienes nacionales de uso público” por parte del ordenamiento jurídico chileno.

Esta relación entre la nación y el recurso no es de tipo patrimonial, ya que “nación” no comporta las características de una persona jurídica y, como bien aclara Cordero,

[l]a interpretación sistemática de diversas normas contenidas en el CCCh (a la que se agrega con posterioridad un precepto constitucional especial), nos llevan a sostener que este vínculo no es reconducible al derecho de propiedad, pues su régimen jurídico se caracteriza por la inalienabilidad e imprescriptibilidad, lo que los deja fuera del régimen de apropiabilidad y es totalmente incompatible con el concepto de propiedad o dominio que el propio CCCh se encarga de definir (Cordero, 2019, p. 104).

En otras palabras, las notas que caracterizan los bienes nacionales de uso público parten del supuesto de la insusceptibilidad de apropiación (sea esta pública o privada) y su acceso universal, calificado por la utilidad pública despreciando todo tipo de titularidad.

La diferencia entre un bien nacional de uso público y un recurso común estriba en que respecto de este último no hay asignada una “pertenencia”, mientras que los bienes nacionales de uso público pertenecen a la nación. Pero la pertenencia no alude a un vínculo dominical, porque la nación es un concepto meramente político. A nivel doctrinario y bajo una concepción filosófica de los bienes comunes, Mattei reflexiona que

[r]estituir, pues, dignidad política y cultural a los bienes comunes, supone fundar el discurso político y jurídico en otra realidad: la de un mundo y una naturaleza que no pueden “pertenecer” solo a alguien, sino que deben ser compartidos y accesibles a todos (Mattei, 2011, p. 63).

Bajo esta concepción, habría que erradicar la pertenencia de las aguas a la nación. Ello nos parece discutible, ya que, como hemos argumentado antes, este vínculo no es de propiedad y lo que determina el régimen público de las aguas es su acceso universal.

Situando el concepto de los bienes comunes como una categoría que va más allá de la relación persona-bienes, Maddalena sostiene que “[...] la atención prestada a los bienes comunes no se resuelve enteramente en la construcción de una nueva categoría de bienes [...]” (Maddalena, 2014, p. 15). Lo que conviene es justamente lo contrario, es decir, aceptar que los bienes nacionales de uso público se comportan como bienes comunes en cuanto “son comunes aquellos bienes –cosas que pueden ser objeto de derechos– *accesibles a todos*” (Mattei, 2011, p. 92). Podemos apreciar que el criterio que guía a los recursos comunes es el acceso universal, acceso que, respecto de los aprovechamientos no extractivos y los usos mínimos del agua, ya se encuentra reconocido (artículo 20, inciso segundo, del Código de Aguas). En este sentido y siguiendo esta premisa, lo que se plantea en este caso es no cambiar la naturaleza jurídica de las aguas, porque su actual connotación pública (como bienes nacionales de uso público) resuelve adecuadamente su inapropiabilidad y se cumple su finalidad de quedar dispuestos para el uso público de los administrados, sin perjuicio de que su pertenencia esté asignada a la nación toda.

Respecto del acceso universal, conviene hacer una distinción. Las aguas constituyen un recurso escaso y confluyen en ella tanto aprovechamientos extractivos como no

extractivos. Los aprovechamientos no extractivos que se realizan en una fuente natural no provocan congestión (bañarse, contemplar el agua, pescar). Sin embargo, cualquier aprovechamiento extractivo (consumo de agua potable, uso del agua para la agricultura, para la minería, etc.) produce congestión y si este no es regulado mediante un medio de acceso restringido, conducirá a la sobreexplotación de la fuente de abastecimiento. Por ello, Hardin se pregunta “¿Qué debemos hacer? Tenemos varias opciones. Podemos venderlos como propiedad privada. Podemos mantenerlos como propiedad pública, pero asignando adecuadamente quién ha de entrar [...] o consentir la destrucción de nuestros recursos comunes [...]” (Hardin, 2005, p.). Si bien esta teoría solo parte de la base de un comportamiento individual y en el que no hay comunicación entre los agentes lo cierto es que, como indica Castilla,

[e]fectivamente, existe una casuística extensa en el mundo en la que esto ha ocurrido y continúa ocurriendo, y por ello la tragedia de los recursos de uso común no es un mito, sino parte de una realidad. Sin embargo, no es menos cierto que en el mundo real del uso y cuidado de los recursos de uso común existen también aproximaciones de colaboración, comunitarias y de acciones colectivas entre los usuarios (Castilla, 2015, p. 67).

Ello nos conduce a una tercera vía, la de la gestión de los recursos comunes por parte de sus usuarios, teoría desarrollada por Elinor Ostrom que indica que “[a] pesar de que este no es un sistema de propiedad privada, los derechos para utilizar[los] y las obligaciones para respetarlos están bien definidos” (2000, p. 71). Para Ostrom los recursos comunes deben ser gestionados por sus propios usuarios y, para ello, son estos los que establecen tanto las reglas de acceso como las de aprovechamiento del recurso. Pero deben existir reglas, las que crean derechos definidos en favor de las personas y que permiten excluir a aquel que no tiene un derecho de acceso. En otras palabras, un recurso común requiere para ser explotado eficientemente reglas que determinen derechos privativos, sea que estas reglas provengan del Estado o de los particulares. De lo contrario, el recurso común queda expuesto a su tragedia.

En suma, creemos que la inapropiabilidad y la in comerciabilidad de las aguas queda suficientemente bien amparada bajo la lógica de los bienes nacionales de uso público. En este mismo sentido, sostenemos que, al ser los bienes nacionales de uso público pertenencia de todos los habitantes de la nación, las aguas no quedan sometidas a un estatuto de propiedad. La teoría de los bienes comunes implica erradicar la lógica de la propiedad de las cosas comunes, cuestión que a nuestro juicio ya opera respecto de los bienes nacionales de uso público. Además, sostener que se trata de un bien natural común implica adoptar una categoría que no se condice con la tradición histórica y evolución de los bienes públicos en Chile. Por último, los recursos comunes están expuestos a su tragedia. Independientemente de la forma en que se pretendan gestionar, lo cierto es que para el caso en que se requieran realizar aprovechamientos extractivos de las aguas, debe configurarse un medio de exclusión, de lo contrario, dicho recurso está llamado a su ruina.

III. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO TÍTULO JUSTIFICANTE PARA ACCEDER A LA EXPLORACIÓN O EXPLOTACIÓN DE LAS AGUAS

Actualmente y desde la entrada en vigencia del Código Civil en 1857, las aguas no son susceptibles de apropiación privada. El ordenamiento jurídico las ha conceptualizado como bienes nacionales de uso público y las notas de la insusceptibilidad de apropiación y su intransferibilidad han integrado este concepto³. Sin perjuicio de ello, se pueden crear derechos de aprovechamiento mediante el ejercicio de la técnica concesional. Como expresa Vergara,

[...] si bien es claro que los bienes de dominio público, por efecto de la inalienabilidad, están fuera del tráfico jurídico, pero –nótese– fuera del tráfico jurídico privado, existe, al lado de este, un comercio jurídico público, ante el que opera el derecho real administrativo, el cual en ningún caso choca en contra de la afectación del dominio público (ni contra su inalienabilidad, por tanto); mas, por el contrario, son perfectamente compatibles, a través de un preciso título administrativo: la concesión (Vergara, 1992, p. 327).

Lo que pretende la norma propuesta es evitar la creación de derechos de aprovechamiento de aguas emanados de un acto concesional y solo permitir un acceso “limitado” al recurso por medio de autorizaciones administrativas. Sin embargo, como esclarece Arancibia,

[...] tanto la autorización como la concesión son actos administrativos de objeto declarativo que producen un efecto constitutivo *ope legis* [...]. En otras palabras, la declaración de un sujeto como “autorizado” o “concesionario” es apta para crear o constituir derechos u obligaciones legales específicos eventualmente precisados por actos administrativos. Por tanto, autorización y concesión son tan declarativas como constitutivas (Arancibia, 2020, pp. 27-28).

Con ello se quiere significar que ambas técnicas administrativas constituyen títulos a los administrados, los que quedan protegidos por el estatuto constitucional del derecho de propiedad, al tratarse de derechos incorporales. En este sentido, Fuentes indica que “al hablar de propiedad sobre bienes incorporales se alude a la protección de la titularidad de derechos de carácter patrimonial” (Fuentes, 2012, p. 548).

Ahora bien, para Arancibia, autorización y concesión se diferencian en que

³ Ahora bien, estos bienes como dijimos con anterioridad están dispuestos para el uso público, es decir, se han conceptualizado con el objeto de crear un acceso de los administrados a ellos. Este acceso puede ser abierto (toda vez que se refiera a usos no extractivos) o un aprovechamiento concesional, mediante la creación de titularidades privativas para acceder al recurso (toda vez que se trate de usos extractivos). La lógica que hay detrás de los bienes públicos es que estos puedan ser aprovechados por los particulares.

[...] la declaración autorizatoria produce la constitución de un derecho o interés legal reclamable al Estado de ejercer un derecho preexistente, sin perjuicio de los deberes legales anejos. La declaración concesional, en cambio, es apta para la constitución de un derecho legal sobre bienes nacionales o estatales, o de un gravamen legal respecto de actividades de titularidad estatal, sin perjuicio de la constitución de deberes o derechos legales recíprocos (Arancibia, 2020, p. 29).

Atendiendo a esta diferencia, podemos señalar que el título habilitante para aprovechar las aguas es aquel que deriva de una concesión, ya que no existe un derecho preexistente para “aprovechar el recurso hídrico”. El procedimiento concesional produce como efecto la creación *ex novo* de un derecho de aprovechamiento.

En consecuencia, existe en la propuesta constitucional un error dogmático que confunde concesión con autorización o licencia. En palabras de Fuentes “[...] la concesión es un acto creador de derechos inexistentes y la autorización un acto permisivo del ejercicio de un derecho preexistente. La primera es un acto constitutivo, la segunda un acto removedor de límites jurídicos” (Fuentes, 2012, p. 556).

Más allá de la confusión conceptual de la propuesta constitucional, conviene señalar que un derecho concesional puede estar restringido, limitado o condicionado. La lógica concesional bajo la cual se crea un derecho podrá disponer que un derecho nacido de un procedimiento concesional sea limitado en el tiempo, es decir, que tenga una duración predeterminada y que sea susceptible de caducar o de extinguirse si se verifican determinadas circunstancias de hecho que lo permitan. Con ello no se quiere señalar que no quedará protegido bajo la órbita del derecho de propiedad, ya que todas las cosas incorporales de carácter patrimonial lo están, sino que su configuración es variable y siempre dependerá de la finalidad de la publicación.

No se aprecia, jurídicamente, ningún motivo para alterar la calificación jurídica del instrumento para acceder al aprovechamiento de las aguas denominado concesión.

IV. ACERCA DE LA DESPROPIETARIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

A este respecto, sostenemos que la actual propietarioarización del derecho de aprovechamiento de aguas implica el sometimiento de la titularidad del derecho al estatuto de la propiedad constitucionalmente garantizada. Esta reconducción supone, en primer término, la aplicación al derecho particular para aprovechar las aguas de todo el régimen jurídico que a la propiedad corresponde⁴.

⁴ Este fenómeno singular ya tenía origen en el artículo 583 CC, aunque para una finalidad completamente diferente. Aquel dispone que “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”, de lo que resulta que la técnica de la propietarioarización había sido usualmente empleada por parte del derecho común chileno a efectos de reconducir, al menos, los derechos reales al estatuto jurídico del dominio (para su adquisición, conservación y pérdida).

La aplicación del régimen constitucional de la propiedad privada, como garantía protectora del derecho de aprovechamiento de las aguas, pretende revestir este último de la máxima protección frente a los actos de los particulares y de la Administración, y queda el derecho así cubierto con las herramientas jurídicas más sólidas para hacer frente a cualquier decisión administrativa que tenga por objeto conculcarlo o abolirlo. En consecuencia, mediante la técnica de la propietarización, la Constitución Política pretende disponer de una reserva legal en lo relativo a la adquisición, facultades, limitaciones y obligaciones del dominio en virtud de la función social de la propiedad (artículo 19, número 24); la regulación de las causales, procedimiento e indemnización para el caso de expropiación (artículo 19, número 24); prevenir los abusos de la Administración y de los particulares, confiriendo la posibilidad de ejercer la acción de protección (artículo 20), y la protección del derecho en su esencia (artículo 19, número 26) (Celume, 2021).

Creemos que el uso privativo de los bienes nacionales de uso público naturalmente se verifica por medio de la concesión. Como sostiene Pardo,

[s]u naturaleza es la de un derecho, que se otorga mediante una concesión, excluyente de cualquier uso o intervención de un tercero incompatible con él. Al tratarse de un derecho exclusivo y excluyente, oponible por tanto con carácter general (*erga omnes*), que recae sobre un bien (*res*), tiene unánimemente reconocida la naturaleza de derecho real (Pardo, 2011, p. 529).

Por ser un derecho real con contenido patrimonial, este ingresa al patrimonio de su titular y por ser cosa incorporal queda naturalmente protegido por la garantía constitucional de la propiedad. Por ello, para algunos autores, la constatación específica de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento (artículo 19, numeral 24, inciso final) no era necesaria. En este sentido Guzmán enfatiza que

[...] al igual que en el caso de los derechos mineros, el precepto es totalmente superfluo. La propiedad de los derechos de aguas, en efecto, asimismo ya queda garantizada por el inc. 1, [del artículo 19, numeral 24, de la Constitución Política] pues de nuevo estamos en presencia de bienes incorporales (Guzmán, 2006, p. 258).

Sin embargo, las propuestas constitucionales eliminan la posibilidad de otorgarle amparo constitucional de la propiedad a los derechos de aprovechamiento, aun entendiendo que se trata de cosas incorporales. La única protección posible que tendrán estas titularidades es aquella que determine la ley. Podemos señalar que los límites constitucionales actuales que tiene el legislador para regular las garantías (artículo 19, numeral 26, Constitución Política) se eliminan bajo estos supuestos. Así, el núcleo esencial del derecho de aprovechamiento no quedará amparado frente al arbitrio del legislador.

Bajo la actual protección constitucional, el legislador, fundado en la función social de la propiedad, ha podido establecer limitaciones y restricciones al derecho de aprovechamiento. A este respecto, conviene señalar que la Ley Nº 21.435 establece no solo una duración temporal del derecho de aprovechamiento, sino que también causales de

caducidad y de extinción para él. Es oportuno mencionar que, en virtud del artículo 1° transitorio del proyecto de reforma del Código de Aguas, tanto los derechos antiguos como los nuevos serán susceptibles de extinguirse por su no uso o de caducar por su falta de inscripción conservatoria, aunque los derechos de aprovechamiento antiguos mantendrán su carácter de indefinidos (no estarán sujetos a duración temporal). En otras palabras, la propietarización del derecho de aprovechamiento de aguas no ha impedido que el legislador introduzca profundas limitaciones en su configuración y restricciones a su ejercicio, relevando la función ecológica y social de las aguas⁵. En consecuencia, no existen argumentos suficientes para justificar la pérdida de la atribución dominical del derecho para los fines considerados por la propuesta.

V. CARACTERÍSTICAS ACTUALES DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Efectivamente, el derecho de aprovechamiento de aguas se ha revestido de caracteres que lo asemejan al derecho de propiedad. Se trata de una titularidad definida de manera abstracta (no afectada por su destino), establecida de forma autónoma (independiente de la propiedad raíz), exclusiva y permanente, ejercitable, perpetua, no sujeta a condiciones y de contenido eminentemente patrimonial (Celume, 2013, pp. 258-278).

Lo anterior se debe a que el objetivo de la publicación de las aguas de los años ochenta pretendió que estos derechos se subsumieran en la lógica de un mercado de aguas. La finalidad de ese mercado era conseguir que los usos de las aguas se reasignaran al de mayor valor. Como veremos, esta finalidad ha ido mutando y, hoy por hoy, con la aprobación de la reforma del Código de Aguas propiciada por la Ley N° 21.435, podemos sostener que los objetivos perseguidos con las propuestas constitucionales se encuentran en los términos que se explicarán a continuación.

(i) *Caudal mínimo para mantener los ecosistemas*

A partir del 2005, en virtud de la reforma introducida por la Ley N° 20.017, se incorporaron en el ordenamiento jurídico chileno diversas normas que fueron restringiendo el derecho de aprovechamiento. Una de ellas, tal vez la más importante, fue la introducción del “caudal ecológico”, el que limita los derechos de aprovechamiento superficiales que

⁵ Para Pardo (2011, p. 502), “[e]stos bienes que integran el dominio público natural se han visto extraordinariamente revalorizados –y, en consecuencia, su protección reforzada– por las muy relevantes funciones que cumplen en la actualidad. Esas funciones son esencialmente dos: La primera es la función estrictamente ecológica que muchos de esos bienes cumplen al tratarse de genuinos recursos naturales con un protagonismo fundamental en el desarrollo de los procesos ecológicos esenciales. La segunda función que cumplen se podría caracterizar como función socioambiental, puesto que muchos de estos bienes del dominio público natural están abiertos a un uso público, accesible a cualquier persona, para el contacto con la naturaleza y su disfrute, también como medio de esparcimiento, que tiene una importancia muy destacada en la sociedad postindustrial en la que vivimos”.

se otorgaron a partir de dicha fecha con fines de protección ambiental⁶. Esta limitación se puede definir como una “técnica mediante la que se persigue el mantenimiento de una corriente circulante mínima en los ríos” (Caro-Patón, 2007, p. 307). En otras palabras, se trata de una técnica de intervención utilizada por la Administración para la determinación de un máximo de caudal para ser puesto a disposición de los particulares para el aprovechamiento (extractivo) de las aguas y dejar el remanente en el propio caudal con el fin de velar por la preservación medioambiental (Celume, 2013, p. 314). El derecho de aprovechamiento, en virtud del caudal ecológico, deja de ser una titularidad exenta de obligaciones medioambientales.

Hoy por hoy, en virtud de la reforma introducida en el Código de Aguas por la Ley Nº 21.435, este caudal ecológico se extiende no solo a los derechos que se vayan a otorgar sino también a los derechos otorgados. En este sentido, se incorpora una norma al artículo 129 bis 1 del Código de Aguas que dispone que extiende el caudal ecológico mínimo a

[a]quellos derechos existentes en las áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, como los parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, los humedales de importancia internacional y los sitios prioritarios de primera prioridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la Dirección General de Aguas siempre podrá establecer, en el nuevo punto de extracción, un caudal ecológico mínimo en la resolución que autorice el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales. Podrá, a su vez, en su calidad de organismo sectorial con competencia ambiental y en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, proponer un caudal ecológico mínimo o uno superior al mínimo establecido en el momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales en aquellos casos en que estos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294. Con todo, la resolución de calificación ambiental no podrá establecer un caudal ambiental inferior al caudal ecológico mínimo definido por la Dirección General de Aguas.

(ii) *Uso específico de las aguas*

Respecto de la necesidad de que los derechos de aprovechamiento sean otorgados conforme a un uso específico, podemos indicar que la Ley Nº 21.435 se hace cargo de esa inquietud al crear las concesiones destinadas al consumo humano y al saneamiento. Estos derechos quedan condicionados al disponerse en el nuevo artículo 5º bis que

⁶ Así, el artículo 129 bis 1, inciso primero, del Código de Aguas dispone que “Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial”.

[C]uando se concedan derechos de agua para el consumo humano y el saneamiento, solo podrá utilizarse dicha agua para fines distintos en la medida que se destinen a un uso no consuntivo y prevalezca la preferencia del consumo humano y el saneamiento.

Como se puede apreciar, la nueva legislación de aguas distingue las concesiones productivas de aquellas destinadas para el consumo humano. Una consideración similar se efectúa respecto de los derechos no extractivos de las aguas. En este sentido el nuevo texto señala en el artículo 129 bis 1 A que

[A]l solicitarse un derecho de aprovechamiento de aguas o mientras se tramita dicha solicitud, el titular podrá declarar que las aguas serán aprovechadas en su propia fuente sin requerirse su extracción, ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo.

Estos derechos, al igual que aquellos destinados al consumo humano, no pueden cambiar su uso, so pena de pagar la patente por no uso de las aguas, es decir, están destinados a un uso específico.

(iii) *Derechos temporales*

En cuanto a la temporalidad del derecho de aprovechamiento, la reforma al Código de Aguas de 2022 es explícita en disponer en el artículo 6º, que

[E]l derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley.

El derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años, el cual se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el derecho de aprovechamiento deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada.

Si bien su prórroga será automática (y podrá realizarse anticipadamente), el derecho de aprovechamiento quedará siempre sujeto a una revisión por parte de la Administración, la que podrá siempre reevaluar la disponibilidad de la fuente o la sustentabilidad del acuífero cada 30 años. Conviene destacar que, en la legislación comparada, como es el caso de España, las concesiones tienen una duración de hasta 75 años⁷. En el caso

⁷ El Artículo 134 letra a) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas española dispone que “El plazo de la concesión para la construcción y explotación o solamente la explotación de las obras hidráulicas será el previsto en cada

chileno la duración temporal del derecho de aprovechamiento es más reducida, lo que permitirá hacer la revisión de la concesión con bastante frecuencia.

(iv) Derechos susceptibles de extinguirse

Las características del derecho de aprovechamiento también han variado sustancialmente con la Ley Nº 21.435. En este sentido, tanto los derechos de aprovechamiento ya otorgados como los nuevos derechos serán susceptibles de extinguirse en caso de que no se haga un uso efectivo de las aguas. La reforma dispone en el artículo 6º bis que

[L]os derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9º. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos el plazo de extinción será de cinco años, y en el caso de aquellos de carácter no consuntivos será de diez años. Estos plazos de extinción comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 bis 7º. A este procedimiento de extinción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 134 bis.

Por su parte, en el caso de los derechos ya constituidos, la reforma dispone en los artículos 129 bis 4 y 5 que

[E]l titular de un derecho de aprovechamiento constituido con anterioridad a la publicación de esta ley que no haya construido las obras descritas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, habiendo transcurrido diez años [si es un derecho no consuntivo y cinco años si es un derecho consuntivo] contados desde dicha fecha de publicación, quedará afecto a la extinción de su derecho de aprovechamiento en aquella parte no efectivamente utilizada, de conformidad con las disposiciones y las suspensiones señaladas en el artículo 6 bis y sujeto al procedimiento descrito en el artículo 134 bis.

De esta forma el uso efectivo de las aguas ha pasado a ser uno de los pilares en los que se sustenta la reforma del Código de Aguas. El uso efectivo constituye un bastión en contra de la tenencia ociosa de los derechos y su acaparamiento. Se trata, en definitiva, de que el concesionario de las aguas tenga construidas las obras suficientes y aptas para hacer uso de su derecho de aprovechamiento, de lo contrario, su derecho se verá expuesto a extinguirse.

pliego de cláusulas administrativas particulares para lo que se tendrá en cuenta la naturaleza de las obras y la inversión a realizar, sin que pueda exceder en ningún caso de 75 años”.

(v) *Priorización del uso para el consumo humano y el saneamiento*

La reforma al Código de Aguas contempla una verdadera priorización para el consumo humano al eximirlo del mecanismo de remate creado para los demás usos productivos. En este sentido, se incorpora un inciso final al artículo 142 el que dispone:

[E]l procedimiento de remate de que dan cuenta los incisos anteriores no podrá aplicarse en los casos en que las solicitudes presentadas se refieran a los usos de la función de subsistencia. La preferencia para la constitución de los derechos de aprovechamiento originados en dichas solicitudes se aplicará teniendo en consideración la relación existente entre el caudal solicitado y el uso equivalente, respecto de una misma persona, de conformidad con la normativa en vigor.

Por su parte, la reforma también contiene normas específicas de protección de los usos ecosistémicos de las aguas. A este respecto, conviene destacar la disposición que permite a la Administración reservar aguas con esta finalidad, la que dispone que “Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 bis” (artículo 5° ter). Las reservas de agua también han sido modificadas por la reforma del Código de Aguas, al permitir al Estado reservar aguas disponibles sin que sea necesario que exista una solicitud pendiente que denegar. Se sustituye el inciso tercero, primera parte, del artículo 147 bis por el que dispone que

[A]simismo, cuando sea necesario reservar el recurso para satisfacer los usos de la función de subsistencia o para fines de preservación ecosistémica, de conformidad con el artículo 5 ter, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, previo informe de la Dirección General de Aguas, reservar el recurso hídrico.

La reforma al Código de Aguas crea una priorización efectiva para el consumo humano frente a las demás solicitudes de derechos de aprovechamiento. Además, brinda mayor protección a los usos de la función ecosistémica al permitir la creación de reservas estatales y extender el caudal ecológico a los derechos otorgados en los supuestos previstos. La propuesta constitucional, en cambio, no establece una adecuada priorización ni una prelación de usos. Además, intenta, sin fundamentos, precarizar el estatuto concesional reconociendo la existencia de autorizaciones para aprovechar el agua (punto explicado en el apartado 1.3.1 anterior). La reforma del Código de Aguas contiene los cambios propuestos por los convencionales constituyentes. Es más, esta reforma crea una verdadera priorización del uso de las aguas y una real protección de los usos ecosistémicos que estas proveen. Además, configura un derecho de aprovechamiento sujeto a restricciones y limitaciones muy intensas. No se ven motivos plausibles para debilitar la configuración del derecho de aprovechamiento si este, en virtud de la reforma al Código de Aguas, va a sujetarse a estas modificaciones.

VI. CONCLUSIONES

Los bienes nacionales de uso público se caracterizan por su inapropiabilidad y su consecuente in comerciabilidad. Están dispuestos para el uso público de los administrados. Su regulación constitucional parte de la base de una “antigarantía” por cuanto están al margen de la lógica de la apropiación.

La connotación pública de las aguas satisface el requerimiento de la insusceptibilidad de apropiación. No se verifican motivos plausibles para modificar el actual régimen por el de recurso común natural. Los recursos comunes se fundan en la lógica de la exclusión de la relación persona-bienes y suponen la exclusión de la propiedad sobre los recursos. Esta condición, la insusceptibilidad de apropiación de las aguas, se satisface mediante su configuración como bien nacional de uso público.

La *publicatio* o publicación de los bienes nacionales de uso público se sustenta sobre la base del elemento teleológico o finalista. El estudio del dominio público en Chile prescinde del vínculo subjetivo o patrimonial. La nación no es dueña de las aguas, lo que ocurre es que el Estado interviene regulándolas para satisfacer el interés nacional que justifica su publicación. Esta justificación puede ir variando y por ello es por lo que mutan o se modifican los supuestos que justifican la *publicatio*. No se avizoran motivos para sustituir la consideración de las aguas como bienes nacionales de uso público por bienes de dominio público.

El título para aprovechar las aguas lo constituye un derecho de aprovechamiento nacido de un proceso concesional. La “concesión” es el instrumento jurídico que habilita a la Administración para crear *ex novo* un derecho, que no era preexistente, con la finalidad de que ingrese al patrimonio de su titular. La autorización, si bien es constitutiva y declarativa, supone la existencia de un derecho preexistente.

La propiedad sobre el derecho de aprovechamiento se ha articulado como un medio para protegerlo mediante el establecimiento de una reserva legal para imponerle limitaciones u obligaciones basadas en la función social de la propiedad. Dicha protección se ha estatuido, asimismo, para proteger el núcleo esencial de este derecho. Sin embargo, ello no ha obstado para que la configuración de tal derecho haya variado a medida que cambia la finalidad de la publicación.

REFERENCIAS

- ARANCIBIA, J. (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5-36.
- CARO-PATÓN, I. (2007). Caudal ecológico. En *Diccionario de Derecho de Aguas* (pp. 307-322). Madrid: Iustel.
- CASTILLA, J. C. (2015). Tragedia de los recursos de uso común y ética ambiental responsable frente al calentamiento global. *Acta Bioethica* (21), 65-71.
- CELUME, T. (2013). *Régimen público de las aguas*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

- CELUME, T. (2021). Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación. *Revista Chilena de Derecho Privado* (37), 15-58.
- CELUME, T. Y GOLDENBERG, JUAN LUIS (2021). El libre acceso a las aguas del mar: una aproximación a su calificación jurídica y económica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 131-156.
- CORDERO, E. (2019). *Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FUENTES, J. (2012). Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (38), 543-571.
- GUZMÁN, A. (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HARDIN, G. (2005). La tragedia de los comunes. *Polis Revista de la Universidad Bolivariana*, 4(10), 0
- MADDALENA, P. (2014). *Il territorio bene comune degli italiani*. Roma: Donzelli Editore.
- MATTEI, U. (2011). *Recursos Comunes*. Madrid: Editorial Trotta.
- MÍGUEZ, R. (2014). De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho* 41(1), 7-36.
- MONTT, S. (2002). *El dominio público*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- OSTROM, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- PARDO, J. (2011). *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- VERGARA, A. (1992). *Principios y sistema del Derecho minero*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA, A. (1998). *Derecho de Aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 2022

*José Maximiliano Rivera Restrepo**

RESUMEN

Se trata, en esta breve investigación, de revisar críticamente el texto propuesto por la Convención Constitucional, como Constitución Política de la República de 2022, en lo que se refiere a la incorporación, en dos de sus disposiciones, del concepto de “autonomía progresiva”. Para ello se analizará dicho concepto, en el derecho chileno y español, estableciendo con precisión su radio de competencia. Asimismo, se incorporarán algunas sentencias nacionales que lo han utilizado para justificar sus decisiones. Finalmente, se trata de revisar críticamente en qué medida es relevante la incorporación de la autonomía progresiva en la Propuesta de Constitución Política de la República de 2022.

Palabras claves: Constitución Política, autonomía progresiva, infancia, interés superior del menor.

1. PRESENTACIÓN

Es indudable que los menores, sean niños, niñas o adolescentes, requieren de una protección especial por parte del ordenamiento jurídico para lograr su bienestar y desarrollo de su personalidad, de manera libre y armoniosa¹. Así, la Convención de los Derechos del Niño significó un notable avance en el reconocimiento del niño, niña o adolescente como sujeto de derechos². En este sentido, el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño establece que: “(...) 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra

* Doctor en Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil. Universidad San Sebastián. jose.rivera@uss.cl

¹ Confróntese: Campos, 2009, p. 352; Rivera y Huerta, 2022, p. 8.

² Confróntese: Gómez de la Torre, 2018, p. 118; Viola, 2012, p. 82.

condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. **2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares**³. Por su parte, el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño dispone lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”⁴.

Aun cuando la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) no emplea la frase “autonomía progresiva”, es posible indicar que la reconoce en su artículo 5, que dispone lo siguiente: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, **en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención**”⁵.

A nivel legal, si bien el Código Civil no emplea –al igual que la CDN–, la frase “autonomía progresiva”, a diferencia de la noción de “interés superior” (en los artículos 222, 225, 225-2, 226, 229 y 242)⁶. Aun cuando, como se revisará más adelante, existen varios cuerpos normativos (legales y reglamentarios) que han incorporado la noción de “autonomía progresiva”. Por tanto, el primer apunte que merece la incorporación de dicho concepto en el Proyecto de Constitución Política, resulta interesante.

En definitiva, se trata de revisar sucintamente el concepto de “autonomía progresiva” y sus implicancias en el derecho de familia y de la infancia. Asimismo, se pretende identificar las materias específicas en que tendría incidencia el reconocimiento constitucional de la noción de autonomía progresiva. Para ello se revisará el concepto de la misma, en la doctrina nacional y española, como asimismo en la jurisprudencia, también desde el punto de vista comparado. Luego, tratar de construir una nómina –no taxativa– de materias en las que podría interactuar la autonomía progresiva, toda vez que en nuestro sistema jurídico no existe una “falta sistémica en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación con claro y nítido enfoque de derechos de la niñez”⁷.

Se debe adelantar que, la inclusión de la “autonomía progresiva”, se produce en dos normas del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 (artículos 26 Nº 2 y 41 Nº 2). El artículo 26 Nº 1 y 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de

³ Las negrillas son mías.

⁴ Las negrillas son mías.

Al respecto, véase: Alarcón, 2015, p. 48; Céspedes, 2012, p. 262; Espada, 2015, p. 48.

⁵ Las negrillas y el subrayado son míos.

⁶ La Ley Nº 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, de 5 de octubre de 1962, recepciona la noción de “interés superior” en sus artículos 7 y 12.

⁷ Confróntese: Ravetllat, 2020, p. 294.

2022 dispone que: “Artículo 26. 1. Niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile. 2. **El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva**, su desarrollo integral y su derecho a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten, en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria y social”⁸. Esto es, el Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 incorpora las nociones de “interés superior” (del menor) y “autonomía progresiva”. Por su parte, el artículo 41 N° 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 establece que: “Artículo 41. (...) 2. Esta (el numeral 1 se refiere a la libertad de enseñanza y al deber del Estado de respetarla) comprende la libertad de madres, padres, apoderadas, apoderados y tutores legales a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y **la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes** (...)”⁹.

En definitiva, interesa establecer en qué aspectos específicos del derecho de familia y de la infancia pudieran influir estas normas, en caso de ser aprobada la Propuesta de Constitución Política de la República de 2022 presentada el pasado 4 de julio, así como la importancia del reconocimiento de esta noción en la Carta Fundamental.

2. CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

Se entiende por “autonomía o capacidad progresiva”¹⁰, aquel principio rector de las relaciones jurídicas en que se encuentre involucrada una persona incapaz, particularmente un niño, niña o adolescente, que supone la autodeterminación del menor para ejecutar o celebrar por sí mismo, actos y negocios jurídicos o emitir su voluntad con consecuencias jurídicas, de acuerdo con su grado de madurez y facultades¹¹. En este mismo sentido, conviene citar lo dispuesto en el artículo 5, letra f) de la Ley N° 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 10 de diciembre de 2018, que define al principio de autonomía progresiva en los siguientes términos: “Principios relativos al derecho a la identidad de género. El derecho

⁸ Las negrillas son mías.

⁹ Las negrillas son mías.

¹⁰ Confróntese: Ávila, 2019, p. 10.

¹¹ En este sentido, véase: Barcia, 2018, pp. 469-512; Estrada, 2015, pp. 168 y ss.; Fernández, 2017, pp. 171 ss.; Ferrero y De Andrea, 2020, pp. 431-439; Nieto, 2020, pp. 91-117; Ochoa, 2019, pp. 125-137; Parra y Ravetllat, 2020, p. 222; Ravetllat, 2018, p. 422; Vargas y Correa, 2011, p. 181; Venegas, 2010, pp. 35 y ss.

En este sentido, Montejo señala que “El concepto de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes es elemento clave para comprender la necesidad de una mayor precisión sobre el carácter transitorio y relativo –solo por un tiempo, solo para algunas actuaciones– de la ‘incapacidad de ejercicio’ de la infancia”. Montejo, 2021, p. 142.

Al respecto, véase: Pérez de la Plaza, 2003, p. 40.

a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios: **f. Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez**¹². Por su parte, Couso señala que “El principio de autonomía progresiva de los niños, asociado a esta facultad de aparecer en ciertos casos ‘renunciando’ a sus derechos, ejerciéndolos (solo) cuando y como quiera, se traduce en conferirles progresivamente cada vez un mayor protagonismo en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias”¹³.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional ROL Nº 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, establece que: “Séptimo. Este derecho preferente a educar a sus hijos y conducirlos progresivamente en su camino hacia la adultez se ve relativizado al punto de afectar su esencia (artículo 19, Nº 26°). Se constata en el Proyecto una juridificación de las relaciones de una madre y/o padre con sus hijos. Hay un cambio de orientación. La educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles. **Nadie discute que, a veces, lamentablemente, debe recurrirse a la justicia para velar por la protección de los niños.** Sin embargo, bajo la justificación de estar velando por el interés superior del niño se avanza (con sutileza solo en apariencia) hacia la sustitución del rol tutelar de los padres por el del Estado a través del otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su madre o padre. El hermoso deber de los padres de familia de educar a sus hijos está siendo reducido, por medio de la juridificación estatal de la vinculación filial, **a un inferior deber de respeto a una cierta interpretación de autonomía progresiva dictada por terceros** (el Estado en sus distintas facetas). Por esta vía se ve incrementado no solo el poder de los tribunales de justicia (Estado en su faz judicial), sino también la mano cada vez más visible del aparato administrativo del Estado (...)”¹⁴.

Por su parte, la Sentencia de la Corte Suprema ROL Nº 30.526-2020, de 27 de octubre de 2020, dispone lo siguiente: “Primero: Que la ponderación conjunta de los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, sobre la base de los hechos previamente establecidos en la sentencia impugnada, permite concluir que si bien ambos progenitores son aptos para la crianza de sus hijos, A., ha manifestado en diversas oportunidades durante el transcurso del proceso, su interés de permanecer bajo el cuidado de su padre, antecedente relevante atendido el derecho de toda adolescente de ser oída y **del principio de autonomía progresiva**, pues, a sus 14 años de edad, es inconcu-so que ya goza de cierto nivel de autonomía y de capacidad para opinar respecto de aquellos asuntos que le conciernen de manera directa, con un fundamento psicológico y moral que debe ser atendido, máxime si constituye uno de los criterios a considerar según lo estipulado en la letra f) del artículo 225-2 del Código Civil, contando con un criterio formado, entendiendo plenamente las consecuencias de cambiar de lugar de

¹² Las negrillas y el subrayado son míos.

¹³ Couso, 2006, p. 151.

¹⁴ Lo ennegrecido es mío.

residencia, desarrollando argumentos para ello a partir de su propia experiencia de vida, lo que obliga a considerar su parecer para efectos de configurar su interés superior. Segundo: Que, por lo anterior, tomando especialmente en consideración los dichos de A. en las evaluaciones periciales y audiencias reservadas, unido al principio de autonomía progresiva, procede que su cuidado personal lo ejerza el padre, ya que lo anterior permite garantizar su interés superior, atendido que con él se encuentra en un ambiente protegido, con arraigo familiar, debiendo, por tanto, permanecer el régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio, fijado por la sentencia de mérito, que permita mantener la cercanía y afectividad que en la actualidad han desarrollado (...)”¹⁵.

Por su parte, la Sentencia de la Corte Suprema ROL Nº 94.770-2020, de 21 de febrero de 2022, establece que: “Sexto: Que asimismo, no es posible obviar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la Convención de Derechos del Niño, 222 del Código Civil y 16 de la Ley Nº 19.968 que crea los tribunales de familia, la judicatura deberá llevar el proceso con plena consideración del bienestar integral del niño, de tal manera que se favorezca la tutela concreta de sus derechos y con pleno respeto a sus garantías y derechos procesales. Al efecto, resulta gravoso que el tribunal de primera instancia y el de segunda al confirmar la sentencia impugnada, no hayan tomado en consideración la opinión del niño, habida atención de su edad actual y **el principio de autonomía progresiva**. Al no hacerlo, el fallo vulneró lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, lo que también lleva a su invalidación (...)”¹⁶.

La Sentencia de la Corte Suprema ROL Nº 9.433-2020, de 12 de abril de 2021, dispone que: “(...) Sin embargo, la doctrina reconoce una diferencia cuando la víctima del delito de violación es un menor de edad. ‘Así, cuando son menores de catorce años se entiende que no pueden participar en ningún contexto de interacción sexual, por lo que como resulta evidente, la libertad sexual no se expresa en la misma forma que en los adultos. En la medida que gran parte de los contactos con el o la menor resultan criminalizados, su libertad sexual parece verse limitada. Sin embargo, **el Código Penal reconoce algún grado de autonomía progresiva** (...) Así, algunos han afirmado que en el caso de los menores de catorce años lo que hay, en realidad, es una protección de la intangibilidad sexual, esto es, de su exclusión de cualquier forma de contacto sexual’ (...)”¹⁷.

¹⁵ Lo ennegrecido es mío.

¹⁶ Lo ennegrecido es mío.

¹⁷ Lo ennegrecido es mío.

En este mismo sentido, véanse: Sentencia de la Corte Suprema de 14 de mayo de 2018, ROL Nº 39.739-2017; Sentencia de la Corte Suprema de 8 de agosto de 2019, ROL Nº 8.663-2018; Sentencia de la Corte Suprema de 21 de febrero de 2022, ROL Nº 94.770-2020; Sentencia de la Corte Suprema de 26 de mayo de 2020, ROL Nº 21.293-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 27 de octubre de 2020, ROL Nº 30.526-2020; Sentencia de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 2020, ROL Nº 76.403-2020; Sentencia de la Corte Suprema de 18 de junio de 2020, ROL Nº 22.992-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 26 de mayo de 2020, ROL Nº 24.265-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 11 de marzo de 2019, ROL Nº 4.528-2019; Sentencia de la Corte Suprema de 7 de agosto de 2019, ROL Nº 16.324-2018; Sentencia de la Corte Suprema de 11 de julio de 2019, ROL Nº 4.827-2017; Sentencia de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2018, ROL Nº 39.739-2017; Sentencia de la Corte Suprema

La autonomía progresiva exige la concurrencia de algunos elementos: (i) que una persona sea incapaz para ejecutar válidamente actos y actuaciones con consecuencias jurídicas con, a lo menos, un desempeño mínimamente eficaz, incluso pudiendo realizar actos que menoscaben sus derechos, intereses o persona misma; (ii) que la solución tomada tenga por finalidad mejorar las condiciones de vida de la persona incapaz, de acuerdo con libertad y autonomía; y (iii) que la medida aplicada se haya fijado teniendo presente la opinión e intereses de la persona incapaz (del menor)¹⁸. Así, la intervención estatal debe transformarse en un remedio de carácter excepcional¹⁹.

La autonomía progresiva adquiere relevancia cuando interactúa con otro derecho, por ejemplo, con el derecho del menor a ser oído o la libertad de expresión de los menores.

Fue el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño –como se vio–, el que incluyó el concepto de autonomía progresiva, en los siguientes términos: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”²⁰.

La noción de autonomía progresiva se deduce del artículo 5 de la CDN, ya citado, al indicar que “(...) **en consonancia con la evolución de sus facultades** (...)”²¹, y también del artículo 12 CDN, que dispone: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté **en condiciones de formarse un juicio propio** el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, **en función de la edad y madurez del niño**. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial

de 18 de abril de 2017, ROL Nº 70.610-2016; Sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 2016, ROL Nº 35.252-2016.

Asimismo, véanse: Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 2021, ROL Nº 11.820-2021; Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2021, ROL Nº 9.433-2020; Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2018, ROL Nº 5.385-2018.

¹⁸ Confróntese: Couso, 2006, pp. 152-153 y 154.

¹⁹ En este sentido, Gauché y Lovera expresan que “El enfoque patologizante de la identidad de género, en efecto, va de la mano con un acercamiento descuidado al ejercicio de derechos constitucionales de autonomía (o de la personalidad). En efecto, los derechos de autonomía representan una protección jurídicamente demandable de esferas de auto-determinación que pueden tener (como las expresiones de género) como no tener (como la identidad de género) una manifestación fenomenológica. Antes bien, se trata de derechos que buscan ‘habilitar a las personas a tomar control de sus vidas’ (hay nota al pie de página). Por eso es que se ha dicho, acertadamente, que, respecto de los derechos de autonomía como autodeterminación, le está vedado al Estado ‘que intervenga... basándose en que la decisión es adoptada por el sujeto es inaceptable, moralmente autodegradante o contraria a determinados ideales de virtud, excelencia o de salvación’ (hay nota al pie de página)”. Gauché y Lovera Parmo, 2019, p. 373.

Al respecto, véase también: Olivares, 2021, p. 191.

²⁰ Las negrillas son mías.

Confróntese: Roello, 2012, p. 59.

²¹ Confróntese: Couso, 2006, p. 150; Zapico, 2020, p. 160.

Las negrillas son mías.

o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”²².

A nivel legal, en nuestro Derecho, el artículo 7 de la Ley Nº 21.430, de 15 de marzo de 2022, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, define a la autonomía progresiva en los siguientes términos: “Interés superior del niño, niña o adolescente. **El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.** Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado. Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente. Los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente, que exige procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas con los elementos considerados para efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados. Para su determinación, se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes como: a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad. b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiera manifestarla. c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente. d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente. e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico. **f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.** g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos. h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida. i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro”²³.

²² Las negrillas son mías.

²³ Las negrillas son mías.

Por su parte, el artículo 4, inciso 3 de la Ley N° 21.430, también se refiere a la autonomía progresiva en los siguientes términos: “Son también principios rectores de la acción del Servicio, sea que ejerza su función directamente o por medio de terceros, el interés superior del niño, niña o adolescente, la igualdad y no discriminación arbitraria, **la autonomía progresiva**, la perspectiva de género, la inclusión, la protección social y la participación efectiva que se manifestará, entre otras formas, a través del derecho a ser oídos, la libertad de expresión e información, y el derecho de reunión y asociación”²⁴.

Asimismo, el artículo 18, inciso 1 de la Ley N° 21.430, dispone que: “Participación Social. Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a participar plenamente en la vida social, familiar, escolar, científica, cultural, artística, deportiva o recreacional, entre otros, de su entorno, cuando ello sea posible de acuerdo a su **autonomía progresiva**”²⁵.

Por último, el artículo 49, inciso 1 de la Ley N° 21.430, establece lo siguiente: “Libertad personal y ambulatoria. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ejercer su libertad personal y **su autonomía según lo permita su edad, madurez y grado de desarrollo**. Conforme a los mismos criterios, los adolescentes tienen derecho a transitar libremente por el territorio nacional, salvo las restricciones legalmente establecidas. Sus padres y/o madres, sus representantes legales o quienes los tuvieren bajo su cuidado les otorgarán la debida guía y orientación”²⁶.

El artículo 5, letra f) de la Ley N° 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 10 de diciembre de 2018, antes citado, establece que: “Principios relativos al derecho a la identidad de género. El derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios: **f. Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez**”²⁷.

Asimismo, el artículo 3, letra f) de la Ley N° 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, de 11 de mayo de 2021, establece que: “La aplicación de la presente ley se regirá por los siguientes principios: (...) f. El respeto al desarrollo de las facultades de niños, niñas y adolescentes, y **su derecho a la autonomía progresiva y a preservar y desarrollar su identidad**”²⁸. Asimismo, el artículo 9 N° 6 de esta ley dispone que “La persona con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual es titular de los derechos que garantiza la Constitución Política de la República. En especial, esta ley le asegura los siguientes derechos: (...) 6. A que se reconozcan y garanticen sus derechos sexuales y reproductivos, **a ejercerlos dentro del ámbito de su autonomía**, a que le sean garantizadas condiciones de accesibilidad y a recibir apoyo y orientación para su ejercicio, sin discriminación en atención a su

²⁴ Las negrillas son mías.

²⁵ Las negrillas son mías.

²⁶ Las negrillas son mías.

²⁷ Las negrillas son mías.

²⁸ Las negrillas son mías.

Lo ennegrecido corresponde al inciso primero de esta norma.

condición”²⁹. El artículo 19 de esta ley agrega que: “Con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual, los integrantes profesionales y no profesionales del equipo de salud serán responsables de informar a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales sobre cualquier sospecha de irregularidad que implique un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o una limitación indebida de su **autonomía**. El funcionario podrá actuar bajo reserva de identidad y no se considerará que ha incurrido en violación del secreto profesional. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no releva al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persiste”³⁰.

El artículo 11 de la Ley Nº 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, de 5 de enero de 2021, establece que: “**Autonomía progresiva. Todo niño, niña y adolescente, de conformidad al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales.** Durante su proceso de crecimiento los niños, niñas y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras, junto con un aumento paulatino de su capacidad de responsabilización y toma de decisión respecto de aspectos que afectan su vida. El desarrollo y profundización de capacidades que favorecen la autonomía de los niños, niñas y adolescentes se ve afectado, no sólo por la edad, sino también por aspectos culturales y por las experiencias individuales y colectivas que configuran su trayectoria de vida. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protagonistas activos de sus vidas, y para ello requieren **experimentar el balance permanente entre la autonomía para**

²⁹ Las negrillas son mías.

³⁰ Las negrillas son mías.

Respecto de esta norma, el Nº 15 Circular Nº 6 del Ministerio de Salud, que instruye sobre hospitalización involuntaria de personas afectadas por enfermedades mentales dejando sin efecto circular que indica, de 29 de diciembre de 2021, dispone lo siguiente: “(...) 15. Casos de Niños, Niñas y Adolescentes. La ley Nº 21.331 incorpora el reconocimiento de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes (NNA) en su artículo 3 literal f) señalando: ‘El respeto al desarrollo de las facultades de niños, niñas y adolescentes, y su derecho a la autonomía progresiva’ y ‘a preservar y desarrollar su identidad’. Igualmente, introduce una modificación al inciso primero del artículo 10 de la ley Nº 20.584 disponiendo que: ‘todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído respecto de los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que éstos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico’. Sin embargo, señala explícitamente que esta definición es ‘Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes’. Es decir, respecto de la hospitalización psiquiátrica se debe compatibilizar la facultad de los padres o del representante legal para consentir respecto de la realización de la prestación, pero preservando siempre el derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a pronunciarse sobre sus preferencias y a optar entre alternativas terapéuticas tomando en consideración la situación y el desarrollo del NNA (...)”.

el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección. Los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado, deberán prestarles orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos. Es deber del Estado respetar, promover y proteger el ejercicio de este derecho. Con el objeto de pedir información, asesoramiento, orientación o asistencia, pueden dirigirse personalmente, **siempre atendiendo a su edad y estado de madurez**, a los órganos de la Administración del Estado, a las Oficinas Locales de la Niñez, al Ministerio Público o a la Defensoría de los Derechos de la Niñez³¹.

El artículo 6 del Decreto Nº 3, de 29 de agosto de 2019 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el Reglamento del artículo 26, inciso primero de la ley Nº 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, dispone lo siguiente: “Principios que rigen a los programas de acompañamiento profesional. Sea que se ejecuten por el Estado directamente o por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, **son principios rectores de los programas de acompañamiento profesional** el interés superior del niño, su derecho a ser oído, **la autonomía progresiva**, la no patologización, la no discriminación arbitraria, la confidencialidad, la dignidad de trato y el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos (...)”³². Por su parte, el artículo 7, inciso 1 de este decreto agrega que: “Características de los programas de acompañamiento profesional. El acompañamiento que brinden los programas será personalizado, debiendo el equipo profesional que intervenga en el programa de acompañamiento respectivo, respetar los procesos individuales de **cada niño, niña o adolescente**, así como de su grupo familiar. **Para ello, deberá considerar la autonomía progresiva de los primeros**, además de su contexto psicosocial y familiar”³³.

El Considerando Nº 7, letra a) del Decreto Nº 7, que aprueba texto que actualiza las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad, de 5 de enero de 2018, establece que: “La Observación General Nº 15, del Comité de los Derechos del Niño, que, en el año 2013, señaló **que en virtud de su autonomía progresiva**, los niños pueden someterse ‘a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad’ (...)”³⁴.

El artículo segundo, letra c) del Decreto Nº 22 del Ministerio del Deporte, que aprueba el Protocolo General para la Prevención y Sanción de las Conductas de Acoso Sexual, Abuso Sexual, Discriminación y Maltrato en la Actividad Deportiva Nacional, dispone lo siguiente: Principios que informan el Protocolo. (...) “**Principio de autonomía**

³¹ Las negrillas son mías.

³² Las negrillas son mías.

³³ Las negrillas son mías.

³⁴ Las negrillas son mías.

progresiva y el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 12° de la Convención de Derechos del Niño (...)”³⁵.

La recepción y forma de la misma, de la noción de “autonomía progresiva” en el Borrador de Constitución presentado por la Convención Constitucional, no constituye una cuestión carente de relevancia jurídica, toda vez que la Carta Fundamental (en caso de aprobarse el texto propuesto) constituye la norma jurídica positiva fundante de las demás disposiciones del sistema jurídico³⁶.

3. NORMAS DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 2022 QUE RECOGEN LA “AUTONOMÍA PROGRESIVA”

Dos son las normas de la Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 que hacen alusión a la noción de autonomía progresiva: los artículos 26 N° 2 y 41 N° 2. El artículo 26 N° 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 establece que: “Artículo 26. (...) 2. **El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando** su interés superior, su **autonomía progresiva**, su desarrollo integral y su derecho a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten, en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria y social”³⁷. Esto es, el Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 incorpora las nociones de “interés superior” (del menor) y “autonomía progresiva”.

El artículo 41 N° 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022 establece que: “Artículo 41. (...) 2. Esta (el numeral 1 se refiere a la libertad de enseñanza y al deber del Estado de respetarla) comprende la libertad de madres, padres, apoderadas, apoderados y tutores legales a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y **la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes** (...)”³⁸.

Es interesante, agregar a estas normas, aquello que indica la Propuesta de normativa constitucional para el Capítulo de Derechos Fundamentales sobre reconocimiento y

³⁵ Las negrillas son mías.

En este mismo sentido, utilizan la noción de “autonomía progresiva”, los siguientes cuerpos normativos: la Orden n° 2.785 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, sobre procedimiento policial para proceder a dejar en libertad o entregar a adulto responsable a los adolescentes, de 27 de julio de 2020 (Considerando B); el Decreto N° 128, que reglamenta los requisitos de adquisición, mantención y pérdida de la autorización de funcionamiento de establecimientos de educación parvularia, de 09 de enero de 2018 (artículo 8, letra c); Decreto N° 471, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, de 2 de abril de 2019 (artículo 3, letra b); entre otras normas.

³⁶ Confróntese: Espejo, 2017, p. 11.

³⁷ Las negrillas son mías.

Esta norma fue aprobada por la sesión 84ª del Pleno (Oficio N° 711 de 18 de abril de 2022).

³⁸ Las negrillas son mías.

protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Nueva Constitución, presentada, entre otros por el Convencional Sr. Harboe: “(...) Si bien, la constitucionalización de los derechos de la infancia o de la adolescencia no garantiza el respeto a los derechos, **es sin duda un paso esencial para la aplicación de los mismos**, pues como ha concluido la doctrina internacional (...)”³⁹. Por ello, aun cuando la constitucionalización del concepto de “autonomía progresiva” no viene acompañada de una delimitación del mismo, es positivo incluirlo en la Propuesta y, además, no definirlo, ya que esta sería una noción marco que será determinada por el tribunal de la instancia caso a caso, atendida las circunstancias que rodean el caso planteado a su conocimiento y fallo.

Dicho lo anterior cabría, en segundo término, establecer en qué materias específicas del derecho de familia y de la infancia podría aplicarse la noción de autonomía progresiva. Así, por ejemplo, cuando el niño, niña o adolescentes ejerza su derecho de libertad de expresión e información⁴⁰, debe tenerse a la vista su autonomía progresiva⁴¹. Asimismo, el derecho de los niños, niñas o adolescentes a ser oídos⁴², entre otras materias. La autonomía progresiva, en dichas materias, viene a constituir un verdadero criterio para interpretar las normas jurídicas aplicables a niños, niñas y adolescentes, todo con el fin de que efectivamente ellos sean escuchados antes de adoptar una decisión que los afecte.

Como comentario adicional, es posible discutir la primera parte del artículo 26 Nº 2 del Proyecto de Constitución Política de la República de 2022: “Artículo 26. (...) 2. El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes (...)”. La norma habla del deber “prioritario” del Estado aun cuando, en doctrina, es a lo menos discutible el grado de la intervención estatal, la que se estima, debe ser mínima⁴³. En este sentido, Lepín señala que: “(...) Con la tendencia igualatoria de derechos, surge la necesidad de proteger a las personas que se encuentran en una situación de especial indefensión o desamparo, que haga imperiosa la intervención del Estado a través de sus órganos, especialmente, por la judicatura de familia⁴⁴. Por su parte, para Pinochet y Ravetllat: “(...) En otras palabras, entendemos que la actuación protectora de los poderes públicos –sea por vía administrativa o judicial– se guía por el principio de subsidiariedad progresiva, esto es, el alcance e intensidad de la intervención del Estado vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra la persona menor de edad en el seno de su familia”⁴⁵.

³⁹ Harboe; Chahín; Barceló; Castillo; Squella; Logan; Sepúlveda y Fernández, 2022, p. 2. Las negrillas son mías.

⁴⁰ Confróntese: Rivera y Huerta, 2022, p. 8.

⁴¹ Couso, 2006, p. 151.

⁴² Confróntese: Couso, 2006, pp. 145-166.

⁴³ Al respecto, véase: Lathrop, 2014, pp. 204-205; Libertad y Desarrollo, 2020, p. 4; Mc Donald; Martín y Mora, 2019, pp. 580-592; Estrada, 2015, p. 160; Pinochet y Ravetllat, 2015, pp. 69-96; Ravetllat, 2017, p. 258; Rossel, 2022, pp. 128-156; Saracostti; Caro; Grau; Kinkead y Vatter, 2015, pp. 215-244; Valverde, 2008, pp. 95-119; Villalta, 2021, pp. 21-38.

⁴⁴ Al respecto, véase: Lepín, 2021, pp. 32-33.

⁴⁵ Pinochet y Ravetllat, 2015, p. 79.

4. CONCLUSIÓN

La Propuesta de Constitución Política de la República de 2022 incluye en dos de sus normas la noción de autonomía progresiva. Es interesante la constitucionalización de este concepto, toda vez que las normas de inferior jerarquía deberían ajustarse a las funciones que cumple este concepto y, además, esta noción permitiría adoptar decisiones aplicables a menores conforme con lo que efectivamente ellos deseen. Aun cuando, es discutible el radio de intervención estatal tratándose de la segunda norma (art. 41 N° 2), el que como se vio, se considera que debe ser mínimo.

REFERENCIAS

- ALARCÓN CAÑUTA, MIGUEL ÁNGEL (2015), “Crítica al tratamiento de los créditos por deudas de alimentos o compensación económica en el procedimiento concursal de la persona deudora”, *Revista de Derecho UCSC*.
- ÁVILA, MARCOS ALEJANDRO (2019), “Limitaciones de su aplicación según el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Trabajo Final de Graduación, Universidad Siglo 21.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO (2018), “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, *Revista Ius et Praxis*.
- CAMPOS GARCÍA, SHIRLEY (2009), “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”, *Revista IIDH*.
- CÉSPEDES PROTO, RODRIGO (2012), “Propósito del derecho a la educación: Comentario a la Sentencia Laurie Sáez con Colegio San José Ltda.”, *Derecho Público Iberoamericano*.
- COUSO, JAIME (2006), “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño*.
- ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA (2015), “Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales”, *Revista de Derecho Privado*.
- ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS (2017), “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, pp. 11-43.
- ESTRADA VÁSQUEZ, FRANCISCO (2015), “Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas”, *Revista Ius et Praxis*.
- FERNÁNDEZ ESPINOZA, WILLIAM HOMER (2017), “La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial”, *Vox Juris*.
- FERRERO, ANDREA Y DE ANDREA, NIDIA (2017), “Autonomía progresiva y consentimiento informado en menores de edad en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Desafíos para la psicología”, *Anuario de Investigaciones*.
- GAUCHÉ MARCHETTI, XIMENA Y LOVERA PARMO, DOMINGO (2019), “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos”, *Revista Ius et Praxis*.

- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ (2018), “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*.
- HARBOE BASCUÑÁN, FELIPE; CHAHÍN VALENZUELA, FUAD; BARCELÓ AMADO, LUIS; CASTILLO VIGOUROUX, EDUARDO; SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN; LOGAN, RODRIGO; SEPÚLVEDA, CAROLINA Y FERNÁNDEZ CHADWICK, PATRICIO (2022), *Propuesta de normativa constitucional para el Capítulo de Derechos Fundamentales sobre reconocimiento y protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Nueva Constitución*, en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/622-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-cc-Felipe-Harboe-Reconocimiento-y-proteccion-integral-de-derechos-de-NNA.pdf>
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA (2014), “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN (2021), “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2020), “Creación del Servicio de Protección a la Niñez: primer paso de una larga carrera”, *Temas Públicos*.
- MC DONALD, ERDMANN; MARTÍN, GERÓNIMO Y MORA, ASTRID (2019), “Modos de intervención estatal sobre la infancia y su relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes”, *REDEA. Derechos en acción*.
- MONTEJO RIVERO, JETZABEL MIREYA (2021), *La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, Editorial Temis.
- NIETO, MARÍA BIBIANA (2020), “Derechos personalísimos y autonomía progresiva del menor de edad en Argentina: sus derechos a la intimidad, al honor y a la imagen”, *Revista de Derecho*.
- OCHOA, MARÍA LAURA (2019), “Participación y autonomía progresiva del adolescente. Democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- OLIVARES CONTRERAS, ANTONIO (2021), “Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes y su impacto en la responsabilidad civil de los padres”, *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO Y, RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2019), “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos”, *Revista Ius et Praxis*.
- PÉREZ DE LA PLAZA, EVA (2003), *Autonomía personal y salud*, Salamanca, Gráficas Varona, S. A.
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO Y RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2015), “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2020), “Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del sistema”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2018), “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, *Revista Ius et Praxis*.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2017), “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, *Revista Ius et Praxis*.
- RIVERA RESTREPO, JOSÉ MAXIMILIANO Y HUERTA MEZA, MARÍA BELÉN (2022), “La libertad de expresión y de información en los menores de edad en España”, *Revista Justicia & Derecho*.
- ROELLO, LORENA (2012), “Autonomía progresiva. Una nueva forma de concebir a los menores en cuanto a sus derechos”, Trabajo Final de Graduación, Universidad Empresarial Siglo 21.
- ROSSEL CASTAGNETO, MARÍA LORENA (2022), “La necesaria constitucionalización de los derechos del niño. Propuestas para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de los niños y garantizar su efectividad en la nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*.
- SARACOSTTI, MAHIA; CARO, PAMELA; GRAU, MARÍA O.; KINKEAD, ANA PATRICIA Y VATTER, NICOLÁS (2015), “El derecho de participación en la niñez: alcances y desafíos para la investigación social”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*.
- VALVERDE MOSQUERA, FRANCIS (2008), “Intervención Social con la Niñez: operando el enfoque de derechos”, *Niñez y Políticas Públicas*.
- VARGAS PAVÉZ, MACARENA Y, CORREA CAMUS, PAULA (2011), “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, *Revista Ius et Praxis*.
- VENEGAS SEPÚLVEDA, PAULA ANDREA (2010), “Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile.
- VILLALTA, CARLA (2021), “Antropología de las intervenciones estatales sobre la infancia, la adolescencia y la familia”, *Cuadernos de antropología social*.
- VIOLA, SABRINA (2012), “Autonomía progresiva niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, *Cuestión de Derechos. Revista electrónica*.
- ZAPICO LAFUENTE, JULIETA (2020), “Análisis teórico y aplicado del principio de autonomía progresiva en la primera infancia”, *Revista de Estudios Ius Novum*.

LA PROPUESTA DE TEXTO CONSTITUCIONAL DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y SECTORES REGULADOS

Teresa Zañartu Torres*
Hipólito Zañartu Rosselot**

RESUMEN

El siguiente trabajo busca analizar cómo la propuesta de texto constitucional de la Convención Constitucional afectaría la industria chilena y a los sectores regulados. Así, se describirán los estatutos actuales que rigen al derecho de propiedad, a la libertad de emprender y a los diversos sectores regulados, junto con normas constitucionales acerca del medio ambiente.

Posteriormente, se comparará con la regulación propuesta para estos temas por el texto creado por el órgano constituyente, para así determinar el efecto que los cambios tendrían en el Derecho Regulatorio.

Palabras claves: Convención Constitucional, propuesta constitucional, Constitución, Derecho Regulatorio, propiedad, Derecho de Aguas, Derecho de Minería, libre emprendimiento, Derecho Eléctrico, medio ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de una Constitución es regular las bases esenciales de la política, economía y sociedad de una nación. En ese sentido, la propuesta de texto de la Convención Constitucional tiene efectos profundos en la regulación fundamental de los sectores regulados, que se podrían ver profundamente reformados en caso de aprobarse.

Fiel al maximalismo con el que regula aspectos que, por su contenido, son –en general– de nivel reglamentario, la propuesta norma expresamente aspectos propios del Derecho de Agua, del Derecho de Minería, y del Derecho Eléctrico, además de las empresas estatales y emprendimiento en general, y contiene normas ambientales generales que afectan directamente a industrias del sector regulado que trabajan con recursos naturales. Asimismo, dichos sectores se ven afectados de todas formas por el profundo

* Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile; ayudante cátedras Derecho Constitucional, Derecho Civil y Derecho de Aguas y de Minería de la Pontificia Universidad Católica de Chile. tzanartu@uc.cl

** Abogado Universidad Gabriela Mistral; Magíster en Derecho de Minería Universidad de Atacama. Profesor asociado Universidad San Sebastián y Universidad Gabriela Mistral. jose.zanartu@uss.cl

debilitamiento que sufre el derecho de propiedad en comparación a aquel consagrado en la Carta Fundamental actual. Así también son afectadas otras industrias relevantes, como la forestal, que la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico intentó intervenir directamente, pero sin éxito.

II. DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad es la base fundamental de toda la economía. En efecto, son los derechos reales y concesiones (que en muchos casos el legislador expresamente les otorga el carácter de “derecho real”) los instrumentos con los que se aprovechan los distintos recursos naturales o la propiedad privada de las empresas, los que están protegidos por el derecho de propiedad en la actual Constitución.

Con el régimen jurídico actual, la concesión es propiedad del titular, por lo que ingresa a su patrimonio y queda amparada, incluso expresamente como en el caso de la concesión minería y los derechos de aprovechamiento de aguas, por las garantías del derecho de propiedad¹.

El régimen de propiedad desarrollado por el ordenamiento jurídico posterior a la entrada en vigencia de la actual Carta Fundamental es robusto. Como reflejo de su tiempo, los artículos de propiedad, basados en el liberalismo y el Doctrina Social de la Iglesia, se hacen cargo de la crisis que había dejado el debilitamiento de la propiedad ocurrido desde las reformas agrarias de Frei Montalva y Allende como desde el proceso de nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y Compañía Minera Andina. Así, el dominio surge como uno de los derechos más fuertes del catálogo de la Constitución actual.

1. Regulación actual

El estatuto de la propiedad hoy está compuesto, principalmente, del derecho de propiedad y sus garantías, consagradas en los artículos 19 y 20 de la Constitución actual, y de la normativa civil que lo aterriza, principalmente en los artículos 582 y 583 como normas principales.

El artículo más importante es el 19 n° 24 de la Carta Fundamental, especialmente los incisos que van del primero al quinto. Es uno de los más largos por la importancia que tenía para el constituyente su regulación.

Primero, dispone que:

*24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*²

¹ Principalmente el recurso de protección.

² Todos los subrayados son nuestros.

Esto es armónico con la regulación en los artículos 582 y 583 del Código Civil, que tratan el dominio sobre los bienes corporales e incorporales, respectivamente. Este último dispone que sobre ellas hay una “especie de propiedad”:

Art. 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

Art. 583. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Este último artículo ha abierto la puerta a lo que, en la práctica, se ha denominado la *cosificación de los derechos*, o derechos sobre derechos, pues son el ejemplo de bienes incorporales. Así, se entiende que quien tiene un derecho, es dueño de él, como dice el mismo artículo, por lo que, por ejemplo, el titular del derecho de servidumbre tendría, realmente, la propiedad sobre él. En razón de tal, podría ejercer sobre él todas las facultades propias del dominio, y estaría garantizado por el estatuto de la propiedad. En razón de este argumento la Corte Suprema, sistemáticamente en los últimos años, ha acogido acciones de protección que buscan tutelar derechos no contemplados en el catálogo del artículo 20, como veremos a continuación. Así, se ha considerado que, por ejemplo, sobre el derecho a la protección de la salud, el titular tiene propiedad.

A continuación, el inciso segundo del artículo 19 n° 24 dispone una reserva legal en cuanto a modos de adquirir el dominio. Además, establece la función social. Dispone la norma:

Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

La función social es un concepto de la Doctrina Social de la Iglesia, adoptado por el constituyente de 1980 para limitar la propiedad y alejarla de la concepción decimonónica de un derecho absoluto en la práctica, y que había traído tantos problemas sociales en los siglos XIX y XX. Así, se constituye como un límite interno a las facultades de uso, goce y disposición, que entiende que la propiedad no solo sirve a quien la detenta sino que tiene que ser ejercida en función de un interés general³. Esto ya se consagraba en la Constitución de 1925.

³ Peñailillo, Daniel, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 46.

En nuestro país, la función social comprende: (1) los intereses generales de la Nación, “es decir, cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto”⁴; (2) la seguridad nacional; (3) la utilidad y salubridad pública; y (4) la conservación del patrimonio ambiental, lo que comprende “la preservación de la riqueza de la flora y fauna de Chile, previniendo su explotación desmesurada”⁵.

A continuación, la Constitución trata la expropiación. Esta fue regulada con mayor profundidad que en la de 1925 justamente por el abuso que hubo de ella durante la Reforma Agraria. En ese sentido, la Constitución señala:

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

Por tanto, la inviolabilidad de la propiedad alcanza al derecho mismo o al bien en que recae, y también a los atributos o facultades esenciales de él, que serían los contenidos en el Código Civil en el artículo 582⁶. Esto cubre los casos en que no se expropia totalmente el bien, pero en la práctica se vuelve inutilizable y el propietario no puede ejercer correctamente dichas facultades. En consecuencia, no poder disponer de la propiedad también es una expropiación, por lo que se requiere una ley para llevarla a cabo. Esta amplitud en el objeto de una expropiación protegería, por ejemplo, a los propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas de lo que la actual propuesta constitucional dispone, como se verá posteriormente.

Las causales de expropiación son la utilidad pública y el interés nacional. El precepto no solo establece causales, tal y como la Constitución del 1925, sino que otorga el derecho al expropiado de recibir una indemnización que podrá fijar el afectado con la Administración o, en su defecto, ser determinada por tribunales, pero atendido el daño patrimonial efectivo, entendiéndose como valor de mercado, causado por el acto. Si no se acuerda otra forma, se pagará al contado, lo que es una reacción al problema que se produjo en la Reforma Agraria con los pagos mediante instrumentos a plazo que no se pagaban oportunamente y terminaban devaluándose.

⁴ Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno, Tomo III*, Ediciones UC, Santiago, 2019, p. 616.

⁵ *Ibid.*

⁶ Peñailillo, *op. cit.*, p. 47.

La Constitución busca evitar esta negligencia en el plazo estableciendo, también, que no se podrá hacer toma de posesión material del bien si no se paga previamente la correspondiente indemnización, sea la definitiva o la provisional que fijen los peritos. De todas formas, si hay una reclamación judicial pendiente, el tribunal puede suspender dicha toma de posesión.

Por último, todo este estatuto está protegido, además del amparo que brinda la garantía del artículo 19 N° 26 (como freno al legislador y, por cierto, a la autoridad administrativa), por el recurso de protección, que –al menos en teoría– asegura una rápida solución en caso de cualquier acción u omisión ilegal o arbitraria que entorpezca o amenace entorpecer o privar al dueño del *legítimo* ejercicio del derecho de propiedad. Este recurso presenta facilidades procesales y es de tramitación urgente, por lo que al incluirse el artículo 19 n° 24 dentro de los protegidos, se denota el estatus elevado que tiene dentro de los derechos. Así dispone el artículo en cuestión:

Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Repetimos que el hecho de que la propiedad esté protegida por el recurso de protección, sumado a la cosificación de los derechos es el argumento que la jurisprudencia adoptó para proteger otros derechos, principalmente sociales, que no fueron incluidos por el constituyente. No se vería desde la óptica de que la acción u omisión estaría privando al titular del ejercicio del derecho no tutelado, sino que se agrega otro eslabón a la cadena y se juzga desde la perspectiva que la acción u omisión impide el ejercicio de la propiedad sobre el derecho. Así, en la práctica, se ha ampliado el catálogo de derechos protegidos por el recurso de protección del artículo 20.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

La Convención Constitucional redactó un estatuto de la propiedad que, aunque compatible con lo establecido en el Código Civil, la debilita considerablemente. Expresamente algunos convencionales del Frente Amplio declararon que no debía tener tanta protección como la que posee actualmente, pues la hace parecer un “derecho sacrosanto”.

El homólogo del artículo 19 n° 24 actual es el artículo 78, que está inserto en el capítulo de *Derechos fundamentales y garantías*. Sus primeros incisos disponen lo siguiente:

*Artículo 78. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme a su función social y ecológica.*⁷

A grandes rasgos, se mantiene la regulación actual (aunque sea con una técnica jurídica menos fina): se identifican la propiedad sobre toda clase de bienes, y la reserva legal de los modos de adquirir el dominio y sus límites, los que se determinan a base de la función social.

Eso no quiere decir que no haya innovaciones. Primero, la voz “en todas sus especies” hace referencia al debate constitucional acerca de los diversos tipos de propiedad, como la colectiva o la cooperativa. Con esto se pretende romper con la concepción que se creía que había, en cuanto a que la única propiedad sería la privada (la más liberal de todas, a ojos de varios convencionales).

Segundo, se funde en un mismo artículo los derechos a la propiedad (actual artículo 19 n° 23) y de propiedad (actual artículo 19 n° 24), pues se exceptúan del segundo los bienes que la naturaleza ha hecho común a todas las personas y los que la ley o la Constitución declaren inapropiables. La propuesta de la Convención presenta un problema de coherencia interna, pues la categoría de bien *res commune omnie* fue virtualmente derogada por el mismo texto, que en su artículo 134 presenta la categoría de bienes comunes naturales, que, en palabras de su defensor Ezio Costa⁸, justamente aúna esta y la de bienes nacionales de uso público⁹. Por tanto, como desaparece esa nomenclatura en el artículo 134, no se entiende a qué se refiere el artículo 78.

Tercero, no aterriza la función social de la propiedad. Esta fue perfilada pero nunca desglosada lo suficiente en la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico. Además, incluye la función ecológica de la propiedad, pero no se refiere a que si eso significa que entonces la social dejaría de contemplar la conservación del patrimonio ambiental. En todo caso, se dijo que ese límite buscaba proteger la función ecosistémica de los bienes. Ambos conceptos deberán ser aterrizados por la ley y la jurisprudencia, algo que no otorga certeza jurídica inmediata.

Respecto de la indemnización, la propuesta dispone que:

⁷ Si se toma en cuenta la propuesta de Art. 18 de la Convención Constitucional, solo es derecho fundamental la propiedad tratándose de personas naturales.

⁸ Costa, Ezio, “Instituciones para la protección de la naturaleza”, en *Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas*, ed. Galdámez, Millaleo y Saavedra, Red de Constitucionalismo Ecológico, Santiago, p. 121.

⁹ Establece como bienes comunes naturales cosas como el aire y la atmósfera, que en la tradición jurídica occidental son clásicos ejemplos de bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.

Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice a la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.

La propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.

El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y de la modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley. Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación, siempre debe estar debidamente fundada.

Hay elementos que se mantienen de la regulación vigente, como que debe ser ordenada por ley, que debe estar fundada en la utilidad pública o el interés general, la facultad del expropiado a reclamar ante tribunales, y su derecho a ser indemnizado. Sin embargo, es por medio de esta materia que la Convención debilitó el régimen de propiedad en comparación a la Constitución actual. Primero, no se distingue el objeto de la expropiación, por lo que no queda claro si abarca solo la pérdida de propiedad, o solamente perder el bien sobre el que ella recae, o incluso alguna de sus facultades esenciales. Esto será relevante especialmente en temas de Derecho de Aguas, sin considerar la incertidumbre que eventualmente generaría a futuro.

Más importante es la segunda modificación, pues no establece que la indemnización debe ser por el daño patrimonial efectivamente sufrido, lo que en la práctica equivale al valor de mercado del bien expropiado. De aprobarse la propuesta sería, en cambio, por el justo precio. Este no es un criterio objetivo como el precio o valor de mercado, sino que quedará al arbitrio de los peritos o el tribunal que inevitablemente tendrán que dirimir cuando el particular no esté de acuerdo con el precio establecido por el Estado. Con esto se devalúa, en la práctica, la propiedad, y se le quita, ilegítimamente, al privado parte de su patrimonio, en la forma del diferencial entre el precio de mercado y el precio justo. Es obvio que el daño patrimonial efectivamente causado es un parámetro objetivo. Dicha objetividad de perdió¹⁰.

Tercero, no se establece que la indemnización, a falta de acuerdo, deba ser pagada al contado y en efectivo, sino que lo único que se menciona al respecto es que se puede reclamar ante tribunales por la modalidad de pago. Esto podría hacer que volvieran los viejos mecanismos que el constituyente de 1980 buscó erradicar, como los pagos a plazo y en instrumentos de difícil cobro o de fácil devaluación. Se consagra, entonces, una nueva desprotección para la propiedad, y una pérdida para el dueño, pues perfectamente podría ocurrir que, por un pago tardío y devaluado, pierda ese margen de ganancia entre el precio original y el resultante de la devaluación.

Con estos cambios, la propiedad y el derecho de propiedad se debilitan, pues la expropiación, la amenaza más grande que sufrieron los propietarios en el siglo pasado,

¹⁰ Basta con recordar las famosas “rentabilidades excesivas” que se utilizaron para rebajar las compensaciones a pagar a propósito de la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y Compañía Minera Andina, en 1971.

pierde exhaustividad en su regulación, y le facilita al Estado expropiar con menos costo y más facilidad. Así, a pesar de la legitimidad que pueda tener el acto en sí, el propietario sufre un daño patrimonial en la práctica, pues oportunidades no faltan para que no termine recibiendo la indemnización que por justicia le es debida. Además, al hacerle más fácil el trámite al Estado, puede llevar a un aumento, quizás no realmente justificado, en las expropiaciones a futuro¹¹.

A esta desprotección se le suman las modificaciones al recurso de protección, cuyo símil se haya en el artículo 119 de la propuesta, y que entre sus incisos dispone que:

Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.

Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.

Los problemas para la propiedad están en que solo se puede accionar por este artículo mientras la vulneración persista, cuando el actual régimen otorga treinta días corridos desde que se verifica la acción u omisión. Además, es una acción residual, que no puede usarse si hay otra especial para reclamar el mismo derecho. En caso de la propiedad la hay, pues está, por ejemplo, la acción reivindicatoria del Código Civil, por lo que, por consiguiente, no se verifica lo que dispone el artículo. El gran contratiempo es que el actual recurso de protección es evidentemente mucho más rápido y fácil en cuanto a tramitación que una acción reivindicatoria u otra acción penal.

a) *Propiedad indígena*

Es indudable que una de las mayores novedades en materia de propiedad que introduce el proyecto de la Convención es el estatuto de la propiedad indígena, que se subsume dentro de la plurinacionalidad que la permea íntegramente.

El artículo 79, que lo recoge, está ubicado intencionalmente a continuación del que consagra el derecho de propiedad. Durante la discusión de la Comisión de Armonización, sectores algo más moderados –a este respecto al menos– de la izquierda intentaron moverlo a la sección de derechos culturales, para que se interpretara con ese cariz. Sin embargo, no se logró, pues los escaños reservados estaban conscientes de lo que significa que esté inmediatamente después del artículo pertinente al derecho de propiedad.

¹¹ Más aún tratándose de la propuesta contenida en el artículo 79 inciso tercero, que veremos a continuación.

Esta, por tanto, es la propiedad indígena sobre todos los bienes, no sobre sus derechos culturales u otros aspectos que en la práctica pueden llegar a ser más simbólicos.

Asimismo, la discusión en la Comisión de Derechos Fundamentales estuvo marcada por el carácter reivindicatorio de las peticiones indígenas en cuanto a la tierra, lideradas por las mapuches, y con convencionales afirmando que el sistema de posesión inscrita fue un “artilugio” para usurparle la tierra a los pueblos originarios que no entendían cómo funcionaba. Se señaló, además, que la propiedad indígena debía tener especial protección, concentrándose principalmente en las tierras, sus tierras, cuyas demarcaciones reales serían las más amplias reclamadas.

Lo que señala el artículo en cuestión es:

Artículo 79. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública y de interés general.

Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

En suma, se establece un estatuto especial de la propiedad indígena de sus tierras, especialmente de cara a su restitución. Lo que busca la Constitución es que los indígenas puedan volver a ser dueños de las que poseían antes de los procesos de unificación nacional de la segunda mitad del siglo XIX, y lo dice expresamente en su inciso tercero. Eso implicaría, por tanto, privilegiar el dominio ancestral de comunidades indígenas por sobre la propiedad actual de los que allí viven, lo que podría impactar sectores productivos como la agricultura, la ganadería y la industria forestal. Esto, pues claramente este artículo razona a base de las peticiones mapuches, que recaen precisamente en las productivas y fértiles tierras de La Araucanía.

Esto es coherente con el inciso tercero, que señala que la restitución es de utilidad pública y de interés general, lo que se conecta con el artículo anterior. Así, la restitución de tierras a los indígenas sería un motivo constitucionalmente válido para efectuar una indemnización. El texto es claro, probablemente para evitar que se impida esta acción mediante resoluciones judiciales una vez que los expropiados reclamen ante tribunales. Esto no es solo un derecho que tienen los pueblos originarios, sino que es garantizado por el Estado. Por tanto, el peligro para los actuales propietarios y sus industrias no es, para nada, hipotético.

Además, tienen derecho a los recursos que tradicionalmente han usado dentro de su territorio y que son esenciales para su supervivencia colectiva (concepto que tampoco fue explicado en las sesiones de la Comisión), lo que es concordante, al menos en temas de agua, con el tratamiento privilegiado que tienen los pueblos originarios en esa

materia también, en otros artículos que se verán posteriormente. Por último, no se sabe qué implicaría la “especial protección” que dispone el artículo.

3. Cambios

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. 2. Distinción entre derecho de propiedad, bien sobre el que recae, y atributos esenciales de la propiedad. Esto a la vez es relevante en cuanto configura el objeto de la expropiación. 3. Reserva legal en cuanto a la creación de modos de adquirir, uso, goce y disposición, y de límites y obligaciones. Esto se traduce también en una reserva legal en cuanto a la creación de nuevos tipos de derechos reales. 4. Límite constitucional a la propiedad a través de su función social. Esta se compone de las exigencias que emanan de los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental. 5. Expropiación a través de una ley por causa de utilidad pública o interés nacional. La indemnización, pactado por las partes o fijado por un tribunal, debe corresponder al daño patrimonial efectivo causado por el acto. Si no se pacta otra modalidad, deberá pagarse en efectivo y al contado, y previo a la toma de posesión del bien. El expropiado podrá siempre recurrir ante tribunales. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio en sus diversas especies sobre toda clase bienes. 2. Reserva legal en cuanto a modos de adquirir el dominio, su uso, goce, disposición y límites y deberes. 3. Límite constitucional a la propiedad por medio de su función social y ecológica. Los convencionales no consideraron pertinente definir la primera, y perfilaron la segunda como todas aquellas funciones que los bienes en cuestión prestaban al ecosistema. 4. Expropiación mediante una ley, por causa de utilidad pública o interés nacional, pagándose un justo precio por el bien antes de tomar posesión de él. Puede recurrirse a tribunales por la legalidad del acto, o por el monto o modalidad de pago. 5. Propiedad protegida por la garantía del artículo 119, que es una acción residual y que solo puede interponerse mientras dure la vulneración. 6. Estatuto especial para la protección indígena que debe ser garantizado por el Estado, especialmente en cuanto a sus tierras y recursos. Su propiedad sobre estas cuenta con “especial protección”, concepto que no ha sido definido.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
6. Fuerte protección a través de la garantía del recurso de protección. Esta tutela ha permitido que derechos que no se contemplaban en el artículo 20 sean protegidos por vía jurisprudencial a través de la aplicación de la cosificación de los derechos, basado en el punto 1.	7. La restitución de tierras constituye un mecanismo preferente de reparación, y como es de utilidad pública e interés general es causal, por expresa letra constitucional, de expropiación. 8. Los pueblos originarios tienen derecho a usar los recursos dentro de sus territorios que tradicionalmente han utilizado para su supervivencia colectiva, concepto que tampoco ha sido definido.

En conclusión, la propiedad pierde vigor sustantivo en la propuesta de la Convención Constitucional. Por un lado, las funciones social y ecológica no están lo suficientemente aterrizadas como para generar certeza jurídica. Por otro, la expropiación no define su objeto, por lo que posiblemente algo que hoy es considerado como tal, de aprobarse la propuesta de la Convención, podría no serlo. Más importante aún, el deber de indemnizar se limita únicamente al “justo precio”, y dejando a las partes o al tribunal la fijación de las modalidades de pago. Esto en la práctica puede empobrecer a los expropiados. Por último, se debilita en cuanto a garantías procesales, pues el recurso que reemplaza al de protección se vuelve residual y con un tiempo acotado para interponerla. Esto no solo es un problema para los dueños de terrenos atractivos para el Estado de expropiar, sino que para los que son titulares de concesiones y derechos reales, que gozan de una protección más efectiva con la normativa actual.

Además, con el nuevo estatuto de propiedad indígena, el que debe ser garantizado por el Estado y que establece como prioridad la restitución de tierras, el dominio sobre bienes raíces de una gran cantidad de chilenos se ve gravemente amenazada. Ello no afecta solamente el trabajo de toda una vida, sino que a la economía nacional, en cuanto esas tierras son fértiles para la agricultura, ganadería y la industria forestal, especialmente importante en un país productor de materias primas como es Chile.

III. EMPRENDIMIENTO Y EMPRESAS ESTATALES

La regulación de las empresas es también un pilar fundamental del estatuto jurídico actual. Esta se compone del derecho a la libertad de emprender, que da pie a todo el emprendimiento privado, y la regulación de las empresas estatales. El constituyente de 1980 también quiso resolver los problemas que el Estado empresario de la Constitución de 1925 había causado. Por tanto, limitó la creación de las empresas estatales, y además le quitó sus privilegios para que las que existieran tuviesen que competir en un plano

de igualdad con las empresas privadas, salvo excepciones calificadas por ley de quórum calificado. Todo esto es una manifestación del Estado subsidiario, que reemplazó el Estado de bienestar que se había desarrollado con la anterior Constitución, y que el proyecto de la Convención pretende a la vez modificar por uno social y de derechos.

1. Regulación actual

El primer inciso del artículo 19 Nº 21 consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, lo que se conoce como la libertad de emprendimiento. Además, señala sus límites:

21º. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Por consiguiente, no es una libertad absoluta, sino que el emprendimiento está limitado por (1) la moral, (2) el orden público, que son todas aquellas normas que regulan las bases esenciales de la sociedad, y que “permiten a todos y cada uno de sus miembros a cumplir sus funciones propias en paz y con seguridad jurídica”¹² y (3) la seguridad nacional. Esos son los límites que, de transgredirse, impiden el ejercicio del derecho, pero cuando sí está permitido, de todas formas se ve limitado por el respeto a las normas legales que la regulen, como lo son, por ejemplo, las normas ambientales fijadas a nivel legal, como la Ley Nº 19.300. Esta frase, además, establece una reserva legal, en cuanto a que las normas que regulan la actividad económica no pueden tener rango inferior a una ley.

El primer inciso regula a los privados en la economía, mientras que el segundo establece el régimen de las empresas estatales, con algo de recelo en cuanto a su participación de forma justa en la economía:

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

Primero, se distingue entre las empresas estatales, tan comunes durante el siglo XX, y las empresas en donde el Estado tiene una participación, por ejemplo, por medio de acciones. Esto solo se puede hacer mediante una ley de quórum calificado. Más importante aún, establece expresamente que las empresas estatales deben participar del mercado en igualdad de condiciones que los privados. Lo anterior es una manifestación del principio de igualdad que guía la Constitución actual. Así, se evita el abuso que podrían hacer las empresas estatales de su posición privilegiada, y las fuerza a funcionar

¹² Cea, *op. cit.*, p. 565.

bajo la lógica del libre mercado, la competencia, y la igualdad de oportunidades. Si se quisiera establecer excepciones a esta igualdad, tendría que hacerse por medio de una ley de quórum calificado.

Lo dicho es una aplicación de la igualdad y no discriminación en materia económica, derecho –no solo principio– enunciado en el artículo 19 n° 22:

22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de estos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;

El Estado, entonces, se obliga a no discriminar arbitrariamente a los privados y entre ellos en materia económica. Es una prohibición absoluta, pues incluso aunque se establezcan privilegios a un (1) sector, (2) actividad, o (3) zona geográfica, esto debe hacerse mediante ley y nunca puede significar una discriminación ilógica o injusta¹³. De hecho, para salvaguardar esto es que el artículo 63 N° 9 dispone que las empresas estatales o en las que este participe no pueden contratar empréstitos con el Estado o sus empresas:

9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas;

En consecuencia, la regulación actual, por concordancia de los diversos artículos en cuanto a participación estatal en la economía, es marcadamente restrictiva, y guiada por el principio de neutralidad económica. Tiene barreras para iniciarla, pues solo puede hacerlo por medio de una ley de quórum supramayoritario. Además, queda sometido a las mismas reglas que los privados, por lo que no tendrá facilidades ni trato privilegiado como sí las habían en gran parte del siglo XX, e incluso si llegase a haber alguna excepción, esta también debe disponerse en una ley del mismo quórum. Con estos resguardos, se termina con el Estado empresario de la Constitución de 1925, y la actividad económica del Estado queda supeditada al ámbito del mercado y la libre competencia. El Estado, a fin de cuentas, participa en él como un privado más.

Esto no quiere decir que los privados tengan una libertad absoluta para emprender, sino que deben siempre ajustarse a la ley al hacerlo, y no pueden realizar actividades económicas que vayan contra la moral, la seguridad nacional o el orden público.

¹³ Fernandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico Tomo I*, Ediciones UC, Santiago, 2005, p. 288.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

Lo anterior cambia radicalmente con la propuesta de la Convención Constitucional. En cuanto a principios, se busca dejar atrás el Estado subsidiario, por lo que para hacer real el social y de derechos que se desea implementar, debe tener un mayor rol en la economía, no solo como regulador, sino como un activo participante. Además, el Estado regional con autonomías territoriales permite a las entidades autónomas crear nuevas empresas. Con la desaparición de los quórums supramayoritarios, además, eso se hace más fácil.

a) *Derecho a desarrollar actividades económicas y estatuto de las empresas estatales*

En primer lugar, hay que destacar que sí está consagrado el derecho a desarrollar actividades económicas. El artículo 80 lo contiene en su primer inciso:

Artículo 80. Toda persona, natural o jurídica, tiene libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio debe ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y la protección de la naturaleza.

Curiosamente, el artículo, por ser vago, es más permisivo que el actual 19º 21. Esto, pues no hay una clara diferenciación entre las áreas en que no se podría ejercer este derecho, y en las que sí pero con limitaciones. El tenor literal de la norma parecería apuntar a que se podría emprender en toda área, mientras sea compatible con los derechos constitucionales y la protección de la naturaleza, con estos dos como límites y no como prohibición. Además, se termina con la moral, el orden público y la seguridad nacional como elementos relevantes en la norma.

Asimismo, se subraya la importancia de la naturaleza en el proyecto. La norma nace de una discusión marcada por el *ecocentrismo*, por lo que cualquier actividad que pudiese dañar a la Naturaleza no sería constitucional. Los derechos constitucionales actualmente son un límite al ejercicio del derecho y no una prohibición, pero con la propuesta se debe tener en consideración su extensísimo catálogo.

El tono del debate constitucional también siguió la línea de quitarle las restricciones actuales al Estado en términos de actividad económica. No solo por el fin de Estado subsidiario, que traerá una mayor necesidad de prestaciones estatales, sino que por una desconfianza respecto de la real efectividad del sistema actual en cuanto a la igualdad de oportunidades. Según los convencionales, la competencia en el mercado no sería justa, y se necesitaría del Estado para fiscalizar, regular, e introducir aún más opciones a los consumidores participando activamente de ella.

Fue esto lo que se plasmó en el artículo 182, contenido en el capítulo de *Buen gobierno y función pública*. Se da a entender que una de las funciones del Estado es participar en la economía, de diversas formas. Hay un cambio de paradigma en cuanto a que esta regulación sale de la lógica de los derechos fundamentales individuales, en

que se la miraba con desconfianza, y es introducido en un capítulo que habla de las funciones del Estado, una de estas sería la económica.

Artículo 182. El Estado participa en la economía para cumplir sus fines constitucionales, de acuerdo con los principios y objetivos económicos de solidaridad, pluralismo económico, diversificación productiva y economía social y solidaria. En el ejercicio de sus potestades regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas, conforme a lo establecido en esta Constitución y la ley.

La Constitución reconoce al Estado iniciativa para desarrollar actividades económicas, mediante las formas diversas de propiedad, gestión y organización que autorice la ley.

El primer inciso enuncia que el Estado tiene un rol protagónico en la economía. Comienza declarando que el Estado participa en la economía, lo que se ve reforzado por el inciso segundo, que le otorga iniciativa para desarrollar actividades económicas. Así, no solo regula, fiscaliza y fomenta, sino que también desarrolla actividades económicas, con el fin de cumplir los principios y objetivos de la Constitución, como lo son satisfacer los derechos (especialmente sociales) de las personas, entregarles una vida digna, y proteger la naturaleza. Además, incluye ciertos principios que deben guiar su actividad económica, muchos de estos no quedaron lo suficientemente bien explicados en el texto o en el debate que se dio dentro de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico.

El tercer inciso contempla la regulación homóloga la inciso segundo del actual artículo 19 n° 21:

Las empresas públicas se crearán por ley, se regirán por el régimen jurídico que esta determine y les serán aplicables las normas sobre probidad y rendición de cuentas.

Esta es la mayor demostración del fin de la desconfianza hacia el Estado empresario. A pesar de que se mantiene el requisito de que solo podrán existir empresas estatales por ley, al desaparecer los quórum supramayoritarios estas podrían ser autorizadas en virtud de una mera ley simple. Además, se elimina la mención de que deberán atenerse a las mismas normas que los privados. Termina el actual paradigma de lo privado en el que el Estado, en su rol de empresario, es uno más dentro del mercado. Esto permitiría eventuales privilegios y discriminaciones sin que fueran inconstitucionales. Solo les hace aplicables normas de probidad y rendición de cuentas que les son aplicables a otros organismos estatales, sin hacer mención alguna del mercado o de las empresas privadas contra las que competiría.

Además, el artículo omite aspectos importantes. Actualmente, el artículo 19 n° 21 sí hace la diferencia entre desarrollar actividades empresariales (empresas estatales) o participar en ellas (empresas en las que el Estado participa)¹⁴. Sin embargo, el artículo 182 de la propuesta no, y se refiere solo a la primera, con el vocablo de “empresas

¹⁴ Distinción que se reitera en el inciso octavo del artículo 19 n° 24.

públicas”. Por tanto, queda una gran interrogante respecto de cómo se regulará la mera participación estatal en empresas que no son de su propiedad, y si esta también estará sujeta a ese régimen.

Sin embargo, sí se mantiene la prohibición a las empresas estatales, en el artículo 264 letra c), de contratar empréstitos con el Estado u otras de su propiedad.

c) Establecer las condiciones y reglas conforme a las cuales las universidades y las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos y empresas.

En los últimos dos incisos se enfocan en las facultades reguladoras y fiscalizadoras del Estado en materia de colusión y otras malas prácticas económicas, fomentando además los ciertos tipos de mercados.

b) Estado regional y empresas estatales

La propuesta constitucional innova en cuanto a que surgen distintos tipos de empresas estatales de acuerdo con qué entidad territorial las cree. Todas comparten el régimen común explicado anteriormente.

Primero, se pueden crear empresas a nivel municipal, como lo dispone el artículo 214.

Artículo 214. Las comunas autónomas, a fin de cumplir con sus funciones y ejercer sus atribuciones, podrán crear empresas, o participar en ellas, ya sea individualmente o asociadas con otras entidades públicas o privadas, previa autorización por ley general o especial. Las empresas públicas municipales tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio y se regirán en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley.

Este artículo sí hace la distinción que el artículo 182 olvidó, lo que demuestra que los convencionales sí estaban conscientes de ella. La Comisión de Armonización no advirtió la incongruencia o no quiso corregirla. Además, dispone que las empresas municipales tendrán patrimonio propio, y que son creadas para cumplir con las funciones del municipio.

Segundo, las regiones autónomas también pueden crear empresas, según el artículo 220 letra e):

e) La creación de empresas públicas regionales por parte de los órganos de la región autónoma competentes, conforme a los procedimientos regulados en la ley.

Acá hay un mandato legal al legislador que no está presente en los artículos anteriores, pues no solo el régimen de la empresa se determinará por ley, sino que su proceso de creación, por lo que podría diferir del artículo 182.

Tercero, el Estado lo puede hacer, también, por medio de los gobiernos regionales. El artículo 224, al final de cuentas, le entrega la competencia de crearlas a la asamblea regional, a propuesta del gobierno de cada región. Sin embargo, el artículo 226 letra ñ)

establece que requiere la ratificación por parte de la Cámara de las Regiones, en virtud del artículo 268 n° 1.

Artículo 224: Son atribuciones esenciales de los gobiernos regionales las siguientes:

c) Proponer a la asamblea regional la creación de empresas públicas regionales o la participación en empresas regionales para la gestión de servicios de su competencia, según lo dispuesto en la Constitución, la ley y el estatuto regional.

Artículo 226: Son atribuciones de la asamblea regional:

*ñ) Aprobar, a propuesta de la gobernadora o del gobernador regional y previa ratificación de la Cámara de las Regiones, la creación de empresas públicas regionales o la participación en empresas regionales.*¹⁵

Artículo 268 N° 1.- Solo son leyes de acuerdo regional:

m) Las que autoricen a las entidades territoriales la creación de empresas públicas.

Por último, el Estado central, con las exigencias del artículo 182, puede crear empresas públicas. Curiosamente, la ley en cuestión no requiere de aprobación de la Cámara de las Regiones, como ocurre en las regionales.

3. Cambios

En conclusión, los pilares de ambas regulaciones son:

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención
1. Derecho a desarrollar actividades económicas y a emprender.	1. Derecho a emprender y desarrollar actividades económicas.
2. Prohibición de ejercer ese derecho si contraviene la moral, el orden público o la seguridad nacional	2. Ejercicio limitado por los derechos constitucionales y la protección a la naturaleza.
3. Reserva legal: ejercicio del derecho limitado solo por la ley.	3. Fin de lógica de Estado subsidiario: Estado empresario tratado en un capítulo separado, acerca de función pública.
4. Estado puede crear empresas o participar en ellas.	4. El Estado participa en la economía y tiene iniciativa para desarrollar actividades económicas.
5. Necesidad de ley de quórum calificado que lo permita.	5. Estado regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas.

¹⁵ Se repite, además, la distinción que el artículo 182 omitió.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención
<p>6. Igualdad de condiciones: el Estado compite como un privado más en el ejercicio de la actividad económica.</p> <p>7. Solo puede haber trato diferenciado en virtud de una ley de quórum calificado.</p> <p>8. Las empresas estatales no pueden contratar empréstitos con el Estado u otras empresas públicas</p>	<p>6. Empresas públicas deben ser creadas por ley (sin quórum supramayoritario). No especifica respecto de la participación en empresas.</p> <p>7. Constitución no establece que empresas públicas deban registrarse por las mismas reglas que los privados, solo están sujetas a deberes de probidad y rendición de cuentas.</p> <p>8. Empresas estatales no podrán contratar empréstitos del Estado u otras empresas públicas.</p> <p>9. Comunas autónomas pueden crear empresas estatales.</p> <p>10. Regiones autónomas pueden crear empresas estatales.</p> <p>11. Asambleas regionales pueden crear empresas estatales, previa propuesta del gobierno regional y ratificación por la Cámara de las Regiones.</p>

En conclusión, se produce un cambio sustancial en cuanto al Estado empresario. Con el reemplazo del modelo subsidiario por uno social y de derechos, se eliminan restricciones que tenía que enfrentar el Estado para crear empresas o participar de ellas. Esto era fruto de la desconfianza con que el constituyente de 1980 veía a la actividad económica estatal, que fue sustituido por la que los convencionales tienen hacia la actividad privada. No solo se las deja de ver con suspicacia, sino que, de aprobarse la propuesta de la Convención Constitucional, no tendrían que atenerse a las mismas condiciones con que los privados operan en el mercado.

Además, con la nueva forma de Estado regional, podrán existir varias empresas estatales de distinta extensión. En suma, el Estado empresario volvería totalmente revitalizado y fuerte, y sin estar sujeto a las mismas obligaciones de competencia en igualdad que los privados.

IV. REGULACIÓN GENERAL DE RECURSOS NATURALES

La propuesta de la Convención fue escrita con un enfoque *ecocéntrico*, lo que se tradujo en normas concretas que no solo protegen debidamente el medio ambiente, sino que restringen excesivamente la actividad humana, especialmente la económica. Esto ocurrió porque en la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico primó un clima refundacional radicalmente ecológico, con muchos convencionales afines a principios extremos como el principio del *decrecimiento*. Esto se tradujo en informes que el pleno nunca pudo –o quiso– moderar lo suficiente.

Si bien el texto trató en normas específicas sectores regulatorios en materia de recursos naturales como el eléctrico, el minero o el hídrico, de todas formas, hay normas relevantes generales.

1. Regulación actual

La Constitución vigente fue pionera en su protección al medio ambiente. Estableció, por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y consagró la protección del patrimonio ambiental como un límite a nada menos que su derecho más robusto, el de propiedad. Sin embargo, para los estándares actuales, en el contexto de crisis climática, sigue siendo escueto.

Así, el artículo 19 n° 8 dispone que:

8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;

Este artículo se hace cargo del rol de las personas en proteger la naturaleza, incluso si es a costa de algunas libertades, por más específicas que sean y restringidas estén sus limitaciones.

En algunos casos, este artículo puede estar garantizado, parcialmente, por el recurso de protección.

Asimismo, el artículo 19 n° 23 en su inciso primero excluye del derecho a la propiedad a las *res commune omnie*, que como se dijo muchas veces consisten en bienes naturales, así como también los bienes nacionales de uso público, entre los que actualmente se cuentan el agua y las playas. En efecto, el actual Art. 19 N° 23, en su inciso primero, dispone:

23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Estos son los preceptos que han permitido regular la naturaleza en leyes que, a pesar de que necesitan actualización, permitieron establecer las bases de un ordenamiento que, en permanente actualización, se ha hecho cargo de las problemáticas medioambientales de nuestro país. El ejemplo perfecto de esto es la Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

2. Propuesta de la Convención Constitucional.

El texto presentado a la ciudadanía el 4 de julio ahonda mucho más en la protección del medio ambiente. Se establece como principio el hecho de que los humanos son interdependientes con la naturaleza, y se promueve el buen vivir, concepto que justamente la protege. Ella, junto con los animales, pasan a ser sujetos de derecho. Así, el ecologismo radical permea toda la propuesta.

a) *Naturaleza y Derecho Regulatorio*

La normativa ecológica afecta los sectores regulados en general, pues implica una limitación a la actividad humana. La mayoría está contenida en el capítulo de *Naturaleza y Medioambiente*¹⁶. Este establece varios principios en materia ambiental, en el artículo 128 inciso primero:

Artículo 128. Son principios para la protección de la naturaleza y el medioambiente, a lo menos, los de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, de solidaridad intergeneracional, de responsabilidad y de acción climática justa.

Los más preocupantes son los precautorio y preventivo, pues no se podría llevar a cabo ninguna acción humana que pudiese, incluso en el escenario más hipotético, poner en peligro el equilibrio de la naturaleza. Su efecto es una suerte de inversión de la carga de la prueba, pues, bajo la lógica *pro natura*, no es el Estado el que debe probar que se producirá el daño, sino que es el privado el que debe demostrar que bajo ninguna posibilidad se dañará al ecosistema. Si no se cumple con esta exigencia, el proyecto no puede llevarse a cabo. Es, en la práctica, un estándar casi imposible de cumplir, y se aprobó bajo la luz de la desconfianza hacia los empresarios privados que demostraron tener los convencionales.

El artículo 134 regula en detalle los bienes comunes naturales, como ya explicamos. Este señala que:

Artículo 134. Los bienes comunes naturales son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.

¹⁶ Capítulo que por cierto requiere de un quórum mayor para reformar (dos tercios, o cuatro séptimos más un referéndum), según la disposición transitoria séptima.

Este primer inciso conceptualiza los bienes comunes naturales, y establece que, en razón de ello, el Estado tiene un deber especial de custodia. Esto se tomó del *Public Trust Law*, una teoría jurídica desarrollada en EE.UU. que intenta armonizar el dominio privado de ciertos bienes, con un deber subsidiario pero siempre presente del Estado de protegerlos. Según la norma, este debe intervenir para asegurar los derechos de la naturaleza, establecidos en el artículo 103, y los intereses de las generaciones futuras.

Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.

Este segundo inciso denota que la categoría de bienes comunes naturales, con todo lo que implica, incluye algunos actuales bienes nacionales de uso público, y las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres. El principal problema es el poco bagaje jurídico de esta categoría, y por tanto la poca certeza que entrega.

Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.

El inciso tercero denota otra falencia en la técnica jurídica de la Convención. A pesar suyo (como los mismos miembros de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico dijeron), el artículo quedó aprobado de una forma que da a entender que hay bienes naturales comunes inapropiables, que son los que aquí se enlistan, y apropiables (el resto). Ellos realmente querían que ninguno fuese apropiable, tomando lo que son las excepciones del actual artículo 19 n° 23.

Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso 1.

Este inciso señala los deberes del Estado para con los bienes naturales comunes, que emanan de su rol de custodio. Si son inapropiables, el Estado los administra, como ocurre hoy con los bienes nacionales de uso público. Lo novedoso es que introduce más patentemente la intervención estatal en los que son privados, y que emana del *Public Trust Law*. Así, incluso aunque el dueño tenga sobre el bien la propiedad plena, el Estado puede intervenir, sin límite en el texto, en sus facultades de uso y goce. Entonces, de todas formas, la propiedad se debilita.

Lo anterior es relevante para la industria forestal. Según este precepto, los bosques nativos son bienes comunes naturales apropiables. Entonces, al final, quedaría a la

discrecionalidad de la administración de turno intervenir en la producción de productos madereros, pues, en la práctica, esta industria implica el manejo de bosque nativo.

El artículo 136, de hecho, señala que el Estado debe *garantizar* la integridad de estos ecosistemas, lo que supone grandes dificultades a nuevas empresas forestales que quieran explotar terrenos que contarían, con la Constitución actual, con toda la normativa ambiental en línea. Esto, pues no se puede dividir el ecosistema que es el bosque nativo, y tampoco se pueden amenazar sus funciones y procesos. Si se interpretan estos vocablos a la luz de lo que se discutió en la comisión respectiva¹⁷, es casi imposible instalar una nueva faena forestal en donde actualmente hay bosque nativo, aunque el interesado se obligara a mantener cuotas de él, como se hace actualmente.

Artículo 136. El Estado, como custodio de los humedales, bosques nativos y suelos, asegurará la integridad de estos ecosistemas, sus funciones, procesos y conectividad hídrica.

El peligro se ve aumentado si se considera que el Estado está obligado a intervenir para proteger los derechos de la naturaleza, que implican su conservación y preservación, cosas que, interpretadas en un sentido estricto, se ven amenazadas por industrias forestales, las que se encuentran, en su mayoría, de Ñuble al sur.

El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad.

El inciso quinto cobra relevancia cuando se lee a la luz del tercero, que sujeta esta regulación a todos los bienes comunes naturales inapropiables, como los son las aguas, que se verán a continuación, y el mar territorial y las playas. Además, las autorizaciones serán otorgadas si se cumplen los requisitos *copulativos* de estar justificadas en (1) el interés público, (2) la protección de la naturaleza y (3) el beneficio colectivo. Se discutió, de hecho, la sustitución de la palabra “y” por una “o”, y se rechazó, lo que denota la intención expresa de que toda autorización deba estar fundada en la protección de la naturaleza, lo que muchas veces no es el fin de las industrias que utilizan recursos naturales.

Todo esto vuelve a esta norma fundamental para la industria salmonera¹⁸, pues a futuro no podrían existir las concesiones como las actuales, sino que autorizaciones precarias, que no constituyen propiedad y que son *esencialmente revocables*. Aunque las concesiones actuales sean otorgadas también en sede administrativa, tienen una duración definida de 25 años renovables y otorgan un grado de certeza suficiente que

¹⁷ Algunas iniciativas constituyentes emanadas de los llamados ecoconstituyentes planteaban el fin de las forestales.

¹⁸ La que se hace en mar territorial. A la que se realiza en agua dulce se aplican las normativas de Derecho de Aguas que se explicarán a continuación.

ha permitido posicionar a Chile como uno de los mayores exportadores de salmón en el mundo.

Por último, el artículo 139 inciso segundo impone el deber al Estado de preservar los ecosistemas marítimos:

Es deber del Estado la conservación, la preservación y el cuidado de los ecosistemas marinos y costeros continentales, insulares y antártico, propiciando las diversas vocaciones y usos asociados a ellos y asegurando, en todo caso, su preservación, conservación y restauración ecológica.

En consecuencia, a pesar de que se reconocen los diversos usos asociados a los ecosistemas marítimos, en la práctica, especialmente tomando en cuenta los principios ambientales ya explicados, fácilmente se podría usar la última frase del inciso para limitar la industria acuícola. Esto debilita la seguridad jurídica sobre las concesiones de acuicultura, pues se deja, al igual que el otorgamiento de autorizaciones acerca de los inapropiables, a la arbitrariedad de un Estado robusto, que razona respecto de la lógica de principios ecocéntricos. Ahora, tiene las herramientas para limitar excesiva y fuertemente una actividad intensiva y controversial como es la salmonicultura.

El artículo 130 establece un deber de conservación de todas las especies nativas bastante preciso, pues se logra por medio de la mantención de una cantidad adecuada, cuya distribución asegure la viabilidad de su población:

Artículo 130. El Estado protege la biodiversidad, debiendo preservar, conservar y restaurar el hábitat de las especies nativas silvestres en la cantidad y distribución adecuada para sostener la viabilidad de sus poblaciones y asegurar las condiciones para su supervivencia y no extinción.

Ello podría modificar la forma en que se realizan las plantaciones forestales y se mantienen a los peces de criadero, pues ambas son formas intensivas de producción. Además, este artículo surgió de una iniciativa de la convencional Cristina Dorador, que tenía en mente no solo a la flora y fauna afectadas por estas faenas, sino que también la de los monocultivos agrícolas, que también se verían limitados porque precisamente se basan en la plantación de un solo tipo de especie, normalmente no nativa. Por consiguiente, esta norma podría servir como ancla para limitarlos en razón de la protección de los ecosistemas locales.

Por último, el texto usa, en el transcurso de todo el capítulo, el concepto de *restauración* de la naturaleza¹⁹. Esto es un error, pues en la práctica es imposible retornarla al estado en que se encontraba previo al daño; solo se puede regenerar o reparar. Nuevamente se fijan estándares imposibles de cumplir, tanto para el Estado mismo como para los privados.

¹⁹ Es, de hecho, uno de sus derechos, según el artículo 103.

b) *Consentimiento indígena y los sectores regulados*

Además de lo ya mencionado en relación con el estatuto especial de propiedad indígena consagrado en su artículo 79, la propuesta incluye más normativa que podría poner problemas a las industrias que explotan los recursos naturales que se encuentran en su territorio.

Especialmente relevantes son los artículos 34, 66 y 191. El primero establece un amplio catálogo de derechos que, el texto de la Convención, le reconoce a los pueblos originarios:

Artículo 34. Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Por consiguiente, se les reconoce injerencia en los territorios que tradicionalmente les pertenecerían, lo que sumado a la existencia de autonomías territoriales indígenas en el artículo 234, podría implicar que, en la práctica, se necesite su ratificación para llevar a cabo proyectos dentro de sus territorios. Lo anterior no es solo un problema para la minería, como se verá, sino que para la industria acuícola del sur, que se lleva a cabo en territorio que, según registros de la CONADI²⁰, sería principalmente kawésqar y yagán.

El artículo 66, además, establece el derecho a consulta de rango constitucional:

Artículo 66. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.

Dicho derecho ya se encuentra en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por Chile, y ya se lleva a cabo en faenas mineras, principalmente. Lo que genera incertidumbre es que ese instrumento no es vinculante; sin embargo, el vocablo “efectiva participación” en una norma cuyo tema es la consulta indígena, instala la duda de si significa que, entonces, el resultado de esta es vinculante. Si lo fuese, sería un obstáculo más que tendría que superarse para llevarlas a cabo, y que implicaría alargar los tiempos de negociación entre los empresarios y los pueblos originarios, que ya son largos.

Por último, el artículo 191 va más allá, y no solo establece el deber de consulta indígena, sino que dispone que se necesita su consentimiento previo, libre e informado,

²⁰ <http://www.conadi.gob.cl/registro-publico-de-tierras>, consultado el 12 de julio de 2022.

en materias que afectaren sus derechos constitucionales. En efecto, el inciso segundo del artículo 191 dispone:

“Los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”.

La norma quedó inmersa en el capítulo de *Estado regional y organización territorial* porque nació en la Comisión de Forma de Estado. Sin embargo, en el periodo de deliberación de la Convención ingresaron varias iniciativas que, en el mismo tenor, exigían el consentimiento indígena para la instalación o mantención de empresas extractivas en sus territorios. Asimismo, la Comisión de Armonización intentó cambiar el inciso para que fuese armónico con el capítulo en el que se encontraba y se entendiese que solo era necesario para materias de administración territorial, pero los escaños reservados se negaron, conscientes de la conveniencia de una consagración tan amplia como esta, la que al final prosperó.

En consecuencia, queda claro que, de aprobarse el texto propuesto por la Convención, el mejor escenario posible, desde el punto de vista de los que deseen invertir en empresas del sector regulatorio, es que la interpretación de la Constitución no quede clara y se judicialice. La peor es que se entienda que se necesita el consentimiento indígena para llevar a cabo los proyectos que requieren extracción de recursos naturales, pues afectarían sus –muchos– derechos constitucionales. Ya no bastaría tener la concesión (convertida en autorización) ni la autorización ambiental, ahora se requeriría también la aquiescencia de los pueblos originarios en cuyos territorios se emplaza la actividad.

3. Cambios

Mucho cambia en cuanto a normas generales que afectan directamente a los sectores regulados.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. 2. Deber estatal de tutelar la protección de la naturaleza 3. Límite a la propiedad en la protección del patrimonio ambiental. 4. Imposibilidad de apropiarse de bienes nacionales de uso público, muchos de los cuales son naturales, y los <i>res commune omnium</i>. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Naturaleza tiene derechos: a que se respete y proteja su existencia, mantención, regeneración y restauración de sus funciones y ciclos naturales. 2. Principios ambientales que fijan estándares casi imposibles de cumplir, siguiendo la lógica de <i>in dubio pro natura</i>. 3. Creación de nueva categoría para el derecho: bienes comunes naturales, respecto de los cuales el Estado tiene un deber de custodia.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
	<ol style="list-style-type: none"> 4. Los bienes comunes naturales pueden ser apropiables o inapropiables. 5. Si son inapropiables, el Estado puede entregar autorizaciones administrativas temporales y esencialmente revocables sobre ellas, si, entre otros, se fundan en la protección de la naturaleza. 6. Sobre los inapropiables, como el bosque nativo, el Estado puede regular su uso y goce, a pesar de que un privado tenga la plena propiedad sobre ellos. 7. Amenaza a industrias intensivas como la acuícola y la de monocultivos forestales y agrícolas: El Estado debe asegurar la integridad de los bosques nativos, la preservación de los ecosistemas marinos y la viabilidad de las especies nativas. 8. Autonomías territoriales indígenas: varias industrias de los sectores regulados podrían quedar afectas a las normas particulares de las autonomías indígenas, y quedar sujetas a la consulta, que puede ser vinculante. 9. Veto indígena: si la actividad afecta sus derechos constitucionales, no se requiere solo de la consulta sino que también de su consentimiento.

V. DERECHO DE AGUAS

La sequía motivó uno de los debates más controversiales en la Convención, acerca de qué hacer con el estatuto del agua en Chile, especialmente considerando la reforma al Código de Aguas. A pesar de los consensos alcanzados en la discusión parlamentaria, el órgano constituyente fue mucho más radical en su regulación hídrica, y terminó con un sistema que había regido, en su núcleo, desde los tiempos de Bernardo O'Higgins.

1. Regulación actual

El constituyente de 1980 tuvo la tarea de reparar los estragos que había causado la Reforma Agraria en temas de aguas. Así, quiso asegurar la propiedad sobre los derechos

de aprovechamiento, que durante los años anteriores a 1973 habían sido expropiados y su régimen debilitado, causando confusión y caos en el campo. Esto lo hizo siempre entendiendo que, según el Código Civil, las aguas son bienes nacionales de uso público, y por tanto, como establecería en el artículo 19 n° 23, inapropiables.

Toda esta regulación constitucional después se aterrizó en el Código de Aguas de 1981, el que sería complementado con modificaciones y adiciones, para terminar casi totalmente cambiado por la reforma del 2022.

En fin, el dominio público de las aguas creado por la Constitución de 1980 razona acerca de dos pilares: (1) las aguas son bienes nacionales de uso público, y (2) sobre ellas el Estado, como representante de la Nación, otorga derechos de aprovechamiento perpetuos a los usuarios, derechos que ingresan a su patrimonio. Además, a nivel legal, se establece una gobernanza conjunta de las aguas, con organizaciones de usuarios locales supervigiladas por la Dirección General de Aguas, órgano dependiente del MOP encargado de otorgar derechos de aprovechamiento de aguas y de fiscalizar su buen uso, entre otras funciones.

El primer pilar está basado en el artículo 595 del Código Civil, que establece que:

Artículo 595. Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.

Esto es refrendado por el primer inciso del artículo 5 del Código de Aguas reformado:

Artículo 5. Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

En consecuencia, las aguas son inapropiables en virtud del artículo 19 n° 23 ya expuesto.

Asimismo, para aprovechar las aguas, y, en palabras del Código de Aguas, en función del interés general, el Estado otorga derechos de uso y goce sobre ellas, que son perpetuos²¹ e ingresan al patrimonio del titular. Se definen en el artículo 6 del Código:

Artículo 6. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas²², de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley.

Esto es lo que establece la Constitución de 1980 en el último inciso del artículo 19 n° 24:

²¹ Antes de la entrada en vigor de la reforma al Código en abril del 2022. Los que se otorguen con posterioridad seguirán siendo derechos, pero temporales (aunque renovables) y sujetos a más causales de caducidad.

²² La definición fue modificada por la reforma, agregándose la temporalidad.

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

Una parte importante de los convencionales de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico nunca entendió que la palabra “ellos” hace referencia a los derechos de aprovechamiento, y no a las aguas, pues de ser así diría “ellas”. Este inciso consagra la cosificación de los derechos sobre las aguas, permitiendo un derecho de propiedad sobre otro derecho real, y por tanto protegiéndolo con la garantía del artículo 20 de la actual Carta Fundamental.

Estos derechos pueden ser otorgados o reconocidos por la autoridad o la ley. La primera ocurre en virtud de un acto administrativo de la Dirección General de Aguas concediendo un nuevo derecho sobre una fuente natural por un determinado caudal. El segundo, cuando esta, o la ley, meramente reconocen una situación de hecho que ya se producía, según ciertas causales legales o posterior a un trámite administrativo. Esto intentó subsanar el problema que dejaron las expropiaciones masivas de la Reforma Agraria.

La reforma al Código de Aguas establece usos prioritarios, que contemplan la producción industrial.

Artículo 5 bis. Las aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas.

Por último, el estatuto de las aguas actual permite la creación de diversos tipos de organizaciones de usuarios, compuestas por quienes tienen derechos de aprovechamiento sobre las aguas de una determinada cuenca o porción de cuenca, o sean usuarios de alguna obra común. Estos son los órganos representativos de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, y son clave en su administración²³. Con ellos es que la Dirección General de Aguas, en contextos de sequía como el actual, negocia la redistribución de los caudales a los que los integrantes tienen derecho en virtud de su derecho de aprovechamiento de aguas. Muchas de esas negociaciones son exitosas.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

Muchos de los miembros de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico eran miembros de la asociación MODATIMA, que culpa al sistema ya descrito de la falta de agua que sufren sectores como La Ligua y Petorca. Su misión era terminar con lo que ellos veían como un régimen anómalo en el mundo, que llevaba a que, en la práctica y

²³ Se dividen en Juntas de Vigilancia, Asociaciones de Canalistas, Comunidades de Aguas y Comunidades de Aguas Subterráneas. Hay aproximadamente cincuenta juntas de vigilancia en Chile, según los registros del MOP.

en su opinión, las aguas fuesen privadas. De ellos surgió la normativa que se presenta en el texto.

Ya se mencionó que las aguas dejan de ser bienes nacionales de uso público para ser bienes comunes naturales. Sobre ellas solo se pueden otorgar autorizaciones administrativas, temporales, esencialmente revocables, y que no ingresan al patrimonio del titular de la administración. Esto es refrendado por el artículo 142:

Artículo 142. El Estado velará por un uso razonable de las aguas. Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional del Agua, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento.

Es competencia de la Agencia Nacional del Agua, sucesora de la Dirección General de Aguas, otorgar, revisar y caducar las autorizaciones de uso.

Artículo 144 inciso segundo. La Agencia Nacional del Agua tiene las siguientes atribuciones:
c) Otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones de uso de agua.

Es oportuno destacar que mientras los chilenos no indígenas deben esperar una autorización de uso de agua, los que sí son indígenas tienen su uso asegurado a nivel constitucional, en virtud del artículo 58. De hecho, se le asegura también su integridad, lo que podría perjudicar a usuarios no pertenecientes a pueblos originarios que compartan la cuenca, y ser causa de varias situaciones limítrofes difíciles de resolver.

Artículo 58. La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento.

En principio, la normativa permanente solo haría que los futuros derechos de aprovechamiento fuesen autorizaciones. Sin embargo, la disposición transitoria trigésima quinta señala que todos los derechos de aprovechamiento existentes se entienden, para efectos legales, como autorizaciones en el mismo sentido que las plantea el artículo 134:

Trigésimo quinta. Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución. Mientras no se dicte la legislación ordenada en la disposición transitoria anterior, se aplicarán las reglas que prescribe el Código de Aguas en materia de constitución y extinción de autorizaciones de conformidad con esta Constitución, sin perjuicio de los procesos de revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca. En ningún caso se podrán aplicar las reglas relativas a la constitución de estas autorizaciones por remate. Los derechos de aprovechamiento otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos por acto de autoridad competente antes del 6 de abril de 2022 se sujetarán a lo dispuesto en las disposiciones transitorias de la ley Nº 21.435, que reforma el Código de Aguas. No

se aplicará lo establecido en los incisos primero y cuarto del artículo segundo transitorio de dicho cuerpo legal a los derechos de aprovechamiento constituidos por acto de autoridad, reconocidos, adquiridos u otorgados a las personas, asociaciones y comunidades indígenas, de conformidad con los artículos 2, 9 y 36 de la ley N° 19.253, los que serán inscritos como autorización de uso tradicional de manera automática en el registro respectivo. Mientras no se dicte la normativa pertinente, o en el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Solo previa autorización de la Dirección General de Aguas, o su sucesor jurídico, se podrán autorizar cambios de titularidad en las autorizaciones administrativas de uso de agua o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, siempre que estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o la disponibilidad efectiva de las aguas en conformidad con lo establecido en los artículos 57 y 142 de esta Constitución. Dicho acto administrativo deberá ser fundado y deberá inscribirse en el Catastro Público de Aguas a que se refiere el artículo 112 del Código de Aguas.

b) Los gravámenes constituidos conforme al artículo 113 del Código de Aguas antes de la fecha de publicación de esta Constitución seguirán vigentes en los términos que establece su inscripción, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior.

c) Las autorizaciones de uso de aguas otorgados, constituidos, regularizados o reconocidos antes de la entrada en vigencia de esta Constitución se sujetarán a las normas del derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior. Con el objeto de asegurar la continuidad del servicio y el cumplimiento del derecho humano al agua y saneamiento establecidos en el artículo 57, y mientras no se dicte la ley indicada en la disposición transitoria anterior, se mantendrán en vigor los actos jurídicos que tengan por objeto contar con agua para abastecer sectores urbanos, asentamientos rurales, cooperativas y comités de agua potable rural, destinados exclusivamente al consumo humano o al saneamiento, suscritos con titulares de autorizaciones de aguas o con organizaciones de usuarios de aguas, sin perjuicio de la revisión y autorización de la Dirección General de Aguas. Las materias relativas a agua potable y saneamiento serán reguladas en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior. Una vez concluidos los plazos contemplados en el artículo segundo transitorio de la ley N° 21.435, los registros de aguas de los conservadores de bienes raíces se traspasarán a la Agencia Nacional del Agua o a la Dirección General de Aguas en caso de no estar aún implementada.

El artículo es confuso. Establece que los derechos de aprovechamiento son autorizaciones, pero después a la gran mayoría, que son los inscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, les hace aplicable los artículos transitorios del reformado Código de Aguas²⁴. Esto debía corregirse en la Comisión de Armonización, como parte del acuerdo que permitió que los escaños reservados aprobasen la norma, que

²⁴ Limita las causales de caducidad y dispone su perpetuidad.

venía del Frente Amplio, a cambio de que se limitara esta aplicación solo al artículo segundo transitorio, y así fue. Sin embargo, a la hora del pleno, dicho pacto no dio los votos necesarios para aprobar el cambio, el que fue rechazado.

Como fuese, nuevamente los agricultores e inversionistas que necesitan del agua se ven enfrentados al mal menor: en el peor de los escenarios, el tema se judicializa y la certeza demora años en llegar; en el peor, terminan con autorizaciones revocables y temporales que no constituyen propiedad.

No hace falta recalcar sus aspectos negativos. Termina con la seguridad de miles de agricultores, poniendo en riesgo el trabajo de toda una vida y la economía agropecuaria del país. *El Mercurio*, en sendos artículos del 17 de junio de 2022, advierte acerca de la pérdida que significaría esto para los agricultores, y no solo en cuanto a la seguridad de poder producir en un contexto en que el recurso es cada vez más escaso: se estima que los terrenos, en el mejor de los casos, valdrían entre 20% y 30% menos sin los derechos de aprovechamiento, y disminuiría su patrimonio, lo que les dificultaría el acceso a créditos.

Además, la norma es, en la práctica, expropiatoria. Como se expuso anteriormente, no solo es tal la que priva al dueño del bien en cuestión, sino que también la que le quita el derecho de propiedad sobre la cosa, que es lo que se está haciendo en este caso. Puede discutirse si el hecho de que se haga por medio de la Constitución satisface el requisito de que se debe hacer por ley, o si esa será la que el mismo artículo transitorio dispone, pero lo más importante es que se debe pagar un precio (sea el justo precio según la propuesta de la Convención, o el de mercado como dispone la Constitución actual), el que no se ha discutido en ninguna instancia. Al final, esta norma le priva a miles de chilenos el gran activo que actualmente significa ser propietario de un derecho de aprovechamiento.

Sin embargo, hasta que no se dicte la ley que crea la Agencia Nacional del Agua, se mantendrán los negocios jurídicos que abastezcan a la población de agua, tanto en sectores urbanos como rurales. Dicha ley, en virtud de la disposición transitoria trigésimo cuarta, debiese dictarse en dos años²⁵.

Por consiguiente, y para agregar incerteza jurídica a la situación, la disposición trigésimo sexta dispone que se iniciará un proceso de redistribución de aguas en las cuencas. Este debe iniciarse en seis meses, y será para garantizar los usos prioritarios que dispone el texto propuesto:

Trigésimo sexta. La Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional del Agua, según corresponda, de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia, realizará el proceso de redistribución de los caudales de las cuencas con el apoyo respectivo de los gobiernos regionales, para garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución. Este proceso comprende la elaboración de informes de diagnóstico y evaluación a nivel regional, que se desarrollará por etapas y priorizando aquellas cuencas en crisis hídrica y con sobreotorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Dentro del plazo

²⁵ No especifica desde cuándo se comienza a computar el plazo.

de seis meses, se iniciará el primer proceso regional. Esta redistribución no se aplicará a pequeños agricultores; comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados.

Dichos usos prioritarios son, en virtud del artículo 140 inciso segundo: el derecho humano al agua²⁶ y el equilibrio de los ecosistemas. Nada dice de las actividades productivas, en concordancia con la desconfianza demostrada por la Convención hacia los sectores productivos. El problema es que el sector agropecuario es fundamental para garantizar la seguridad alimentaria, especialmente en un contexto de crisis global de alimentos y conflictos internacionales que los encarecen o impiden su llegada²⁷. No solo dichas empresas deben lidiar con no ser consideradas como dentro de los usos prioritarios de rango constitucional, en relación con la redistribución de su recurso productivo, sino que pierden la seguridad que les otorga un derecho de aprovechamiento del que son dueños, y con el que pueden disponer para asegurar el futuro de sus familias o hacer crecer su negocio por medio de créditos, otorgados a base de la solvencia que entrega tener dentro del patrimonio dicho derecho.

Por último, se crean los Consejos de Cuenca, cuyos integrantes están establecidos en la misma propuesta de la Convención. No queda claro si reemplazarán a las actuales organizaciones de usuario o no, pero rigidizan la participación en el órgano, además de demostrar el cambio de paradigma entre un Estado subsidiario que administra con privados²⁸, y un Estado grande que tiene distintos órganos a nivel territorial. Además, se dispone que es uno por cuenca, siendo que, por ejemplo, es una constante el seccionamiento de cauces; así, por ejemplo, actualmente hay tres juntas de vigilancia solo en el río Maipo. Esto lo regulan los incisos segundo y tercero del artículo 143:

Los consejos de cuenca serán los responsables de la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional del Agua y de las competencias asignadas a otras instituciones.

La ley regulará las atribuciones, el funcionamiento y la composición de los consejos. Estos deben integrarse, a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de agua, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca, velando que ningún actor pueda alcanzar el control por sí solo.

²⁶ Consagrado también como derecho constitucional en el artículo.

²⁷ Otra contradicción más: ahora con el Art. 54.

²⁸ Lo que se demuestra en desechar el sistema de redistribución de caudales negociadas que actualmente se implementa, en favor por uno mucho más radical y agresivo.

3. Cambios

Estatuto jurídico actual	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio público de las aguas: bienes nacionales de uso público que son inapropiables. 2. Aprovechamiento por medio de derechos de uso y goce otorgados o reconocidos por el Estado, mediante un órgano administrativo, o la ley. Este sistema viene desde, al menos, el siglo XIX. 3. Cosificación del derecho: propiedad de rango constitucional sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Por tanto, está protegido por el recurso de protección. 4. Administración coordinada entre órganos públicos (Dirección General de Aguas) y privados (organizaciones de usuarios), que puede ser a un nivel más local que solo la cuenca. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio público de las aguas: bienes naturales comunes inapropiables, en todos sus estados. 2. Aprovechamiento por medio de autorizaciones fundadas en la protección del medio ambiente, que son temporales, caducables, revocables e intransferibles. 3. Estatuto especial para los indígenas. 4. Expropiación en la práctica: transformación de todos los derechos de aprovechamiento ya otorgados en autorizaciones administrativas. A pesar de la aplicación de las disposiciones transitorias del Código de Aguas reformado, las autorizaciones son, por esencia, revocables. 5. Redistribución urgente y progresiva de los caudales de las cuencas, por medio de la Agencia Nacional del Agua. 6. Creación de los Consejos de Cuenca, órganos públicos territoriales que llevarán la administración local de las aguas, y que será solo uno por cuenca. 7. Usos prioritarios a nivel constitucional: se dejan fuera las funciones productivas o de seguridad alimentaria, mencionando solo el derecho humano al agua y las funciones ecosistémicas.

El agua siempre ha sido un recurso importante en Chile y que ha causado conflictos entre los mineros y los agricultores. Además, la regulación de las aguas y la certeza que su régimen entregue afecta no solo a privados, sino que, también, a las empresas sanitarias encargadas de entregarles el recurso, y a otras industrias como la acuicultura o las hidroeléctricas que también dependen del agua dulce para producir. Es por eso que debe ser tratada con extrema cautela, lo que no se hizo en la Convención Constitucional.

VI. DERECHO DE MINERÍA

La minería fue un tema donde se notó una fractura en la izquierda dentro de la Convención. La izquierda más tradicional, como los socialistas, eran conscientes de la importancia de este sector productivo en la economía, y de lo necesario que eran los recursos que deja en el país para financiar los derechos sociales que pretendían consagrar. Teniendo en cuenta, además, que la mayoría de la regulación actual, tanto a nivel constitucional como legal, viene de las reformas llevadas a cabo en el periodo presidencial de Salvador Allende, no dieron sus votos a las normas que buscaban terminar con el sistema de concesiones actuales, que pretendía nacionalizar la minería o terminar con ella por su daño medioambiental. Por tanto, la regulación minera quedó, *en su mayoría*, igual.

1. Regulación actual

El constituyente de 1980 reguló con exhaustividad la minería dentro de la propiedad, en cuanto quería asegurar que lo ocurrido con la Nacionalización del Cobre no se repitiera. Por tanto, todo lo concerniente tanto al dominio estatal de las minas como al dominio sobre las concesiones y sus límites debía quedar dentro del derecho de propiedad, lo que significa que hay un “núcleo insuprimible de la garantía de la propiedad en general [...] adquirir, usar, gozar y disponer de los bienes, sin otra limitación u obligación que aquellas que la ley imponga en virtud de la función social”²⁹. Además, se hace con rango constitucional por su importancia para el país.

El núcleo fundamental del estatuto constitucional minero en nuestra Constitución se compone de (1) dominio estatal sobre las minas y yacimientos mineros; (2) propiedad sobre las concesiones mineras judiciales; y, (3) concesibilidad de los minerales.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas 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.

En virtud del inciso sexto del artículo 19 Nº 24, la propiedad del Estado sobre las minas es imprescriptible, inalienable, exclusivo y absoluto. Esta recae incluso sobre ciertas cosas que, según la geología, no son propiamente depósitos naturales de sustancias del reino mineral.

Lo anterior, en concreto, significa que se reputa que el Estado siempre ha sido, es y será dueño de los minerales dentro de territorio chileno. Como dicha propiedad es absoluta, él goza de las tres facultades del dominio: uso, goce y disposición, pero debe

²⁹ Vegara, Alejandro, *Instituciones de Derecho Minero*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 352.

ejercerlas conforme la misma ley señale. Es en virtud de esto que puede entregar en concesiones sus yacimientos mineros, pero no puede enajenarlos, pues se entiende que con eso perdería parte de su soberanía. Este es un tipo de propiedad que escapa a la dicotomía entre bien privado y bien público: se trata de un tipo especial de propiedad estatal atento a las excepciones que el mismo Art. 19 Nº 23, inciso primero, parte final, permite.

Además, es tan fundamental la actividad minera para el país que los dueños de los predios superficiales, a pesar de seguir siéndolo, deben tolerar las obligaciones y limitaciones necesarios para la exploración, explotación y beneficio del recurso.

Como el Estado es consciente de que no puede explotar todos los minerales por sí solo, establece la figura de la concesión minera en el inciso séptimo del mismo artículo, para poder aprovechar el yacimiento. Es una figura histórica, pero que se perfila con tanto detalle en la Constitución actual es una novedad.

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.

Se reconocen dos tipos de concesiones: exploración y explotación, ambos derechos reales. La consagración en la Constitución tal cual está, dota al minero de la libertad propia de un propietario. Las concesiones pueden, por ello, ser transferidas, embargadas e incluso sacadas a remate. Ambas son constituidas por resolución judicial, lo que significa que es un tribunal, más rápido, accesible e imparcial, el que otorga el derecho, y no un órgano administrativo como se pretendió durante el debate constitucional actual. También él conoce de su extinción, cuyas causales, por razones de seguridad jurídica, deben estar siempre establecidas al momento del otorgamiento de la concesión.

Debe advertirse que el concesionario no es dueño de los minerales sino hasta que los separa de la tierra y se beneficia de ellos. Más bien, es dueño del derecho real de concesión minera, no obstante esta tenga por objeto las sustancias minerales concesibles que existan en sus límites.

Respecto de los minerales inconcesibles, la Constitución excluye expresamente a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, por su importancia para el desarrollo del país, y se reserva para sí su exploración, explotación y beneficio (al igual que respecto del litio, según lo consagró la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras). Esta la puede llevar a cabo por medio de los mecanismos que el inciso décimo especifica:

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 empresas³⁰, 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.

Actualmente, el método más utilizado es el contrato especial de operación, que dio mucho que hablar hace unos meses cuando se abrió la licitación para la explotación del litio. En realidad, es un mecanismo conveniente para el Estado, pues se lleva una ganancia con un riesgo muy menor, pues es el privado el que lo asume completamente. Además, se contemplan cuotas de extracción máximas y tienen una duración determinada.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

Como se explicó, el órgano constituyente, gracias, en parte, a los socialistas, no cambió lo sustancial de régimen minero expuesto. El Frente Amplio, apoyado por los ecoconstituyentes cuando se dieron cuenta que perderían la batalla en cuanto a que sí habría minería³¹, intentó transformar las concesiones en autorizaciones administrativas temporales, otorgadas por un órgano administrativo, pero nunca contaron con los votos para hacerlo. Sin embargo, esto no quiere decir que no se hayan cambiado aspectos importantes.

El primer inciso del artículo 145 reitera lo que el actual inciso sexto del 19 n° 24 dispone. Sin embargo, se produce una confusión respecto de otros artículos de la propuesta. Si bien este consagra el dominio estatal de las minas, el artículo 134 inciso segundo dispone que son bienes naturales comunes, entre otros, el subsuelo. Por consiguiente, no quedaría claro si las minas son lo uno o lo otro, y de esto depende la injerencia del Estado en su uso y goce, y su dominio sobre los minerales. A pesar de que este tema puede, por supuesto, ser judicializado, el debate dentro de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico, y en los plenos, da a entender que los autores de la norma contemplaban a los minerales como bienes estatales, diciendo expresamente que ya no los consagrarían como bienes naturales comunes. Por lo demás, se debe hacer una distinción entre el subsuelo y los minerales, pues uno es el continente y el otro el

³⁰ Acá es donde nuevamente se ve la diferenciación entre las empresas estatales (las primeras) o en las que participa, en este caso con un porcentaje mayoritario de control (las segundas).

³¹ A pesar de declaraciones de las convencionales Zárata y San Juan en que demostraron su intención de acabar con la minería en sus territorios.

contenido. Por tanto, se podría incluso dar que el subsuelo que contiene a los minerales sea un bien común natural, y que estos sean del Estado.

Es importante notar que el artículo 145 consagra el dominio del Estado también *sobre las sustancias minerales*. Ello es un absurdo, pues la sustancia mineral difiere del yacimiento o mina que es de dominio estatal. La sustancia mineral es el producto minero ya extraído, separado del depósito natural y obviamente ha de ser del concesionario minero, tal cual lo señala el actual Art. 116 del Código de Minería.

El inciso segundo de ese artículo dispone que:

La exploración, la explotación y el aprovechamiento de estas sustancias se sujetarán a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental.

La conjunción del carácter finito de los minerales, con el interés público intergeneracional, da espacio para el establecimiento de las llamadas cuotas de extracción a futuro. Finalmente, esa es su justificación: que no se puede dejar a los chilenos del futuro sin recursos mineros solo porque la generación presente, sabiendo que eran limitados, decidió extraerlos todos sin límites. Esto, claramente, afectaría a las empresas mineras actuales, disminuyendo el atractivo de Chile como un país minero y abierto a la inversión³².

El artículo 146, por su parte, señala las zonas excluidas para la minería. Esta norma, por no tener una disposición transitoria que la adecúe, entraría a regir *in actum*:

Artículo 146. Quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare.

Este artículo es complementado por el 137:

Artículo 137. El Estado garantiza la protección de los glaciares y del entorno glaciar, incluyendo los suelos congelados y sus funciones ecosistémicas.

En suma, los proyectos mineros, en planificación o en curso, que operen dentro de estas zonas, tendrían que cerrar. Incluso el Ejecutivo, dentro de las recomendaciones que hizo llegar a la Comisión de Normas Transitorias, recomendó regular el tema en el sentido de impedir o retrasar el cierre de las faenas ya operativas. Esto, pues grandes empresas mineras están emplazadas en las zonas en cuestión, una de ellas siendo Pelambres y otra El Teniente. Si llegasen a cerrar, el costo para Chile y su industria serían inconmensurables³³. Muchas de las zonas ricas en minerales están emplazadas en áreas que potencialmente caben dentro de las que estarían prohibidas para operaciones mineras.

³² Además, el argumento es un tanto falaz, pues con el mejoramiento tecnológico se permiten explotar yacimientos mineros cada vez con menor ley de corte, lo que provoca aumento en las reservas.

³³ El 2021, según sus registros, solo Los Pelambres produjo 324.700 toneladas de concentrado de cobre.

3. Cambios

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio estatal minero. 2. Derechos reales para privados: existencia de concesiones de explotación y exploración para beneficiarse de los minerales. 3. Constitución por vía judicial. 4. Propiedad sobre la concesión. 5. Régimen de amparo por vía indirecta. 6. Existencia de minerales inconcesibles: por su importancia, el Estado se reserva su explotación, por medio de cuatro vías. 	<p>No cambia en nada el régimen actual, pero limita la actividad minera y pone en peligro la inversión en cuanto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se abre el espacio para la fijación de cuotas de extracción. 2. Se fijan zonas prohibidas para la actividad minera, que por su aplicación <i>in actum</i> implicaría el cierre de importantes faenas. 3. La actividad minera podría quedar sujeta, como se dijo, al consentimiento del pueblo originario en cuyos territorios se emplaza.

A pesar de que la Convención decidió mantener el régimen actual, incluso añadiendo solo una disposición transitoria en el tema, y sin mayor relevancia, lo que añadió no colabora a la industria minera en Chile. Esto, en cuanto podría perjudicar a las faenas ya operativas, y limitar la actividad de las futuras.

VII. BREVES COMENTARIOS RESPECTO DEL DERECHO ELÉCTRICO

Finalmente, es admisible señalar un artículo de la propuesta que merece un pequeño comentario y que no tiene correlato en la Constitución vigente: es el artículo 59, según el cual *toda persona tiene derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura*.

Al parecer, de la lectura de los demás incisos, de dicha norma pareciera referirse a la energía eléctrica. Sin embargo, es posible destacar que dicha energía llega a los hogares por medio de prestadores que poseen una concesión eléctrica de distribución³⁴, segmento que es considerado, por la Ley General de Servicios Eléctricos, como servicio público, lo que justifica otorgar dichas concesiones y a su titular tener la exclusividad de otorgar el servicio eléctrico (de manera confiable y segura) a cambio de una contraprestación que son las tarifas a que tiene derecho. Al consagrarse este derecho de la forma en que se hizo, se abre la pregunta de si se crea una justificación para subsidios generales, o si se establecen nuevas cargas a los prestadores. En fin, estará por verse, y será la jurisprudencia y la ley las encargadas de entregar las certezas que el precepto constitucional no otorga.

³⁴ El sistema eléctrico posee tres segmentos: generación, transmisión y distribución.

VIII. CONCLUSIONES

La normativa pertinente a los sectores regulados de la economía que introduce la propuesta de la Convención Constitucional es, en su mayoría, innovadora. Esta nace del cambio de modelo que pretende imponer, pasando de un Estado subsidiario a un Estado social y de derechos (*asistencialista*, nos atrevemos a decir), el que requiere un gran aparato estatal, vigoroso y participativo. Esto se debe sumar al cariz ecocéntrico que la tiñe, y que hace que la actividad económica y la injerencia general de los privados en materias de recursos naturales se vea fuertemente limitada en pos de proteger, hasta el extremo, a la naturaleza.

Todo lo anterior nace de una desconfianza que el órgano constituyente demostró sistemáticamente hacia los privados. En materia de propiedad, no confió en que las personas propietarias harían un uso responsable de ella, y privilegió la facilidad con que el Estado podría expropiarla, a la seguridad jurídica necesaria para poder usar, gozar y disponer verdadera y libremente de ella. En materia económica, se retorna a un robustecido Estado empresario, esta vez vigorizado por todas las entidades territoriales que pueden crear empresas estatales. Además, no se someten a las mismas reglas que los privados, pudiendo competir con ellos privilegiadamente. En materia ya de recursos naturales, tanto en las normas residuales que afectan otras industrias, como el agua y la minería que sí están regulados en la propuesta, los cambios solamente dificultan el aprovechamiento privado de ellos. Así, las empresas privadas, los emprendimientos y los mismos ciudadanos se ven supeditados, muchas veces, a la voluntad del gobierno de turno para poder aprovechar recursos que son el sostén de su trabajo y su familia. Incluso en materia minera, donde el órgano optó por mantener casi todo igual y, cuando añadió algo no solo fue contra toda lógica, sino que tuvo el efecto de obstaculizar el aprovechamiento de los minerales y poner en peligro la industria minera y el desarrollo del país.

Esta propuesta constitucional no es compatible con una economía en donde las empresas privadas puedan realmente, y con un nivel satisfactorio de certeza jurídica, aprovecharse de los recursos naturales o participar en igualdad de condiciones en el mercado³⁵.

³⁵ Trabajo basado en un informe realizado para la Fundación Jaime Guzmán en julio de 2022, no publicado.

NORMAS EDITORIALES

La Revista permite la presentación de trabajos en dos tipos de citas posibles: Chicago de notas y bibliografía, 17^o edición y el Manual de Publicaciones de la American Psychological Association, 7^o Edición.

1. Sistema Chicago de notas y bibliografía

La primera vez que citamos una fuente se debe redactar la primera nota de forma completa:

Nombre Apellido, *Título del libro*, edición si no es la primera (Lugar de publicación: Editor, Año de publicación), n^o de página/s.

Las siguientes referencias a la misma fuente de forma abreviada:

Apellido del autor, *las tres o cuatro primeras palabras del título del libro*, la/s página/s citadas.

Si hay entre dos y tres autores, en la nota se escriben los nombres de todos ellos en el orden en el que aparecen.

Si son cuatro autores o más, se escribe el nombre del primero seguido de la expresión et al. (en redonda).

Si el texto que citamos ocupa más de cuatro líneas (o 100 palabras, o más de dos versos en una poesía), lo escribimos en un párrafo aparte, con sangría, a espacio sencillo y sin comillas, y separado del párrafo anterior y posterior por una línea en blanco. También podemos escribir este bloque en un tipo de letra menor que el resto del texto.

Al final se debe incluir una bibliografía completa:

Apellido, Nombre, *Título del libro*, Edición si no es la primera. Lugar de publicación: Editor, Año de publicación.

En la bibliografía, si hay más de un autor, invertimos el nombre del primer autor, seguido de los demás autores en el orden habitual.

En el caso de citar un capítulo de un libro colectivo, la nota comienza por el autor y título del capítulo (entre comillas), seguido de “en” y el título de la obra colectiva (en cursiva) y demás datos de publicación.

En la nota abreviada solo se necesita indicar el autor, el título del capítulo, y la/s página/s citada. En la bibliografía se incluyen todos los datos anteriores, y también el rango de páginas del capítulo.

Los libros electrónicos se citan igual que su versión impresa, añadiendo al final el dato del medio o formato: Kindle, PDF, EPUB.

En el caso de citar un artículo de revista académica en papel, la nota se realiza de la siguiente forma:

Nombre completo del autor o autores, título del artículo (entre comillas), *título de la revista* e información del número (volumen, número, mes, año y páginas citadas).

La nota abreviada solo contiene el apellido del autor, el título del artículo (abreviado si es muy largo) y la/s página/s citadas, todo separado por comas.

En la bibliografía indicamos el rango completo de páginas del artículo, no solo la parte citada como en las notas.

En caso de revistas electrónicas, las notas se hacen como los artículos de revistas en papel, pero añadiendo el DOI o la URL (el DOI es preferible). No es obligatorio poner la fecha de acceso pero, si se hace, se escribe antes del DOI o la URL. La nota abreviada no incluye la URL ni el DOI.

En el caso de los recursos web, debemos incluir siempre el DOI o la URL (el DOI es preferible). En el estilo Chicago, la fecha de acceso al recurso electrónico no es obligatoria. Podemos ponerla si no tenemos la fecha de publicación, ni la de modificación o revisión.

2. Sistema APA

La cita en el texto debe estar entre paréntesis y contener apellido, año de publicación y número de página con la abreviatura “p.” en caso de ser una sola página y “pp.” en caso de dos o más, separando el intervalo de páginas con un guion.

Ejemplo: (Aravena, 1982, p.15)

Cuando se citan varias obras, se deben ordenar por orden alfabético y separarlas con punto y coma.

La referencia a obras traducidas, reimpresas o reeditadas debe incluir dos años, el de publicación de la obra original y el año de la traducción, reimpresión o reedición, separados con una diagonal.

Ejemplo: (Aravena, 1982/1998, p. 15)

Cuando se citan dos o más obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, incluya una letra minúscula después del año.

Si existen dos autores citados que compartan el mismo apellido, agregue la inicial del nombre seguido de un punto.

Para una obra de dos autores, se debe incluir a ambos separados con un *ampersand* (&). Para una obra con tres o más autores, incluir solo el nombre del autor principal más et al.

Las citas con una extensión menor a 4 líneas o 40 palabras se deben incorporar al texto, en cambio las que superen las 4 líneas o 40 palabras, deben citarse como bloque separado del texto, con una sangría aplicado a todo el bloque, de 1 cm desde el margen izquierdo del texto.

La lista de referencia tiene por objeto indicar las obras que se han citado en el texto, con los siguientes elementos, cada uno separado por una coma.

- a) Autor: Apellido en mayúscula y el nombre en minúscula.
- b) Fecha: año entre paréntesis seguido de un punto.
- c) Título: debe ir en cursiva y solo la primera letra en mayúscula.
- d) Fuente: se incluye el nombre de la casa editorial que publicó la obra indica o el lugar donde se puede recuperar la obra citada.

La lista de referencia se debe confeccionar por orden alfabético del apellido de los autores.

3. Información primera página

Con independencia del sistema elegido por el autor, la información de la primera página del trabajo debe ser la siguiente:

- a) Título del trabajo: tamaño 23, centrado y en la mitad superior de la hoja de título.
- b) Nombre de cada uno de los autores del escrito: bajo el título del trabajo, centrado y dejando doble espacio, tamaño 12 en negrita, debe incluir el nombre, primer apellido y segundo apellido.
- c) Grado o cargo: grado académico e institución en la que se obtuvo.
- d) Afiliación académica de cada autor: bajo el nombre del autor, centrado y en tamaño 12, indicar el lugar donde el autor o autores trabajan.
- e) Dirección de correo electrónico institucional: bajo la afiliación académica, centrado y en tamaño 12.
- f) Resumen: bajo la dirección de correo y dejando doble espacio, con letra tamaño 12, debe ir un resumen breve y detallado del contenido del escrito, con un máximo de 250 palabras. Debe redactarse en un solo párrafo, sin sangría en la primera línea.
- g) Palabras claves: incluir 5 palabras que describan los aspectos más importantes del trabajo, tamaño 12.
- h) Título abreviado: versión abreviada del título del trabajo, el que no debe contener más de 50 caracteres y se debe ubicar al margen izquierdo superior de cada una de las páginas del escrito, en tamaño 12 con letras mayúsculas.

4. Aspectos formales del escrito:

- a) Tipo de letra: Calibri Light 12.
- b) Interlineado: doble espacio.
- c) Extensión: los trabajos deberán tener una extensión máxima de 60 páginas, incluida la bibliografía. Sin perjuicio de lo anterior, se podrá autorizar una mayor extensión por motivos fundados.
- d) Margen: utilizar margen de 2,54 cm en todos los lados de la página.
- e) Párrafos: los párrafos del escrito deben estar en modalidad justificado.

NORMAS ÉTICAS

Las publicaciones de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián presuponen un proceso editorial riguroso y transparente que esté en condiciones de asegurar, además de la divulgación de trabajos académicos de calidad, el cumplimiento de ciertos estándares éticos objetivos y conocidos por la comunidad científica. El objetivo de los mencionados criterios consiste esencialmente en que el artículo publicado efectivamente dé cuenta de una investigación original, en la que se pueda comprobar la efectiva vinculación del autor con su contenido y en la que el uso del material bibliográfico utilizado sea fidedigno.

Como *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián nos ha interesado presentar de manera ordenada un conjunto de normas éticas cuya observancia resulta indispensable en todo trabajo investigativo sometido a nuestro examen editorial. El siguiente listado no pretende ser un texto científico respecto de dicho tipo de normas, sino informar a la comunidad académica acerca de las conductas que consideramos como reprochables y las eventuales sanciones que estas merecen, de tal manera que los trabajos que puedan ser publicados en nuestras páginas mantengan el rigor científico e intelectual que de ellos se espera.

Finalmente, nos ha parecido oportuno recalcar que el respeto de las normas éticas en las publicaciones académicas no solo implica su revisión minuciosa por parte del Comité Editorial, sino que requiere preliminarmente de un compromiso asumido por el mismo autor, desde el momento en que somete el trabajo para dar curso al proceso editorial hasta una eventual publicación. Por ello nos parece relevante que aquel lleve a cabo permanentemente un examen interno y exhaustivo de su labor investigativa, comprendiendo el impacto que su trabajo puede tener, tanto en el desarrollo del proceso editorial mismo como en la comunidad científica y en la sociedad en general.

II. Conductas éticamente reprochables y su sanción

a) Del plagio:

1. La conducta más gravemente atentatoria contra el derecho de autor en el marco de los procesos editoriales es el plagio. Hay plagio cuando se presentan como propias ideas planteadas previamente por otro autor, sin reconocer adecuadamente dicha autoría.
2. Se distinguen las siguientes variantes de plagio:
 - 2.i. Plagio completo: Constituye la apropiación literal de una idea ajena que, al no contar con la debida referencia, se hace pasar por propia. El plagio completo

implica una falta grave a la ética y al rigor académico, sin perjuicio de las demás sanciones legales que sean aplicables.

2.ii. Plagio parcial o mosaico: Ocurre cuando el contenido del trabajo presentado, o una parte relevante del mismo, corresponde a la combinación de más de una fuente, sean o no de un mismo autor, que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por uno o más terceros, sin que se identifique claramente la o las fuentes correspondientes.

2.iii. Plagio minimalista: Se refiere al caso en que el contenido del trabajo presentado, o una parte relevante del mismo, corresponde a las ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por un tercero, sin que se identifique claramente la fuente correspondiente. La diferencia con los casos anteriores es que, en este supuesto, el plagio se realiza por medio de la reelaboración de un texto o de ideas ajenas desconociendo su origen.

3. Detectada una conducta de autoplagio en los términos antes indicados, tal circunstancia se pondrá en conocimiento del autor, describiéndose la conducta reprochada y las razones que han llevado a tal calificación. El autor podrá efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial para su correcta ponderación previo a la aplicación de la correspondiente sanción. En caso de ser identificada una conducta de plagio en un trabajo enviado para su publicación a la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián, aquel será inmediatamente rechazado y no se permitirá al autor de dicho plagio publicar en nuestra Revista por un plazo de al menos un año calendario, contado desde la fecha en que se notifica el rechazo de su trabajo por la razón antes expresada; todo lo anterior sin perjuicio de las sanciones legales que resulten aplicables.

b) Del autoplagio:

4. Hay autoplagio cuando el autor envía a la consideración editorial un trabajo que ya se encuentra publicado en otro medio (sea impreso o digital), o utiliza una parte sustancial de dichos textos, ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por el propio autor.
5. Se distinguen los siguientes tipos de autoplagio:
 - 5.i. Reciclaje de textos: Implica la presentación de un trabajo íntegramente publicado en otro medio, sin poder identificar diferencias sustanciales entre uno y otro texto.
 - 5.ii. Autoplagio propiamente tal: Se refiere a la presentación de un trabajo que contiene ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por el propio autor en cualquier medio.
6. El procedimiento y la sanción aplicables al autoplagio serán idénticas a las señaladas en el n. 3 precedente.

c) De otros problemas de autoría:

7. Identificación errada de la autoría del texto: Se refiere al caso en que quienes son identificados en el texto como autores del trabajo no son realmente quienes han participado sustancialmente en su redacción.
8. Incorporación de autores luego de iniciado el proceso editorial: Se refiere al caso en que el texto ha sido presentado por uno o varios autores y durante el proceso editorial se pretende la identificación de nuevas personas en calidad de autores.
9. Retiro de autores luego de iniciado el proceso editorial: Se refiere al caso en que el trabajo ha sido presentado por uno o varios autores durante el proceso editorial y se pretende que alguno de ellos sea retirado de la calidad de autor.
10. En el caso señalado en el n. 7 precedente, la Revista podrá solicitar a quien haya presentado el trabajo una constatación del plan de trabajo pactado entre los intervinientes que haya identificado claramente la función que a cada cual correspondería en la investigación.
11. En el caso señalado en el n. 8 precedente, se solicitará al autor original y al nuevo autor una aclaración exhaustiva de los motivos por los cuales no se identificó a la persona como autor en la presentación original.
12. En el caso señalado en el n. 9 precedente, se solicitará al autor una aclaración exhaustiva de los motivos por los cuales se identificó a la persona como autor en la presentación original y se requerirá del consentimiento expreso de quien había sido identificado como autor, juntamente con una explicación por parte de este último de la situación planteada.
13. Detectado un problema de autoría en los términos antes indicados, se pondrá en conocimiento del autor o los autores y terceros interesados la conducta reprochada y las razones que han llevado a tal calificación. El autor, autores o interesados podrán efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial.
14. En caso de que las explicaciones del autor, autores o interesados no aparezcan como plausibles, se rechazará el trabajo en cuestión y se sancionará a los involucrados de modo que estos no puedan publicar en la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián por un plazo de al menos un año calendario, a juicio del Comité Editorial. Si las explicaciones aparecen como plausibles, no se aplicarán sanciones; pero el proceso editorial será dejado sin efecto y se volverá a iniciar.

d) De los problemas de honestidad en el uso de las fuentes y la protección de datos en la investigación:

15. En estos casos, el reproche se produce porque el autor no ha utilizado las fuentes de manera honesta, por ejemplo, falseando los datos que son expresados en el trabajo o no habiendo sido lo suficientemente diligente en su obtención. Igualmente ocurre cuando el autor no ha tomado los resguardos suficientes para

dar cumplimiento a las normas que se refieren al tratamiento de datos personales, especialmente aquellos de carácter sensible.

16. En el caso de falseamiento o falta de corroboración de las fuentes, se solicitará al autor la exhibición de los documentos a partir de los cuales desarrolló el trabajo o la complementación de la investigación, según corresponda.
17. En el caso de incumplimiento de la normativa correspondiente a la protección de datos personales, se solicitará al autor la acreditación de que ha dado cumplimiento efectivo a dichas normas.
18. Una vez puesta tal calificación y sus motivos en conocimiento del autor, este podrá efectuar sus descargos en el plazo que se le indique por el Comité Editorial.
19. En caso de falseamiento de las fuentes, la sanción será idéntica a la contemplada en el n. 3 precedente. En caso de falta de corroboración de fuentes o incumplimiento de la normativa acerca de protección de datos personales, se suspenderá el proceso editorial hasta la comprobación de su cumplimiento. Lo anterior no obsta a que el Comité Editorial pueda rechazar fundadamente el trabajo debido a la ausencia de rigor científico.

e) De la duplicidad de envíos:

20. Este supuesto ocurre cuando el trabajo presentado se encuentra paralelamente sometido a consideración de otras sedes de edición como parte de un trabajo más extenso, con independencia de si ello implicará su publicación en un libro, capítulo de libro, trabajo de revista, publicación digital u otras.
21. Detectado un problema de duplicidad de envíos en los términos antes indicados, y una vez puesta en conocimiento del autor la calificación y sus motivos, aquel podrá efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial.
22. En caso de acreditarse la duplicidad de envíos, se procederá al inmediato rechazo de la publicación, como asimismo no se permitirá al autor publicar en la Revista por un plazo de al menos un año calendario, a juicio del Comité Editorial; todo lo anterior sin perjuicio de que la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián se reserva el derecho de poner dicha situación en conocimiento de todos los editores de las publicaciones en las que se ha advertido la duplicidad de envío.

