

Volumen 2

Derechos y Deberes



Constitucionales



contexto+

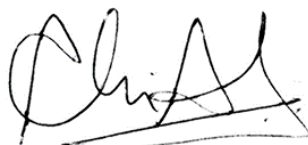
Presentación

Plataforma Contexto nació como una iniciativa de colaboración de la Universidad Diego Portales y Espacio Público, la Corporación Humanas y el Observatorio Ciudadano (Temuco). Queremos contribuir a un proceso constituyente informado aportando nuestros conocimientos y experiencia de trabajo con la sociedad para cumplir los siguientes objetivos:

- **Promover un debate informado;** para ello durante todo el proceso constituyente generaremos conocimiento sobre la experiencia comparada en materia constitucional como también respecto de procesos constituyentes en diferentes partes del mundo. Buscamos traducir temas que a veces revisten cierta complejidad, a un lenguaje accesible al público general.
- **Incentivar el involucramiento de la ciudadanía;** para cumplir con este objetivo generaremos mecanismos para que la ciudadanía pueda debatir, participar del proceso, proponer ideas a la Convención.
- **Monitorear el proceso constituyente;** para ello, generaremos insumos respecto de los debates constituyentes, buscando simplificar y traducir a lenguaje ciudadano las deliberaciones que se darán en la Convención.

Durante el año 2020 nuestra plataforma involucró a más de 13 mil personas en escuelas constituyentes, seminarios y talleres. Nuestros materiales impresos y digitales tuvieron un alcance de más de 2 millones de visualizaciones. Además, hemos trabajado colaborativamente con otras universidades, organizaciones de la sociedad civil y centros comunitarios en diferentes partes del país.

El material que ponemos a disposición aquí para la Convención es fruto de la reflexión de una multiplicidad de especialistas del país que han reflexionado respecto de las diversas dimensiones tanto del proceso constituyente como de los contenidos constitucionales dogmáticos y orgánicos.



Claudio Fuentes S.

Ph.D. en ciencia política

Profesor titular, Universidad Diego Portales

Coordinador Plataforma Contexto

Índice	
Nacionalidad y Ciudadanía en la Nueva Constitución	4
Derechos de inmigrantes en Constituciones del mundo	10
Derecho de reunión y nueva constitución.....	19
El voto obligatorio en una nueva Constitución.....	28
La libertad de expresión en la nueva Constitución	34
Probidad y Transparencia en la Nueva Constitución.....	41
¿Qué debe decir la nueva Constitución sobre derechos humanos?	46
Derecho a la Autonomía Personal	53
El Acceso a la Salud en constituciones seleccionadas	58
¿Qué debiese decir la Nueva Constitución sobre el “derecho a cuidado sanitario”?	63
Dimensiones de la seguridad social en Constituciones seleccionadas	67
Pensiones/jubilaciones en constituciones del mundo	74
¿Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación a seguridad social?.....	79
El Derecho a la Vivienda en constituciones seleccionadas	85
El derecho a la vivienda en una nueva Constitución	89
El derecho al/del medio ambiente en constituciones seleccionadas	95
El Derecho del Medio Ambiente en la Constitución.....	101
Derechos de aguas en Constituciones del mundo.....	106
El agua en la Nueva Constitución.....	113
Discapacidad en constituciones del mundo	121
Pueblos Indígenas en constituciones del mundo	125
PUEBLOS INDÍGENAS Y NUEVA CONSTITUCIÓN*	131
La nueva constitución y los Pueblos Originarios: un proceso que logre inclusión, pluralismo e igualdad	136
Gobernanza de las Plataformas Digitales en la nueva Constitución.....	143
El Derecho a la Propiedad Privada en la Nueva Constitución	150
Estado Empresario en la Constitución.....	158
Sindicación y derechos laborales en constituciones del mundo	163
EL TRABAJO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN.....	169
Igualdad de género y derechos de mujeres en constituciones del mundo	174
Hacia una Constitución Feminista: 15 puntos mínimos.....	182
Derechos de la Infancia en Constituciones seleccionadas	186
Cómo se expresa el derecho a la Cultura en diversas Constituciones	192

Nacionalidad y Ciudadanía en la Nueva Constitución

Por: Vicente Martínez, Abogado y magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional & Valentina Salazar, Abogada.

Resumen: La presente minuta busca responder a la pregunta de cómo deberían regularse la nacionalidad y la ciudadanía en la nueva constitución. Para ello, se revisará el alcance de la nacionalidad y de los derechos otorgados por esta y por la ciudadanía, con un especial foco en la eliminación de la apatridia, el derecho a voto de personas que residen en el extranjero, menores de edad, extranjeros y personas privadas de libertad.

Introducción

El Capítulo II de la Constitución de 1980 (en adelante, “CPR” o la “Constitución”) agrupa las normas sobre nacionalidad y ciudadanía, las que han adquirido cada vez más relevancia, teniendo en consideración el contexto de aumento en la migración, las demandas ciudadanas por un aumento en los espacios de participación política y el reconocimiento de la plurinacionalidad, y la preocupación respecto de ciertos grupos específicos, como las personas privadas de libertad.

Los criterios para acceder a la nacionalidad tienen un impacto directo sobre el disfrute de derechos fundamentales de las personas con mayores riesgos de sufrir apatridia, lo cual genera un riesgo relevante de incumplimiento de obligaciones internacionales.

Por otra parte, quienes no gozan de ciudadanía suelen quedar fuera de la posibilidad de participar políticamente de una manera institucionalmente reconocida, por lo que quedan marginados de los procesos de toma de decisiones.

En este escenario, la eventual elaboración de una nueva constitución representa una oportunidad de resolver los problemas de la actual regulación, avanzando hacia una noción más contemporánea de la materia, que nos permita (1) delimitar de manera más adecuada la titularidad y las garantías del derecho a voto y al ejercicio de cargos públicos, además de (2) reconocer la existencia de distintas naciones dentro del Estado de Chile; y (3) dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de DDHH que emanan de tratados suscritos por Chile y que se relacionan con la materia, como el derecho a la nacionalidad.

Para un análisis adecuado del problema, se requiere tener presente que, por nacionalidad, entendemos "un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectividad solidaria de existencia de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes"¹.

¹ Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Deuxième phase: arrêt, Recueil, 1955, p. 23.

Por su parte, ciudadanía se refiere a la “calidad jurídico-política especial que acredita a la persona como miembro activo del Estado y que la habilita para ejercer los derechos políticos, es decir, para participar en la vida pública estatal”².

Es relevante que se tenga en consideración que la nacionalidad es un Derecho Humano³, y su reconocimiento no es una mera recomendación para los Estados. Por lo tanto, la normativa debe formularse de manera que se eviten a toda costa los casos de apatridia y aumenten los mecanismos estatales para la protección y garantía de los derechos asociados, como el voto y la postulación a cargos de elección popular.

La presente minuta busca enunciar y justificar una propuesta para la regulación de la nacionalidad y la ciudadanía en una eventual nueva constitución. Para ello, se expondrá una síntesis del texto actualmente vigente, y se identificarán los elementos más relevantes de las obligaciones que emanan de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado de Chile, y las constituciones que pueden iluminar el camino hacia la redacción de normas que se ajusten a las necesidades del proceso político chileno.

Teniendo en consideración las limitaciones propias del formato, no se abordarán todas las materias relacionadas con la nacionalidad y la ciudadanía, sino solamente aquellas que se han identificado como más importantes⁴.

Normativa Constitucional Vigente

La Constitución agrupa las normas sobre nacionalidad y ciudadanía en el capítulo II, compuesto por los artículos 10 al 18.

En términos generales, podemos resumir el capítulo de la siguiente forma:

- El artículo 10 detalla los requisitos para acceder a la nacionalidad, estableciendo como regla general que son chilenos “los nacidos en el territorio nacional” (*ius soli*), salvo por “los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes”; además de la primera generación de hijos de padre o madre chilenos que nazcan en el extranjero (*ius sanguinis*) y los casos especiales de nacionalización por ley y nacionalidad por gracia.

² Existen diversas nociones de ciudadanía que se han construido a partir de criterios históricos, sociales, políticos, entre otros. La definición escogida pertenece fue extraída de Lizcano Fernández, Francisco (2012): *Conceptos de ciudadano, ciudadanía y civismo*, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 11, N° 32, p. 278, que cita a Borja, Rodrigo (2002-2003), *Enciclopedia de la política, Fondo de Cultura Económica, México, 3ª ed. corr. yaum., 2 vols. Pág. 177*. Creemos que coincide con las normas de ciudadanía de nuestra constitución en términos prácticos.

³ Tal como establecen el artículo XV de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972), el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990), el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005), el artículo 1.1 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (ratificada por Chile el 11 de enero de 2018), el artículo XIX de la Declaración Americana de Derechos Humanos^[6] y el artículo 20 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990).

⁴ Se dejaron fuera, por ejemplo, los criterios de pérdida de la nacionalidad y la ciudadanía, que en la Constitución actual se basan en la lógica de la seguridad interior del Estado y deberían adaptarse a las necesidades de la actualidad.

- El artículo 11 establece las causales de pérdida de la nacionalidad chilena.
- El artículo 12 concede la acción de reclamación de nacionalidad para quienes se vean afectados por un acto administrativo que les prive de ella o la desconozca, cuyo plazo es de treinta días⁵.
- El artículo 13 determina los requisitos para gozar de ciudadanía y reconoce que esta “otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran”. En seguida, reconoce el derecho a voto de los chilenos que se encuentren en el extranjero.
- El artículo 14 regula los requisitos para que extranjeros residentes en Chile soliciten la ciudadanía.
- El artículo 15 asegura ciertas garantías del derecho a voto, pero su inciso segundo limita las convocatorias a votación popular a las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en la Constitución. Además, no se establecen garantías para el derecho a voto de personas privadas de libertad.
- El artículo 16 establece las causales de suspensión del derecho a voto.
- El artículo 17 regula las causales de pérdida de la ciudadanía.
- El artículo 18 las normas generales del sistema electoral.

Obligaciones Internacionales actualmente vigentes

Sin perjuicio de lo que pueda parecer conveniente en términos de política pública, un elemento que debe tenerse en consideración es que Chile ha ratificado una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos, de los que emanan obligaciones relativas a la nacionalidad y la ciudadanía.

Lo anterior se traduce en una obligación de otorgar la nacionalidad automáticamente a quienes nazcan en el territorio del Estado (*ius soli* automático), aun en los casos en los que no está claro si hay una segunda nacionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado la materia⁶, interpretando que del artículo 20 de la Convención Americana emana la obligación de reconocer el *ius soli* automáticamente, incluso en los casos en los que no se sabe si la niña o niño tiene la nacionalidad de otro Estado⁷.

⁵ El procedimiento para esta acción se encuentra regulado en el Auto Acordado S/N de fecha 26 de enero de 1976.

⁶ Ver Caso Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana stc. 28 de agosto de 2014. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf, párrs. 258 a 261.

⁷ “259. El artículo 20.2 de la Convención Americana señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado “si no tiene derecho a otra”. Este precepto debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació.

260. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte considera que el artículo 20.2 de la Convención Americana debe interpretarse en el mismo sentido que lo establecido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (supra párr. 258). Este Tribunal tuvo ocasión de señalar, respecto al Caso de las Niñas Yean y Bosico, que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”.

261. Ahora bien, si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius*

Reconocimiento de Nacionalidades Ancestrales y Originarias

Actualmente la Constitución opera sobre la base de que en Chile solo existe exclusivamente una nacionalidad reconocida y otorgada por las instituciones chilenas.

Con todo, si se decidiera avanzar hacia un sistema plurinacional, este es uno de los elementos que sería necesario adaptar, para incorporar el reconocimiento de las nacionalidades de pueblos originarios a los que se reconozca la calidad de nación.

Los efectos jurídicos del reconocimiento de las nacionalidades ancestrales u originarias deben estar establecidos en la constitución para garantizar que no sean modificados con facilidad ante escenarios políticos complejos; y deben estar acompañados por garantías de autonomía y participación de las naciones.

En todo caso, este reconocimiento operaría solamente “hacia adentro”. Respecto de otros países, las personas de nacionalidad originaria tendrían pasaporte chileno.

Criterios para acceder a la nacionalidad chilena

El principal riesgo relacionado con los criterios de nacionalidad es la apatridia⁸. Si la norma se configura de una forma excesivamente restrictiva, o si se interpreta de formas que dejen a personas sin nacionalidad alguna, no solamente se estaría incumpliendo con las obligaciones emanadas del derecho a la nacionalidad, ya mencionado en la introducción de la presente minuta, sino que se estaría poniendo a estas personas en un riesgo importante de ser objeto de vulneraciones a otros derechos fundamentales, por no ser parte del sistema.

Las personas apátridas están en una situación de doble vulnerabilidad, ya que por un lado no quedan protegidas por el ordenamiento jurídico de ningún Estado, y por otro, no se les permite el acceso a visas ni a postular a la nacionalidad del país en el que residen. En definitiva, quedan fuera del sistema, lo cual les imposibilita el acceso a una serie de prestaciones estatales que dan cumplimiento a las obligaciones emanadas de los derechos fundamentales.

sanguinis, aquel Estado conserva la obligación de concederle (ex lege, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia, de acuerdo con el artículo 20.2 de la Convención Americana.”

⁸ Ver Arlettaz, Fernando. (2017). *Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(1), 179-203. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100008>, p. 182: “La apatridia es una falla del sistema, provocada no solo por actos arbitrarios de los Estados o dificultades de aplicación de las leyes, sino por la propia lógica del régimen de nacionalidad. Los conflictos de leyes son en efecto una fuente principalísima de ausencia de nacionalidad. La apatridia deja al individuo huérfano de todo vínculo político e impide el ejercicio a su respecto de las formas de protección que el Derecho Internacional reconoce que los Estados pueden ejercer a favor de sus nacionales. Es comprensible entonces que el Derecho Internacional repudie la apatridia como una anomalía.” Luego, en la nota a al pie N° 5, agrega que A fines del siglo XIX, el Instituto de Derecho Internacional declaró como principio en materia de nacionalidad que nadie debe carecer de ella (Instituto de Derecho Internacional, *Principes relatifs aux conflits de lois en matière de nationalité (naturalisation et expatriation)*, Cambridge, 1895, principio 1). En 1928 declaró igualmente que ningún Estado debe aplicar reglas que tendrían como consecuencia la ausencia de nacionalidad si los otros Estados aceptasen las mismas reglas (Instituto de Derecho Internacional, *La nationalité*, Estocolmo, 1928, artículo 1). La ya citada *Convention on certain questions relating to the conflict of nationality laws* de 1930 recuerda, en su preámbulo, el interés general de la comunidad internacional en que cada individuo tenga una nacionalidad.”

En 1995, el Ministerio del Interior estableció que la frase “extranjero transeúnte” incluía a todas las personas que “se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, o en forma irregular en el territorio nacional”⁹.

Actualmente, tanto la Corte Suprema como el Departamento de Extranjería y Migración y el Registro Civil, consideran que solo son hijos de extranjeros transeúntes las personas cuyos padres sean turistas o tripulantes. Con todo, se requiere una modificación en el texto constitucional, a fin de evitar que se produzca un mayor riesgo de apatridia producto de cambios en la interpretación. Nos parece adecuada la fórmula adoptada por el proyecto de constitución de 2018¹⁰.

Derecho a voto

Respecto del derecho a voto, son tres los problemas principales de las normas actualmente vigentes:

Personas privadas de libertad

Hay un sector de la población que, si bien tiene el derecho a votar, no puede ejercerlo, por estar en situación de privación de libertad¹¹. Tal situación ha sido reconocida por la Corte Suprema en diversos casos de recurso de protección¹², pero el Servel no ha implementado un sistema que realmente posibilite el ejercicio del derecho. En este contexto, se necesita el diseño de una solución integral, que no se vea caso a caso, y que no requiera la judicialización.

Menores de edad

Por otro lado, la transición de la infancia a la adultez es demasiado abrupta, y no hay un periodo de adaptación, en circunstancias que el desarrollo intelectual es progresivo. El sistema actual no considera mecanismos de participación para adolescentes, cuestión que sería recomendable incorporar, por ejemplo, en instancias municipales o regionales¹³.

Si bien la Convención de los derechos del niño no incorpora el derecho al voto, sí otorga el derecho a la opinión y la participación (artículo 12), y el fomento de la participación adolescente

⁹ Ver OF. ORD No 3/1953 de 17 de abril de 1996

¹⁰ “Artículo 10. Son chilenos:

1. Los nacidos en el territorio de Chile;
2. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero;
3. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, y
4. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

La ley reglamentará los procedimientos de renuncia a la nacionalidad chilena, de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos.”

¹¹ No nos referimos a quienes han sido condenados, sino a las personas que se encuentran sometidas a la medida cautelar de prisión preventiva.

¹² Ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema Rol 87.748-2016, en que se ordenó al Servel la adopción de las medidas necesarias para posibilitar el voto de personas que, si bien están privadas de libertad, no tienen suspendidos sus derechos constitucionales.

¹³ Ver el Oficio 198 de 2019 de la Defensoría de la Niñez al Senador Alejandro Navarro, en su calidad de presidente de la Comisión de derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía del Senado, en el que se explican los motivos para recomendar la incorporación de mecanismos de participación ciudadana para menores de 18 años, y se muestran los países que conceden derecho a voto para menores de 18 años.

en las instancias públicas permite una mayor vinculación de las personas con las instituciones y los espacios de toma de decisiones.

Convocatoria a votación popular

Por último, consideramos que se requiere la ampliación de los supuestos en los que puede convocarse a votación, la cual también fue incorporada en el proyecto de 2018, permitiendo que se establezcan casos en leyes orgánicas constitucionales aprobadas previamente por el Tribunal Constitucional¹⁴. Nos parece que las leyes de quórum contra-mayoritario deberían eliminarse, y la aprobación previa del Tribunal Constitucional produce una limitación excesiva de los casos en los que puede convocarse a votación popular, por lo que consideramos que el texto definitivo debería requerir solamente ley simple.

Propuesta

Teniendo en consideración los aspectos ya mencionados, proponemos que la nueva constitución incorpore los siguientes elementos en la regulación de la nacionalidad y la ciudadanía:

1. Otorgamiento de nacionalidad automáticamente para quienes nazcan en el territorio nacional.
2. Otorgamiento de nacionalidad automáticamente para la primera generación de hijos de chilenos en el extranjero.
3. Reconocimiento de las nacionalidades originarias.
4. Garantías que aseguren el ejercicio del derecho a voto de personas privadas de libertad.
5. Reconocimiento del derecho a, y mecanismos que posibiliten un proceso de ciudadanía progresiva para adolescentes.
6. Ampliación de los supuestos de convocatoria a votación popular.

Además, nos parece adecuado mantener los avances que se han logrado en el último tiempo, como las actuales garantías del artículo 15 y el voto en el extranjero.

¹⁴ Artículo 15 inc. 2°.

Derechos de inmigrantes en Constituciones del mundo

Ignacio López Silva

Licenciado en Sociología, Universidad de Chile

Resumen

Esta minuta tiene como propósito revisar la presencia y el modo en que se expresa en distintas constituciones ciertos derechos civiles y políticos a migrantes. Para esto se consideraron cinco derechos: igualdad ante la ley, libertad de conciencia, libertad de expresión, derecho a sufragar localmente en todo tipo de elecciones y derecho a ser elegido. Estos se escogieron usando como referencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Se revisaron diez casos latinoamericanos y tres europeos: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, República Dominicana, Venezuela, Alemania, Francia y España. Los resultados muestran que los derechos civiles suelen estar más consagrados que los derechos políticos. Dentro de los derechos civiles, el que más se garantiza es la igualdad ante la ley, apareciendo consagrado en casi todas las constituciones revisadas. Respecto a los derechos políticos, solo cuatro países, entre ellos Chile, garantizan el derecho de sufragio a migrantes una vez que cumplan ciertos requisitos, aunque ninguno consagra el derecho a ser elegido.

Palabras claves: Ciudadanía, migración, derechos civiles, derechos políticos, constitución.

Los derechos civiles y políticos a migrantes

La concepción de ciudadanía moderna, que aparece junto a los Estados naciones, durante siglos ha asignado un estatus de privilegio al interior de los países, reproduciendo una lógica de inclusión/exclusión dentro de las sociedades (Peña, 2012).. Fue gracias a las conquistas sociales, sin embargo, que este concepto se fue transformando, lo cual derivó en ampliar el reconocimiento de la titularidad de derechos a todos/as quienes fueran parte de la sociedad y, a su vez, permitió complejizar la relación que tenía el Estado con el ciudadano/a, ampliando la garantía de derechos a civiles, políticos y, posteriormente, sociales. Sin embargo, la aparición de la migración internacional moderna volvió a restaurar la estratificación cívica dentro de las sociedades, esto es, restituyó la diferencia entre sujetos que son titulares de derechos y privilegios y aquellos que no. De esta forma, quienes no poseen la ciudadanía quedan excluidos, en principio, de los beneficios y privilegios reservados a los miembros de la comunidad, por lo

que este fenómeno implicó en términos de democratización política un retorno al pasado (Peña, 2012).

Los tratados internacionales han cumplido un rol muy importante a la hora de enfrentar la desigualdad en la titularidad de derechos entre nacionales y migrantes, además de repensar el estatus de migrante¹⁵ desde un enfoque de derechos humanos. En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se establecen los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales fundamentales de los que deben disfrutar todas las personas inherentes a su condición. Posteriormente, en 1966 la ONU aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante PIDCP) y entró en vigor en 1976, siendo ratificado por 113 Estados¹⁶. Este es un tratado multilateral que conforma la Carta de los Derechos Humanos y tiene como función promover que los distintos Estados reconozcan derechos civiles y políticos, además de establecer mecanismos para su protección y garantía. Este pacto funciona como instrumento que ha sido incorporado en distintos tratados internacionales y mecanismos regionales, entre ellos la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” que entró en vigor en 2003. Los derechos que considera son: Derecho a la vida; prohibición de la tortura y los tratos crueles e inhumanos; prohibición de la esclavitud; derecho a la seguridad de las personas: protección contra el arresto y detención arbitraria; derecho a la equidad procesal ante la legislación y al debido proceso; derecho a la libertad de expresión, conciencia y religión; derecho a elegir y ser elegido por sufragio universal.

El interés de esta minuta es corroborar qué países garantizan explícitamente a migrantes distintos derechos civiles y políticos en sus constituciones, para observar cómo se ha avanzado en esta materia. Para esto, se eligieron cinco derechos que recoge el PIDCP y se revisará y comparará las constituciones de trece países: diez de Latinoamérica y tres de Europa. Para elegir estos países se consideró a quienes tienen mayor cantidad de población migrante en sus respectivas regiones. Luego de exhibir la tabla 1, donde se puede ver cuáles países garantizan

¹⁵ En este documento se entiende el estatus migrante según la definición propuesta por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) la cual lo define como cualquier persona que se desplaza, o se ha desplazado, a través de una frontera internacional, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: 1) su situación jurídica; 2) el carácter voluntario o involuntario de su desplazamiento; 3) las causas de desplazamiento; o 4) la duración de su estancia. <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>

¹⁶ Para más información visitar: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

explícitamente distintos derechos a migrantes, se presenta un análisis más exhaustivo sobre cada derecho revisado y enfatizando en la redacción de estos en cada constitución.

Tabla 1. Derechos civiles y políticos a migrantes en Constituciones de trece países

X: Indica que se garantiza completamente

X/2: Indica que se garantiza parcialmente

Derechos consagrados explícitamente a migrantes	Países												
	Ar	Br	Ch	Col	Costa Rica	Ec	Méx	Pé	R.D	Ven	Al	Fr	Es
Derechos civiles													
Igualdad ante la ley	X	X		X	X	X		X	X		X	X	X
Libertad de conciencia	X	X		X		X			X				X
Libertad de expresión		X		X	X	X			X				X
Derechos políticos													
Derecho a sufragar localmente			X			X				X			X/2
Derecho a sufragar en todo tipo de elecciones			X			X							
Derecho a ser elegido													X/2

Fuente: Elaboración propia en base a datos extraídos de [constituteproject](https://www.constituteproject.org/)¹⁷ y [Political Database of the Americas](https://pdba.georgetown.edu/)¹⁸

Igualdad ante la ley

De los trece países revisados, diez aseguran explícitamente la igualdad ante la ley a migrantes, siendo estos Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú, República Dominicana, Alemania, Francia y España. **Los tres países que no consagran este derecho explícitamente son Chile, México y Venezuela.**

Si revisamos la redacción de este derecho en las distintas constituciones, se puede observar que Colombia, Ecuador, Perú, República Dominicana, Alemania y Francia lo plantean de una manera similar y solo se distinguen en el concepto utilizado para referirse al extranjero. Comienzan

¹⁷ Para más información visitar: <https://www.constituteproject.org/>

¹⁸ Para más información visitar: <https://pdba.georgetown.edu/>

señalando que todas las personas son iguales ante la ley y que no se discriminará/perjudicará por razones de: origen nacional (Colombia, art. 13), lugar de nacimiento (Ecuador, art. 11), origen (Perú, art. 2; Francia, art. 1), nacionalidad (República Dominicana, art. 39), o su patria (Alemania, art. 3).

El resto de los países que consagran explícitamente este derecho se distinguen de los ya mencionados por la forma de redacción. En la constitución de Argentina se propone que “todos sus habitantes son iguales ante la ley” y que la nación no admite “prerrogativas de sangre, ni de nacimiento” (art. 16). En la constitución de Brasil aparece más explícito aún, señalando que “todos son iguales ante la ley, sin ninguna distinción, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad de los derechos a la vida, a la libertad, a la igualdad...” (art. 5). En el caso de la constitución de Costa Rica, el artículo de la igualdad ante la ley no hace referencia explícita a migrantes: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.” (art. 33). Sin embargo, en el artículo 19 señala que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricense”, estando el artículo 33 en el capítulo de los derechos individuales, por lo que se considera que el artículo de igualdad ante la ley si incluye explícitamente a migrantes. Finalmente, la constitución española se presenta como un caso similar al anterior, pues aunque la redacción hace referencia solo a españoles “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...” (art. 14), se considera que incluye a migrantes ya que el artículo 13 propone que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título...”, estando el artículo 14 en el capítulo de las libertades públicas y en el título referido.

Finalmente, Chile (art. 19[2]) México (art. 4) y Venezuela (art. 21) no hacen referencia explícita a migrantes al momento de consagrar este derecho en sus constituciones.

Libertad de conciencia

En esta minuta al hablar de libertad de conciencia referimos al derecho de creer o pensar cualquier cosa que las personas encuentran convincente, incluyendo con esto creencias religiosas. De los trece países revisados, solo seis aseguran explícitamente el derecho a la libertad de conciencia en sus distintas constituciones, estos son: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana y España. **El resto de los países como Chile, Costa Rica, México, Perú, Venezuela, Alemania y Francia no incorporan explícitamente a migrantes en este derecho.**

Argentina señala en su constitución que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos”, señalando entre ellos el derecho de “ejercer libremente su culto” (art. 20). Brasil en el artículo 5 “garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos a la vida, a la libertad (...) en los siguientes términos” y dentro de los términos enumerados aparece la libertad de conciencia “VI. la libertad de conciencia y de creencia es inviolable, asegurando el libre ejercicio de creencias religiosas y garantizando, en ley, la protección de espacios religiosos y sus prácticas; nadie será privado de ningún derecho por motivo de creencia religiosa o por convicción filosófica o política”. Colombia señala en el artículo 13 de su constitución que “todas las personas (...) gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de (...) origen nacional”, por lo que incluye explícitamente a los migrantes en la garantía de los derechos que aparecen en ese capítulo de la constitución. Posteriormente, dentro de las libertades mencionadas aparece la libertad de conciencia, “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia” (art. 18). Respecto a Ecuador, en el artículo 9 de su constitución plantea que “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”, y esto es reiterado posteriormente en el artículo 10 “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución”. En el artículo 66 se consagra el derecho a la libertad de conciencia “El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos”. En la constitución de República Dominicana se repite lo mismo que en la colombiana, al proponer que las personas “gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades” sin discriminar por “razones de nacionalidad” (art. 39). Luego, en el artículo 45 del mismo capítulo se garantiza la libertad de conciencia “El Estado garantiza la libertad de conciencia y de cultos, con sujeción al orden público y respeto a las buenas costumbres”. Finalmente, siguiendo la línea de Colombia y República Dominicana, España plantea que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título” (artículo 13), siendo la libertad de conciencia una de esas libertades públicas “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación...” (artículo 16).

El resto de los países revisados si bien garantizan el derecho a la libertad de conciencia, no hacen referencia explícita a migrantes.

Libertad de expresión

Al hablar de libertad de expresión, se refiere al derecho de los individuos a expresar sus pensamientos y sentimientos sin censura previa u otras formas de interferencia. Los países que garantizan explícitamente este derecho a migrantes son: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Republica Dominicana, España. **El resto de los países revisados, los cuales son: Argentina, Chile, México, Perú, Venezuela, Alemania y Francia no incluyen explícitamente a migrantes.**

La constitución brasileña, tal como se mencionó en los apartados anteriores, señala en su artículo 5 que tanto brasileños como extranjeros tienen la garantía de ciertos derechos, siendo la libertad de expresión uno de estos “IV. la manifestación de pensamiento es libre, pero la anonimidad está prohibida; la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación es libre, independiente de censura o licencia”. Siguiendo la misma línea, para los casos de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Republica Dominicana y España se repite lo señalado, esto es, que se propone explícitamente que la garantía de estas libertades y derechos incluyen tanto a nacionales como extranjeros. En la constitución de Colombia se garantiza la libertad de expresión en el artículo 20 “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.” En la constitución de Costa Rica, la libertad de expresión aparece en el artículo 28 y 29 “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”, “Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura”. En la constitución de Ecuador aparece este derecho en el artículo 66 “El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.”. En el caso de Republica Dominicana, se garantiza la libertad de expresión en el artículo 49 “Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa.”. Finalmente, en la constitución española, la libertad de expresión aparece en el contenido del artículo 20 “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”.

El resto de los países consagran el derecho de la libertad de expresión, pero no incluyen explícitamente a los migrantes.

Derecho a votar y ser elegido

En lo que respecta a derechos políticos, de los trece países revisados, solo Chile, Ecuador y Venezuela garantizan explícitamente el derecho a sufragio a extranjeros, mientras que España

lo hace parcialmente. De estos, solo Chile y Ecuador consagran este derecho en cualquier tipo de elección, mientras que Venezuela y España solo permiten sufragar localmente¹⁹. Ninguno de los países revisados reconoce a migrantes el derecho a ser elegido en alguna elección, excepto España, que solo lo garantiza parcialmente.

En el caso de Chile, la constitución reconoce explícitamente el derecho a sufragio a “los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13...” (art. 14). Estos requisitos señalados en el artículo 13 es que sean mayores de 18 años y no hayan sido condenados a pena aflictiva. En lo que respecta a Ecuador, en el artículo 61 de su constitución atribuye el derecho a votar y ser elegido solo a “ecuatorianos y ecuatorianas”, sin embargo, en el artículo 63 extiende la titularidad del derecho a sufragar a extranjeros, al señalar que “las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años”. En la constitución de Venezuela, se declara en un comienzo que “los derechos políticos son privativos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución” (art. 40) y que “son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad” (art. 64). Sin embargo, en el mismo artículo 64 se propone que “el voto para las elecciones municipales y parroquiales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país...” por lo que finalmente consagra el derecho a voto en elecciones locales a extranjeros que cumplan los requisitos mencionados. Finalmente, en la constitución de España se garantiza el derecho a sufragar y ser elegido en las elecciones locales solo a extranjeros de Estados que cumplan con el criterio de reciprocidad. Esto significa que se extiende la titularidad de estos derechos políticos a los ciudadanos de Estados que a su vez lo reconozcan a españoles. La constitución española lo dicta de la siguiente forma “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales” (art. 13[2]). De esta forma, se considera que la constitución de España garantiza solo parcialmente el derecho a votar en elecciones municipales y el derecho a ser elegido, ya que no es extensivo a todos/as los/as extranjeros.

¹⁹ Cuando se habla de derecho a sufragio local se refiere a la capacidad de poder votar en elecciones de gobiernos locales (ayuntamientos, municipalidades, etc.).

El resto de los países revisados en la minuta no consagran explícitamente derechos políticos a extranjeros en sus distintas constituciones, aunque en los casos de Colombia, Perú, Alemania y Francia es necesario hacer algunas precisiones. En la constitución de Colombia, en los artículos 40, 96, 98 y 99 se establece una vinculación directa entre nacionalidad y ciudadanía, dejando afuera a los/as extranjeros. Sin embargo, el artículo 100 afirma que “la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital” lo que significa que, si bien esta constitución no garantiza derechos políticos a extranjeros, si propone que sea la ley quien lo determine para las elecciones locales. En lo que respecta a Perú, los artículos 30 y 31 de su constitución establecen que sólo los nacionales peruanos podrán participar políticamente, aunque al hablar de derecho a sufragar en elecciones locales no se refiere a peruanos o ciudadanos, sino que a “vecinos”, lo que genera que se reenvíe a la legislación ordinaria para su configuración definitiva. Finalmente, en el caso de los países europeos Alemania y Francia, ambas constituciones no determinan que los migrantes puedan sufragar o ser elegidos, aunque si garantizan estos derechos políticos a las personas de nacionalidades de un Estado miembro de la Comunidad Europea, en el caso de elecciones locales. Esto aparece en todas las constituciones de los Estados miembros de la Comunidad europea debido al Tratado de Maastricht.

Síntesis

Los derechos civiles y políticos revisados aparecen en todas las constituciones examinadas, sin embargo, en sólo algunas se explicita la garantía de estos derechos a población migrante, siendo los derechos políticos los menos consagrados. Respecto a la igualdad ante la ley, se pudo dar cuenta como la mayoría de los países aseguran explícitamente este derecho a migrantes, a diferencia de libertad de conciencia y expresión donde solo 6 países de los 13 lo dictaminan en sus constituciones. Cabe señalar que la redacción de la mayoría de los artículos sobre derechos civiles no refiere a “nacionales” ni “ciudadanos”, sin embargo, solo se tomaron en cuenta los que aseguraban explícitamente que estos eran dirigidos a extranjeros debido a que de esta forma se garantiza que estos derechos serían aplicables para ellos.

Finalmente, en el caso de los derechos políticos, resulta llamativo el poco avance que existe en la consagración de estos derechos en las distintas constituciones, siendo Chile, Ecuador, Venezuela y parcialmente España los únicos que aseguran en alguna medida estos derechos. Resulta interesante el caso de la constitución ecuatoriana ya que se ha convertido en vanguardia por su propuesta de una categoría distinta de ciudadano al introducir el concepto de “ciudadanía universal” en algunos apartados de su constitución. Ahora, si bien en esta constitución se sigue

hablando de “ciudadanos” y “ecuatorianos”, se notan estos avances por reducir la estratificación cívica entre ciudadanos y residentes al proponer en su artículo 9 que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas y, eso se confirmó en el análisis ya que entre las constituciones revisadas es la que asegura más derechos a migrantes.

Bibliografía

Beca, J. P. (2019). Ciudadanía y migración. ¿Son compatibles? *Estudios Constitucionales*, 17(2), 193-224.

Jiménez Arce, C. (2012). *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva (Tesis doctoral)*. Universidad de Córdoba.

Peña, J. (2012). Migraciones y apertura cosmopolita de la ciudadanía. *Arbor*, 188(755), 529-542.

Derecho de reunión y nueva constitución

Por: Domingo A. Lovera Parmo, Profesor asociado Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

Resumen:

La presente minuta aborda el derecho de reunión y su reconocimiento constitucional. Se destina la primera parte (1) a explicar brevemente su relevancia en una democracia constitucional. Enseguida, (2) se analiza el reconocimiento que se contiene en el texto constitucional actualmente vigente. Allí se explicará (2.1) su origen y (2.2) la forma en que se ha entendido ese reconocimiento por la práctica constitucional chilena. Hecho ese análisis, (3) se pasarán a revisar los criterios preponderantes en el reconocimiento de este derecho a nivel regional, los que serán iluminados con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Se reservan algunas sugerencias para el final (4).

La importancia del derecho de reunión

El derecho de reunión es una de esas libertades que John Rawls ha denominado parte integral del catálogo de libertades más básicas que debe asegurar un régimen democrático (Rawls 1996: 334). ¿Por qué? Porque el derecho de reunión es considerado como una de las herramientas a través de las que la ciudadanía mantiene una presencia concertada de vigilancia activa sobre el gobierno (Pettit 2012: 219). De esta manera, a través del ejercicio público del derecho de reunión, ciudadanos y ciudadanas pueden unirse y aparecer en los espacios públicos a debatir los asuntos públicos y a proponer al Estado la consideración de asuntos que quizá, de otro modo, jamás se considerarían.

En este entendido, el derecho de reunión es profundamente democrático. Primero, porque permite que la ciudadanía pueda escutar el desempeño de sus autoridades. Segundo, porque el mismo colabora a democratizar (es decir a hacer comunes) la discusión de los asuntos políticos, permitiendo, de paso, que sujetos que de otro modo estarían llamados a la invisibilización puedan comparecer al espacio público. En ese sentido es profundamente igualador. Es lo que le ocurrió a los y las estudiantes en 2006: en términos puramente legales, las personas menores de 18 años no pueden votar en las elecciones populares ni pueden presentar candidaturas. ¿Cómo pudieron enarbolar sus reclamos de justicia relativos al sistema educacional chileno? A través del derecho de reunión que les permitió irrumpir en la agenda pública reclamando para sí el título a participar, también, de la vida democrática.

Por lo mismo es que, si bien el derecho de reunión es un derecho que se asegura a todas las personas, en el caso de los grupos socialmente desaventajados y maltratados por el proceso político resulta crucial. En efecto, para los grupos sociales que carecen del capital social, económico y cultural para acceder a los medios tradicionales de comunicación, el derecho de reunión se transforma en el único medio a mano para poder participar. Para ser ciudadanos y ciudadanas.²⁰

²⁰ Debe anotarse que el derecho de reunión, una de las piedras angulares del denominado derecho a la protesta social, permite que las personas tomen parte no solo en el reclamo de políticas públicas — podríamos decir — ordinarias, sino que, también, para ayudar a contornear la comprensión de la propia constitución (Lovera 2013).

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
13º.- El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.
Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.

El reconocimiento constitucional en el texto constitucional de 1980

La historia de la disposición: un retroceso

Es importante mirar a la historia del establecimiento de la disposición actualmente vigente, en la medida que ella arroja luces sobre la forma (y en buena medida la práctica) que actualmente tiene el reconocimiento constitucional del derecho de reunión en Chile. La Constitución de 1925 reconocía el derecho de reunión en términos prácticamente idénticos a los del actual numeral 13 del artículo 19. Así, disponía en su artículo 10 nº 4:

Artículo 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:
4.º El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales de policía.

Por entonces se sostuvo que la razón para sujetar el derecho a las disposiciones generales de policía, era dotar a la autoridad administrativa con la facultad para dar o no permiso al desarrollo de reuniones en lugares de uso público. No fue hasta 1970 que el denominado Estatuto de Garantías Constitucionales introdujo una enmienda al derecho, ordenando la regulación del derecho de reunión por medio de una ley. La opinión prácticamente unánime del constitucionalismo de la época era que la reforma había mejorado la libertad (Evans de la Cuadra 1973: 115-6). ¿Por qué? Dicho en términos breves, porque el derecho o la libertad constitucional queda más protegida cuando su regulación es sometida a la ley que a una decisión puramente administrativa. Quedó así:

Artículo 10.- Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:
4.o El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas.
En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca.

Este es el texto con el que la comisión designada por Pinochet comenzó a estudiar la redacción de la nueva cláusula en materia de derecho de reunión. Aunque esa comisión — contra la opinión de Jaime Guzmán — propuso al Consejo de Estado el mismo texto, es decir, sugirió reconocer el derecho de reunión solo sujeto a las regulaciones que una ley estableciera, el Consejo decidió volver a la versión de 1925. O sea, decidió volver a una versión desmejorada del derecho de reunión cara a cara el Estatuto de Garantías Constitucionales que se le había intimado al presidente Allende (Silva Bascuñán 2009: 316).

¿Qué se ha dicho en Chile sobre esta disposición?²¹

En materia de titularidad, se ha señalado que el actual art. 19 nº 13 del texto constitucional vigente garantiza el derecho de reunión a todas las personas, aunque se trata de una libertad de inevitable ejercicio colectivo. En efecto, se requieren al menos dos personas para que exista una reunión. En segundo lugar, se ha reconocido — ¿cómo podría ser de otro modo anotando el texto expreso? — que el derecho se garantiza “sin permiso previo”. Es decir, no es necesario solicitar autorización a la autoridad,²² aunque este sea el lenguaje a que se recurre coloquialmente (prensa, autoridades). Sin embargo, de ello no se sigue que el derecho no pueda sujetarse a regulaciones, como se advertirá enseguida. En tercer lugar, se ha enfatizado que el reconocimiento constitucional de este derecho establece ciertas condiciones para su ejercicio legítimo. El derecho debe ejercerse (i) pacíficamente y (ii) sin armas. Mientras existe un debate más extendido respecto a cuando una reunión se desarrolla de manera pacífica (¿un corte de tránsito es, sin más, una forma violenta de ejercicio?), existe un acuerdo en que la expresión “sin armas” debe entenderse a la luz de las disposiciones de la Ley 17.798 Sobre Control de Armas.

Por último, se ha señalado que, tratándose de las reuniones en lugares de uso público, es el mismo texto constitucional el que dispone expresamente la procedencia de regulaciones a su ejercicio. Como se señaló antes, su ejercicio deberá sujetarse a las disposiciones generales de policía. La doctrina ha entendido — en el que es, quizá, el aspecto más debatido respecto al derecho de reunión — que dicha expresión contenida en el inciso 2º del art. 19 nº 13 configura una excepción especialísima al régimen general de los derechos y libertades fundamentales constitucionales. ¿Por qué? Porque mientras la regla general es que todos los derechos y libertades (al no ser absolutos) pueden regularse por medio de una ley (Art. 19 Nº 26 del texto constitucional), en el caso del derecho de reunión se habilitaría la regulación por medio de disposiciones administrativas (=generales de policía). En palabras del TC:

Es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (...) STC 239/1996.

En términos generales, se ha entendido que esas disposiciones generales de policía — como digo, ese régimen excepcional al que se sujeta al derecho de reunión — estarían materializadas en el Decreto Supremo Nº 1.086 dictado por Augusto Pinochet en 1983 y vigente hasta hoy. Con todo, varias voces desde la doctrina han cuestionado la constitucionalidad de la medida. Algunas señalan que el DS Nº 1.086 afecta la esencia del derecho de reunión — al sujetar su ejercicio a un verdadero régimen de autorizaciones, contra texto constitucional expreso —²³. Otras que no debería aceptarse que un derecho fundamental constitucional sea regulado por medio de una norma reglamentaria en vez de una ley. Finalmente, se ha señalado que el decreto en cuestión adolece de un vicio de constitucionalidad al tratarse de una regulación “especial” o “específica”

²¹ Esta sección está basada en Lovera (2020: 519-34)

²² Lovera (2015b).

²³ He abordado la distancia entre lo que dispone el texto constitucional escrito y su práctica en Lovera (2015a).

del derecho de reunión, mientras que lo que el texto constitucional dispone es que debe sujetarse a disposiciones “generales” (Lovera 2020).

El escenario comparado e internacional

De acuerdo a las estadísticas disponibles en constituteproject.org, de las 49 constituciones vigentes allí analizadas, 46 reconocen la libertad de reunión. Se trata, entonces, de una libertad constitucional básica ¿Existen características comunes que puedan extraerse de esos reconocimientos? De acuerdo a Ulrich Preuß, en su estudio constitucional comparado, el derecho de reunión importa sobre todo el derecho a reunirse sin permiso previo, sin perjuicio de los regímenes de comunicación que las regulaciones puedan establecer para que las autoridades puedan coordinar el respeto a otros intereses legítimos (como el libre tránsito). Estas regulaciones, que en el derecho comparado reciben el nombre de regulaciones sobre el lugar, tiempo y manera (LTM) de las reuniones públicas, deben ser neutrales desde el punto de vista de su contenido, deben estar contenidas en una ley y no deben inhibir las protestas espontáneas — las que también reciben protección constitucional — (Preuß 2012: 952).

En el caso de los países de la región, es posible identificar las siguientes notas distintivas de su reconocimiento constitucional.²⁴ (i) Se reconoce el derecho de reunión sin permiso previo, con la sola excepción del art. 79 de la Constitución de Honduras y el confuso art. 26 inciso 2º de la Constitución de Costa Rica. (ii) Parte importante de los reconocimientos constitucionales de la región exigen que el derecho de reunión se ejerza de forma pacífica y sin armas. (iii) Varias de las constituciones examinadas incluyen los criterios constitucionales expresos conforme a los que puede regularse el derecho de reunión, entre los que destacan el orden público, los derechos y libertades de terceras personas y la salubridad pública. (iv) En materia de regulaciones al derecho de reunión, prácticamente la unanimidad de los textos dispone que éstas no pueden imponerse sino en virtud de una ley. Las excepciones las presentan Chile y Panamá. De modo excepcional — es decir no se trata de un criterio extendido —, (v) algunas regulaciones constitucionales indican los fines que deben satisfacer las reuniones públicas. Así, el texto argentino se refiere al derecho de las personas de “asociarse con fines útiles”, mientras las constituciones de Bolivia y Panamá requieren que tenga “fines lícitos”. Finalmente, y también de modo excepcional, (vi) otros textos — como acontece con las constituciones de Brasil, Guatemala y Panamá — incluyen en sus regulaciones constitucionales el deber de dar aviso previo a las autoridades.

En el caso del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), todos los instrumentos internacionales analizados²⁵ (i) reconocen el derecho de reunión. Algunos de ellos se refieren al (ii) modo de ejercicio, especificando que las reuniones deben ser pacíficas, mientras que otros anotan — como ocurre con el derecho comparado — (iii) las causales conforme a las que puede regularse el derecho. Al igual que en la mayoría de los países de la región — ya se anotó que solo Chile y Panamá ofrecen excepciones —, las regulaciones solo pueden establecerse (iv) por medio de una ley. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos ofrece el reconocimiento

²⁴ Para estos efectos, fueron analizadas 19 constituciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. En el anexo se acompaña un cuadro más detallado.

²⁵ Para lo que este trabajo consideró los siguientes instrumentos: Declaración Universal de DDHH, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de DDHH (Pacto de San José), Convenio Europeo de DDHH, Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) y Carta Árabe de DDHH.

más conciso, al señalar en su art. 20 que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) encontramos todos los elementos indicados anteriormente, fórmula que es prácticamente replicada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, el art. 21²⁶ del PIDCP se dispone:

(i) Se reconoce el derecho de reunión (ii) pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la (iv) ley que (iii) sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

De todos los instrumentos, solo la Convención Americana de DDHH (Pacto de San José) enfatiza la necesidad de que las reuniones se desarrollen sin armas (art. 15 del Pacto).

Conclusiones y recomendaciones

En términos generales, y mirando la adopción de una futura Nueva Constitución, puede concluirse que el reconocimiento democrático del derecho de reunión debe considerar:

- (i) el establecimiento amplio de la titularidad a toda persona (puede anotarse como opuesto el restrictivo reconocimiento mexicano en el caso de lo que denomina “los asuntos políticos del país”);
- (ii) el reconocimiento sin permiso previo (siendo innecesaria cualquier referencia al régimen de notificaciones, cuestión que cabe advertir no obstante estas menciones sean excepcionales);
- (iii) la especificación de que solo estará sujeto a regulación legal (a diferencia de lo que ocurre hoy en Chile).

Se pueden encontrar ejemplos de este tipo de cláusulas en las constituciones más recientes de Ecuador (2008)²⁷ y República Dominicana (2015).²⁸

Otros aspectos puntuales merecen una pequeña explicación. Primero, no parece necesario — al menos no a estas alturas de la evolución del constitucionalismo — que se especifique que el derecho de reunión debe ejercerse pacíficamente y sin armas. ¿Existe algún derecho fundamental que pueda ejercerse de ese modo: violentamente y con armas? Si la respuesta es — como lo es — que no, entonces no se advierte la necesidad de agregar esas condiciones de ejercicio al derecho de reunión, las que en la práctica solo han servido para alentar las restricciones indebidas (Lovera 2020: 528-9). En cualquier caso, el reconocimiento de los derechos debe enmarcarse en las otras disposiciones que de modo general pueden establecer la forma constitucional de ejercicio de los derechos, libertades e igualdades que una Constitución contiene. Hoy, por ej., el art. 20 del texto constitucional vigente que consagra la acción de protección de derechos y garantías fundamentales, establece que la cobertura constitucional depende de que se esté reclamando la afectación del “legítimo ejercicio” de un derecho — aunque este es un aspecto escasamente considerado a nivel doctrinario —.

En segundo lugar, el establecimiento de causales específicas conforme a las que se pueda regular el derecho depende, también, de una mirada de conjunto. En efecto, si el reconocimiento de derechos va acompañado de una cláusula general que establece las condiciones bajo las que procede la regulación legislativa de los mismos, entonces no parece necesario el establecimiento

²⁶ Los insertos entre paréntesis me pertenecen.

²⁷ Art. 66 N° 13.- Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

²⁸ Art. 48.- Toda persona tiene el derecho de reunirse, sin permiso previo, con fines lícitos y pacíficos, de conformidad con la ley.

de causales específicas, a menos que se tratara de causales solo aplicables a ese derecho.²⁹ Como hemos visto más arriba — y como puede apreciarse en el cuadro que se acompaña en el anexo —, las causales de regulación que se suelen acompañar al reconocimiento del derecho de reunión distan de ser específicas (es decir aplicables exclusivamente) al mismo.

Referencias

Evans de la Cuadra, Enrique. 1973. Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lovera, Domingo. 2013. “¿Tres son multitud? Constitucionalismo popular, cortes y protesta”, en Ana Alterio y Roberto Niembro (coords.), Constitucionalismo popular en Latinoamérica México, D.F.: Editorial Porrúa.

— 2015a. “Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución”, en Jaime Bassa et al. (eds.), La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política. Santiago: Lom.

— 2015b. “Toma de colegios (y protestas)”, Revista de Derecho (Coquimbo), Vol. 22(1).

— 2020. “Derecho de reunión”, en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), Curso de Derechos Fundamentales: Derechos y libertades individuales. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pettit, Philip. 2012. On the People’s Terms: A republic theory and model of democracy. Cambridge: Cambridge University Press.

Preuß, Ulrich. 2012. “Associative Rights (The Rights to the Freedoms of Petition, Assembly, and Association)”, en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press.

Rawls, John. 1996. Political Liberalism. Nueva York: Columbia University Press.

Silva Bascuñán, Alejandro. 2009. “El derecho de reunión en la Constitución de 1980”, en Emilio Pfeffer y Luz Bulnes (eds.). Temas Actuales de Derecho Constitucional: libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

²⁹ La sección 1ª de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, por ejemplo, dispone — de modo general — que las libertades que ella reconoce solo podrán ser sujetas a límites razonables establecidos por medio de una ley y que puedan demostrarse que se encuentran plenamente justificados en una sociedad libre y democrática.

Anexo

País	Reconocimiento normativo	Condiciones ejercicio	Regulación	Causales de restricción	Otros
Argentina	de asociarse con fines útiles				
Bolivia	A la libertad de reunión y asociación	con fines lícitos	conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio		
Brasil	Todos pueden reunirse pacíficamente (...) en espacios abiertos al público, sin necesidad de autorización	sin armas		siempre que no interfieran con otra reunión previamente pactada en el mismo espacio	sujeta a previo aviso a la autoridad competente
Colombia	Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse	pública y pacíficamente	Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho		
Costa Rica	Todos tienen derecho de reunirse	pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados, o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios	Las que se celebren en sitios públicos serán reglamentadas por la ley		
Cuba	Los derechos de reunión, manifestación y asociación (...) se reconocen por el Estado siempre que se ejerzan con respeto al orden público y el acatamiento a las preceptivas establecidas en la ley	con fines lícitos y pacíficos	ley		
Ecuador	El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria				

contexto+

El Salvador	tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse	pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito.			
Guatemala	Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Los derechos de reunión y de manifestación pública no pueden ser restringidos, disminuidos o coartados;		la ley los regulará con el único objeto de garantizar el orden público	orden público	Para el ejercicio de estos derechos bastará la previa notificación de los organizadores ante la autoridad competente
Honduras	Se garantizan las libertades de asociación y de reunión (...)sin necesidad de aviso o permiso especial	que no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres (...)pacíficamente y sin armas, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole		orden público	Las reuniones al aire libre y las de carácter político podrán ser sujetas a un régimen de permiso especial con el único fin de garantizar el orden público
México	No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse	pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país		No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciera uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee	
Nicaragua	Se reconoce el derecho de reunión (...) el ejercicio de este derecho no requiere permiso previo	pacífica	de conformidad con la ley		

contexto ≠

Panamá	Los habitantes de la República tienen derecho a reunirse (...) Las manifestaciones o reuniones al aire libre no están sujetas a permiso	pacíficamente y sin armas para fines lícitos	La autoridad puede tomar medidas de policía para prevenir o reprimir abusos en el ejercicio de este derecho, cuando la forma en que se ejerza cause o pueda causar perturbación del tránsito, alteración del orden público o violación de los derechos de terceros		sólo se requiere para efectuarlas aviso previo a la autoridad administrativa local, con anticipación de veinticuatro horas
Paraguay	Las personas tienen derecho a reunirse y a manifestarse (...) sin necesidad de permiso, así como el derecho a no ser obligadas a participar de tales actos	pacíficamente, sin armas y con fines lícitos	La ley sólo podrá reglamentar su ejercicio en lugares de tránsito público, en horarios determinados,	preservando derechos de terceros y el orden público	
Perú	A reunirse (...). Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo	pacíficamente sin armas		por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas	Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.
República Dominicana	Toda persona tiene el derecho de reunirse, sin permiso previo	con fines lícitos y pacíficos	de conformidad con la ley.		
Uruguay	Queda garantido el derecho de reunión	pacífica y sin armas	El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley	y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos.	
Venezuela	Toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo	con fines lícitos y sin armas.	Las reuniones en lugares públicos se registrarán por la ley		

Fuente: elaboración propia

El voto obligatorio en una nueva Constitución

Por: Carolina Garrido, Universidad Diego Portales. Presidenta ACCP, Red de Politólogas

Resumen

En esta minuta presento argumentos empíricos y normativos a favor del voto obligatorio. Instituirlo favorecería aumentar la participación electoral y corregir el sesgo de clase que va en desmedro del principio de igualdad política que debe regir en un régimen democrático. Además, el voto es un derecho social que sustenta al sistema político que protege nuestras libertades individuales.

Introducción

En el año 2004, los entonces Senadores de Renovación Nacional Alberto Espina y Sergio Romero, el socialista José Antonio Viera-Gallo y el independiente Antonio Horvath, presentaron una reforma constitucional para consagrar el sufragio voluntario y la inscripción automática en Chile. De acuerdo a los senadores, el voto obligatorio contradecía los fundamentos esenciales de un régimen democrático, ya que por naturaleza el sufragio debería ser un derecho. Además, señalaron que la obligatoriedad del voto era una carga que afectaba en mayor medida a las personas con menos ingresos. También, apelaron a la responsabilidad de “ensanchar los márgenes de nuestras libertades”, objetivo que no sólo se podría cumplir con la obligatoriedad del voto. Esta ley fue aprobada en 2009 y debutó por primera vez en las elecciones municipales del 2012. Hoy, el artículo 15 de nuestra Constitución establece que “en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario”.

Los defensores del proyecto señalaron tres argumentos adicionales para promover la inscripción automática y el voto voluntario, a saber, que la eliminación de la barrera de entrada haría aumentar la participación electoral, el apoyo ciudadano que tenía el proyecto y el supuesto incentivo de las medidas para que los partidos políticos modificaran sus campañas y motivasen a la ciudadanía a votar (Contreras y Morales, 2014). Ninguno de estos supuestos se cumplió.

En esta minuta presento argumentos empíricos y normativos en favor del voto obligatorio. Primero, muestro que el voto voluntario no cumplió con las expectativas de sus defensores/as. Esto es, no sólo disminuyó la participación electoral, sino que también profundizó el sesgo de clase en la votación. Normativamente, planteo que el voto obligatorio es esencial para resguardar el principio de igualdad política que debe regir en una democracia, y que debe además ser considerado como un derecho social relevante, en tanto sustenta el sistema democrático que permite proteger las libertades individuales.

Participación electoral y sesgo de clase: los datos en Chile

La participación electoral en Chile ha disminuido significativamente. Mientras que en las elecciones presidenciales de 1989 la participación electoral fue de un 84,2%, en la primera vuelta de las elecciones presidenciales del 2009 sólo votó un 59,2%, es decir, 25 puntos porcentuales menos de participación. Luego de la implementación del voto voluntario, la participación electoral siguió desplomándose. Mientras que en la primera vuelta de la elección presidencial del 2013 la participación fue de un 49,4%, en la primera vuelta del 2017 fue un 46,7%, es decir, 9,8 y 12,5 puntos porcentuales menos comparado con 2009, respectivamente.

En las primeras rondas presidenciales la participación ha disminuido de manera sistemática. De hecho, la tasa de decrecimiento desde el 2009 hasta las recientes elecciones es de un 8,1%. Esta disminución puede observarse también para las elecciones municipales y parlamentarias (PNUD, 2017). Como vemos, y a diferencia de lo que señalaron sus defensores, el voto voluntario no aumentó la participación electoral, tal como lo evidenciaba la experiencia comparada (Lijphart,

1997; Blais y Youg, 1999; Birch, 2009, Blais, 2006). El voto voluntario no sólo disminuyó la participación electoral, sino que además profundizó el sesgo de clase, el cual también estaba bastante evidenciado: las personas que viven en comunas más ricas votaron más que las que viven en las comunas más pobres (Corvalán y Zahler, 2012; Contreras y Morales, 2013). Si bien el sesgo de clase ocurría con anterioridad a la implementación del voto voluntario, debido a que las personas de comunas más ricas se inscribían más en los registros electorales (Corvalán y Cox, 2013; Saldaña, 2009), el voto voluntario empeoró la situación (Contreras y Morales, 2013).

En las elecciones presidenciales de 2013, la participación en Vitacura fue alrededor de un 70%, mientras que en Ñuñoa, Las Condes, Lo Barnechea y La Reina, el promedio fue un 60%. En contraste, la participación en La Pintana apenas superó el 40%, mientras que en La Granja, San Ramón, Cerro Navia, Renca y Lo Espejo, la participación estuvo por debajo del 50% (Díaz y Morales, 2014). Esta tendencia se confirma al analizar datos a nivel individual. En la encuesta preelectoral de la UDP, Contreras y Morales (2013) evidenciaron que las personas más ricas tenían mayor probabilidad de votar que aquellas más pobres. Además, la variable pobreza tiene efectos diferenciados dependiendo del tamaño de la comuna: cuando aumenta la pobreza, disminuye la participación electoral en las comunas más grandes (Contreras y Morales, 2013).

Las elecciones presidenciales del 2017 también evidenciaron el sesgo de clase en la participación, especialmente en la Región Metropolitana. Mientras que en Vitacura votó un 69,09% y en Las Condes un 62,15%, en La Pintana apenas votó un 36,9%³⁰.

En defensa del voto obligatorio

Los defensores del voto voluntario señalan que en un régimen democrático el sufragio es un derecho, entendiéndose por tanto que cada persona debe decidir si lo ejerce.

Parto de la premisa que el problema no es si en un sistema democrático debieran prohibirse ciertas acciones o que no se pueda obligar a las personas a cumplir ciertas responsabilidades. Vivimos bajo un sistema que nos exige cumplir por ley ciertas obligaciones y que nos restringe de cometer ciertos actos bajo la amenaza de una sanción. La pregunta es por qué toleramos que nos impongan algunas responsabilidades y otras no.

El ejemplo clásico que se da para iniciar esta discusión es si las personas debieran ser obligadas o no a pagar impuestos. Al respecto, se sostiene que el Estado obliga a las personas a pagar impuestos, sobre todo a aquellos y aquellas que tienen más recursos, para el logro de objetivos colectivos, por ejemplo, la obtención de recursos para financiar la educación y la salud o para el propio funcionamiento del Estado. Podemos estar de acuerdo en que necesitamos instituciones que nos gobiernen, que diseñen e implementen políticas públicas y que elaboren leyes, entre otras funciones. Entonces, si entendemos que el Estado puede obligar a las personas a cumplir ciertas responsabilidades con un fin colectivo, como pagar impuestos, la nueva pregunta es si el sufragio cumple con ciertas características que nos permitan justificar su obligatoriedad.

Quienes se oponen al voto obligatorio argumentan, invocando la perspectiva de la teoría democrática, que el derecho al voto incluye implícitamente el derecho a no votar, señalando que tal derecho sería más importante que cualquier bien social o fin colectivo (Singh, 2014). No obstante, desde mi punto de vista, existen relevantes argumentos empíricos y normativos para justificar que el voto sea obligatorio: aumentar la participación electoral y corregir el sesgo de clase, el cual va en desmedro del principio de igualdad política que debiera regir en un régimen democrático.

La participación política es esencial en una democracia, cuyo principio de legitimidad elemental es la soberanía popular (Heiss, 2018). El problema es que, considerando el sesgo de clase y de

³⁰ Datos obtenidos de www.servei.cl

género que se evidencia en la votación de algunos países (Córdova y Rangel, 2017), la participación política es desigual, lo cual puede desencadenar una influencia desigual en la toma de decisiones y en la representación política (Chuaqui, 2007). Por tanto, la discusión sobre la tasa de participación electoral y la composición de quiénes votan se vuelven materias claves en una democracia representativa. Dado que el voto voluntario conduce a una baja participación y, por lo tanto, a información incompleta sobre las preferencias del electorado, la voluntariedad afecta de manera significativa el principio democrático de soberanía popular (Hill, 2000).

Por otra parte, el hecho de que la voluntariedad del sufragio comporte un sesgo de clase, implica que el voto no se distribuye aleatoriamente en la población. En consecuencia, ¿cuál es el efecto de este sesgo de clase en la democracia representativa? Si el voto afecta el comportamiento de las autoridades electas, este diseño podría dañar objetivamente los intereses de quienes votan menos (los más pobres, jóvenes, menos informados/as). Además, impugnaría una serie de principios democráticos, tales como la representatividad, la inclusión y la igualdad política, y también distorsionaría una función importante de las elecciones: darle a la ciudadanía influencia sobre las autoridades a través de la expresión de sus preferencias (Hill, 2000; Morales, 2011; Brennan and Hill, 2014).

A diferencia de lo que señalaron los defensores del voto como un derecho, el voto voluntario no incentivó a que los candidatos y candidatas propusieran nuevas ideas para estimular la participación electoral (Sierra, 2007). Como ya vimos, la participación disminuyó y se mantuvo el sesgo de clase.

El hecho de que las personas más pobres y los jóvenes voten en menor medida en las elecciones es una justificación relevante para que todos y todas quienes tienen derecho a votar lo ejerzan, y evitemos así que las autoridades representen y gobiernen sólo para unos pocos y pocas. Además, ayudaría a reducir la brecha de género, al crear oportunidades y motivaciones para que las mujeres se involucren con el proceso electoral (Córdova y Rangel, 2017).

La evidencia comparada muestra que, en comparación con los países con voto voluntario, las tasas de participación son más altas en promedio donde el voto es obligatorio, especialmente en aquellos países donde las sanciones por no votar se cumplen (Blais, 2006; Birch, 2009; Singh, 2014).

Ahora, si bien el tipo de voto afecta la participación electoral, esta también depende de otros factores tales como el diseño institucional, el debilitamiento del sistema de representación, y la creciente desconfianza ciudadana acerca de la eficacia de sus acciones frente al sistema político, entre otros (Norris, 2004; PNUD, 2017). Es interesante detenerse en estos puntos, porque son precisamente estos factores los que explicarían una alta participación electoral en algunos países que tienen voto voluntario, y que son usados frecuentemente como ejemplos de que la voluntariedad afecta positivamente la participación. Por ejemplo, se ha evidenciado que la alta tasa de participación electoral en Nueva Zelanda se debería a factores institucionales, como el gobierno unitario y unicameral, y a factores culturales (Jackman, 1999).

¿Es el voto obligatorio el único mecanismo para aumentar la participación electoral?

Existen diversos mecanismos relacionados con el proceso electoral que podrían afectar la participación, por ejemplo, facilitar el procedimiento de registro de votantes, trasladar el día de la elección para los fines de semana o días feriados, aumentar los días de votación o habilitar locales de votación en lugares de gran afluencia de personas. También existen otros mecanismos relacionados con el diseño institucional y que favorecerían tasas más altas de participación. Sabemos, por ejemplo, que los países con sistemas electorales proporcionales tienen una participación electoral más alta que aquellos que tienen sistemas mayoritarios. Sin embargo, la

obligatoriedad del voto es el mecanismo que da mejores resultados (Valenzuela, 2006), aumentando entre un 12% y 30% la tasa de participación (Brunnan y Hill, 2014).

De hecho, existe evidencia de que las personas jóvenes, menos informadas, pobres y aquellos que están más alejados de la política, participan aproximadamente al mismo ritmo que el resto de la población en aquellos países donde el voto es obligatorio y la abstención está sancionada (Panagopoulos, 2008; Singh, 2011, 2015).

Estoy de acuerdo con que la obligatoriedad del voto no se hace cargo de las principales razones de la abstención electoral y de la crisis de representación y confianza por la que atraviesan nuestras democracias (Chuaqui, 2007). Sin embargo, mientras el sistema político no pueda hacerse cargo de los factores políticos y sociales que afectan la participación electoral, el voto obligatorio parece ser el mecanismo institucional más eficiente para corregir los sesgos de clase en la votación y para asegurar la igualdad política que debe regir un régimen democrático.

Finalmente, me quiero referir a la importancia de entender el voto como derecho social y protector de las libertades individuales. Como mencioné anteriormente, quienes se oponen al voto obligatorio argumentan que el derecho al voto incluye implícitamente el derecho a no votar, siendo una carga injustificada a la libertad individual. Respecto a este punto, sostengo que el derecho a voto no solo es un derecho individual, sino que también un derecho social destinado a sustentar la democracia representativa (Brunnan y Hill, 2014; Chuaqui, 2007). Por tanto, se justificaría que el Estado obligue a las personas a votar por sobre su voluntad de no querer hacerlo. Siguiendo a Brunnan y Hill (2014), si algún ciudadano o ciudadana quisiera llevar una vida de esclavitud, probablemente el Estado no reconocería su intento de renunciar a su libertad porque ese Estado tiene interés en mantener una sociedad libre de esclavitud. Lo mismo podríamos pensar si entendemos el derecho a voto como un derecho a no votar y, por tanto, renunciabile.

Votar no sólo debe ser entendido como un derecho individual, sino también como el pilar a través del cual las personas eligen a sus autoridades y, por tanto, es la base de la existencia y funcionamiento de la democracia. En consecuencia, votar sostiene el régimen democrático que permite proteger las libertades individuales y, en tal sentido, la obligatoriedad del voto contribuiría a dicha protección (Chuaqui, 2007). Si no votamos, la democracia representativa no funciona y, aunque es cierto que la participación electoral no es una condición suficiente para legitimar el sistema democrático, si es una condición necesaria para su existencia (Payne, 2003).

Es correcto decir que ninguna democracia ha desaparecido debido a las bajas tasas de participación o porque las personas simplemente han dejado de votar. Sin embargo, debemos volver a la discusión respecto al tipo de democracia que tenemos, supuestamente sustentada bajo el principio de igualdad política. Como ya vimos, dicha igualdad está en constante debate considerando el sesgo de clase que tiene la participación electoral.

Conclusión

La nueva Constitución debiese establecer la obligatoriedad del voto para aumentar la participación electoral, corregir el sesgo de clase en el voto y asegurar la igualdad política. Los datos muestran que la voluntariedad del voto disminuye la participación electoral y contribuye a la persistencia del sesgo de clase. Si bien ambos fenómenos ya existían en Chile, la reforma constitucional que implementó el voto voluntario contribuyó a consolidar ambas tendencias.

Hay diversos mecanismos disponibles para mejorar las tasas de participación, pero el voto obligatorio es el más eficiente. Esto en ningún caso implica que Chile no debiera avanzar en la implementación de otros mecanismos para corregir los factores políticos y sociales que afectan la participación. Sin embargo, la obligatoriedad del voto debiera ser el primer paso para corregir los efectos del voto voluntario en el corto plazo.

Finalmente, la Nueva Constitución debiera establecer el voto obligatorio por ser un derecho social que nos permitirá sostener el pilar fundamental que protege nuestras libertades individuales: nuestra democracia.

Referencias

Birch, Sarah. 2009. *Full Participation: A Comparative Study of Compulsory Voting*. Manchester: Manchester University Press.

Blais, Andre. 2000. *To Vote or Not to Vote: The Merits and Limits of Rational Choice Theory*. Pittsburgh PA: University of Pittsburgh Press.

Blais, Andre. 2006. 'What Affects Voter Turnout?', *Annual Review of Political Science*, 9, 111–25.

Brennan, Jason y Lisa Hill. 2014. *Compulsory Voting. For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press.

Chuaqui Tomás. 2007. "Participación electoral obligatoria: una defensa", en *Modernización del régimen electoral chileno*, editado por Arturo Fontaine, Cristián Larroulet, José Antonio Viera-Gallo e Ignacio Walker. PNUD-CEP- Libertad y Desarrollo-Proyectamérica-Cieplan: Santiago, pp. 183-203.

Contreras, Gonzalo, González, María Florencia, Morales, Mauricio y Oliva, Daniela. 2012. "Nuevo régimen electoral en Chile: inscripción automática y voto voluntario". En Mauricio Morales y Patricio Navia (eds.) *Democracia municipal en Chile, 1992- 2012*. Santiago: Universidad Diego Portales.

Contreras, Gonzalo y Morales, Mauricio. 2013. *Precisiones sobre el sesgo de clase con voto voluntario*. Santiago: Centro de Investigación Periodística (Ciper).

Contreras-Aguirre, G. & Morales-Quiroga, M. 2014. "Jóvenes y participación electoral en Chile 1989-2013. Analizando el efecto del voto voluntario". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12 (2), pp. 597-615.

Córdova, Abby y Rangel, Gabriela. 2017. "Addressing the Gender Gap: The Effect of Compulsory Voting on Women's Electoral Engagement". *Comparative Political Studies* 50 (2), pp. 264-290.

Corvalán, Alejandro, Cox, Pablo y Zahler, Andrés. 2012. *Voto voluntario: ¡Y votaron más los ricos!* Santiago: Centro de Investigación Periodística (Ciper).

Corvalán, Alejandro y Cox, Pablo. 2013. "Class-biased electoral participation: The youth vote in Chile". *Latin American Politics and Society* 55 (3), pp. 47-68

Díaz, Kevin y Morales, Mauricio. 2014. "¿El retorno del voto obligatorio?". Documento de Trabajo ICSO, Universidad Diego Portales, 10: 1-9.

Heiss, Claudia. "Participación política y elaboración constitucional: el caso de Chile". *Derecho y Crítica Social* 4(1) 115-138

Hill, Lisa. 2000. "Compulsory voting, political shyness and welfare outcomes". *Journal of Sociology*, 36 (1): 30-49.

Jackman, Simon. 1999. "Non-Compulsory Voting in Australia? What Surveys Can (and Can't) Tell Us," *Electoral Studies* 18 (1): 29–48.

Lijphart, Arend. 1997. "Unequal Participation: Democracy's Unresolved Dilemma", *American Political Science Review* 9 (1): 1-14.

Morales, Mauricio. 2011. "Precauciones frente al voto voluntario". En ICSO-UDP (ed.). *Chile 2010. Sexta Encuesta Nacional UDP. Percepciones y actitudes sociales*. Santiago: Ediciones UDP.

- Norris, Pipa. 2004. *Electoral Engineering: Voting Rules and Political Behavior*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Panagopoulos, C. 2008. "The Calculus of Voting in Compulsory Voting Systems", *Political Behavior*, 30 (4), 455–67.
- Payne, Mark, Daniel Zovatto y Mercedes Mateo Díaz (eds.). 2003. *La política importa: democracia y desarrollo en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 2017. *Diagnóstico sobre la Participación Electoral en Chile*. Santiago de Chile: PNUD.
- Saldaña, José. 2009. "Crisis en la participación electoral y debate sobre la obligatoriedad del voto en Chile". En Mauricio Morales, Renato Briceño y Patricio Navia (eds.) *El genoma electoral chileno. Dibujando el mapa genético de las preferencias políticas en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Sierra, Lucas. 2007. "El voto como un derecho: una cuestión de principios", en *Modernización del régimen electoral chileno*, editado por Arturo Fontaine, Cristián Larroulet, José Antonio Viera-Gallo e Ignacio Walker. PNUD-CEP- Libertad y Desarrollo-Proyectamérica-Cieplan: Santiago, pp. 157-182.
- Singh, Shane. 2011. 'How Compelling is Compulsory Voting? A Multilevel Analysis of Turnout', *Political Behavior*, 33 (1), 95–111.
- Singh, Shane. 2014. *Beyond Turnout: The Consequences of Compulsory Voting*
- Toro, Sergio. (2008). De lo épico a lo cotidiano: Jóvenes y generaciones políticas en Chile. *Revista de ciencia política*, 28 (3), pp. 143- 160.
- Valenzuela, Samuel. (2006). ¿Cómo reformar el sistema electoral? Reflexiones en torno a un desafío pendiente del retorno a la democracia en Chile. En Carlos Huneeus (ed.), *La reforma al sistema binominal en Chile. Una contribución al debate* (pp. 185-213). Santiago: Fundación Konrad Adenauer.

La libertad de expresión en la nueva Constitución

Por: Paula Ahumada, abogada

Profesora asistente, departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Resumen

El presente informe tiene por objeto desarrollar los aspectos más relevantes de la libertad de expresión como derecho constitucional. Para ello, se describen los fundamentos de este derecho desarrollados a nivel comparado, que justifican su reconocimiento a nivel constitucional. Luego, se presenta su actual regulación bajo el artículo 19 N°12 de la Constitución de 1980. Finalmente, se propone una configuración social de la libertad de expresión a nivel constitucional.

Introducción

La libertad de expresión es una de las conquistas más preciadas de la modernidad, tanto como un ideal político central del liberalismo, como un derecho político básico del constitucionalismo. A partir de su reconocimiento y ejercicio se desprende el valor de la tolerancia en sociedades que se asumen como inherentemente plurales y heterogéneas; y, toda vez que ‘la democracia empieza con la conversación’, corresponde a un pilar del sistema democrático que permite tanto la generación de la autoridad política como el control difuso de la misma.

En su gestación como derecho, la defensa de la libertad de expresión consistió en la prohibición de la censura previa por parte del Estado, pero dicha fórmula tradicional es insuficiente para asegurar su ejercicio en las sociedades capitalistas y complejas de la actualidad. En este sentido, paradójicamente, mientras el derecho individual de libertad de expresión puede gozar de un alto nivel de reconocimiento y protección, el nivel de noticias y de información disponible es cada vez más bajo; así también, el acceso y uso extendido de las redes sociales, no genera el debate racional y la deliberación robusta esperada. Por el contrario, surgen otros problemas: las noticias falsas, el discurso del odio y la polarización de las opiniones.

Por eso, a pesar del consenso aparente que existe en torno a la importancia de este derecho para el sistema político democrático y en función de otros valores como la autonomía o la búsqueda de la verdad, su extensión y cobertura son cuestiones ampliamente disputadas, y representan un desafío institucional para toda sociedad democrática.

La forma constitucional que adopte la libertad de expresión no es inocua, en cuanto se presenta como la condición de posibilidad de una comunidad política. Como bien advierte Hirschman, el objeto de la acción pública se refiere a *un estado futuro del mundo*, a través de un proyecto de ley, la promoción de una política pública, o el resultado de una elección, cuyo resultado concreto “depende de la imaginación de los ciudadanos para pensar el cambio social”,³¹ y de la capacidad de difundir ideas, deliberar y persuadir en y para la opinión pública, y de esa forma constituir y ejercer ciudadanía. Por ello, su consagración constitucional en buena medida puede determinar el alcance de las transformaciones sociales futuras o el reforzamiento del *status quo*.

³¹ HIRSCHMAN, A.O. (2014:324).

Esta minuta se organiza en tres partes. La parte (II) presenta los fundamentos de la libertad de expresión desarrollados por la doctrina comparada; la parte (III) desarrolla la actual regulación de este derecho en la Constitución de 1980; y, la parte (IV) propone la reconfiguración de este derecho que no sólo es individual, sino que tiene un carácter social y público que se identifica con el derecho a recibir información.

Fundamentos de la libertad de expresión

La regulación constitucional de este derecho se explica a partir de cuatro fundamentos: a) el argumento de la autonomía; b) el argumento de la búsqueda de la verdad; y, c) el argumento democrático o del autogobierno colectivo.³² El cuarto razonamiento, d) la desconfianza frente al Estado, se encuentra implícito en la fundamentación basada en la autonomía individual, pero ha tenido un desarrollo independiente dentro del contexto latinoamericano, típicamente sospechoso de la acción estatal y específicamente, del poder Ejecutivo.³³

a. Autonomía individual

El reconocimiento de la libertad de expresión bajo el principio de la autonomía individual se sostiene en la premisa que los individuos pueden formar sus propias opiniones por sí mismos, y decidir qué es lo bueno o malo en materia política, de creencias religiosas o de justicia; y, en segundo lugar, confía en la capacidad de las personas de transmitir estas creencias a los demás. Bajo esta concepción, toda restricción estatal a la expresión sería en principio inaceptable, ya que vulneraría el principio de igual consideración y respeto que se debe a las personas. Por eso, se afirma que “el gobierno *insulta* a sus ciudadanos y les niega su responsabilidad moral cuando decreta que no se puede dejar que escuchen opiniones que podrían persuadirlos sobre convicciones y creencias peligrosas u ofensivas”.³⁴ En su versión más extrema, *cualquier* tipo de censura constituiría una ofensa no sólo individual, sino que afectaría a toda la colectividad.

La ventaja de la fundamentación en base a la autonomía radica en su extensión, ya que no sólo cubre el discurso político, sino que cualquier clase de expresión, ya sea artística, cultural, comercial, académica o cualquier otra. Por otro lado, la primacía de los intereses de los medios de comunicación o de las corporaciones en materia de libertad de expresión, es difícil de justificar, en especial por la forma que adopta el tipo de comunicación de masas, donde difícilmente se puede identificar al agente expresivo individual, sino que más bien la expresión constituye un producto institucional.³⁵

b. La búsqueda de la verdad

La vinculación entre el libre intercambio de ideas y la búsqueda de la verdad es una de las razones clásicas del liberalismo para justificar la protección especial de la expresión. A partir de los escritos de John Milton y de J.S. Mill, se considera que el descubrimiento de la verdad es un proceso de ensayo y error a través del enfrentamiento libre de las ideas y opiniones, ya que es propio de la naturaleza humana su falibilidad. El conocimiento sobre una materia solo se logra a través del diálogo con los demás y “oyendo lo que pueda ser dicho por personas de todas las opiniones, y estudiando todos los modos en que una cuestión es considerada por los diferentes

³² BARENDT, R. (2007:6 y 7); POST, R. (2012:6 y ss.).

³³ Ver por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte IDH, así como el desarrollo del derecho humano para el acceso a la información pública.

³⁴ DWORKIN, R. (1996:200)

³⁵ BARENDT, E. (2007:417)

caracteres de espíritu³⁶. Pero para depurar información y poder distinguir entre las diversas ideas y opiniones, es necesario habilitar un espacio de competencia libre entre ellas. Toda supresión de ideas u opiniones, sin importar la veracidad o falsedad de ellas, constituye “un robo a la raza humana”³⁷; si son falsas, permite una mejor comprensión de la verdad, a través de la confrontación con el error; y, si son parcialmente verdaderas, sólo ante el enfrentamiento con opiniones diferentes se podría llegar a la verdad completa. De esta forma, la sociedad obtendría un *beneficio colectivo* de la competencia de ideas, tal como lo señala el juez Holmes: “la mejor prueba de la verdad es el poder que tienen las ideas de hacerse aceptar a través de la competencia en el mercado”.³⁸

c. La democracia y el autogobierno colectivo

Un sistema político democrático requiere de un ejercicio robusto de la libertad de expresión, no sólo como una forma de control difuso del poder por parte de la opinión pública, sino que para llegar a decisiones racionales y ejercer el voto informado. Así, bajo este paradigma democrático no se trata de proteger al agente expresivo, sino antes bien, cautelar la calidad del debate, que demanda que todas las ideas sean presentadas. Por lo tanto, bajo este fundamento sería en principio legítimo discriminar entre quienes se expresan, siempre que sea con el fin de escuchar aquellas ideas que no han sido expuestas.³⁹ El rol del Estado es precisamente preservar la integridad y la apertura del debate público, en cuanto a garantizar las condiciones para una verdadera autodeterminación colectiva. La libertad de expresión se entiende como manifestación del poder de las personas para gobernarse a sí mismas, a través de un sistema extenso de deliberación pública, manteniendo esas cadenas invisibles que unen al Gobierno con quien es el sujeto último y titular de la soberanía: el Pueblo.

d. Desconfianza frente al Estado

Finalmente, la defensa de la libertad de expresión como derecho se funda en el argumento negativo de la desconfianza en el Estado. Particularmente en los países latinoamericanos, se trata de la desconfianza hacia el Gobierno, el cual se considera especialmente peligroso por su tendencia a expandir su poder y abusar de los derechos de los ciudadanos.⁴⁰ Por ello, este derecho lejos de ser el reflejo de las más nobles aspiraciones sociales, es fruto de sus peores miedos.⁴¹ En este sentido, la prensa se entiende guardián (*watchdog*) de los intentos expansivos del poder estatal y protector del público, y por ende, se debe considerar de forma especial los intereses de los medios de comunicación, cuyos privilegios son justificados bajo este supuesto. El problema de este poderoso razonamiento es su limitada respuesta frente a la dispersión del poder que se verifica en las sociedades modernas, y donde el Estado ha dejado de tener el monopolio del poder, existiendo poderes iguales o más amenazantes que cruzan la separación clásica de las esferas públicas y privadas.⁴²

³⁶ Mill (2001 [1970]) 81,82

³⁷ Mill, p.77

³⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. at 630–61 (disenso).

³⁹ Por eso, una de las citas más conocidas y reproducidas en otros trabajos es aquella donde se afirma que “Lo esencial no es que todos hablen, sino que se diga todo lo que valga la pena de ser dicho”, (“*What is essential is not that everyone shall speak but that everything worth saying shall be said*”) MEIKLEJOHN, A. (1965:26).

⁴⁰ Kelley y Donway sostienen que el liberalismo clásico reconocía en la libertad de prensa un rol político de control frente a la expansión del poder estatal y la función de proveer de información para el electorado, KELLEY, D. y DONWAY, R. (1990:70 y ss.).

⁴¹ SCHAUER, F. (1989:2)

⁴² POST, R. (1998:1,2)

La libertad de expresión en el texto constitucional de 1980

La Constitución de 1980 consagra la libertad de opinión e información en el artículo 19 N° 12, sin perjuicio que para determinar su cobertura y protección se debe interpretar sistemáticamente a partir del bloque normativo *expresivo*, el cual se extiende por ejemplo a algunas de las disposiciones del capítulo I “Bases de la Institucionalidad” y del capítulo III “Derechos y Deberes Constitucionales”.⁴³

La libertad de expresión se entiende como un derecho que incluye tanto la libertad de opinión, como la de información y, dentro de esta última, el derecho a [recibir] información. Sin embargo, la principal posición protegida por el ordenamiento constitucional es la libertad individual para exteriorizar todo tipo de pensamientos, opiniones o ideas, así como difundirlas por cualquier medio, es decir, a través de la radio, prensa, televisión, internet, folletos o revistas, etc. al modo de una inmunidad normativa frente a los poderes del Estado. Por ello, la Constitución de 1980 mantiene la redacción de la Constitución de 1925 y prohíbe la censura previa.

Ahora bien, no se trata de un espacio donde todo es posible. La libertad de expresión no es –ni puede ser, como todo derecho– absoluta. Como bien se sabe, no se protege a quien grita fuego en un teatro lleno,⁴⁴ ni tampoco se puede proteger “[A]l que diere falsa alarma de incendio, emergencia o calamidad pública a los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública”, como lo establece el Código Penal chileno.⁴⁵ Por eso, se habilita constitucionalmente al legislador para regular las responsabilidades ulteriores por “los delitos y abusos”, y se determina que la ley debe ser de quórum calificado.

Por su parte, la norma constitucional dedica cinco de sus siete incisos a la regulación de los medios de comunicación social. Los incisos segundo y cuarto configuran el mercado de las ideas de la prensa escrita en Chile, y consagran la plena concurrencia de los privados al proceso de adquisición, dirección y administración de medios.⁴⁶ En primer lugar, se establece la prohibición del monopolio estatal de medios y, en segundo lugar, se reconoce la plena libertad para fundar, editar y mantener medios de comunicación escritos. La disposición constitucional que prohíbe el monopolio no se extiende a prevenir los efectos de los diferentes tipos de concentración.⁴⁷ Por su parte, el derecho de réplica (declaración, rectificación y enmienda) recogido en el inciso tercero, habilita la imposición de un deber de difusión a los medios de comunicación, cuando se cumplen las hipótesis normativas. Su antecedente histórico es el D.L. N° 425 de 1925, anterior a la Constitución de 1925. Posteriormente, este derecho se eleva a nivel constitucional en la reforma constitucional de 1971, conocida como el Estatuto de Garantías.⁴⁸

Finalmente, los incisos quinto y sexto, modifican radicalmente el régimen de televisión previo a 1973, permitiendo el ingreso de la televisión privada o comercial.⁴⁹ A diferencia de otros medios,

⁴³ Véase en particular, los artículos N°s 1, 4, 5, 8 y 9, 19 N°15, N°26 y 20 de la Constitución.

⁴⁴ *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁴⁵ Artículo 268 bis, Código Penal chileno.

⁴⁶ GARCIA, G. (2012:114)

⁴⁷ SILVA, A. (2008:347) Desde la teoría económica clásica que sustenta el mercado de las ideas en materia informativa, el monopolio constituiría una falla de mercado típica. En el ámbito de la discusión en la CENC el fin era garantizar que los medios pertenecieran a diversos dueños junto con evitar la intervención del Estado.

⁴⁸ SILVA, A. (2008:337)

⁴⁹ Como afirma Sierra, esta reconfiguración constitucional abre paso para la nueva ley de televisión de 1989 que permite la televisión privada o comercial. SIERRA, L. (2001:112). Sin embargo, desde 1977 la

se reconoce la titularidad restringida del Estado y ciertas universidades de acuerdo al sistema de servicio público que primaba hasta 1973, pero permitiendo la titularidad de privada.⁵⁰ El posterior desarrollo del mercado de la televisión, confirma la primacía del modelo del mercado como mecanismo regulador de la televisión y el rol del Estado como garante de su funcionamiento,⁵¹ especialmente a través de la constitucionalización del Consejo Nacional de Televisión (CNTV). Este órgano que comprende una autonomía normativa, institucional y organizadora, está encargado de velar por su correcto funcionamiento⁵² y su antecedente directo es la Ley Orgánica de Televisión de 1970.⁵³

Los desafíos y oportunidades del proceso constituyente: los derechos expresivos y los medios de comunicación

El momento constituyente actualmente en curso, nos demanda reflexionar sobre los problemas institucionales que afectan al orden constitucional chileno, y aprovechar la oportunidad para remediar las deficiencias de la esfera pública en la actualidad. Este espacio institucional es esencial para mantener la legitimidad del orden político democrático, y por ello no basta con la garantía de los derechos individuales del potencial agente expresivo. Bajo el paradigma individualista de la libertad de expresión e información, el derecho se entiende como inmunidad negativa para activamente emitir opiniones e informaciones, lo que incluye la discrecionalidad en la selección del contenido que será difundido. La discrecionalidad del emisor es habilitada por el derecho como un permiso normativo. El punto que se debe tener en cuenta es lo que este permiso significa para la esfera pública. La libertad de informar no sólo puede entenderse como un derecho derivado de la libertad de expresión en su sentido individual, sino lo que su ejercicio implica para la determinación de lo que es el *interés del público* y el *interés privado*.

El problema de la teoría de la libertad de expresión que la entiende desde el punto liberal individualista, es que no es capaz de diferenciar cuando el titular deja de ser un individuo particular –el orador de la esquina, como lo cataloga Fiss⁵⁴ y se transforma en una empresa de medios, como sucede en las sociedades modernas. El funcionamiento de los medios de comunicación no puede quedar sujeto meramente a las dinámicas del mercado y a la oferta y demanda de productos informativos. La concentración de la propiedad e ideológica de ellos atenta contra la generación del debate público, que corresponde a un bien colectivo participativo. Estos bienes se caracterizan porque su producción y consumo es simultáneo y son producto de la acción colectiva antes que individual, y necesita un diseño institucional que promueva el pluralismo informativo.

flexibilización del sistema de contratación de publicidad y el término del financiamiento público permitió la mayor influencia del sector privado. SUNKEL, G. y TIRONI, E. (1993:223).

⁵⁰ SIERRA, L. (2001:122)

⁵¹ Para un análisis de la internacionalización de los canales de televisión nacionales con posterioridad a 1990, véase MÖNCKEBERG, M.O. (2009:281-316).

⁵² Para una visión crítica de la posición institucional del CNTV como un órgano autónomo para la regulación de la televisión, véase SIERRA, L. (2008:71).

⁵³ pero, a diferencia del Consejo de los setenta, bajo la Constitución de 1980 se incrementaron sus competencias reguladoras, sancionatorias y fiscalizadoras, así como también se le reconoce el poder para asignar las concesiones. Ver SIERRA, L. (2001:232). Sierra destaca que el órgano diseñado por la dictadura tenía la particular característica que compartía el incremento de sus poderes normativos con la disminución de su publicidad.

⁵⁴ FISS O. (1996:12)

Por el rol protagónico de los medios de comunicación en la esfera pública, y en atención a los intereses sociales involucrados en la difusión de información, se justifica que se impongan determinados deberes, porque de lo contrario, su posición dejaría de ser un derecho para transformarse en un privilegio. Especialmente hoy, cuando los rumores se propagan como el fuego en el mercado de las ideas virtuales, se hace más evidente la importancia que tienen los medios tradicionales de comunicación para informar verazmente, liderar la agenda informativa y no sólo beneficiarse de los canales virtuales para expandir su influencia y potenciar su discurso. La libertad de expresión como un derecho *público* demanda reconocer explícitamente el derecho de *recibir informaciones* u opiniones de los demás, y la protección del interés colectivo de la comunidad.

Bibliografía

- BARENDT, E. Freedom of Speech. Nueva York, Oxford University Press. 2007. 526p.
- DWORKIN, R. Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. 1996. 404p.
- FISS, O. Liberalism Divided. Free speech and the many uses of state power. Boulder, Colorado, Westview Press. 1996. 192p.
- GARCIA, G. Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión. Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional 49. 2012. 149p.
- HIRSCHMAN, A.O. Interés privado y acción pública. En su: Más allá de la Economía. Antología de ensayos. (José Woldenberg comp.) México, Fondo de Cultura Económica. 2014. pp.293-382.
- KELLEY, D. y DONWAY, R. Liberalism and Free Speech. En: LICHTENBERG, J. (ed.) Democracy and the Mass Media. Nueva York, Cambridge University Press. 1990. pp.66-101.
- MEIKLEJOHN, A. Political Freedom. The Constitutional Powers of the People. Nueva York, Oxford University Press. 1965. pp. 164.
- MILL, J. S. Sobre la Libertad (3ª reimpresión). Madrid, Alianza editorial. 2001. 209p.
- MÖNCKEBERG, M.O. Los Magnates de la Prensa. Concentración de los medios de comunicación en Chile. Santiago, Chile, Debate. 2009. 520p.
- POST, R. Democracy, Expertise and Academic Freedom: A First Amendment jurisprudence for the modern state. New Haven, Yale University Press. 2012. 177p.
- SCHAUER, F. The Second-Best First Amendment. William and Mary Law Review, Vol. 31, 1:1-23. Otoño, 1989.
- Who decides? En: LICHTENBERG, J. (ed.) Democracy and the Mass Media. Nueva York. Cambridge University Press. 1990. pp. 202-228.
- SIERRA, L. The Development of Law Governing Television Broadcasting in Chile 1958-2000. Tesis (Doctor en Filosofía). Cambridge, Reino Unido. Universidad de Cambridge, Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, 2001. 301p.

Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades Normativas, Tradición Divergente y Desafíos de la Convergencia. En: González, A. (ed.). Telecomunicaciones: convergencia y nuevos desafíos. Santiago, Universidad de Chile, Facultad Economía y Negocios, 2008. p. 15-74.

SILVA, A. Tratado de Derecho Constitucional Tomo XII. De los derechos y deberes constitucionales. 2ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

SUNKEL, G. y TIRONI, E. Modernización de las comunicaciones y democratización de la política. Los medios en la transición a la democracia en Chile. Centro de Estudios Públicos. (52):215-246, primavera, 1993.

Probidad y Transparencia en la Nueva Constitución

María Jaraquemada, Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile, directora de Incidencia, Espacio Público

Resumen

La Constitución Política, con la reforma del 2005, consagra los principios de probidad y publicidad como rectores de la función pública. A su vez, en la parte orgánica hay varias instituciones que tienen un rol clave en promover y supervigilar la implementación de estos principios. Sin embargo, es clave que profundicemos estos aspectos, como el derecho fundamental de acceso a la información pública, y fortalecer a estas instituciones para no poner en riesgo su debida autonomía, y que esos principios –claves en una república democrática y un Estado moderno- no sean meramente declarativos.

Introducción

Nuestra actual Constitución, desde la reforma del año 2005, establece en su artículo 8° el principio de probidad como rector de la función pública. Esto implica que su aplicación no solo abarca a la administración del Estado, sino a todos aquéllos quienes cumplen funciones públicas, como entidades autónomas o empresas del Estado.

En relación con la transparencia, también se establece la publicidad de los actos del Estado –con ciertas excepciones- lo que está desarrollado de forma más extensa en la Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública.

Asimismo, nuestra Carta Magna regula varias entidades autónomas que, desde sus propias competencias y *expertisses*, velan por la aplicación de este principio en el actuar de las entidades del Estado, tanto en su vertiente administrativa como penal, como son la Contraloría General de la República, el Consejo de Defensa del Estado, el Ministerio Público, los Tribunales de Justicia y el Servicio Electoral en el ámbito electoral y de financiamiento a la política.

Por otra parte, Chile forma parte de una serie de Convenciones Internacionales en materia de corrupción⁵⁵ –que es la contracara de la probidad- de las cuales derivan diversas obligaciones en cuanto a la institucionalidad en la materia, lo que ha implicado en los últimos años, por ejemplo, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas y regular la corrupción entre privados.

Como concreción de este principio se han desarrollado diversas políticas públicas y normativas –algunas contempladas en la propia Constitución, tales como las de declaraciones de intereses y patrimonio y ciertas inhabilidades e incompatibilidades, transparencia y acceso a la información pública, regulación del lobby y las gestiones de interés particular, regulación de la puerta giratoria entre el sector público y privado, financiamiento a la política, compras públicas, entre otras. Se trata de un tema instalado en la opinión pública con mucha fuerza a partir del año 2015, cuando nuestro país se vio sacudido por diversos escándalos de corrupción (Penta, SQM, Milico-gate, etc) (Arís et al, 2019).

⁵⁵Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Desarrollo

La probidad, de acuerdo con la ley, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular⁵⁶.

La falta de probidad –es decir, la corrupción- en el actuar de funcionarias/os o autoridades, tiene un impacto tanto en la democracia, por ejemplo a través de la desconfianza en las instituciones claves, como en el ejercicio de derechos económicos y sociales, impactando de este modo a las personas más vulnerables.

Nuestro país ha ido avanzando progresivamente en esta materia desde el año 1994, con las primeras recomendaciones en la materia realizadas por la Comisión de Ética Pública hasta la intensa agenda que se promovió entre los años 2015 y 2017 a instancia de la denominada Comisión Engel (Arís et al, 2019). En consonancia con esto, desde el año 2011 somos parte de la Alianza de Gobierno Abierto⁵⁷, cuyos ejes principales son la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

Pero ¿es suficiente el trato que le otorga nuestra Constitución a esta materia? Si revisamos la experiencia comparada, no son pocas las constituciones que establecen el principio de la probidad o la integridad como rectores del actuar público. A su vez, varias constituciones de la región han ido avanzando en reconocer no solo la importancia de la publicidad, sino también el derecho de acceso a la información pública, ya sea como un derecho autónomo o como parte integrante del derecho a la libertad de expresión, especialmente con posterioridad a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *Claude Reyes vs. Chile*- (Consejo para la Transparencia, 2018).

Esta última discusión no ha estado ausente en nuestro país, ya que producto de la interpretación restrictiva que ha hecho el Tribunal Constitucional por la falta de consagración expresa del derecho de acceso a información pública, se tramita actualmente un proyecto de ley⁵⁸, entrampado en este momento en su último trámite en el Senado, que propone reconocer constitucionalmente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Precisamente, ha sido el temor o duda de algunos Senadores respecto al impacto que tendría la aprobación de esta ley para el Congreso una de las razones que lo mantienen paralizado⁵⁹.

Otras discusiones relevantes que se han dado al respecto, es la falta de reconocimiento en nuestra Carta Fundamental de entidades como el Consejo para la Transparencia. Nadie duda de su autonomía legal respecto de los poderes políticos, sin embargo, el hecho de no estar en el texto constitucional ha tenido como principal implicancia que no se pueda fiscalizar ni sancionar por el incumplimiento de la ley a las entidades que sí están en dicho texto –tales como el Banco Central, Contraloría, Ministerio Público y Congreso Nacional- lo que en la práctica ha llevado a

⁵⁶Ver artículo 52 inciso 2° de la LOCBGAE.

⁵⁷ <https://ogp.gob.cl/>

⁵⁸ Ver boletín N° 8805-07, de 2013. Disponible en: <https://olt.cplt.cl/Paginas/DetalleLey.aspx?ID=12>

⁵⁹Ver discusión en Sala del Senado disponible en: https://senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=880507_P&idsesion=7981

que tengamos un sistema atomizado y donde los estándares en aquellas entidades sometidas a su supervigilancia difieren bastante de otras (CEP y otros, 2018).

La institucionalidad es clave para promover efectivamente la probidad y la transparencia, y para que estos conceptos no se conviertan en meros enunciados, ya que a través de las normas y las entidades se establecen reglas e incentivos que promueven el bien común o el interés colectivo por sobre el individual o personal.

Es por esto que en una nueva Constitución es clave: (1) mantener el estándar actual en la materia, (2) avanzar en reconocer expresamente el derecho de acceso a la información pública, (3) repensar el diseño institucional vigente de modo que haya, por un lado, una efectiva coordinación entre todas las entidades que hoy tienen un rol en promover la probidad⁶⁰, y por otro, que se concrete efectivamente este principio y las políticas públicas que se derivan de éste a través de una implementación real en todas las entidades del Estado.

Para lo anterior, es clave considerar dos aspectos respecto de estas instituciones.

En primer lugar, su real autonomía respecto de a quiénes fiscalizan o regulan, lo cual –entre otros aspectos- dice relación con su nombramiento o forma de selección. Así, si bien es importante la participación de entidades electas por el voto popular para dotarles de legitimidad democrática, es también relevante que las personas que presiden o dirigen estos organismos – sean colegiados o no- tengan las competencias profesionales y que no dependan o respondan a quiénes los nombran –ya sea por cercanías políticas o de otro tipo. Incluso, se ha planteado que en algunas ocasiones se realicen concursos públicos abiertos y transparentes ante el Servicio Civil, por ejemplo, del cual se escoja una lista corta para su selección por parte del Presidente de la República y ratificación posterior por la Cámara competente.

Asimismo, que los procedimientos de nombramientos sean abiertos, transparentes y con opciones de control social por parte de la sociedad civil y los medios de comunicación, para velar por la efectiva idoneidad de las y los postulantes⁶¹.

No son pocos los que miran con preocupación futuros nombramientos de cargos como el de Fiscal Nacional o Contralor, dadas las investigaciones que las instituciones que estos presiden han llevado adelante contra quienes los designan, lo que puede generar el incentivo perverso de nombrar a alguien que responda a ellos o que goce de menos independencia real.

En segundo lugar, es clave que exista una entidad que supervigile el cumplimiento de las políticas públicas de probidad y transparencia y, en caso de incumplimiento, imponga las sanciones correspondientes. En el caso de la administración del Estado, Contraloría cumple esta función en el área administrativa, sin embargo, se ha criticado que no ocurre lo mismo respecto de otras entidades, siendo el caso más claro el Congreso Nacional, que no cuenta con ninguna

⁶⁰Hoy, por ejemplo, existen convenios de colaboración entre el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa del Estado, sin embargo, esto obedece a voluntades políticas y por tanto son más bien endeble. En México, esta coordinación esta institucionalizada en el Sistema Nacional Anticorrupción que, además, incorpora a la sociedad civil.

⁶¹Ver Declaración Pública No al Cuoteo, disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/noalcuoteo-declaracion-publica-para-una-mayor-transparencia-en-la-designacion-de-autoridades-3/> y recomendaciones de Espacio Público sobre proyecto de ley de audiencias para nombramientos en el Consejo, disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/11/RECOMENDACIONES-LEGISLATIVAS-N%C2%BA-15-PL-Audiencias-para-nombramientos-2%C2%BA-tr%C3%A1mite.pdf>

entidad autónoma que ejerza este rol, siendo los mismos parlamentarios los que sancionan a sus pares por las faltas de probidad y reglamentarias.

Lo anterior no creo que deba implicar que tengamos que incorporar en una futura nueva Constitución todas las entidades que tengan cierta autonomía o independencia –como el Consejo para la Transparencia, las superintendencias, INDH, etc.,- pero sí ver la forma en que superemos la interpretación actual⁶² en el entendido que no vulnera la autonomía ni la separación de poderes el que otras entidades de rango legal puedan supervigilar el cumplimiento de ciertas normativas mientras no intenten invadir la esfera propia de atribuciones y competencias de éstas. Tal como se ha señalado en diversas instancias, autonomía no puede implicar falta de control y rendición de cuentas (CEP y otros, 2018).

Conclusiones

Una nueva Constitución nos abre una oportunidad de repensar y diseñar nuestra institucionalidad con una mirada más fresca y a la luz de los avances que se han hecho en estos 30 años en materia de probidad y transparencia, que no son pocos y, a la vez, considerando las debilidades o falencias que han sido señaladas por la academia y algunos sectores políticos.

Contar con instituciones más transparentes, abiertas a la ciudadanía, que rindan cuentas y que respondan, es clave para superar uno de los mayores desafíos que actualmente enfrentan las democracias a nivel global, la profunda crisis de confianza que atraviesan las instituciones políticas, así como para avanzar en la deseada –pero a veces tan lejana- modernización de nuestro Estado.

En este sentido, creo que no será algo muy discutido el mantener el estándar actual de reconocimiento de los principios de probidad y publicidad como rectores del actuar de la función pública y ciertas entidades de control de la corrupción, que podrán ser reformuladas o fortalecidas. Por esto, será clave ir más allá y, en primer lugar, avanzar en establecer de modo expreso el derecho de acceso a la información pública –en línea a los estándares internacionales- y diseñar nuestras instituciones de modo que no quede duda alguna de que éstas deben regirse por estos principios y la rendición de cuentas y participación ciudadana, de modo de ir avanzando hacia un Estado abierto. Para esto, también será indispensable diseñar de un modo adecuado los controles cruzados y equilibrio de poderes.

Referencias

Arís, Manuel; Engel, Eduardo; Jaraquemada, María. 2019. *Reformas Anticorrupción en Chile 2015-2017. Cómo se hizo para mejorar la democracia.*

Disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/08/LIBROS-KAS-ok.pdf>

CEP, Chile 21, Espacio Público y Libertad y Desarrollo. 2018. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Gestión de la Información del Estado*, Disponible en:

https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/01/libro_transparencia_17dic2018.pdf

Cuaderno de Trabajo N° 10, Consejo para la Transparencia. 2018. *El Derecho de Acceso a la Información Pública como Derecho Llave para el Acceso a otros derechos fundamentales.*

Disponible en: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2019/01/derecho-llave_actualizado-2018.pdf

⁶²Resolución del Tribunal Constitucional sobre el control de constitucionalidad de la Ley N° 20.285.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Constitute Project: <https://www.constituteproject.org/?lang=es>

Villoria, Manuel. 2002. *Ética pública y corrupción en el inicio de un nuevo milenio*. Foro Internacional, N°. 170, 2002, págs. 645-682.

¿Qué debe decir la nueva Constitución sobre derechos humanos?

Por: Judith Schönsteiner PhD, Lesly Adriana Martínez Figueroa, Gonzalo Bastián Mellado Calderón, Belén Ignacia Mendoza Toporowicz, Centro de Derechos Humanos, UDP

Resumen

Esta minuta explica por qué es importante “incorporar” los tratados internacionales sobre derechos humanos en la nueva Constitución, y cómo hacerlo para lograr su eficaz respeto, protección y garantía. Identifica también los otros ámbitos de la Constitución que deben apoyar este objetivo.

Introducción

Los derechos humanos son “universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”, constató la Conferencia de Viena de 1993. Chile ha ratificado muchos tratados de derechos humanos que obligan al país respetar, proteger y garantizarlos para todas las personas que se encuentran en su territorio, sin discriminación alguna. Para que este compromiso internacional se haga efectivo, debe estar correctamente reflejado en el derecho interno, particularmente en la Constitución, donde se encuentran los derechos “hermanos” de los derechos humanos, o sea, los “derechos fundamentales”. Sin embargo, en la situación actual, si los derechos fundamentales protegen y garantizan nuestros derechos en menor medida de lo consagrado en los tratados de derechos humanos, las personas no pueden reclamar éstos últimos en tribunales y se quedan sin una protección efectiva. En esta ficha, explicamos cómo los derechos humanos se incorporan en la actual Constitución, y qué debería mejorar en la nueva.

La actual Constitución

P: ¿Cómo se incorporan los tratados que Chile ratifica al ordenamiento jurídico interno?

R: A través de una “cláusula de incorporación” establecida en el artículo 5º inciso 2º de la actual Constitución, que limita la soberanía del Estado sobre las personas, y define como obligación de todos los órganos del Estado respetar y promover los derechos que “emanan de la naturaleza humana”, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos que Chile ha ratificado “y se encuentren vigentes”.

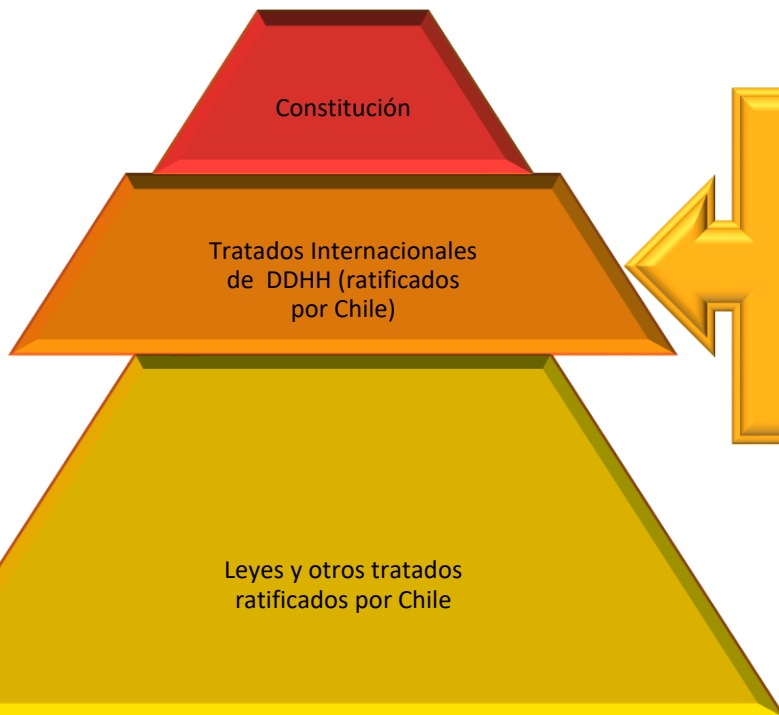
P: ¿Cuál es la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos?

R: Se distingue entre los derechos fundamentales que están reconocidos en la Constitución, y los derechos humanos que se reconocen en los tratados internacionales. *Idealmente*, el listado de los derechos en la Constitución y su contenido debiesen ser iguales a los derechos humanos que se consagraron en los tratados internacionales.

P: ¿Cuánto “pesan” los derechos humanos en la Constitución actual?

R: L@s abogad@s hablan de la “jerarquía del sistema de fuentes” para responder a esta pregunta.

Jerarquía del sistema de fuentes según el Tribunal Constitucional



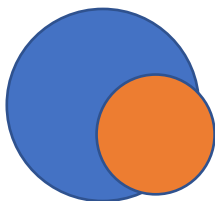
La Constitución no indica expresa y claramente la posición del derecho internacional de los derechos humanos en la pirámide de fuentes nacionales.

El Tribunal Constitucional considera que los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía supra-legal, pero infra-constitucional.

P: ¿Qué problemas genera el actual artículo 5º inciso 2º?

R: Si una norma constitucional contraviene lo establecido en los tratados de derechos humanos, aplica la norma constitucional. Eso significa que, en los tribunales de nuestro país, no se aplicará el tratado internacional de los derechos humanos, sino, una norma que no garantiza el derecho cabalmente. O sea, en otras palabras, si un derecho fundamental es menos garantista que un derecho humano definido internacionalmente, la persona ve su derecho humano restringido, a menos que el tribunal haga un esfuerzo – al que no está obligado formalmente – para interpretar el derecho fundamental “en conformidad con” el derecho humano. Esta situación está prohibida por el derecho internacional, que no permite invocar una norma del derecho interno para justificar el incumplimiento de una internacional.

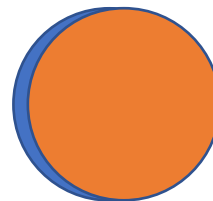
Situación deficiente



Derecho humano

Derecho fundamental

Situación ideal



Esta situación deficiente existe, por ejemplo, en relación con el derecho a la educación. Otros derechos humanos simplemente no están reconocidos en nuestra Constitución, como el derecho humano al agua potable y saneamiento, o el derecho a la vivienda digna.

P: ¿Qué problemas adicionales existen?

R: El Tribunal Constitucional ha definido la “doctrina de la auto-ejecutabilidad”. Esto significa que un tratado de derechos humanos solo se puede invocar directamente en los tribunales de justicia si está redactado de forma detallada y específica. Por ejemplo, el derecho a la vivienda definido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no sería lo

suficientemente específico y preciso para que un juez/una juez lo pueda aplicar. Solo si el Congreso adoptara una ley adicional, el derecho humano se puede reclamar en tribunales. Por eso el derecho a la vivienda, por ejemplo, se considera “no-justiciable” (no se puede invocar ante los tribunales). Incluso considerando que es difícil redactar detalladamente el contenido y alcance de un derecho social, por ejemplo, el derecho internacional define la obligación de proveer acceso a la justicia por lo menos para el “núcleo” del derecho, o sea, sus elementos más fundamentales, incluyendo la prohibición de la discriminación.

Resumen de la situación:



P: ¿Qué dice el derecho internacional de los derechos humanos al respecto?

Un Estado debe “adecuar su derecho interno” a sus obligaciones internacionales y velar por que no se produzcan decisiones, políticas públicas o leyes que violen la garantía de los derechos humanos de las personas (ver por ejemplo, Art. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Incorporación de los tratados de derechos humanos en otras constituciones

¿Cómo las constituciones del continente incorporan el derecho internacional de los derechos humanos?

Estado	Cláusula de incorporación (tratados)	Jerarquía infra-constitucional	Jerarquía constitucional	Cláusula de interpretación conforme	Auto-ejecutabilidad	Bloque de constitucionalidad
Argentina	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	○
Bolivia	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>
Brasil	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
Chile	<input type="checkbox"/>	○				
Colombia	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Costa Rica	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	○		<input type="checkbox"/>	○
Ecuador	<input type="checkbox"/>				<input type="checkbox"/>	○
Estados Unidos	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>		excluida	

contexto+

México	<input type="checkbox"/>			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	○
Perú	<input type="checkbox"/> y cláusula de no-exclusión de derechos			<input type="checkbox"/>		○
Venezuela	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	

: Referencia a los tratados de derechos humanos en el texto constitucional; ○: Reconocimiento en la jurisprudencia; △: Desarrollo en la doctrina

Observaciones: Ninguna de las constituciones del continente tiene una cláusula de ejecución, o sea, una regla sobre cómo implementar decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos. La Constitución alemana tiene una referencia al derecho internacional consuetudinario y le reconoce primacía sobre las leyes (Art. 25).

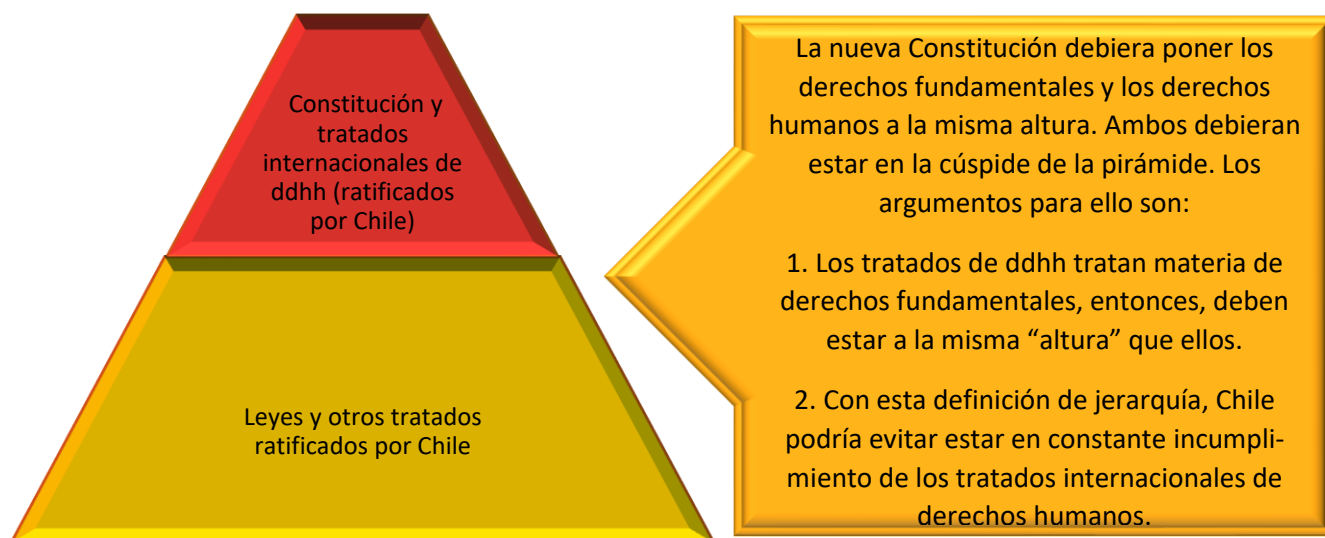
Soluciones para la nueva Constitución

P: ¿Cómo resolver los problemas del actual sistema de incorporación?

R: Si los tribunales tuvieran siempre la obligación de interpretar cada derecho fundamental de la misma manera como está definido nuestro derecho humano, no habría problema. Eso se puede lograr:

- Eliminando las inconsistencias sobre la *auto-ejecutabilidad*,
- Cambiando la **jerarquía** de los tratados internacionales de derechos humanos,
- Introduciendo una cláusula de “**interpretación conforme**”,
- Definiendo los derechos fundamentales de la misma manera que están reconocidos internacionalmente,**
- Reiterando** la referencia a los tratados de derechos humanos en las leyes relevantes.
- Adoptar **políticas públicas con enfoque de derechos humanos**. Este enfoque de derechos humanos debiera estar mandatado por la misma Constitución.

Propuesta alternativa para la jerarquía de fuentes



Las cláusulas de interpretación consisten en “consagrar expresamente la necesidad de interpretar ciertas normas constitucionales y/o legales a la luz de los compromisos internacionales”. (Núñez, 2018: 384). Tal cláusula orientará a todos los órganos del Estado en su

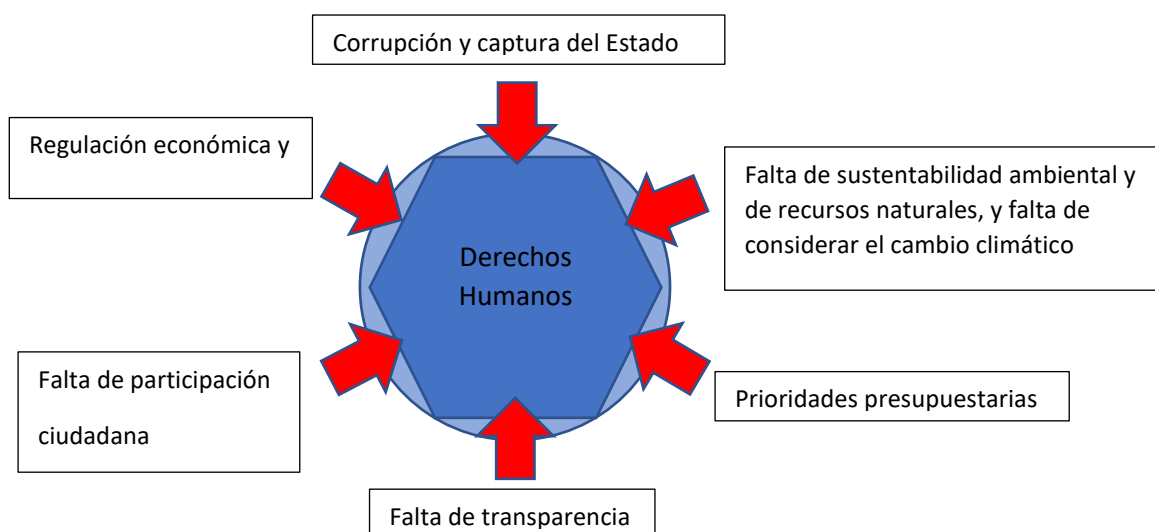
interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes, y evitará que las decisiones del Estado sean contrarias a la definición de los derechos humanos en los tratados internacionales, así como la interpretación autoritativa que realizan los órganos internacionales de supervisión, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las **cláusulas de interpretación conforme** permiten que se respete el principio de interpretación evolutiva, o sea, respondiendo a eventuales cambios en el contexto social.

Finalmente, los tribunales en Chile siguen una cultura jurídica “legalista”, o sea, miran primero el texto de las leyes, presumiendo su constitucionalidad. Esto significa incluso que a veces, la Constitución se interpreta a la luz de esta tradición que viene del Código Civil, no de la Constitución (Silva 2014). Para lograr una mayor consistencia interpretativa, las leyes deberían reflejar los estándares de derechos humanos que se deben aplicar a la respectiva materia.

P: ¿Cuáles son las otras normas constitucionales que van a ser importantes para el respeto y la garantía de los derechos humanos?

R: El respeto y la garantía de los derechos humanos no solo dependen de las cláusulas de incorporación e interpretación. Más bien, dependen en gran medida de las definiciones que se toman en relación con otros ámbitos que suelen regular las constituciones, especialmente, asuntos de **presupuesto**, prevención de **corrupción y captura del Estado**; **probidad, transparencia y acceso a la información**; **participación ciudadana**, y particularmente, la **regulación de la economía**, incluyendo la **planificación territorial**, para lograr el efecto horizontal eficaz de los derechos humanos. El efecto horizontal significa que los derechos humanos se deben respetar también en las relaciones entre privados, ya sea entre personas naturales o entre personas jurídicas y personas naturales. Finalmente, el goce de los derechos humanos dependerá también de la capacidad de proteger el medioambiente, la sustentabilidad y la protección ante el cambio climático.

Factores que pueden “presionar” al respeto y garantía de los derechos humanos, y que debieran definirse de tal manera que estos no se restrinjan indebidamente.



Conclusiones

Es por todas estas razones que se debe dar prioridad a los derechos fundamentales/derechos humanos por sobre las otras consideraciones definidas en la Constitución. En otras palabras, los derechos humanos deben considerarse la cúspide de la Constitución. Esto no significa una libertad sin límites, lo cual no es deseable ni tampoco protegido por los tratados internacionales. Más bien, cualquier límite a los derechos humanos se debe justificar por un fin legítimo definido en los tratados internacionales (necesidad en una sociedad democrática), por ejemplo, la salud pública o los derechos de las demás personas, la idoneidad de la medida, y su proporcionalidad.

Así, el enfoque de derechos humanos, caracterizado por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales/ derechos humanos, y transversalmente, la no-discriminación, la participación ciudadana, y la la transparencia / el acceso a la información pública, debe regir la redacción de la nueva Constitución, su futura interpretación y aplicación, pero también la adopción de leyes y políticas públicas (CIDH 2018).

Referencias

Nuñez, Constanza (2018), "Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución", 24 Revista Ius et Praxis 379.

Bertelsen, Raúl (2019), "Fuerza normativa de la constitución y judicialización de los derechos sociales de prestación", 15 Derecho Público Iberoamericano 115.

Cremer, Hendrik (2014), "Uneingeschränkte Rechte für junge Flüchtlinge" *Zuschrift* 16/497, Vorlage 16/2021, Stellungnahme 16/2049, Berlin. Deutsches Institut für Menschenrechte.

Galdaméz, Liliana (2013), "Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del tribunal constitucional sobre ley de pesca ROLES Nos. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, acumulados", 11 Estudios Constitucionales 621.

Góngora, Eduardo (2014), "La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*", en: Bogdandy, Armin von et al. (ed), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, UNAM.

Jordán, Tomás (2007), "La posición y el valor jurídico d los derechos sociales en la constitución chilena", 5 Estudios Constitucionales 185.

Mesquita, Eleonora (2016), "Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño", 46 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 357.

Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2017), "Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", 50 Boletín Mexicano de Derecho Comparado 185.

Prada, María Angélica (2013), "La integración del derecho internacional en el sistema colombiano", *Manual Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Madrid.

Rea, Sergio (2014), "El reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos en Latinoamérica", 11 Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, 93.

Schönsteiner, Judith (2016). "El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador", 29 Revista de Derecho (Valdivida) 197.

Silva, Luis (2014), "La Dimensión Legal de la Interpretación Constitucional", 41 Revista Chilena de Derecho 437.

Sloss, David (1999), "The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties", 24 Yale J. Int'l L. 129.

Waters, Melissa (2007), "Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of Human Rights Treaties", 107 Colum. L. Rev. 628.

Derecho a la Autonomía Personal⁶³

Verónica Undurraga Valdés, Profesora de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Directora Espacio Público.

Resumen

La Constitución actual no reconoce explícitamente un derecho a la autonomía personal o al libre desarrollo de la personalidad (nombre que recibe en algunos ordenamientos jurídicos). El Tribunal Constitucional ha deducido su existencia a partir del artículo primero, pero en forma inconsistente y precaria. Esta ausencia es problemática porque quienes están en mayor riesgo de que su autonomía se desconozca son las personas pertenecientes a grupos históricamente subordinados o quienes requieren de apoyo estatal o comunitario para desarrollar su vida, por ejemplo, las personas en situación de extrema pobreza que dependen de subsidios estatales o personas con discapacidad. El reconocimiento de este derecho en una nueva Constitución podría asegurar no solo que las personas tengan un ámbito de libertad para desarrollar sus planes de vida, sino también que puedan adquirir las capacidades básicas que les permitan ejercer la autonomía.

Contenido del derecho a la autonomía personal

El derecho a la autonomía personal protege el interés que tenemos como personas de definir por nosotras mismas y de acuerdo a nuestros propios motivos, razones y valores, qué hacer con nuestra vida, en lugar de que otras personas decidan por nosotros convirtiéndonos en meros objetos de su voluntad. Es un derecho que se vincula con el reconocimiento de la dignidad de cada persona como ser único y de la realidad de la multiplicidad de formas de vida en nuestras sociedades plurales. Las constituciones clásicas desde fines del siglo XVIII reconocen libertades, entendidas como espacios en que el Estado no debe intervenir en las decisiones de las personas (por ejemplo, libertad religiosa, libertad de expresión, libertad de reunión, etc.), en el supuesto que esas libertades permitirían el ejercicio de la autonomía. Ese supuesto no siempre se cumple. Existen en nuestras sociedades formas de dominación y desigualdades de recursos y de estatus social que en la práctica implican que haya personas cuyas vidas dependen más de la voluntad de otros que de sus propios proyectos personales. Además, a lo largo de la vida, por ejemplo, en la niñez, la vejez y la enfermedad, todas las personas. requerimos de apoyos para poder conservar ámbitos de autonomía que son valiosos y necesarios para nosotros. Existen personas con discapacidad que requieren de esos apoyos en forma permanente. Por estas razones, además del respeto de ámbitos de libertad individual que son imprescindibles, el derecho a la autonomía requiere que el Estado adopte medidas que aseguren las posibilidades de que las personas, si así lo quieren, puedan ejercer su autonomía.

Reconocimiento del derecho a la autonomía personal en el derecho comparado

Algunas constituciones han incorporado explícitamente el libre desarrollo de la personalidad como derecho o como principio. Ese es el caso de las constituciones alemana (Artículo 2 N°1 de

⁶³ Este texto es una adaptación de Undurraga, V. (2020). Autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. En: Contreras, P. y Salgado, C. (eds.) *Manual Derechos fundamentales. Parte Especial* (pp. 26-60) Tirant Lo Blanch.

la Ley Fundamental de la República Federal Alemana), española (Artículo 10 N°1 de la Constitución Española), colombiana (Artículo 16 de la Constitución Colombiana) y peruana (Artículo 2 inciso 1° de la Constitución Peruana), entre otras.

Incluso bajo constituciones que no reconocen el derecho explícitamente, la jurisprudencia constitucional comparada y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha considerado que el libre desarrollo de la personalidad está protegido bajo una interpretación amplia de otros derechos tradicionales, como los derechos a la privacidad, a la libertad personal y seguridad individual y a la dignidad. La Suprema Corte de Justicia de México, ha derivado el derecho al libre desarrollo de la personalidad del derecho a la dignidad (Suprema Corte de Justicia de México, Amparo Directo Civil 6/2008, de 6 de enero de 2009 y Amparo en Revisión 237/2014, de 4 de noviembre de 2015). En la concepción de privacidad alemana y, en general, en la europea continental, se considera que el respeto a la privacidad incluye el derecho a no estar permanentemente sometidos a la mirada ajena, y poder tener cierto control sobre la información que circula sobre uno, porque esas condiciones son necesarias para que las personas puedan desarrollarse intelectual y espiritualmente (Whitman, 2004). En Estados Unidos, la autonomía personal refiere a las decisiones que las personas toman en el ámbito privado, como, por ejemplo, la sexualidad o la reproducción (Whitman, 2004). El derecho internacional de los derechos humanos también ha protegido la autonomía personal mediante interpretaciones amplias del derecho a la privacidad. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de vida privada “engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal” y “(l)a efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal ... y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239).

Otro derecho especialmente relevante para garantizar las condiciones para el ejercicio de la autonomía, cuando esta autonomía se refiere a las decisiones sobre el propio cuerpo, es el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, para lo cual se amplía su interpretación tradicional que lo entiende solo como un derecho a la libre circulación y una garantía contra detenciones arbitrarias. La Corte Suprema de Canadá ha señalado los derechos a la libertad y a la seguridad de la persona protegen la autonomía individual y la dignidad, cuando está involucrada de alguna forma la protección del yo corporal (Caso *Carter v. Canada*, párr. 64). La seguridad de la persona incluye “una noción de la autonomía personal que involucra ... el control sobre la propia integridad corporal libre de interferencias estatales” (Caso *Sue Rodríguez v. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia*, pp. 587-588) y que está comprometida cuando existe interferencia con la integridad física o psicológica, incluyendo cualquier acción estatal que cause un sufrimiento físico o psicológico serio (Caso *New Brunswick (Ministry of Health and Community Services) v. G.(J.)*, párr. 58; Caso *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, párr. 55-57; Caso *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, párr. 43 (Deschamps J.), párr. 119 (McLachlin C.J. y Major J.) y párr. 191 y 200 (Binnie y LeBel JJ.)) En el mismo sentido, pero más explícitamente, la sección 12 de la Constitución de Sudáfrica, que reconoce “el derecho a la libertad y la seguridad de la persona” incluye no solo las garantías clásicas contra la detención arbitraria, sino que también se preocupa de enumerar como manifestaciones concretas de esta garantía “el derecho a vivir libre de todas las formas de violencia tanto de origen público como privado”, el “derecho a no ser torturado de manera alguna”, el derecho a no ser tratado o castigado de forma cruel, inhumana o degradante”, “el

derecho a tomar decisiones concernientes a la reproducción, a la seguridad del cuerpo y el control sobre él" y "a no ser sujeto a experimentos médicos o científicos sin consentimiento informado". Este derecho fue utilizado por la Corte Constitucional de Sudáfrica en su argumentación a favor de la constitucionalidad de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en ese país (Caso *Christian Lawyers Association of South Africa & Others v Minister of Health & Other*). La inclusión expresa en el artículo 12 del derecho a la seguridad y al control respecto del propio cuerpo ha permitido, por ejemplo, reforzar la autonomía y minimizar el paternalismo en el ámbito de las decisiones médicas (Woolman & Bishop, p. 40-87). En el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha interpretado el derecho a la libertad personal, señalando que éste "... constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones". (Caso I.V. Vs. Bolivia, párr. 148; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, párr. 52).

El derecho a la autonomía personal bajo la Constitución de 1980

En el medio jurídico chileno, el Tribunal Constitucional ha declarado que el libre desarrollo de la personalidad constituye "una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1º de la Carta Fundamental" (Tribunal Constitucional Rol Nº 1683-10-INA, c. 51) y también ha reconocido una relación sustancial entre el derecho a la vida privada, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Sentencia Tribunal Constitucional Rol 389, de 28 de octubre de 2003, sobre proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavados y materia de activos). Sin embargo, más allá de estas declaraciones, no ha profundizado en estos temas. Esa falta de reflexión ha resultado en una jurisprudencia errática. Por ejemplo, sirvió de argumento para declarar la inconstitucionalidad de normas que permitían a la Unidad de Análisis Financiero acceder a documentos reservados, previa autorización judicial, respecto de personas que fueran objeto de investigación en casos de lavado y blanqueo de activos (Id), pero no fue suficiente para reconocer la autonomía de las mujeres para acceder a la anticoncepción de emergencia (Tribunal Constitucional, Rol Nº 740-07, de 18 de abril de 2008), ni para reconocer la autonomía sexual de varones jóvenes homosexuales en relaciones consentidas (Tribunal Constitucional Rol Nº 1683-10-INA). En el fallo sobre la constitucionalidad del proyecto de ley sobre despenalización del aborto en tres causales, en cambio, el Tribunal Constitucional sí reconoció el derecho a la autonomía de la mujer embarazada, basándose en el artículo 1º de la Constitución (Sentencia Tribunal Constitucional Rol 3729, de 28 de agosto de 2017, Considerando trigésimo quinto. Es interesante notar que en este fallo la autonomía no se sustenta en los artículos 19 nº4 ni 19 nº7) y declaró que es incompatible con la Constitución que la obligación de proteger al no nacido lleve a que la mujer sea considerada como un instrumento utilitario o solo el lugar donde el embarazo transcurre sin que ella tenga nada que hacer o decir.

La jurisprudencia de los tribunales ordinarios sobre autonomía personal tiene elementos destacables. El más interesante se da a propósito de los casos judicializados por personas transexuales que –antes de la entrada en vigencia de la ley de identidad de género- solicitaron a los tribunales ordenar al Registro Civil el cambio de sexo en sus partidas de nacimiento para que coincidiera con su identidad de género (Corte Suprema, Rol Nº 70584-2016). Otra línea jurisprudencial es la que vincula el estándar de interés superior del niño con la necesidad de proteger su autonomía progresiva y asegurar así el derecho del niño o niña el libre desarrollo de su personalidad (Corte Suprema, Rol Nº 1715-2011).

Límites al derecho a la autonomía personal

La protección de la autonomía personal no es absoluta. Distintas manifestaciones de autonomía personal son susceptibles de protegerse, pero algunas pueden verse limitadas en razón de la protección de otros derechos fundamentales o de intereses públicos relevantes. Al ser la autonomía un derecho fundamental se exige que la restricción cumpla con un objetivo legítimo y que sea idónea para alcanzarlo, que además no exista otra medida alternativa menos gravosa del derecho a la autonomía que permita cumplir con ese objetivo y, por último, que el beneficio que se persigue con el cumplimiento del fin sea proporcionado al sacrificio del derecho a la autonomía. La experiencia del derecho comparado sugiere que el derecho a la autonomía prima cuando está estrechamente vinculado a la dignidad e identidad de la persona, cuando reconocerle a una persona la capacidad de tomar cierto tipo de decisiones respecto de su vida es esencial para demostrarle respeto como ser humano. En otros casos, la autonomía puede ser limitada para hacerla compatible con el bien común y con el respeto a los derechos de otros.

Enfoque del derecho a la autonomía personal en una nueva constitución

Si se aprueba la opción por una nueva Constitución, ésta necesariamente va a asegurar una serie de libertades, asumiendo que ellas son necesarias para asegurar la autonomía de las personas y permitirles el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, para que efectivamente todas las personas puedan ejercer su autonomía es importante que el derecho a la autonomía personal tenga un reconocimiento explícito. Si solo se reconocieran derechos de libertad negativa (ámbitos de libertad en que el Estado no puede interferir en la vida de las personas), la autonomía solo estaría garantizada para aquellas pocas personas privilegiadas que tienen las condiciones físicas, económicas y otras, que les permite ser independientes sin el apoyo de otros, es decir, precisamente de aquellas que corren menos riesgo de ver su derecho amenazado. El derecho constitucional chileno debe asumir que la realidad sobre la que está llamado a aplicarse es, sin embargo, muy distinta. Mucha gente vive en pobreza, existe desigualdad estructural, hay personas que están permanentemente expuestas al poder desproporcionado de otros sobre sus vidas y para un número escandaloso de ellas, ese poder se expresa en golpes, al cuerpo y a la dignidad. El Estado está a cargo, o delega, un sinnúmero de prestaciones sociales que afectan áreas muy sensibles en la vida de las personas (salud, educación, vivienda, pensiones, seguridad, entre otras), lo que crea ocasiones tanto para fortalecer o para inhibir la autonomía de los beneficiarios de esos servicios. Para ese mundo y para estas personas, la nueva Constitución tiene que establecer un deber estatal de adoptar medidas que permitan y fomenten el desarrollo de capacidades de autonomía de todas las personas. El derecho a la autonomía adquiere así un sentido transformador para personas que se encuentran en situaciones de subordinación, marginación, pobreza, discapacidad o dependencia, porque es el derecho que les permite asegurar que las interacciones que tienen como beneficiarias directas del Estado o con terceros, sean respetuosas de sus decisiones personales, tomen en consideración sus valores y necesidades de la manera en que las propias personas los manifiestan y fomenten, en lugar de aplastar sus capacidades de autonomía.

Referencias

Jurisprudencia chilena

- Corte Suprema, Rol Nº 1715-2011, de 30 de mayo de 2011.
 Corte Suprema, Nº 70584-2016, de 29 de mayo de 2018.
 Sentencia Tribunal Constitucional Rol Nº 389, de 28 de octubre de 2003.
 Sentencia Tribunal Constitucional, Rol Nº 740-07, de 18 de abril de 2008.
 Sentencia Tribunal Constitucional Rol Nº 1683-10-INA, de 4 de enero de 2011.
 Sentencia Tribunal Constitucional Rol Nº 3729, de 28 de agosto de 2017.

Jurisprudencia comparada

- Corte Suprema de Canadá. *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307.
 Corte Suprema de Canadá. *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.
 Corte Suprema de Canadá. *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791.
 Suprema Corte de Justicia de México, Amparo Directo Civil 6/2008, de 6 de enero de 2009 y Amparo en Revisión 237/2014, de 4 de noviembre de 2015.
 Corte Suprema de Sudáfrica. *Christian Lawyers Association of South Africa & Others v Minister of Health & Others* 1998 (4) SA 113 (T), 1998 (11) BCLR 1434 (T).
 Corte Suprema de Canadá. *New Brunswick (Ministry of Health and Community Services) v. G.(J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46.
 Corte Suprema de Canadá. *Sue Rodríguez v. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia* [1993] 3 SCR 519, pp. 587-588.

Jurisprudencia internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.
 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Contreras, P. y Salgado, C. (eds.). (2020). *Manual Derechos fundamentales. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.

Undurraga, V. (2020). Autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. En: Contreras, P. y Salgado, C. (eds.) *Manual Derechos fundamentales. Parte Especial* (pp. 26-60) Tirant Lo Blanch.

Whitman, J.Q. (2003-2004). The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. *Yale Law Journal* 113, 1151-1221.

Woolman, S. y Bishop, M. (2012). Chapter 40 Freedom and Security of the People. En Woolman, S. y Bishop, M.(eds.) *Constitutional Law of South Africa*, 2nd edition, Revision Service 4. Juta.

El Acceso a la Salud en constituciones seleccionadas⁶⁴

Por Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional, 22 junio, 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las Constituciones los derechos de acceso a la salud. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. Se clasifican los países de acuerdo a diferentes dimensiones en las cuales se expresa este derecho. Se observa al respecto, que las constituciones han establecido diferentes status de acceso, desde la gratuidad universal y exclusividad de la administración pública, pasando por la protección constitucional a los derechos a privados a otorgar servicios de salud, hasta la no mención de este derecho en la carta magna.

Palabras clave: *Derechos humanos, sistema privado, sistema público, seguro universal, salud intercultural.*

El acceso a la salud como derecho humano

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)” recita el primer apartado del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De ahí entonces la posterior creación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) quien empuja a los Estados, a través de acuerdos y declaraciones, a avanzar cada vez más en la cobertura, acceso, calidad, aceptabilidad y universalidad del derecho humano del acceso a la salud. Muchos de los estados, por su parte, han integrado el derecho a la salud como derecho protegido por la propia constitución. Y aunque lo han hecho de diferente manera, veremos en este documento que la gran mayoría de ellos hace mención al tema. Esto habla de la importancia de la salud, la cual a ojos de la propia OMS debiese ocupar un lugar prioritario en los planes de inversión interna de los países. Ahora bien, el acceso a la salud varía en su forma y en su contenido en los diferentes países. Algunos dan mayor importancia a la salud pública, otros entienden a la iniciativa privada como un aliado importante a la hora de asegurar cobertura. Algunas de estas variaciones se expresan en las constituciones, el cuadro 1 a continuación muestra los resultados de un ejercicio inductivo de identificar la presencia de determinados contenidos de las constituciones en cuanto a derechos de acceso a la salud.

Posterior a la tabla se presenta un análisis más detallado de cada dimensión en cuestión, dando cuenta de las diferencias y complejidades que hay en torno a cada una de ellas.

⁶⁴ Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

Tabla 1. Temas de análisis y presencia en constituciones

Referencias	PAISES												
	Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
Derecho		X	X	X		X	X	X	X	X	X	X*	X
Rol del estado		X	X	X	X	X	X		X	X		X	X
Seguridad social			X			X							X
Seguro Universal Estado		X				X					X		X
Gratuidad		X				X					X*	X*	
Sistema privado		X	X	X	X	X			X	X			X
Prohibición privatizar		X											
Deportes		X			X		X						X
Medicina Indígena		X				X							X

Fuente: elaboración propia a partir de constituteproject.org

*Tendencialmente gratuito

**Deber de salud

La salud como derecho: el rol del estado

Salvo **Argentina y Colombia**, todas las constituciones estudiadas dan cuenta de la salud como un derecho universal para todos los ciudadanos. El caso de **Argentina** es particular en este análisis en la medida que no se hace mención alguna al tema de la salud, **Colombia** por su parte si hace mención en varios sentidos, sin embargo, no lo menciona como un derecho. Este último país, sin embargo, y al igual que todos los demás países salvo **Grecia, Portugal y Argentina**, si le otorga un rol al Estado en temas de salud: en su artículo 49 recita la siguiente frase “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” En otros casos, como los de **Ecuador y Bolivia**, el estado garantiza el acceso a la salud: Para el caso de **Bolivia** “El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna.” (Art. 18.2) y para **Ecuador** “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.” (Art. 32).

Chile es algo más moderado y reduce el papel del estado: “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud” (Art. 19.9) en el mismo artículo agrega posteriormente “sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley.” Particular interés despierta acá el caso de **Uruguay**, país que en su artículo 44 no habla del derecho de los ciudadanos sino que del deber de cuidar la salud “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.”

Seguridad social, seguro y gratuidad

La exploración por las constituciones arroja como resultado que algunas de las constituciones dejan plasmada la existencia de un sistema y/o seguro único estatal de salud que cubra las necesidades de los ciudadanos. **Ecuador**, por ejemplo, en su artículo 399 recita “El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, (...) Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.” **Venezuela** lo hace en su artículo 84 “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social”. Por su parte, **Portugal** avanza hacia otro tema de interés para este apartado: “A través de un servicio nacional de salud universal y general que, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, será tendencialmente gratuito” (Art 64(2)) En **Portugal** la constitución asegura que el acceso al servicio nacional de salud será “tendencialmente gratuito”, sin hacer mayor referencia a qué refiere con eso. Camino similar sigue **Uruguay**, país que en el artículo 44 de su constitución asegura la gratuidad sólo a determinados grupos de la sociedad “(...) El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.”. En el otro extremo encontramos a **Ecuador y Bolivia**, quienes aseguran la gratuidad universal de los servicios de salud. El primero de ellos, en su artículo constitucional 362 asegura “Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios” mientras que **Bolivia** lo hace a través de “El sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social” (Art. 18(3)).

El rol del sistema privado en salud

Tal como muestra la tabla 1, 8 de las constituciones analizadas hacen referencia al sistema privado. Una buena parte de ellos lo hace para regular la actividad, otros lo hacen para asegurar el derecho de la existencia de iniciativas privadas. Finalmente hay un país que prohíbe cualquier forma de privatización de los servicios de salud.

Dentro del primer grupo encontramos a **Ecuador**, que plantea la posibilidad de que exista actividad privada en salud siempre y cuando no contravenga otro principio fundamental en esta constitución: el no lucro tal como lo sugiere el artículo 366 “El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado.” **Portugal**, por otra parte, reconoce la actividad privada en salud pero otorga al Estado la facultad y el deber de “Disciplinar y controlar las formas empresariales privadas de medicina, articulándolas por el Servicio Nacional de Salud, como forma de asegurar en las instituciones de salud tanto públicas como privadas, patrones adecuados de eficiencia y de calidad.” Art. 64(3)d). **Colombia y Brasil** siguen un camino parecido al reconocer la actividad privada en salud pero otorgándole facultades de vigilancia al Estado. **Colombia**, en su artículo 49 plantea como deber del Estado “También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.”. En **Brasil**, “La atención de la salud está abierta a la iniciativa privada. Las instituciones privadas podrán participar de forma complementaria en el sistema de salud unificado, de conformidad con sus directivas, mediante

contratos o convenios de derecho público, con preferencia por entidades filantrópicas y sin ánimo de lucro.” (Art.199(1)) poniendo nuevamente el acento en el tema del lucro.

Un segundo grupo de países son los que ponen el acento en proteger el derecho a la actividad privada. Acá encontramos a **Perú y Chile**, quienes ponen énfasis en el derecho de los ciudadanos para acogerse libremente a un sistema de salud público o privado. El rol del Estado acá es velar por dicha libertad. En el caso de **Perú**, en su artículo 11 el rol del Estado es “garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento” otorgando de todas maneras, aunque de manera secundaria, el rol de supervisión. En **Chile**, “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado” (Art. 19(9)) sin hablar de calidad, eficacia o eficiencia de los sistemas.

Finalmente, quisiéramos mostrar acá el caso de **Bolivia**, en cuya constitución se presenta una contradicción en este asunto. Por un lado, en su artículo 38 reconoce que “Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado, y no podrán ser privatizados ni concesionados.” Posteriormente, en el siguiente artículo (39) plantean que “El Estado garantizará el servicio de salud público y reconoce el servicio de salud privado; regulará y vigilará la atención de calidad a través de auditorías médicas sostenibles que evalúen el trabajo de su personal, la infraestructura y el equipamiento, de acuerdo con la ley.” Acercándose al primer grupo analizado en este apartado que reconoce la actividad privada y otorga al Estado facultades y deberes de vigilancia y supervisión.

Salud intercultural: reconocimiento de formas tradicionales

Tres países de la muestra reconocen en su constitución formas tradicionales de salud y que son respetadas y promovidas por el Estado. Son los casos de **Bolivia, Ecuador y Venezuela**. Para el primero de ellos ya vimos que en su artículo 18 aseguraba la cualidad intercultural de su sistema de salud. Sin embargo, posterior a ello en su artículo 30, particularmente en el apartado 13 del versículo II plantea “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.” **Ecuador**, por su parte, plantea en su artículo 122 que “Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.” Finalmente, **Venezuela**, en su artículo 122 plantea que “Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.”

El deporte como salud en las constituciones

Finalmente, 4 países incluyen al deporte como promotor de la salud en la ciudadanía. De ahí que en estos cuatro países sea deber del Estado fomentar, promover, proteger el derecho al deporte. En **Venezuela**, “Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción” (Art. 111). En **España**, “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte” (Art. 43(3)). Los otros dos casos son nuevamente **Bolivia y Ecuador**, en cuyas constituciones “El Estado promoverá, mediante políticas de educación, recreación y

salud pública, el desarrollo de la cultura física y de la práctica deportiva en sus niveles preventivo, recreativo, formativo y competitivo” (Art. 105) para el caso de **Bolivia** y “El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la salud” (Art. 381) para el caso de **Ecuador**.

Síntesis

La realidad sobre el reconocimiento de derechos y regulación del acceso a la salud varía en las constituciones revisadas. Mientras que algunas como **Bolivia y Ecuador** reconocen casi todas las dimensiones acá analizadas a la vez que ponen especial énfasis en el rol del Estado en la administración y suministro de servicios de salud, otras como la de **Chile o Perú** ponen el énfasis en asegurar el derecho de las personas de elegir entre un sistema público o privado. El rol del Estado, entonces, va a variar en función de, entre otras cosas, la naturaleza pública y/o privada de los sistemas de salud. Para buena parte de los países la presencia de sistemas privados no es problemática en sí, pero supone un Estado fiscalizador con mayores facultades y con deberes estrictos en torno a la supervisión de la calidad, eficiencia y amplitud de los sistemas de salud tanto públicos como privados. En **Chile**, el Estado tiene el deber de garantizar las ejecuciones de las acciones de salud, pero siempre respetando la libertad de elección por parte de los ciudadanos

Destaca también el reconocimiento de la salud tradicional por parte de países como **Ecuador, Bolivia y Venezuela**, países que explícitamente reconocen en sus constituciones formas “otras” de salud ligado a los saberes ancestrales de los pueblos indígenas que habitan sus territorios.

Bibliografía de interés

Couso, J., & Reyes, M. (2009). Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 16(2), 161-194.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). *Derechos Humanos*. París: Universitaria Ramón Areces.

Figueroa García-Huidobro, R. (2013). El derecho a la salud. *Estudios constitucionales*, 11(2), 283-332.

León Alonso, M. (2009). La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

OMS, O. (1948). *Constitución OMS. Glosario de Promoción de la Salud*.

¿Qué debiese decir la Nueva Constitución sobre el “derecho a cuidado sanitario”?

Alejandra Zúñiga-Fajuri, Universidad de Valparaíso

RESUMEN

Uno de los derechos más importantes para las y los chilenos, según todas las encuestas de opinión, es el derecho a cuidado sanitario. Luego, una nueva constitución deberá comprometerse a darle reconocimiento como *derecho fundamental*, esto es, como un bien jurídico asociado a garantías de acceso universal, calidad, oportunidad y cobertura financiera. La distribución del derecho, entonces, no puede ser dejada en manos del mercado pues, en la medida en que se trata de un recurso que influye directamente en las oportunidades de las personas, su distribución debe responder a criterios de equidad y de necesidad. La redacción de la Constitución actual resulta deficiente en la medida en que no concibe al cuidado sanitario como un derecho básico y, por lo mismo, no lo hace justiciable, haciendo depender su provisión de la capacidad de pago.

INTRODUCCIÓN

El actual sistema de salud tiene su origen en la Constitución de 1980 en el artículo 19 N°9 donde se regula, entre otros aspectos, la existencia de un sector público y privado de provisión de cuidado sanitario, así como la libertad de elección entre ellos. Se dispone además que es el Estado el encargado de supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho y del derecho a la seguridad social. La estructura y funcionamiento del sistema se sustenta en el Fondo Nacional de Salud (FONASA) y las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), dejando a las municipalidades gran parte de la atención primaria de salud, manteniendo a los Servicios de Salud en un rol articulador de la política sanitaria⁶⁵.

Antes de la Reforma Sanitaria del AUGE (2004, Ley N° 19.966) las normas que regulaban y desarrollaban el derecho a la protección de la salud garantizaban prestaciones mínimas exclusivamente para salvaguardar la vida. El caso paradigmático lo constituye la Ley N° 18.469, que “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud” y su enmienda por la Ley N° 19.650 de 1999 que estableció para todos los centros médicos del país la prohibición de exigir dinero, cheques u otros instrumentos financieros para respaldar el pago o condicionar la “atención médica de emergencia”⁶⁶. Fuera de este caso, la ley 18.469 estipula que las prestaciones entregadas por el Estado estarán limitadas por la disponibilidad de recursos de cada centro de salud (Artículo 11: Las prestaciones serán otorgadas por los organismos del Estado “con los recursos físicos y humanos de que dispongan) de modo que la omisión o la negativa del Estado a prestar atención médica no es considerada, en principio, arbitraria o ilegal por los tribunales, en tanto el Estado siempre puede argüir falta de recursos, que es lo que ocurre todavía con las llamadas “Prestaciones No Auge”.

⁶⁵ “Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud”. Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud. Decreto No 71 del 14 de Abril de 2014, 8 de octubre, 2014. Palacio de La Moneda. Chile.

⁶⁶ La modificación legal a la Ley 18. 469 dispone que en los casos de urgencias médicas “se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención”.

DESARROLLO

Aunque parte de la doctrina y normativa comparada sigue refiriéndose al derecho a la salud, lo cierto es que la literatura especializada advierte que el término adecuado es derecho a la “protección de la salud” o derecho a “cuidado sanitario”⁶⁷ puesto que, en primer lugar, sólo así es posible diferenciarlo de los llamados “determinantes sociales de la salud”⁶⁸, de los cuales el sistema sanitario forma parte. En segundo lugar, se sostiene que un derecho *a la salud*, a secas, establecería un estándar imposible frente a la situación de personas tan gravemente discapacitadas o enfermas que ninguna cantidad de cuidado médico o recursos podría ayudarles y, menos aún, lograr que volvieran a estar “sanas” (Daniels y Sabin, 2000). Por ello, el derecho a “cuidado sanitario” comprendería estrictamente los servicios entregados por los profesionales de la salud, en establecimientos sanitarios, destinados a mantener y restaurar el funcionamiento normal (OMS, 2000).

El derecho a la protección de la salud es un derecho social “particular” pues, a diferencia de la comida, la ropa o la vivienda, que pueden proveerse a un costo relativamente bajo para asegurar la sobrevivencia, el cuidado sanitario frecuentemente confronta enfermedades, discapacidades, desórdenes y retos con la muerte que no pueden ser superados incluso invirtiendo el máximo esfuerzo y los mayores recursos. El enorme progreso científico, que se ha traducido en cambios tecnológicos sin precedentes en la historia de la medicina, sumado al envejecimiento de la población, ha significado el aumento imparable de los costos sanitarios, lo que se ha acrecentado aún más con la Pandemia del COVID-19.

Hay que tener presente que, por lo mismo, ningún sistema sanitario del mundo garantiza acceso a todos los tratamientos y medicinas disponibles en el mercado de la salud, pues es necesario *racionalizar recursos* y hacer análisis de costo-beneficios. Debido a esto, la mayoría de los Sistemas Sanitarios de Salud de los países de la OCDE establece (como lo hizo la Reforma del AUGE) un “mínimo sanitario” garantizable por el Estado (y los seguros privados), a fin de cubrir *suficientemente* las necesidades que tienen un importante efecto en las oportunidades de las personas para elegir su propio plan de vida. Siguiendo esta línea, la mayoría de las constituciones no detallan el contenido del derecho a cuidado sanitario, sino que disponen condiciones generales sobre su provisión, garantías y financiamiento, lo que constituye el *núcleo* del derecho constitucional a la salud. Se deja así a la ley la tarea de especificar cuáles son las prioridades sanitarias y que tipo de cobertura habrá de asignarse a cada una de ellas.

El modo en que en el derecho comparado se incorpora al cuidado sanitario como derecho en la constitución varía enormemente y permite a los Estados priorizar determinados aspectos asociados al derecho. A modo de ejemplo, la Constitución española de 1978 dispone que “Se reconoce el *derecho a la protección de la salud*. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y la prestación de servicios *necesarios*. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto...” (artículo 43).

⁶⁷ La Constitución chilena de 1980 en el artículo 19 N°9 usa correctamente el término “derecho a la protección de la salud”

⁶⁸ La OMS explica que “Los determinantes sociales de la salud son las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud. Esas circunstancias son el resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos a nivel mundial, nacional y local, que depende a su vez de las políticas adoptadas. Los determinantes sociales de la salud explican la mayor parte de las inequidades sanitarias, esto es, de las diferencias injustas y evitables observadas en y entre los países en lo que respecta a la situación sanitaria”. Véase OMS. *Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Resolución WHA62/R14 de la Asamblea Mundial de la Salud.

A su turno la constitución de Brasil de 1988 (rev. 2017) establece “La salud es el derecho de todos y el deber del Gobierno Nacional y estará garantizado por políticas sociales y económicas encaminadas a reducir el riesgo de enfermedad y otras enfermedades y por el acceso *universal e igualitario* a todas las actividades y servicios para su promoción, protección y recuperación” (Art. 196). Agrega a continuación que “El sistema de salud unificado se financiará...con fondos del presupuesto de seguridad social de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, así como otras fuentes” disponiendo que, si bien la atención de la salud está abierta a la iniciativa privada, las instituciones privadas podrán participar de forma *complementaria* en el sistema de salud unificado...” lo que significa que no actúan como seguros de reemplazo. Además, se establece que “Queda prohibida la asignación de fondos públicos para ayudar o subsidiar instituciones privadas con ánimo de lucro” (Art. 198)

Otra interesante disposición está en la Constitución de Finlandia del año 2000 que asocia el derecho especialmente al cuidado infantil, estableciendo que “Los poderes públicos garantizarán a todos, según lo disponga detalladamente la ley, de servicios sociales, sanitarios y médicos adecuados y promoverán la salud de la población. Además, los poderes públicos apoyarán a las familias y a las demás personas encargadas del cuidado de los niños para que puedan asegurar el bienestar y el desarrollo personal de los mismos” (Art. 19.3). Otro ejemplo es la Constitución italiana de 1948 que presta especial atención a los derechos del paciente y el consentimiento informado al disponer que “La República salvaguarda la salud como derecho fundamental del individuo y como interés colectivo ... Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento sanitario determinado, salvo las disposiciones de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana” (Art. 32).

Luego ¿Qué contenido debiera tener una futura constitución chilena en materia de cuidado sanitario? Uno de los principios que toda Constitución debiera establecer a propósito de este derecho, es la garantía de un “mínimo sanitario” por medio de alguna forma de seguro con cobertura universal que haga operativo el derecho a la protección de la salud. Si bien las sociedades desarrolladas (en particular, las europeas) difieren entre sí en muchos aspectos, existe un consenso básico respecto de la naturaleza de los servicios de salud y su lugar en la organización general de la sociedad y el Estado. Luego, aunque se pueden observar pequeñas excepciones, hay un consenso social predominante que tiende a considerar al cuidado sanitario como *un bien social* que no solo genera beneficios a las personas -al permitirles niveles de vida más altos- sino que también ayuda a una mayor cohesión social. También se observa que, aunque la financiación y entrega del servicio varía considerablemente de un país a otro, los sistemas financiados con impuestos generales y basados en seguros sociales funcionan como la expresión práctica e imprescindible de la solidaridad, para lo que se usan cinco tipos de subvenciones cruzadas: desde los sanos a los enfermos, de los hombres a las mujeres, desde los pudientes a los menos acomodados, desde los jóvenes a los viejos y desde los individuos a las familias (Saltman, 2002).

La actual constitución, como hemos señalado, “asegura a todas las personas”, en artículo 19. 9º, “*el derecho a la protección de la salud*” disponiendo que es el Estado el encargado de “protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” así como “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”. Es muy relevante que establezca también que 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...”. Ahora, aunque esta formulación parece adecuada, el problema de la actual constitución radica en el hecho de que el cuidado sanitario (como ocurre con los demás derechos sociales) no está protegido por el Recurso de Protección, negando entonces lo que debe ser consustancial a todo derecho: la obligación correlativa (o, en palabras de Alexy, que “cuando existe un derecho, éste es (debiera ser) también justiciable” (2002). Por ello, una nueva constitución debiera entregar tutela constitucional a todos los derechos por igual, es decir, establecer un mismo recurso amparo de derechos civiles, políticos, sociales y económicos.

Por último, respecto del contenido del derecho, una nueva Constitución debiera seguir los modelos de universalidad y solidaridad europeos y disponer que el derecho a cuidado sanitario

se garantice de forma universal, sin discriminación y sea financiado con impuestos generales. Los seguros privados, a su turno, sea que sustituyan o complementen los servicios del sistema público, podrían organizarse en base a los mismos principios que rigen la seguridad social y - como ocurre en la mayoría de los países de la OCDE- disponer la inscripción abierta, cobertura vitalicia, calificación comunitaria de las primas y un paquete mínimo estandarizado de prestaciones. Todo ello sumado a un fondo de compensación de riesgos (Zúñiga-Fajuri, 2013).

Conclusión

¿Qué clase de bien social es el cuidado sanitario? ¿qué principios debieran gobernar su distribución? ¿Qué tipo de servicios de cuidado sanitario deben existir en una sociedad? ¿quién debe tener derecho a ellos y sobre qué base? ¿cómo debe ser distribuida la carga de su financiamiento? ¿Qué inequidades en su distribución son moralmente aceptables? Las respuestas que demos a todas estas preguntas afectarán de manera crítica nuestro bienestar, por lo que se trata de problemas de justicia que debieran ser abordadas por una nueva constitución.

Por cierto que estamos conscientes que acordar la existencia de un derecho a la protección de la salud no responderá, sin más, todas estas preguntas, sino que más bien nos obligará a enfrentarnos cara a cara con ellas y admitir que, más allá del establecimiento de principios generales, será la ley la que deba ocuparse de determinar qué cantidad del total de los recursos es adecuada para satisfacer las necesidades sanitarias y cómo esa cantidad debiera dividirse entre las distintas necesidades (que es lo que hace en la actualidad el AUGE). Con todo, una constitución que abrace una teoría de la justicia aceptable debe incluir un principio de igualdad equitativa de oportunidades para sus instituciones sociales de modo de restringir las inequidades económicas, para lo cual el acceso universal a un cuidado sanitario decente es, sin duda, el punto de partida.

Bibliografía citada:

Alexy (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Daniels y Sabin (2002) *Setting Limits Fairly*, Oxford University Press. Oxford.

Organización Mundial de la Salud (2000). *Mejorar el funcionamiento de los Sistemas Sanitarios*, WH Report, Ginebra, Suiza.

Saltman (2002) *The Western European Experience with Health Care Reform*. Copenhagen: WHO/EURO.

Zúñiga-Fajuri (2013). Propuesta para la reforma definitiva del sistema privado de salud en Chile. *Revista Médica de Chile*, 2014; 142, N° 4: 477-481

Zúñiga-Fajuri (2011) "Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: Dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos". *Acta Bioethica*; (17)1.

Dimensiones de la seguridad social en Constituciones seleccionadas⁶⁹

Redactado por: Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional UD, 22 junio, 2020.

Resumen

El presente documento se propone dar cuenta del panorama constitucional en torno a la seguridad social en 13 países analizando las temáticas que se incluyen en textos constitucionales y el modo en que tales derechos son incluidos. Para ello, se utiliza la definición que entrega la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que considera vejez/pensiones, desempleo, maternidad y salud. Además, se agregan otros elementos encontrados en las propias constituciones como discapacidad y vivienda. Se observa que existe gran variabilidad de la cantidad de derechos incluidos como del contenido de las prestaciones del que el Estado se hace responsable.

Palabras clave: *Vivienda, Salud, Discapacidad, Maternidad, Protección social, rol del Estado*

Rol del Estado

En términos generales se ha entendido la seguridad social como el sistema que se ocupa de garantizar el bienestar de una sociedad. De ahí que la seguridad social es probablemente la más importante plataforma de cuidado que ofrece el Estado a los ciudadanos. Esto es, precisamente, lo que ha hecho de la seguridad social un tema en constante debate tanto al interior de las legislaciones de los países como de organizaciones internacionales. En su artículo 22, la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra este derecho como derecho humano: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (...)”⁷⁰.

En base a la declaración, posteriormente la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define la seguridad social como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”⁷¹. Se trata, entonces, de un concepto amplio que se asocia a la protección que el Estado debe entregar a la sociedad a partir de medidas públicas para protegerlo contra privaciones sociales o económicas de modo de garantizar una vida digna.

En general, los países han incorporado diversas dimensiones de la seguridad social, no solo limitándose a las pensiones, que es lo que suele asociarse con seguridad social. En las 13 constituciones que analizamos (10 de sudamérica y 3 de Europa mediterránea) el concepto de seguridad social aparece en todas ellas. La diferencia radica en la naturaleza de este rol. Para dar cuenta de ello se ofrece un primer análisis a través de la nomenclatura que acompaña a la palabra “seguridad social”. La tabla 1 a continuación muestra la frase original que acompaña el párrafo referido a seguridad social en cada Constitución.

⁶⁹ Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

⁷⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea de las Naciones Unidas, 1948.

⁷¹ Informe “Hechos concretos sobre la seguridad social”, OIT, 1991.

País	Rol del Estado	
ARG	El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable	Art 14Bis
BOL	Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social.	Art.49 II
CHI	El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;	Art.19, n°18
COL	La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado	Art.48
ECU	Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos (...) en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social	Art.3, n°1
ESP	Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.	Art.45
GRE	El Estado velará por la seguridad social de los trabajadores, tal como se disponga en la ley.	Art.22, n°5
PAR	Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado.	Art. 95
PER	El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social	Art.10
POR	Corresponde al Estado organizar, coordinar, y subvencionar un sistema de Seguridad Social unificado y descentralizado	Art.63, n°2
VEN	El Estado (...) les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida.	Art.80

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

Como es posible apreciar, la nomenclatura de verbos es diversa y va desde algunos verbos que implican mayor presencia del Estado, “garantizar” en Ecuador, “mantener” en España o “asegurar” en Venezuela, a otros que relegan la tarea estatal a “supervisar” (Paraguay), “promover” (Colombia) o “supervigilar” (Chile). ¿Qué derechos en torno a seguridad social incluye cada constitución y cómo se redacta? exploramos aquello a continuación.

¿Qué se incluye en las constituciones?

El rango de derechos asociados a la seguridad social presente en las constituciones revisadas es amplio. La tabla 1 muestra un panorama general de lo encontrado en la exploración de los textos

⁷² Brasil y Uruguay no hacen mención explícita en una frase sobre el rol del Estado en temas de seguridad social, por eso no se incluye en esta tabla.

constitucionales. Es importante destacar que lo que se muestra en la tabla es la presencia o ausencia del elemento, se ofrece posterior a la tabla un análisis de cada uno de los elementos.

Tabla 2: Referencias en torno a Seguridad Social en constituciones

Referencias	PAISES													
	Pa	Bo	Po	Ur	Co	Ec	Es	Gr	Ve	Ar	Br	Pe	Ch	
Seguridad social	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Seguridad social privada	X				X		X				X	X	X	
Jubilaciones		X	X	X	X	X	X		X	X	X	X		
Vejez/3a edad	X		X	X				X	X					
Vivienda	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X				
Maternidad	X	X		X	X	X			X	X				
Trabajo	X	X	X	X		X	X	X		X	X		X	
Salud Pública	X	X	X	X	X	X	X	X	X			X	X	
Salud privada	X	X	X		X							X	X	
Discapacidad	X	X	X	X		X		X			X			

Fuente: elaboración propia a partir de constituteproject.org

Seguridad social pública o privada

Decíamos en un comienzo que la palabra seguridad social aparece en todas las constituciones revisadas, mostramos también que en todas ellas el Estado tiene un rol. Algunas de ellas, sin embargo, hacen hincapié en la posibilidad de seguridad social otorgada por entidades privadas, aunque reguladas o supervisadas por el Estado. Brasil, por ejemplo, en su artículo 194 plantea que “La seguridad social consiste en un conjunto integrado de acciones iniciadas por el Gobierno y la sociedad” con lo que abre la posibilidad a iniciativas no estatales de seguridad social. Otras como Colombia o Paraguay hacen explícita la posibilidad de entidades privadas, para el primer caso el artículo 48 plantea “La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley” mientras que en Paraguay “Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado.” (Art.95). En el otro lado encontramos a Ecuador, Bolivia y Venezuela, quienes hacen explícita la prohibición de cualquier tipo de privatización del sistema de seguridad social. En el artículo 367 de la Constitución de Ecuador dice “El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población.”, misma dirección que toma la seguridad social boliviana en el artículo 45 “Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados.”

En el caso de Chile, la Constitución establece en el artículo 19 número 18 que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas

uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”

Jubilación, pensiones y tercera edad

Buena parte de los textos constitucionales revisados hacen alguna referencia a la protección de los ciudadanos de la tercera edad. Algunas lo hacen a través de la regulación de la jubilación, de las pensiones o simplemente nombrando a la “vejez” o “tercera edad” y acá nuevamente hay matices a destacar. La Constitución española asegura la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad, y acá el estado juega un rol primordial: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (...)” (Art. 50). Aunque no especifica el rol del Estado, Uruguay usa una nomenclatura similar y asegura en su Constitución las jubilaciones para el retiro “Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados” (Art. 67). Colombia asegura un mínimo en las pensiones: “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (...)” (Art.48) al igual que Venezuela “Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano” (Art.86).

Otras constituciones son algo más ambiguas en el sentido que no plantean medidas explícitas de protección a la tercera edad, sin embargo, de todas maneras, la incluyen. Es el caso de Paraguay, cuyo artículo constitucional 57 plantea que “Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección

Vivienda

De las 13 constituciones revisadas, 10 hacen alguna mención al derecho a la vivienda. Algunas de ellas son explícitas en que la vivienda debe ser “digna”. Quizás uno de los casos más elocuentes en ello es España, cuya Constitución en su artículo 47 asegura que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación” El artículo tiene 3 elementos destacables: (1) por un lado asegura el derecho a la vivienda, (2) esta no es cualquier vivienda, debe ser “digna y adecuada” sin hacer referencia sobre qué significa ello específicamente y (3) el Estado tiene la facultad de regular los derechos de suelo con el objetivo de impedir la especulación, la elevación de los precios y la consiguiente dificultad de acceso. Caso similar es el de Colombia, en cuya Constitución se asegura “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.” (Art.51). Acá nuevamente se asigna un rol primordial al Estado en torno a asegurar el derecho a la dignidad en la vivienda, sin embargo, pareciera que su papel se reduce a promover planes de vivienda. Portugal se hace cargo de la definición de una vivienda adecuada en el artículo 65, n°1 “Todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar”. Otros países como Uruguay siguen una senda parecida “Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y

económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin” (Art.45).

Maternidad

La protección de la maternidad sólo está presente en 7 de las 13 constituciones revisadas. Argentina lo hace a través de la inclusión de las madres durante el embarazo en un régimen de seguridad social “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.” (Art. 75, n°23). Camino similar al que sigue Uruguay, en cuyo artículo 47 reza lo siguiente “La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.”.Paraguay avanza un paso más y además de asegurar servicios asistenciales, protege a las mujeres embarazadas de los despidos “la maternidad será objeto de especial protección, que comprenderá los servicios asistenciales y los descansos correspondientes, los cuales no serán inferiores a doce semanas. La mujer no será despedida durante el embarazo, y tampoco mientras duren los descansos por maternidad.” (Art. 89). Mismo camino que sigue Portugal: “Las mujeres tienen derecho a especial protección durante el embarazo y después del parto, teniendo las mujeres trabajadoras derecho a un adecuado periodo de descanso del trabajo, sin pérdida de la retribución o de cualesquiera otras ventajas.” (Art. 68, n°3).

Trabajo

El trabajo es un tema que preocupa a todos los países acá revisados. De alguna u otra forma es un tema que aparece en todas las constituciones. Sin embargo, no aparece de igual manera, en algunas como Chile sólo se defiende el derecho a la “libertad” de elegir el trabajo: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.” (Art. 16). Otras como Argentina van un poco más allá y aseguran la protección del trabajador y la regulación de jornadas y beneficios asociados al trabajo: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección” (Art. 14bis). Como la de Argentina encontramos varias: Perú, Paraguay, Venezuela y otras definen jornadas laborales, retribuciones justas, y derechos asociados. Portugal va un poco más allá y define que “Todos los trabajadores, sin distinción de edad, sexo, raza, nacionalidad, religión o ideología, tendrán derecho: A la asistencia material cuando el trabajador se encuentre involuntariamente desempleado” (Art. 59, e). Lo interesante de Portugal es que tiene un artículo con un desglose exhaustivo sobre derecho de trabajadores e incluye todos los derechos como los de Argentina y más (revisar Art. 59).

Salud pública y/o privada

Con excepción de Brasil, todas las constituciones revisadas hacen referencia a la salud como un elemento primordial en la estructura de las sociedades. En buena parte de ellas se hace referencia a la posibilidad de que convivan tanto un sistema de salud pública como uno privado, sin embargo, siempre dando cuenta del rol fundamental del Estado en torno a garantizar el primero y regular el segundo. El artículo 21 de la Constitución de Grecia se refiere al rol de “velar” del Estado “El Estado velará por la salud de los ciudadanos y tomará medidas especiales para la

protección de la juventud, de la ancianidad”, Paraguay promueve un sistema nacional de salud que incluye servicios públicos y privados “Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado.” (Art. 69). España, en su artículo 4, va un poco más allá y destaca la importancia de la salud pública “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”. Quizás uno de los casos más emblemáticos acá revisados es Portugal, aunque reconoce la existencia de un sistema de salud privada, en su artículo 64 numeral d concede al Estado un deber fiscalizador estricto al respecto: “Disciplinar y controlar las formas empresariales privadas de medicina, articulándolas por el Servicio Nacional de Salud, como forma de asegurar en las instituciones de salud tanto públicas como privadas, patrones adecuados de eficiencia y de calidad.”. En el extremo contrario se encuentra la Constitución chilena, que aunque incluye a la salud como derecho primordial, pone el acento en el acceso libre e igualitario: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (Art.9). Posteriormente, en el mismo artículo asegura “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;”.

Discapacidad

7 de las 13 constituciones revisadas hacen referencia al derecho de rehabilitación y protección a las personas con discapacidad. Paraguay en su artículo 18 asegura que “El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran.” Caso similar al de Bolivia, donde “El Estado garantizará a las personas con discapacidad los servicios integrales de prevención y rehabilitación, así como otros beneficios que se establezcan en la ley.” (Art.72). En Brasil la seguridad social asegura “cobertura de los eventos de enfermedad, discapacidad, fallecimiento y edad avanzada;” (Art. 201, I). Caso nuevamente a destacar es el de Portugal, cuyo artículo 61, n° 2 dicta que “El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración, de los ciudadanos discapacitados, y de apoyo a sus familias”

Síntesis

La seguridad social es un tema que preocupa a todos los países acá revisados. Sin embargo, no es incluida de la misma forma. Hay algunos países como España, Portugal o Paraguay que ponen el acento en el rol primordial del Estado como garante de la seguridad social de todos los ciudadanos, otros como Ecuador o Venezuela prohíben la privatización de la seguridad social dejando esta responsabilidad sólo en manos de los poderes públicos. Chile es el otro extremo del asunto, pues este país más que asegurar la seguridad social plantea que el Estado garantiza el acceso “libre e igualitario”, de ahí que la seguridad social pueda ser pública o privada y el rol del Estado será únicamente “supervigilar”.

En la presente minuta se revisaron 13 constituciones en materia de seguridad social. No se entró en detalle sobre cada uno de estos derechos, para un análisis más específico sobre cada uno recomendamos consultar las otras minutas preparadas por Labcon sobre salud, pensiones, discapacidad, educación etc.

Bibliografía de interés

Castel, R. (2015). La inseguridad social: ¿Qué es estar protegido? Ediciones Manantial.

Mesa-Lago, C. (1985). Desarrollo de la seguridad social en América Latina.

Organización Internacional del Trabajo (2009). Hechos concretos sobre la seguridad social. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Pensiones/jubilaciones en constituciones del mundo

Redactado por Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional UDP, 5 de agosto 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las constituciones diferentes dimensiones sobre pensiones y jubilaciones. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. La metodología que sigue esta minuta es inductiva, es decir, de la revisión sistemática de las constituciones infiere categorías y derechos que emergen para agrupar a los países de acuerdo a la presencia o ausencia de ellos.

Palabras clave: *Sistema de pensiones, Jubilación, Tercera edad, Pensión mínima, Seguridad social*

Pensiones como materia constitucional

Sin duda que uno de los debates más álgidos que ha habido en Chile durante las últimas décadas dice relación con las pensiones. La discusión a girado en torno particularmente a la forma en que se regula o administra el ahorro previsional de los y las trabajadoras tanto durante su época laboralmente activa como en el momento de su jubilación.

A la fecha existen varios tipos de sistemas de pensiones. Algunos son colectivos como el Sistema de Reparto Anual, el de prima media general o el de cobertura de capitales. Otros han privilegiado sistemas individuales, como el de aporte o cotización definida y beneficio indefinido, de pilares múltiples etc. (López, 2004). Algunos de estos sistemas privilegian la administración estatal por parte de determinados organismos públicos, otros dan mayor poder de regulación a administradoras privadas de fondos de pensiones. Otros lo hacen de manera mixta.

Ahora bien, la pregunta que surge acá es ¿Son las pensiones/jubilaciones materia constitucional? Y la respuesta es sí. Tal como lo muestra la tabla 1 a continuación, todos los países acá revisados (solo con excepción de **Portugal**) incluyen alguna dimensión que hace referencia a alguna regulación de pensiones y/o jubilaciones en su carta magna. La tabla muestra estas referencias agrupadas de acuerdo a dimensiones, así encontramos una dimensión de administración, donde se hace referencia al rol del Estado en esta materia, al rol de los privados y a si existen o no atribuciones exclusivas para legislar en torno a esto. Una segunda dimensión refiere a actores especiales: algunas constituciones incluyen regulaciones explícitas para pensiones de FFAA, docentes o funcionarios públicos. Finalmente encontramos una dimensión de regulación: acá encontramos constituciones que establecen pensiones mínimas, que prohíben el uso de los fondos para otros fines que no sean previsionales, que regulan las devaluaciones de los fondos y que establecen algunas incompatibilidades. Revisamos cada una de las dimensiones a continuación.

Tabla 1. Dimensiones en torno a materia pensional en constituciones

Dimensión	Referencias	PAISES													
		Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve	
Administración pensiones	Rol del Estado	X	X			X	X	X			X				
	Define atribución exclusiva*	Pr		Pr	Pr				Mh		Pr		Gn		
	Privados⁷³										X				
Actores especiales	FFAA				X		X								
	Docentes			X											
	Funcionarios públicos									X				X	
Regulaciones	Uso de fondos					X									
	Devaluación					X									
	Pensión mínima					X		X						X	
	Incompatibilidades										X				

*Atribución exclusiva de: Pr=Presidente de la República; Mh=Ministro de Hacienda; Gn=Gobierno Nacional

Fuente: constituteproject.org

De la administración de pensiones

Aunque todas las constituciones revisadas acá hacen referencia a alguna dimensión que regula o administra las pensiones, no todas ellas son explícitas respecto al rol que juega el Estado en esta materia. Las que si lo hacen (**Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, España y Perú**) lo hacen de diferente manera. La tabla 2 a continuación muestra el contenido del artículo constitucional que hace referencia al rol del Estado en las constituciones que si presentan esta dimensión. Un primer punto a destacar es que, salvo **Argentina**, todas estas constituciones obligan al Estado a garantizar ya sea el derecho a una jubilación (como los casos de **Bolivia, Ecuador y Colombia**), y/o al pago adecuado y oportuno de pensiones para la tercera edad. Algunas constituciones como las de **Bolivia y Ecuador** hablan del derecho a una jubilación universal, otras como **Argentina** mencionan a las pensiones y jubilaciones como parte de los beneficios de la seguridad social. Constituciones como las de **España y Colombia** van un poco más allá y aseguran otros elementos: para el primer caso se asegura la suficiencia económica de la tercera edad a través de pensiones, en el segundo caso se asegura un reajuste periódico.

Tabla 2: Rol del Estado en materia pensional (artículo)

País	Contenido artículo	Fuente
Argentina	El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) jubilaciones y pensiones móviles	Art 14Bis
Bolivia	IV. El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo.	Art 45 [4]
Ecuador	El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: (...) 3.La jubilación universal.	Art 37 [3]

⁷³ Muchas constituciones de las acá revisadas hacen referencia al rol de los privados, pero no explícita y exclusivamente en pensiones, sino que en todo lo que respecta a seguridad social. Para más información acerca del rol de los privados en seguridad social sugerimos revisar minuta n°2.

Colombia	El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.	Art 53
España	Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad.	Art 50
Perú	El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.	DT 2

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

Otro elemento que se hace presente en varias de las constituciones acá revisadas dice relación con asignar la legislación pensional como materia exclusiva. Como vemos en la tabla 1 todos los países que hacen mención a esto lo hacen dando atribuciones exclusiva al poder ejecutivo, ya sea en la figura del Presidente de la República, del Ministerio de Hacienda o del Gobierno Nacional.

Finalmente, sólo una de las constituciones revisadas (**Perú**) hace referencia al rol que juegan los privados en materia de jubilaciones, y lo hace a través del artículo 11: “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.”

Actores especiales

Algunas constituciones hacen referencia a algunos actores cuyo sistema de jubilación tendrá algún carácter especial. En particular, se hace referencia a FFAA, docentes y funcionarios públicos.

Para el caso de las FFAA encontramos a **Ecuador** y **Chile**. El primer caso no sugiere algún sistema especial, sino que más bien asegura, por parte del Estado, el pago de pensiones para Fuerzas Armadas y Policía: “El Estado garantiza el pago de las pensiones de retiro de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.” (Art. 370). El caso de **Chile** tampoco hace referencia algún sistema especial, sin embargo, menciona que el sistema de previsión social de Fuerzas Armadas y de Orden será definido por decreto supremo en conformidad con la Ley Orgánica Constitucional correspondiente: “Los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley orgánica constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros.” (Art. 105). Es en esta Ley Orgánica donde se define que FFAA y de Orden en Chile tendrán un sistema diferente al del resto de la ciudadanía⁷⁴.

⁷⁴ “El régimen de previsión y de seguridad social del personal de planta de las Fuerzas Armadas es autónomo. Además, es armónico con la progresión de su carrera profesional, la que exige una renovación periódica de las diferentes promociones. Comprende básicamente los beneficios de pensión de retiro y de montepío, desahucio, indemnización por fallecimiento, prestaciones de salud, prestaciones sociales y demás beneficios de seguridad social que la ley establezca.

Tal régimen estará a cargo de una institución funcionalmente descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de

Brasil hace referencia especial a los docentes. En el inciso 7 del artículo 201 menciona algunos requerimientos básicos para acceder de forma garantizada a los beneficios de seguridad social y jubilación. Entre ellos se encuentra haber tenido contribuciones por al menos 35 años para el caso de varones y 30 para el caso de mujeres. Sin embargo, en el inciso siguiente plantea que: “Los requisitos a que se refiere el inciso I del párrafo anterior se reducirán en cinco años para los docentes que se dedican exclusivamente al desempeño efectivo de las funciones docentes en la enseñanza preescolar, primaria y secundaria.”. Otorgando así un beneficio para docentes.

Finalmente está el caso de **Paraguay**, país que en su Constitución crea un organismo especial y autónomo que regula y otorga pensiones a funcionarios que se desempeñen en labores estatales: “Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los aportantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado.” (Art. 103)

Regulaciones

En materia de algunas regulaciones en torno a las pensiones y jubilación de las y los ciudadanos destacan particularmente 4: Uso de fondos, devaluaciones, pensión mínima e incompatibilidades. **Colombia** posee las primeras 3 de estas 4 regulaciones, tomaremos como ejemplo los artículos constitucionales de dicho país para graficar algunos elementos.

En lo que respecta al uso de fondos, **Colombia** establece algunos límites. Los fondos de seguridad social, entre los cuales figuran las pensiones, no pueden ser utilizados para otros fines: “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”. La Constitución de **Colombia** también refiere a la devaluación de los fondos de pensiones: “Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.” (Art. 48). En el mismo artículo agrega posteriormente: “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.” Esta misma Constitución también establece límites de pensiones, por ejemplo, ninguna pensión puede ser menor al salario mínimo. Esto, sin embargo, admite algunas excepciones: “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.” **Venezuela** también contiene este tipo de regulación, pero a diferencia de **Colombia** parece no admitir excepciones “Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.” (Art. 80).

Finalmente la Constitución del **Perú** establece incompatibilidades entre cargos políticos y funciones que tengan relación, entre otras cosas, con las Administradoras de Fondos de Pensiones: “La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas

Defensa Nacional, la que se regirá por su respectiva ley orgánica.” (Art. 61, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas [n°18948])

del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.” (Art. 92).

Síntesis

La revisión de constituciones abre una serie de interrogantes respecto al rol que pueden o no jugar las cartas magnas en torno a la regulación de las pensiones y/o jubilaciones. Buena parte de las constituciones acá revisadas ponen especial énfasis en el rol del Estado en materia de pensiones, dando cuenta que en términos generales este consiste en garantizar ya sea el pago oportuno, la suficiencia económica o el reajuste de pensiones entre otras. También se imponen algunas regulaciones que apuntan a que el monto que se entregue no puede ser menor al sueldo mínimo, no debe estar sujeto a devaluaciones y no puede ser utilizado para otros fines. Tomando en cuenta entonces las álgidas discusiones que han ocurrido en **Chile** en torno al tema de las pensiones en los últimos años, cabe preguntarse respecto de la importancia de dejar establecidos determinados límites y derechos que aseguren y subsanen las deficiencias del sistema pensional vigente. La evidencia acá expuesta sugiere avanzar hacia una constitución que regule de mejor manera los derechos sociales, incluidas las pensiones. Esto es, para el caso chileno ir más allá de asegurar la libertad de elección entre sistemas públicos o privados y garantizar calidad y suficiencia para todas las personas.

Lecturas de interés

Fruto, R., & Osorio, A. (2010). El derecho a la pensión como derecho fundamental. *Rectora*, 4(51).

Kremerman, M., & Gálvez, R. (2020). *Pensiones por la Fuerza: Resultados del sistema de pensiones de las Fuerzas Armadas y de Orden*. Santiago: Fundación Sol.

Larraín, F. (2012). El Sistema privado de pensiones en Chile y sus resguardos constitucionales. *Revista chilena de derecho*, 39(2), 541-551.

López, N. (2004). *La viabilidad financiera del sistema de jubilaciones y pensiones a cargo del Estado*. (Tesis de grado). Obtenido de http://nulan.mdp.edu.ar/608/1/lopez_ne.pdf

Lostal, S. (2013). Regresividad, derechos constitucionales y Estado social. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 3(2), 44-78.

Uthoff, A. (2001). *La reforma del sistema de pensiones en Chile: desafíos pendientes*. CEPAL.

¿Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación a seguridad social?

Por: Alejandra Krauss, Abogada de la Universidad de Chile, Ex ministra de Trabajo y previsión social

Resumen

La dignidad de toda persona humana es el piso mínimo invulnerable de toda sociedad; por lo mismo, ésta debe ser siempre asegurada, protegida y garantizada. El derecho a la Seguridad Social, en tanto derecho humano y, por ende, inalienable e inviolable, incide y afecta directamente la dignidad de las personas, toda vez que permite el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud.

En consecuencia, el derecho a la Seguridad Social como expresión de esta dignidad constituye, sin duda alguna, un derecho fundamental que debe ser adecuadamente protegido y garantizado por la Carta Fundamental, debiendo el Estado protegerlo en su esencia, contenido, concreción y aplicación universal.

Introducción

Para conceptualizar la noción y contenido del derecho a la Seguridad Social, parece necesario tener presente los distintos textos que le dieron origen.

Por una parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, al reconocer el derecho a la seguridad social como un derecho de la persona de carácter universal, dispone en su artículo 22 que:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

A su vez, la Organización Internacional del Trabajo entiende a la Seguridad Social como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”. (ILO Org.)

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966, señala que los Estados parte reconocen la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad y sus derechos iguales e inalienables, los que se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. En su artículo 9, reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Es así como mediante estos distintos instrumentos internacionales, ratificados por nuestro país, se ha reconocido explícitamente el derecho a la seguridad social, en tanto derecho social y, por ende, con la calidad de derecho humano fundamental.

Contexto

Conforme a lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile, junto con reconocer que la soberanía reside esencialmente en la Nación, se señala que su ejercicio “reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, dentro de los cuales, como ya se mencionó, se encuentra el derecho a la seguridad social.

Ahora bien, nuestra Constitución no recoge explícitamente un concepto acerca de la Seguridad Social, sino que han sido los órganos administrativos mediante su jurisprudencia administrativa y judicial y los tribunales los que han ido construyendo y dotando de contenido a este derecho.

Es así como el Tribunal Constitucional ha señalado que la Seguridad Social puede ser definida como “el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello”. Y reconoce como principios en la Seguridad Social la “universalidad (subjética y objetiva); integridad o suficiencia; solidaridad y unidad”. (STC 790, c. 33)⁷⁵. Asimismo, ha señalado que su fundamento estaría dado por “la necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal. Así, el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a que alude el art. 1º, inc. 1º, CPR. (STC 790, c. 31).

La dignidad de toda persona es el piso mínimo invulnerable de toda sociedad; por lo mismo, ésta debe ser siempre asegurada, protegida y garantizada. En consecuencia, el derecho a la seguridad social como expresión de esta dignidad, constituye, sin duda alguna, un derecho fundamental que debe ser adecuadamente protegido y garantizado por la Carta Fundamental. El derecho a la Seguridad Social forma parte de la esencia de todo nuestro andamiaje constitucional y ordenamiento jurídico

Conceptualización de la seguridad social en Chile

Es importante destacar la evolución que el concepto de Seguridad Social ha tenido en los distintos textos constitucionales, para lograr dimensionar la importancia y desarrollo que la protección social ha significado para nuestro país. Cabe tener presente que, en general, ciertos contenidos de las distintas Constituciones que nos ha regulado se han mantenido relativamente similares como ocurre en ámbitos de Nacionalidad y Ciudadanía, Congreso Nacional, o Formación de la ley. Sin embargo, en materia de garantías fundamentales es donde más se evidencia un desarrollo progresivo, principalmente en materia de derechos económicos y sociales, y en las formas de protección.

De la lectura de los distintos textos constitucionales se puede concluir que, en general, las descripciones y referencias a la Seguridad Social, inicialmente, eran más bien de poca relevancia, lo que se condice con la indiferencia en torno a esta temática durante las distintas épocas de la República en nuestro país. Adicionalmente, cabe destacar que el desarrollo de esta rama del Derecho era muy limitado. Las Constituciones Políticas de los años 1823, 1828 y, en particular, la de 1833, contenían normas genéricas relativas al cuidado de la salud.

⁷⁵ En el mismo sentido STC 1287, cc. 25 y 30, STC 2025, c. 41, STC 2275, c. 4

Recién en 1925 se incluye un extenso catálogo de garantías constitucionales, contemplando una referencia explícita a los derechos económicos, sociales y culturales. Es en dicho texto constitucional donde se comienzan a perfilar determinadas nociones en torno a la materia, probablemente impulsadas por la denominada “Cuestión Social” de la época. De esta manera, en el capítulo dedicado a las Garantías Constitucionales, el artículo 10 N° 16 asegura a todos los habitantes de la República, entre otras garantías:

“El derecho a la Seguridad Social, en que el Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”. Agregando distintas contingencias sociales que debían ser cubiertas, entre las que se mencionan “los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica preventiva curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares de los jefes de hogar”. En su inciso tercero se añadía “El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores”.

Con una concepción distinta, la Constitución de 1980 incorpora en su capítulo III, artículo 19, un catálogo de derechos y deberes constitucionales, listado que es complementado por la declaración contenida en el inciso 2° del artículo 5, que dispone los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile”. En materia de seguridad social, a diferencia de la Constitución de 1925 que se refería a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el texto de 1980 establece que la acción del Estado deberá estar dirigida a “garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”, autoriza el establecimiento de cotizaciones obligatorias, y establece el rol de supervigilancia del Estado. Ya no se concibe como garantía explícita ni establece, a mi juicio, un deber para el Estado. El Estado sólo se reduce a la fiscalización del ejercicio del derecho a la seguridad social. En consecuencia, éste abandona su rol tutelar, debiendo en vez estar al servicio de la persona humana, otorgándole la eficaz y debida protección frente a los distintos riesgos o contingencias sociales a los que pudiere verse enfrentada a través de las distintas etapas de la vida.

En síntesis, el derecho a la Seguridad Social, conforme al orden constitucional vigente contenido en la Constitución Política de 1980, responde al régimen de la época y a su ideario. Es parte de una concepción economicista y liberal, habiendo quedado regulado este derecho conforme al Orden Público Económico contenido en la Constitución de 1980, respondiendo ello fundamentalmente a una decisión de carácter doctrinario político. Deja de recoger lo que había sido la tradición en materia de Seguridad Social, tanto en Chile como en el mundo, poniendo énfasis en el rol subsidiario del Estado. Las decisiones que se tomaron sobre esta materia respondieron al impulso de un modelo económico de libre mercado, para lo cual las disposiciones constitucionales debían adaptarse a este ideario⁷⁶.

⁷⁶ Lo anterior es sin perjuicio de la reforma del año 2008 que introdujo un Pilar Solidario al Sistema de Capitalización Individual, que tuvo por esencia alivianar pobreza y no garantizar el acceso a prestaciones universales, propios de todo sistema de bienestar.

Derecho comparado

Para efectos del presente análisis, cabe destacar, en materia de contenido sobre la Seguridad Social en distintos instrumentos, lo que dispone la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969). Esta, en su artículo 26 reconoce expresamente “el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales”, lo que se encuentra en armonía con lo dispuesto por la Carta de la Organización de los Estados Americanos(1948), que dispone “la armonización de la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de seguridad social”. En el ámbito de los instrumentos internacionales y su obligatoriedad como principio orientador, también debemos tener presente el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), que en su artículo 9 reconoce expresa y formalmente el derecho a la seguridad social y que conforme a su artículo 1° los Estados parte “se comprometen a adoptar las medidas necesarias” en el orden interno, “a fin de lograr progresivamente y de conformidad a la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Por su parte, del análisis de distintas Constituciones Políticas, tal como ocurre con la nuestra, la concreción del derecho a la Seguridad Social está relacionado con otras normas y principios contenidos en cada una de ellas, respondiendo a los principios y valores de una época determinada para una sociedad específica. La nuestra, tal como lo he expresado, es propia del régimen de la década de los ochenta y parte de una concepción economicista, imperante en dicho tiempo.

La doctrina cita como los primeros Estados que incorporaron mecanismos de Seguridad Social entre sus normas fundamentales, a la Constitución francesa de 1848, la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar del año 1919. Posteriormente podemos citar a Polonia, España, Perú, Brasil, Paraguay y Cuba, entre otros.

Del análisis de distintas Constituciones de los Estados Iberoamericanos, se concluye que en materia de Seguridad Social existen grados interesantes de similitudes. Lo que no es de extrañar pues, en general, el derecho y su desarrollo en estos países tiene su origen en el derecho francés.

En relación a los principios orientadores sobre la Seguridad Social y Protección Social contenidos en distintos textos Constitucionales, esto es, la universalidad, unidad, igualdad de trato, obligatoriedad, solidaridad, inembargabilidad, irrenunciabilidad, integralidad, progresividad, eficiencia, revalorización o actualización de las pensiones, responsabilidad del Estado, gestión especializada, participación social y acciones de garantía en defensa de los derechos de la seguridad social, y la revisión de los mismos en nuestra Constitución, se concluye que esta recoge tan solo los principios de universalidad, de igualdad en el trato, el de obligatoriedad, existe la responsabilidad del Estado y expreso reconocimiento a las acciones de garantía de los derechos de Seguridad Social.

En general el principio de universalidad la recogen en sus Cartas Fundamentales todos los países iberoamericanos, así como la igualdad en el trato y la responsabilidad del Estado. Chile no recoge la solidaridad, integralidad, progresividad, eficiencia, revalorización y financiación solidaria. Llama particularmente la atención, atendido el debate que como país hemos tenido acerca de la Solidaridad, que la gran mayoría de los países de Iberoamérica la contempla, exceptuándose

de ello países como el nuestro, así como México y Portugal, entre otros. Sobre la eficiencia, tan solo cuatro países lo establecen en sus Leyes Fundamentales.

La Constitución por excelencia sobre derechos sociales es la alemana, que centra en la persona humana todos los principios reconocidos en la misma y en su orden constitucional, declarando “La dignidad del hombre es inviolable. Su respeto y protección constituyen un deber de todo poder estatal”. Y añade en su artículo 1º “El pueblo alemán, por ello, reconoce, los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y la justicia en el mundo”.

Conclusión

Considerando lo expuesto, y en especial que la libertad, la justicia y la paz tienen como fundamento esencial la dignidad de toda persona humana y los derechos iguales e inalienables de todos los que viven en nuestro país, no se puede eludir la inclusión y concreción del derecho a la Seguridad Social en el texto Constitucional. El derecho a la Seguridad Social, en tanto derecho humano y, por ende, inalienable e inviolable, incide y afecta directamente la dignidad de las personas, toda vez que permite el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud.

Adicionalmente, se trata de un derecho fundamental, de carácter indubitable, así establecido en distintos Convenios Internacionales ratificados por nuestro país, y que conforme a la Ley N° 21.200, que modificó la Constitución Política de la República de Chile para efectos de convocar a Plebiscito para elaborar una Nueva Constitución, en su artículo 135, sobre Disposiciones Especiales, en su inciso final dispone expresamente que “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Establecido que el derecho a la seguridad social es de aquellos que deben estar considerados en el catálogo de derechos esenciales, debidamente garantizados y protegidos en la nueva Ley Fundamental, pareciera esencial que la ciudadanía reflexione en torno si sólo basta, como ha sido concebida en la actual Constitución, esto es, solo como deber del Estado el de garantizar a las personas que seamos libres de elegir entre la provisión de estas prestaciones a través de instituciones públicas o privadas, o aspiramos a un Estado que garantice el derecho ciudadano a recibir protección social.

Las constituciones suelen ser definidas como políticas, en el sentido de que, junto con ser la ley fundamental de un Estado y ser suprema respecto del resto de las reglas del ordenamiento jurídico, habilitan y limitan a los poderes del Estado, y reconocen y amparan derechos fundamentales.

Es por ello que debemos necesariamente responder cuál es el nivel de protección que la sociedad, a través de este nuevo pacto social y político, está dispuesta a proporcionar a las personas, sus familias y hogares, para asegurar el debido y oportuno acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular, para los casos de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad, pérdida del ingreso principal, incapacidad temporal por causa indirecta del empleo, entre otros, recogiendo los principios que como sociedad acordemos.

También este pacto respecto al derecho a la seguridad social debe surgir de los principios propios de la seguridad social que como sociedad consideramos fundamentales, de tal manera de asegurar mínimos de protección social que aseguren una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

Hoy, el desafío que se nos plantea es cuánta certeza y seguridad jurídica le deberíamos reconocer a los derechos sociales, entre ellos al derecho a la seguridad social, en una nueva carta Fundamental, y de esta manera colocarnos el desafío de plantearnos un Estado que reduzca los riesgos sociales, las vulnerabilidades de una nueva sociedad y que actúe como garante de estos mismos derechos. La Seguridad Social es un imperativo ético y social de las sociedades modernas.

El Derecho a la Vivienda en constituciones seleccionadas⁷⁷

Por Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional, 23 de junio, 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa en la presencia y en el modo en que se expresa en diferentes constituciones el derecho a la vivienda de los ciudadanos. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. La metodología que sigue esta minuta es inductiva, es decir, de la revisión sistemática de las constituciones infiere categorías y derechos que emergen para agrupar a los países de acuerdo con la presencia o ausencia de ellos. Los resultados muestran que en general este es un derecho que, si bien se incluye en buena parte de las constituciones, no es de lo que ocupa mayores espacios. Y si bien está presente en la gran mayoría de las constituciones acá revisadas, son sólo unas pocas las que otorgan herramienta a los Estados para hacer efectivo este derecho.

Palabras clave: *Vivienda digna, vivienda adecuada, uso de suelo, derecho a la vivienda*

El derecho a la vivienda digna y adecuada

El derecho a una vivienda digna y/o adecuada ha sido considerado un derecho humano fundamental en la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 25.1 plantea que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la asistencia médica (...)” Pero el derecho a la vivienda va más allá y ha sido incluido sistemáticamente en otros pactos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la fecha firmado y ratificado por la gran mayoría de los países del mundo (entre los que se encuentran todos los que analizamos en esta minuta) y que ratifica lo planteado por la Declaración Universal: “Toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, incluyendo alimentación, vestido y **vivienda adecuadas** y una mejora continuada de las condiciones de existencia, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...)”

Los instrumentos y pactos internacionales, entonces, han sido bastante elocuentes en incluir la vivienda, y más profundamente aún la vivienda adecuada, como parte esencial de las condiciones de vida para los seres humanos. Eso ha derivado en que algunos países han dado a este derecho el estatuto constitucional. Es ese el interés de esta minuta. La tabla 1 a continuación muestra un resumen de las dimensiones encontradas en las constituciones y que hacen referencia, precisamente, a elementos ligados a la vivienda. Posterior a la tabla 1 se presenta un análisis más profundo sobre cada una de las dimensiones y la forma textual en la que aparece en los textos constitucionales. Para efectos de este análisis se agrupan en una sección las dimensiones de derecho a la vivienda, vivienda adecuada y digna. Esto, pues aparecen en el mismo artículo de forma anexa.

⁷⁷ Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

Tabla 1. Dimensiones del derecho a la vivienda en constituciones

Referencias	PAISES												
	Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
Derecho a la vivienda	X	X	X		X	X	X	X	X		X	X	X
Vivienda Digna	X				X	X	X		X				
Vivienda Adecuada		X				X	X	X			X	X	X
Regular suelo					X	X	X				X		

Fuente: Elaboración propia en base a datos extraídos de constituteproject.org

El derecho a la vivienda: digna y/o adecuada

De las constituciones revisadas, 11 reconocen explícitamente el derecho a la vivienda de la ciudadanía. La tabla 2, en el anexo de este documento, muestra de manera textual la forma en que dicho derecho aparece. Las constituciones de **Chile y Perú** son las únicas que no le otorgan estatuto constitucional al derecho a la vivienda. Los demás países lo hacen de manera diferente: Algunos como **Argentina, Colombia, Paraguay** anexan en la Constitución el adjetivo “digna” al sustantivo vivienda. Otros, como **Bolivia, Grecia, Portugal y Venezuela** hablan de una vivienda adecuada. Un tercer grupo lo componen aquellos países que hablan de vivienda digna y adecuada, acá encontramos a **Ecuador y España**. Finalmente encontramos a **Brasil**, que refiere a la vivienda únicamente como un derecho social sin incorporar ningún adjetivo.

Ahora bien, a pesar de la inclusión de estos adjetivos, en términos generales las constituciones no definen a qué se refieren con vivienda digna o adecuada. Un acercamiento a esta definición la hace **Portugal**, país que habla explícitamente de una vivienda de dimensiones adecuadas, agregando posteriormente que la vivienda debe poseer condiciones de higiene, comodidad y privacidad.

Herramientas para asegurar el derecho a la vivienda

En un contexto de creciente demanda por la vivienda la regulación mercantil del uso de los suelos y la especulación respecto a los precios de estos ha mermado el acceso efectivo a la vivienda. Para contrarrestar estos efectos, algunas constituciones otorgan al Estado facultades especiales de regulación de suelos con miras al acceso universal a la vivienda. Es el caso particular de **España**, que en su artículo constitucional n°47 plantea que “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.”. Caso similar a lo que se plantea en la Constitución de **Portugal** “El Estado, las regiones autónomas y las corporaciones locales definen las reglas de ocupación, uso y transformación del suelo urbano, especialmente a través de instrumentos de planeamiento urbanístico en el marco de sus respectivas leyes de ordenación del territorio y urbanismo, y procederá a las expropiaciones de los suelos necesarias para satisfacer fines de utilidad pública urbanística.” (Art. 65(4)). Por su parte, **Ecuador** extiende las herramientas que le otorga al Estado para proteger el medio ambiente, a la protección del derecho a la vivienda “Para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.” (Art. 376). Otro país que otorga herramientas al Estado referente a la reglamentación del uso de suelos es **Colombia**, que en el numeral 7 del artículo 313 otorga a los concejos locales el deber y facultad de “Reglamentar los usos del suelo

y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.”

Síntesis

El Derecho a la vivienda aparece en todas las constituciones acá revisadas salvo en dos de ellas: **Chile y Perú**. Y aunque aparece en una buena parte de las cartas magnas acá revisadas, a diferencia de otros derechos presentes en las constituciones el derecho a la vivienda ocupa un espacio más reducido. Ahora bien, no obstante, aquello podemos ver que la gran mayoría de ellas no se limita a simplemente colocar el derecho a la vivienda, sino que dan cuenta de la necesidad de que esta vivienda cumpla con características de dignidad y/o adecuación. Aunque bien estos elementos no son definidos completamente, vimos como en el caso de **Portugal** lo adecuado responde a condiciones de espacio, de higiene e intimidad, sin embargo, en el resto de las constituciones no queda claro a qué refiere la dignidad o lo adecuado.

Finalmente, vimos que las constituciones más avanzadas en esta temática otorgan a los estados algunas herramientas que aseguren el acceso a la vivienda. Estas herramientas dicen relación principalmente con la regulación del uso de los suelos para impedir la especulación y alza de precios que impida el acceso a personas vulnerables. La Constitución de **Ecuador** va un poco más allá y plantea, incluso, la facultad de expropiación en caso de que se transgreda este derecho.

Bibliografía de interés

Arahuetes Aragonese, D. (2019). El derecho a una vivienda digna. Evolución bajo el régimen constitucional de 1978.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948). Naciones Unidas. Tomado de <http://www.aprodeh.org.pe>.

García, H. A. O. (2006). El derecho a la vivienda digna en Colombia. *Díkaion*, 20(15), 105-112.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976). Naciones Unidas: oficina del alto comisionado.

Pisarello, G. (2003). Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción, el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible (Vol. 34). Icaria Editorial.

Serrano, J. S. (2002). Latinoamérica: Hambre de vivienda. *Revista Invi*, 17(45), 58-69.

Anexo 1:

Tabla 2. Artículo constitucional referente a vivienda por país⁷⁸

País	Texto	Art.
Ar	El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna	14bis
Bo	Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada , que dignifiquen la vida familiar y comunitaria.	19
Br	La educación, la salud, la nutrición, el trabajo, la vivienda , el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y la infancia, y la asistencia a los indigentes, son derechos sociales, como se establece en esta Constitución.	6
Co	Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna . El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.	51
Ec	Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna , con independencia de su situación social y económica.	30
Es	Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada .	47
Gr	Será objeto de atención especial por parte del Estado la adquisición de una vivienda por aquellos que no la tengan o que estén alojados de forma insuficiente.	21(4)
Pa	Todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna .	100
Po	Todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada , en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar.	65(1)
Ur	Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa . La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin.	49
Ve	Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada , segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias	82

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos en constituteproject.org

⁷⁸ Chile y Perú están excluidos de esta tabla pues no hacen mención alguna a tema vivienda.

El derecho a la vivienda en una nueva Constitución⁷⁹

Diego Gil, Profesor Asistente Escuela de Gobierno, Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: En esta minuta argumento que existen buenas razones para incluir el derecho a la vivienda en una nueva Constitución política, cuya formulación debiera considerar la necesidad de que el Estado cuente con nuevas herramientas regulatorias para enfrentar los altos niveles de desigualdad y segregación social urbana que existen en las ciudades del país.

Introducción

En Chile, el derecho a la vivienda nunca ha tenido reconocimiento expreso en un texto constitucional (Navarro 2012, pp.35-36). Ello no ha impedido una fuerte presencia del Estado en la provisión de viviendas para grupos de bajos ingresos, que se remonta a los inicios del siglo XX (Hidalgo 2005). Más aún, en las últimas décadas la política habitacional ha sido bastante exitosa en reducir el déficit de viviendas en el país. Ello podría llevar a algunos/as a pensar que resulta innecesario consagrar este derecho en un nuevo texto constitucional, en tanto su ausencia de la constitución vigente no ha impedido que sucesivos gobiernos hayan implementado una política habitacional expansiva.

En esta breve minuta intentaré justificar precisamente lo contrario, es decir, que hay buenas razones para incluir el derecho a la vivienda en una nueva constitución. La vivienda es un ámbito esencial del bienestar de ciudadanos/as de una comunidad política. El acceso a una vivienda adecuada no sólo permite a un individuo contar con un espacio seguro y privado sino también determina sus posibilidades de acceso a servicios públicos y privados que inciden de modo considerable en el desarrollo de su plan de vida. Por ello, el acceso a una vivienda digna y adecuada forma parte del listado de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, “derechos sociales”) consagrados en varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, así como en numerosas constituciones que podrían servir de referencia en el actual proceso de cambio constitucional.

El argumento general que quiero proponer en esta minuta es que a la hora de pensar en la inclusión -y el contenido- del derecho a la vivienda en la nueva Constitución es necesario pensar en los desafíos que presenta la política habitacional y urbana en Chile. Existe bastante consenso en que el país ha avanzado significativamente en la provisión de viviendas para familias vulnerables, especialmente en las últimas tres décadas. Sin embargo, esa provisión no ha alterado -y en muchos casos ha reforzado- el patrón de desigualdad y segregación espacial que existe en nuestras ciudades. Es difícil argumentar que el estándar normativo detrás de un derecho a la vivienda se encuentra satisfecho bajo los niveles de desigualdad urbana que existen en Chile. En consecuencia, una tarea de gran importancia para los convencionales, en caso de que la ciudadanía apruebe iniciar un proceso de cambio constitucional, será pensar en la formulación de un derecho a la vivienda que habilite al poder público a diseñar políticas adecuadas para promover la generación de viviendas adecuadas e inclusivas en el país, removiendo los obstáculos que existen para lograr ese resultado.

Para el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda, algunas formulaciones de textos constitucionales comparados pueden servir de adecuada referencia. El caso español resulta de especial interés, por cuanto no sólo otorga reconocimiento expreso a este derecho sino además

⁷⁹ Varios de los argumentos presentados en esta minuta se encuentran desarrollados en mayor profundidad en dos trabajos previos. Ver Gil 2016 y 2020.

establece un mandato claro a los poderes públicos para que regulen el uso del suelo de un modo que garantice la efectividad del derecho a la vivienda. En lo que sigue de la minuta desarrollaré estas ideas.

La función de un derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada

Una importante tradición intelectual, vinculada a las ideas del sociólogo inglés T. H. Marshall, asocia el concepto de derechos sociales al concepto de ciudadanía (Marshall 1998; Liu 2006, pp.341-344). La idea es que el estatus de ciudadanía exige no sólo el respeto a los derechos civiles y políticos de todas las personas sino también un grado razonable de igualdad en ámbitos relevantes del bienestar social. La noción de derechos sociales exigiría del Estado, entonces, asegurar un piso mínimo de bienestar para todos los individuos de una comunidad política.

Los principales destinatarios de los derechos sociales son la potestad legislativa y administrativa, ya que tanto el congreso como la administración están a cargo de definir el régimen institucional responsable de hacer realidad esos derechos. El rol de las cortes usualmente es –y debiera ser– más limitado, en tanto sus posibilidades de incidir adecuadamente en el diseño de políticas sociales es más acotado.

Uno de los grandes desafíos que tiene la constitucionalización de derechos sociales es definir aquellos elementos del derecho que todo gobierno debe respetar y promover, y aquellos elementos que legítimamente pueden ser definidos por las mayorías electorales de turno. Los primeros deben ir en la constitución. Los segundos en leyes y normas administrativas. Lo normal es que el contenido constitucional de un derecho social sea relativamente reducido, para dar espacio a que los ciudadanos/as, a través de sus representantes, vayan definiendo los contornos de ese derecho a medida que va evolucionando la sociedad. Lo contrario llevaría, sobretodo en el caso de constituciones duraderas, a amarrar en la constitución una determinada visión socioeconómica que puede concitar menor adhesión en generaciones posteriores. Ese es, de hecho, uno de los principales problemas que tiene la Constitución de 1980, que incorporó algunos principios relacionados a las reformas neoliberales de la dictadura que en democracia han obstaculizado algunas importantes reformas estructurales en ciertos ámbitos de las políticas públicas.

¿Cuál es el contenido de los derechos sociales que debe ser incorporado en una (nueva) constitución política? En mi opinión, esa es una pregunta que no se puede responder en abstracto. Es necesario reflexionar y deliberar sobre el estado del derecho en cuestión en una determinada realidad política y social.

En las últimas décadas, Chile ha avanzado significativamente en el acceso a una vivienda formal de familias de ingresos medios y bajos, sobretodo desde el retorno a la democracia. En 1990 se calculaba que el déficit habitacional alcanzaba el millón de viviendas. Datos recientes indican que ese número se ha reducido en más de la mitad (Naciones Unidas 2018, p.6). Sin embargo, existe evidencia de que la política habitacional está teniendo un rendimiento decreciente. De acuerdo a los datos oficiales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el principal programa de subsidios habitacionales para familias vulnerables que se implementó en la década del 2000 (llamado “Fondo Solidario de Vivienda”) tuvo varios años en que se distribuyeron entre 40.000 y 60.000 subsidios al año. El principal programa dirigido al mismo grupo implementado en la última década (“Fondo Solidario de Elección de Vivienda”) ha entregado, en sus mejores años, poco más de 20.000 subsidios anuales. Como el déficit habitacional sigue siendo de cientos de miles de unidades de vivienda, todo indica que los programas de subsidios habitacionales no

están logrando ser suficientemente efectivos en atender la demanda de las familias que necesitan ayuda del gobierno para acceder a una vivienda (Naciones Unidas 2018, p.6).

A lo anterior hay que añadir los graves problemas de desigualdad territorial y segregación espacial que presentan las ciudades del país, como lo expresa elocuentemente la Política Nacional de Desarrollo Urbano aprobada hace pocos años (Ministerio de Vivienda y Urbanismo 2014, p.23). En Santiago, por ejemplo, la desigualdad territorial es particularmente acentuada y se manifiesta en las diferencias en bienestar urbano que existen entre las comunas del sector oriente de la ciudad y el resto de las comunas. Es difícil encontrar un indicador de bienestar urbano donde la brecha entre el sector oriente y el resto de la ciudad de la capital no sea enorme. Además, la política habitacional que se ha implementado en las últimas décadas ha promovido la construcción de conjuntos habitacionales para familias de bajos ingresos altamente homogéneos desde un punto de vista socioeconómico y ubicados en lugares periféricos de las zonas urbanas del país, con acceso limitado a servicios públicos y privados (Sabatini et al 2001, Rodríguez y Sugranyes 2004, Tokman 2006). Ello podría eventualmente llevar a que algunas familias prefieran vivir como allegados o en informalidad urbana antes que acceder a una vivienda generada a través de los programas de subsidio del gobierno. De hecho, en una investigación reciente que realizamos junto a Pablo Celhay, usando una encuesta aplicada el año 2008 a familias de bajos ingresos en Santiago, mostramos que en algunas dimensiones relevantes del bienestar urbano los individuos que viven en campamentos exhiben mayor satisfacción que aquellos que viven en viviendas sociales (Celhay & Gil 2020).

En resumen, el marco institucional que gobierna la provisión de viviendas sociales en Chile, si bien ha sido exitoso desde un punto de vista cuantitativo, ha tendido a aglomerar familias de bajos ingresos en zonas periféricas de las ciudades del país. Ello ha acentuado las desigualdades urbanas que existen en Chile. Además, el rendimiento de la política habitacional pareciera ser decreciente: los programas de subsidios no están respondiendo a las necesidades habitacionales de la población de bajos ingresos, en parte porque el precio del suelo no permite utilizar los subsidios en los barrios demandados por los potenciales beneficiarios de éstos.

La política habitacional chilena que se ha implementado en las últimas décadas es heredera directa de la transformación económica y social de la dictadura hacia un enfoque de mercado en la provisión de servicios públicos. El núcleo de la política, hasta el día de hoy, ha sido la implementación de programas de subsidios habitacionales que intentan estimular la oferta privada de viviendas para los grupos de bajos y medianos ingresos. La gran limitación de esa estrategia es que el precio de los subsidios no ha permitido generar oferta de viviendas sociales en barrios bien localizados. A ello hay que añadir que los sucesivos gobiernos han sido tímidos a la hora de implementar intervenciones regulatorias que favorezcan la inclusión de viviendas para el sector de bajos ingresos en áreas de alta demanda habitacional. El marco regulatorio dentro del cual operan los subsidios ha sido favorable al desarrollo inmobiliario privado y no ha logrado intervenir en las dinámicas del mercado que generan una distribución habitacional segmentada socialmente (Rajevic 2010a, Vicuña 2013).

Chile tiene que transitar hacia un régimen institucional donde el Estado garantiza la adecuada localización de ésta, con el objetivo de promover mayores niveles de igualdad e integración urbana en el país. Ello requiere un Estado más activo en promover desarrollo urbano inclusivo. Una herramienta que el Estado podría utilizar es su potestad regulatoria sobre el uso del suelo urbano, la cual debiera establecer estándares y obligaciones para que desarrollos inmobiliarios en zonas de alta demanda habitacional incorporen cuotas de viviendas sociales. En el derecho comparado hay amplia experiencia con ese tipo de instrumentos (Calavita y Mallach 2010). Ese

tipo de herramientas, sin embargo, podría entrar en tensión con el derecho de propiedad privada. El reconocimiento expreso del derecho a la vivienda en una nueva constitución, y una habilitación clara al poder público para adoptar leyes y regulaciones que promuevan una adecuada distribución de viviendas sociales en las zonas urbanas del país, podría impulsar nuevos arreglos institucionales que reflejen un adecuado balance entre la necesaria protección de la propiedad privada y la necesidad de generar vivienda en condiciones de integración urbana para la población de bajos ingresos.

En los últimos años han existido un par de esfuerzos infructuosos de incluir el derecho a la vivienda en el texto constitucional chileno. El primero es una moción presentada por algunos diputados el año 2012 (Boletín 8701-07), que propuso el reconocimiento de este derecho en los siguientes términos: (la Constitución asegura a todas las personas) “el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada. El Estado promoverá y financiará planes orientados especialmente a los sectores más necesitados. Las leyes respectivas regularán la forma de participar, individual o asociadamente en ellos y velarán por un uso eficiente y no especulativo del suelo, especialmente urbano.” Por su parte, el proyecto de nueva Constitución presentado hacia el final del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet incluyó este derecho, con la siguiente formulación: “El derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos, según se establezca en la ley” (Boletín 11617-07). Ambas formulaciones carecen de un mandato claro a los poderes públicos para promover la generación de viviendas con integración social y urbana. El proyecto del año 2012, sin embargo, hace una interesante mención a la necesidad de regular el uso del suelo urbano de un modo consistente con el derecho a la vivienda.

Antecedentes internacionales y comparados

El derecho a la vivienda ha tenido un interesante desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos. Numerosos pactos internacionales ratificados por el país establecen el derecho a una vivienda adecuada. Además, varias instancias internacionales han elaborado las distintas dimensiones que incluiría el derecho a la vivienda, como lo es la seguridad de la tenencia y protección frente al desalojo forzoso, la disponibilidad de servicios básicos, el acceso a una vivienda a un costo razonable, estándares mínimos de habitabilidad, la consideración de necesidades especiales de grupos desaventajados, la adecuada ubicación de la vivienda y el respeto por la identidad cultural de quienes acceden a ella (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas 1991). Es decir, hoy se reconoce que el derecho a la vivienda constituye un estándar normativo que no se satisface con la mera entrega de un espacio habitable. El derecho a una vivienda exige del Estado un marco institucional que considere las distintas dimensiones señaladas.

En el ámbito del derecho comparado, de acuerdo a la base de datos del “Constitute Project”, existen 72 constituciones que incluyen el derecho a la vivienda (www.constituteproject.org). La formulación constitucional del derecho varía de texto a texto, dependiendo de cada contexto social y político que hizo surgir la necesidad de reconocer en la constitución la garantía del acceso a la vivienda. La Constitución de Sudáfrica de 1996, por ejemplo, señala en su artículo 26 que “toda persona tiene el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada”, y que “el Estado debe tomar razonables medidas legislativas y de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho”. Esa constitución pone un especial acento en el problema del desalojo arbitrario al cual están expuestos los sectores de bajos ingresos, por lo que establece en la misma norma que “nadie puede ser desalojado de su vivienda, ni sufrir la

demolición de ésta, sin una orden judicial establecida después de considerar todas las circunstancias relevantes del caso”.

La formulación del derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978 parece de especial interés. Su artículo 47 señala: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”. El texto constitucional español establece un mandato claro a los poderes públicos para que regulen el uso del suelo de un modo que garantice el adecuado acceso a la vivienda de sus ciudadanos, lo que ha llevado a que ese país cuente con un amplio abanico de instrumentos regulatorios dirigidos a promover objetivos como la integración y cohesión social (Rajevic 2010b).

Conclusión

Existen buenas razones para incorporar el derecho a la vivienda en una nueva constitución política. Chile ha avanzado significativamente en las últimas décadas en proporcionar acceso a la vivienda a un gran número de familias de ingresos bajos y medios. Sin embargo, la política habitacional del país enfrenta desafíos enormes, especialmente en el contexto de ciudades donde el precio del suelo ha aumentado y donde ubicar viviendas subsidiadas en barrios con alta demanda habitacional enfrenta barreras importantes. La necesidad de generar viviendas con adecuados estándares de calidad y de promover al mismo tiempo mayores niveles de integración urbana requiere nuevos arreglos institucionales. Esos nuevos marcos institucionales desafían la comprensión de una regulación urbana concentrada en facilitar el desarrollo inmobiliario privado y en proteger el derecho a la propiedad privada. Una nueva Constitución debiera reconocer el derecho de todos los habitantes del país a una vivienda adecuada y digna, así como establecer un mandato claro a los poderes públicos para adoptar leyes y regulaciones que orienten el uso del suelo urbano en consistencia con los objetivos de igualdad e integración social. Ello sería consistente con el derecho internacional de los derechos humanos y con experiencias exitosas del derecho comparado.

Referencias

- Calavita, Nico, y Mallach, Alen (eds.). 2010. *Inclusionary housing in international perspective: Affordable housing, social inclusion, and land value recapture*. Boston: Lincoln Institute of Land Policy.
- Celhay, Pablo, y Gil, Diego. 2020. The Function and Credibility of Urban Slums: Evidence on Informal Settlements and Affordable Housing in Chile. *Cities: The International Journal of Urban Policy and Planning*, 99, 102605.
- Gil, Diego. 2016. “Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile”, en AA.VV., *La Desigualdad, SELA 2015*, Buenos Aires: Librería, pp. 262-281.
- Gil, Diego. 2020. “Derecho a la Vivienda”. En: Contreras, P. & Salgado, C. (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales: Parte Especial*. Santiago: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Hidalgo, Rodrigo. 2005: *La vivienda social en Chile y la construcción del espacio urbano en el Santiago del siglo XX*, Volumen III, Santiago, Instituto de Geografía, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Liu, Goodwin. 2006. Education, Equality, and National Citizenship. *Yale Law Journal*, 116 (330).
- Marshall, T. H. 1998. “Citizenship and Social Class”. En Shafir, Gershon, *The Citizenship Debates*, Minneapolis, The University of Minnesota Press.

- Ministerio de Vivienda y Urbanismo. 2014. Política Nacional de Desarrollo Urbano. Disponible en: <https://cndu.gob.cl/politica-urbana/>
- Naciones Unidas, 2018. Informe de la Relatoria Especial sobre una vivienda adecuada como element integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto relativo a su misión a Chile. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/CountryVisits.aspx>
- Rajevic, E. 2010a. El paulatino pero insuficiente desarrollo del derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, 1 (1).
- Rajevic, E. 2010b. *Cohesión Social e Intervención Administrativa en el Territorio Urbano (con especial referencia a España y Chile)*, Tesis de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, España.
- Rodríguez, Alfredo y Sugranyes, Ana. 2004: El problema de vivienda de los 'con techo'. *EURE*, 30 (91).
- Sabatini, Francisco; Cáceres, Gonzalo y Cerda, Jorge. 2001. Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción", *EURE*, 28 (82).
- Vicuña, M. 2013. El marco regulatorio en el contexto de la gestión empresarialista y la mercantilización del desarrollo urbano del Gran Santiago, Chile. *Revista Invi*, 28(78), 181-219.

El derecho al/del medio ambiente en constituciones seleccionadas⁸⁰

Por Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional, 22 junio, 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las Constituciones las diferentes concepciones, definiciones y medidas en torno al cuidado y protección del medio ambiente. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. La metodología que sigue esta minuta es inductiva, es decir, de la revisión sistemática de las constituciones infiere categorías y derechos que emergen para agrupar a los países de acuerdo a la presencia o ausencia de ellos. Los resultados muestran una diversidad de tipos de derechos, aunque en la gran mayoría de ellos existe el derecho a un medio ambiente sano.

Palabras clave: *Derecho, naturaleza, sustentabilidad, recuperación, sistema de evaluación ambiental.*

El derecho a un medio ambiente sano

De acuerdo con datos de las Naciones Unidas, a pesar de que el derecho a un ambiente sano no es un derecho humano fundamental reconocido en la declaración, a la fecha al menos 130 Estados de todos los continentes han ratificado tratados regionales e internacionales de derechos humanos que incluyen un ambiente sano y en más de 100 países, el derecho al medio ambiente sano goza de rango constitucional⁸¹. Esto muestra una preocupación creciente en torno a la importancia de los equilibrios ecológicos para la subsistencia. Como muestra la tabla 1 a continuación, el medio ambiente se expresa de diferentes maneras en las constituciones revisadas, la gran mayoría de ellas reconoce el derecho a un medio ambiente sano, algunas de ellas van más allá e imponen deberes de protección del ambiente tanto para los Estados como para los ciudadanos y empresas. Algunos de ellos plasman en el mismo texto constitucional el status de interés público sobre la protección del medio ambiente e incorporan sistemas de evaluación ambiental, deberes de recuperación de áreas degradadas y regulaciones varias. Una buena parte de las constituciones revisadas también incluye el deber estatal de incluir educación medioambiental para formar ciudadanos conscientes en torno al cuidado de la naturaleza.

Posterior a la tabla 1, se realiza un análisis más profundo de la forma textual en que aparece cada uno de estos derechos, deberes y concepciones.

⁸⁰ Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

⁸¹ Fuente: <https://news.un.org/es/story/2018/10/1444342>

Tabla 1. El medio ambiente en las constituciones

Dimensión	Referencias	PAÍSES													
		Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve	
Derecho a un ambiente sano y rol del Estado	Derecho ambiente sano	X	X	X	X	X	X	X		X	X	X	X		X
	Ambiente como interés público						X			X			X		
	Rol del Estado		X	X	X	X	X	X	X			X	X	X	
	Deber de recuperación áreas degradadas						X	X							
Herramientas para cuidado ambiental	Expropiación						X								
	Consulta en torno a proyectos						X								
	Sistema de evaluación ambiental		X	X			X								
	Educación ambiental	X	X	X		X	X					X			
Actividad productiva privada	Rol de privados en protección		X												
	Regulación actividad económica			X		X				X					
Derechos otros seres	Derechos más allá de lo humano		X				X								

Fuente: elaborado por el autor a partir de constituteproject.org

Derecho a un medio ambiente sano

Tal como muestra la tabla 1, todas las constituciones revisadas contienen al menos un párrafo donde dan cuenta del derecho de los ciudadanos a vivir y desenvolverse en un ambiente sano. **Argentina**, por ejemplo, plantea en el artículo 41 que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. Similar a lo que plantea **Bolivia** en su artículo 33 “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado.” y **Paraguay** en el artículo 7 de su constitución “Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.”. **Chile** también refiere a esta materia, pero no como un ambiente sano, sino que uno libre de contaminación “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es

deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.” (Art. 18(8)). Otras constituciones, como la de **Brasil**, van un poco más allá y hablan de un deber ciudadano o de la comunidad en conservar el derecho a un ambiente sano: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que es un bien público para el uso del pueblo y es esencial para una vida sana, y tanto el Gobierno como la comunidad tienen el deber de defender y preservar [el medio ambiente] para presentes y futuras generaciones.” (Art. 225). Similar a lo que ocurre en la Constitución de **España** en la sección 1 del artículo 45 “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.” y **Portugal** en la sección 1 del artículo 66 “Todos tienen derecho a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.”

Medio ambiente como bien de interés público/general

En el apartado anterior vimos como **Brasil** resalta la importancia del medio ambiente llegando incluso a declararlo en su Constitución como “un bien público para el uso del pueblo”. Además de **Brasil**, otras tres constituciones de las acá revisadas hablan del medio ambiente como un elemento de interés público o general. **Ecuador**, en su artículo 14 declara lo siguiente “Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.”. Otra Constitución que toma en cuenta este elemento es la de **Uruguay**, que en su artículo 47 declara que “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.”.

Finalmente está **Paraguay**, cuyo artículo constitucional n°7 reza lo siguiente: “Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral”. La declaración de la preservación del medio ambiente como tema de interés nacional deriva en dos caminos: por un lado en sanciones punitivas para quienes transgreden los ecosistemas, y un rol del Estado más fuerte en la prevención, preservación y recuperación de los sistemas ecológicos. Sin embargo, como veremos en el apartado siguiente, el rol del Estado no es fuerte únicamente en los países que declaran al medio ambiente como elemento de interés nacional.

El rol Estado en materia ambiental

Con excepción de **Uruguay**, todas las constituciones acá revisadas confieren al Estado un rol explícito respecto a la preservación, cuidado y/o recuperación del medio ambiente. Algunas como la de **Chile** no entran en mayor detalle al respecto dando cuenta que “Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza” (Art. 18(8)). Similar caso al de **Grecia**, cuyo artículo constitucional n°24 plantea que “La protección del ambiente natural y cultural constituye obligación del Estado, así como un derecho de todos.”. Países como **Bolivia** van un poco más allá y plantean un rol estatal aun mayor “Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente.” (Art. 342). Similar caso es el de **Ecuador**, donde el rol del Estado no es sólo preservar, o velar por el medio ambiente, sino que fomentar un modelo sustentable de desarrollo para garantizar la preservación de los ecosistemas “El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.” (Art. 395(1)). **España**, por su parte, pone el acento en el uso

racional de los recursos naturales como tarea primordial del Estado y que apunta a la preservación del medio ambiente “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.” (Art. 45(2)). Este último artículo también considera otro rol del Estado, presente también en la tabla 1 que dice relación con la recuperación de áreas degradadas. **Ecuador** también otorga este deber de recuperación, pero no explícitamente al Estado sino que al “régimen de desarrollo”. En su artículo 276, n°4 se plantea “[El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos] Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable (...).”

Herramientas ambientales (Expropiación, consulta, sistemas de evaluación, educación ambiental)

Tal como lo muestra la tabla 1, existen algunas herramientas que las constituciones otorgan tanto a los Estados como a particulares y ciudadanos que apuntan a la preservación o recuperación del medio ambiente. Algunas de ellas son la expropiación, consulta, sistemas de evaluación y educación ambiental. Respecto a las dos primeras, estas aparecen únicamente en la Constitución de **Ecuador**, y lo hace a través de sus artículos 323 y 398 respectivamente: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley (...)” (Art. 323); “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado” (Art.398).

Respecto a los sistemas de evaluación estos aparecen de diferentes formas. Para el caso de **Brasil** aparecen en el n°1 del artículo 225 donde se plantea lo siguiente “Las políticas de gestión ambiental se basarán en: La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental y el control de calidad ambiental, sin excepción y de manera transversal a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recursos naturales y al medio ambiente.”. En **Bolivia** el artículo 345, en su numeral 1 plantea que “Las políticas de gestión ambiental se basaran en: (...) 2. La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental y el control de calidad ambiental, sin excepción y de manera transversal a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recursos naturales y al medio ambiente.”. Finalmente, para el caso de **Ecuador** “Los órganos competentes que la Constitución y la ley determinen realizarán análisis financieros, sociales y ambientales previos del impacto de los proyectos que impliquen endeudamiento público, para determinar su posible financiación.” (Art. 291). En ninguno de los casos, sin embargo, queda lo suficientemente claro lo vinculantes que puedan ser estos sistemas de evaluación de impacto.

Finalmente, una tercera herramienta que es posible identificar en las constituciones y que apunta hacia la preservación del medio ambiente dice relación con la educación ambiental. Son 6 las cartas magnas de este análisis que hacen referencia a esto. **Argentina** lo hace en su artículo 41 y plantea que “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.”. Por su parte, **Colombia** lo anexa como parte de los deberes del Estado en materia ambiental “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.” (Art. 79). **Portugal** tiene un numeral dedicado exclusivamente a este respecto, en el acápite g, del numeral 2 del artículo 66 plantea que “[Para asegurar el derecho al medio ambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios con la vinculación y la participación de los ciudadanos:] (...) g. Promover la educación medioambiental y el respeto por los valores del medio ambiente;”.

El rol de los privados y la actividad productiva.

Muchas de las problemáticas relacionadas con la degradación de ecosistemas derivan directamente de la actividad productiva. De ahí que varias constituciones, en su afán de asegurar el derecho a un medioambiente sano, regulan la actividad productiva en determinadas circunstancias y otorgan un rol a los privados. Particularmente, en este análisis 1 de las constituciones otorgan un rol a los privados en la preservación del medio ambiente y otras 3 regulan la actividad productiva.

Respecto al primero de estos elementos, encontramos a la Constitución de **Bolivia**, la cual en el numeral 3 de su artículo 312 plantea que “Todas las formas de organización económica tienen la obligación de proteger el medio ambiente.” Respecto al segundo encontramos a **Colombia**, que en su artículo 333 plantea que “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” **Paraguay** también regula la actividad productiva planteando en el artículo 8 “Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.” En el numeral 15 del artículo 66, la Constitución de **Ecuador** condiciona la actividad productiva a varios principios entre los que se encuentra el medio ambiente: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.”

Más allá de lo humano

Hasta acá hemos visto que todo lo referente a lo medioambiental presente en las constituciones apunta hacia el derecho de los seres humanos a vivir en un ambiente sano, adecuado, o libre de contaminación. Algunas constituciones, sin embargo, van un poco más allá y plantean la necesidad de proteger a los ecosistemas ya no sólo para las necesidades humanas, sino que entendiendo que la naturaleza tiene derechos por sí misma. Es el caso de **Bolivia**, donde el numeral 16 del artículo constitucional 108 plantea “[Son deberes de las bolivianas y los bolivianos]: (...) 16. Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos.” Similar es el caso de **Ecuador**, donde el artículo 10 conceptualiza la naturaleza como un sujeto de derechos “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” Posteriormente, en el artículo 72 se plantea que “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.”

Síntesis

La revisión que acá se presentó revela una diversidad de formas en la que los derechos medioambientales aparecen en las diferentes constituciones revisadas. Es importante destacar que en todas ellas – salvo en **Uruguay** – aparece explícitamente el derecho de los seres humanos a vivir en un ambiente sano o libre de contaminación. Y si bien **Uruguay** no hace mención explícita a esto, si otorga un rol al Estado en esta materia. Algunos países como **Ecuador**, otorgan al Estado una serie de herramientas que van desde la expropiación para efectos del interés público medioambiental, a la instrucción de educación medioambiental en la ciudadanía. Otros, como **Perú o Chile**, incluyen este derecho más bien de manera limitada y no son tan claros en el rol del Estado y las herramientas que existen para el resguardo de este derecho.

Finalmente, cabe destacar la orientación de las constituciones de **Ecuador y Bolivia** que avanzan un paso más y son explícitos en incorporar el derecho de los ecosistemas como algo con importancia por sí mismo. Esto es, a diferencia de todas las demás constituciones que centran el medio ambiente sano desde la figura de los seres humanos y su derecho en él, en estos países se

entiende a la naturaleza como sujeto de derecho en sí mismo y no necesariamente en relación a la actividad y supervivencia humana. Esto, sin embargo, sin perjuicio de que de todas maneras se hace referencia también a la importancia del cuidado de los ecosistemas para el desenvolvimiento de la vida y las actividades humanas.

Bibliografía de interés

Bermúdez Soto, J. (2010). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (21).

Guerrero, L. A. H. (2013). Constitucionalización del derecho ambiental. Derecho PUCP, (71), 477-502.

Hervé Espejo, D. (2010). Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. Revista de derecho (Valdivia), 23(1), 9-36.

Navas, O. D. A. (2010). La constitución ecológica de Colombia. U. Externado de Colombia.

Usera, R. L. C. (1996). Aspectos constitucionales del Derecho ambiental. Revista de estudios políticos, (94), 73-111.

Wolkmer, A. C., & Maria de Fatima, S. W. (2014). Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. Novos Estudos Jurídicos, 19(3), 994-1013.

El Derecho del Medio Ambiente en la Constitución

Por: Dominique Hervé Espejo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

Resumen

La Constitución actual incorpora disposiciones que tienen por objeto la protección del medio ambiente. Junto con ello, establece las bases del orden público económico, fortaleciendo los derechos de propiedad privada sobre los recursos naturales. Ambas categorías de normas conforman el régimen jurídico constitucional aplicable al medio ambiente y la naturaleza. Una nueva constitución permite repensar y mejorar estas bases constitucionales con el objeto de dar real sustentabilidad al modelo de desarrollo nacional.

Introducción

La urgencia del problema ambiental, en particular la meta de lograr la descarbonización y adaptación de la economía debido al cambio climático exige de un esfuerzo serio por parte de los países para transitar con fuerza y rapidez hacia un modelo de desarrollo distinto y realmente sustentable. Para el caso de Chile, la oportunidad de discutir y redactar una nueva constitución es un gran momento histórico que se debe aprovechar por cuanto definirá el rumbo de lo que será la protección del medio ambiente en nuestro país en las próximas décadas.

A continuación, se revisa lo que dispone la Constitución actual en materia de medio ambiente y naturaleza para luego abordar algunas ideas clave para la discusión constitucional en este tema.

El medio ambiente en la constitución vigente

La Constitución consagra, en el artículo 19 N°8, inciso primero, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de proteger el medio ambiente. Se trata de un derecho fundamental de las personas con el correspondiente deber del Estado de velar porque no se vea afectado y tutelar la protección de la naturaleza. Esta garantía constitucional, que está consagrada como derecho individual, se acompaña de un recurso de protección ambiental que permite que cualquier persona que se vea afectada directamente en su derecho pueda ir a una corte de justicia y exigir que este se respete y así se ordene el restablecimiento del imperio del derecho.

Junto con este derecho, la Constitución incorpora una cláusula que permite resolver la tensión entre otras garantías fundamentales y el derecho al medio ambiente.⁸² Esto deriva de que los derechos fundamentales no son absolutos y que, por lo tanto, algunas de las garantías contempladas en el catálogo del artículo 19 de la Constitución pueden entrar en tensión unas con otras. En particular, esto se produce entre el derecho al medio ambiente y los derechos de propiedad y a desarrollar actividades económicas. Esta cláusula reconoce la posibilidad del legislador de restringir estos últimos derechos fundamentales para proteger el medio ambiente.

Además, la Constitución establece un límite interno al contenido de la propiedad privada, al considerar la función social de la propiedad.⁸³ Este concepto apunta a que la propiedad privada, a pesar de que se caracteriza por garantizar un ámbito de autonomía individual que protege el interés privado de las personas, también debe cumplir con un interés general o público. Dentro

⁸² Artículo 19 N°8, inciso segundo.

⁸³ Artículo 19 N°24, inciso segundo.

de esta función social de la propiedad, la Constitución incorpora expresamente la conservación del patrimonio ambiental.

Todas estas normas apuntan al objetivo de protección constitucional del medio ambiente y de la naturaleza. Normas que han cumplido una función muy importante en el desarrollo del sistema jurídico actual de protección del medio ambiente, sin perjuicio que también adolecen de importantes debilidades (Hervé y López, 2020).

En efecto, hay ciertas características de esta normativa que impiden una protección más efectiva del medio ambiente como tal; esto es, en su dimensión de interés público y colectivo, no solo individual. Lo anterior deriva de la formulación de la garantía constitucional del derecho fundamental al medio ambiente como un derecho que protege un ámbito individual de las personas en el goce de un medio ambiente adecuado (Guiloff y Moya, 2020). Esto significa que solo las personas particularmente consideradas pueden reclamar la vigencia de este derecho, o sea, solo podrán hacerlo si se han visto afectadas directamente en su esfera individual de intereses. De esta manera no se protege el medio ambiente como un asunto de interés público, que importa a toda la sociedad en su conjunto, y que implica que su afectación constituye un riesgo para la salud y la calidad de vida de un conjunto de personas y no solo de un individuo.

Junto con las ya señaladas normas sobre protección del medio ambiente, la Constitución incorpora una segunda categoría de normas constitucionales relevantes para el medio ambiente, que se encuentran en las bases constitucionales del modelo económico nacional, esto es, el llamado “orden público económico”. En particular, la garantía del artículo 19 N°23 establece el derecho de las personas a adquirir toda clase de bienes. Es decir, a través de esta disposición constitucional se consagra, como regla general, la libre apropiación de los bienes, constituyéndose de esa manera el derecho de propiedad privada sobre los recursos naturales como la regla general en nuestro sistema jurídico (Hervé, 2015).

La excepción a esta regla general, así lo dice la Constitución, son los bienes “que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” y aquellos “que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”. Por lo tanto, la excepción a la regla es que los recursos naturales sean de dominio público (y, en todo caso, ese dominio público tiene que estar definido por ley). Se trata, entonces, de una decisión legislativa el que algunas categorías de bienes se excluyan de la libre apropiabilidad. Es decir, es la ley la que debe establecer que ciertos recursos naturales no son de propiedad privada y, de esa manera, incorporar esa categoría de bienes al dominio público.

La Constitución, sin embargo, ha establecido expresamente esta regla excepcional para una categoría de recursos naturales: los recursos minerales. Así, la Constitución señala que el Estado tiene “el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas”.⁸⁴ La propiedad de las aguas, en cambio, no está regulada en la Constitución, sino que es el Código de Aguas - y con anterioridad, el Código Civil- el que establece que los recursos hídricos son bienes nacionales de uso público. Lo mismo se puede decir respecto de otras categorías de recursos naturales como son aquellos que pertenecen al borde costero (en que también el Código Civil los considera bienes públicos) y la energía geotérmica, publicada por una ley especial.⁸⁵

En todo caso es necesario entender que el actual régimen constitucional de propiedad de los recursos naturales es más complejo todavía. La Constitución de 1980 introdujo la garantía de la propiedad privada sobre los derechos que ejercen los particulares sobre las aguas y los recursos

⁸⁴ Artículo 19 N° 24, inciso sexto.

⁸⁵ Ley N°19.657 de 2000, sobre concesiones de energía geotérmica.

minerales. Esto significa que el Estado puede permitir a los particulares el uso y aprovechamiento de los recursos naturales de dominio público, a través de las denominadas “concesiones de dominio público”. Respecto de estas concesiones es que la Constitución, en su artículo 19 N°24, ha garantizado la propiedad privada. En efecto, tanto sobre las concesiones mineras⁸⁶ como sobre los derechos de aprovechamiento de aguas⁸⁷, la Constitución reconoce el derecho de propiedad privada de los particulares.⁸⁸ Esta fórmula constitucional es clave para entender el régimen jurídico de gestión de los recursos naturales, puesto que determina y delimita las potestades del Estado en su rol de titular del dominio público de los recursos naturales (Hervé, 2015). Aun cuando es posible sostener que la propiedad privada sobre derechos que se ejercen en bienes de dominio público, no es igual a la propiedad privada sobre bienes privados y admite – por tanto- restricciones (Atria y Salgado, 2015) no se puede obviar que su consagración constitucional busca consolidar usos privativos y excluyentes por sobre las potestades del Estado en la administración de dichos recursos.

De esta manera, es posible concluir que la Constitución vigente, al garantizar el derecho de propiedad privada sobre los derechos que ejercen particulares sobre recursos naturales de dominio público, lo que en la práctica hace es privatizar también esos recursos (Hervé, 2015).

Esto se explica porque el Estado, al ser titular del dominio público de ciertos recursos naturales, debiera poder definir el acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos -los que se consideran estratégicos para el país y respecto del cual existe un interés público general involucrado-. Sin embargo, la Constitución actual al garantizar la propiedad privada sobre los derechos que se ejercen sobre esos recursos debilita al Estado en sus capacidades de definir su uso y aprovechamiento. Lo anterior, evidentemente, tiene implicancias en la gestión y protección del medio ambiente y la naturaleza. Así, por ejemplo, los derechos de aprovechamiento de las aguas se adquieren por su titular a perpetuidad, la autoridad administrativa no puede establecer usos prioritarios o preferentes al momento de otorgarlos, existe un derecho a indemnización por su expropiación, el titular puede realizar todo tipo de negocios jurídicos con mínima intervención de la autoridad e incluso puede transferirlo libremente (Hervé, 2015).

El medio ambiente en una nueva Constitución política

La nueva Constitución debiera consagrar las bases de un modelo de desarrollo legitimado por la sociedad y que permita una protección más fuerte del medio ambiente. Existe, por lo tanto, una gran oportunidad para avanzar en sustentabilidad con el debate constituyente que se iniciará en Chile en los próximos meses. Esta nueva carta fundamental permitirá fijar el rumbo y la dirección en esta materia para las siguientes dos o tres décadas. Años que son claves para el futuro del planeta.

Es así como resulta urgente incorporar en estas bases constitucionales, primero, aquellos principios ambientales necesarios para proporcionar argumentos, razones y criterios en los que se fundamente la adopción de las distintas decisiones ambientales del país. De esta manera, se podrá ir conformando y ajustando un ordenamiento jurídico que tanto a nivel legislativo, administrativo como judicial, e incluso en el ámbito privado, promueva estándares que se hagan

⁸⁶ Artículo 19 N°24, inciso noveno.

⁸⁷ Artículo 19 N°24, inciso undécimo.

⁸⁸ En el caso de las concesiones de Energía Geotérmica es la propia ley la que garantiza la propiedad privada sobre dichas concesiones. Las concesiones marítimas y de acuicultura, en cambio, no cuentan con esta garantía ya que su estatuto legislativo no la contempla.

cargo de la protección del medio ambiente en un sentido fuerte y consistente con los principios que aquí se consagren. Dentro de los principios ambientales que deben incluirse, sin dudas se encuentra el de sustentabilidad, uso racional de la naturaleza, participación ciudadana, acceso a la información, acceso a la justicia ambiental, y la equidad intra e intergeneracional.

En segundo lugar, se requiere la consagración de un derecho fundamental al medio ambiente que incorpore una protección más amplia que la actual y que no restrinja su titularidad al ámbito meramente individual. En cuanto a los deberes de protección ambiental, estos deben incluir no solo al Estado, sino que también al resto de los sujetos o actores relevantes, incluyendo a la ciudadanía y a las empresas (Galdamez, 2018). En todo caso, es fundamental la incorporación de un deber preciso y claro que permita al Estado contar con facultades suficientes como para garantizar la protección de los diversos componentes de la naturaleza desde un enfoque ecosistémico. En este aspecto, se puede revisar la doctrina norteamericana del *Public Trust* (Armenteras, 2020) que ha sido desarrollada principalmente a través de la jurisprudencia, pero también se ha incorporado en algunas constituciones estatales, de ese país. Según esta doctrina existen ciertos recursos naturales que pertenecen a todos y, por lo tanto, no pueden ser controlados por un solo individuo, ya sea que éste ejerza titularidad pública o privada sobre ellos. De esta manera, la doctrina establece la superioridad de los intereses públicos por sobre los intereses privados respecto de ciertos recursos naturales que se consideran críticos, tales como las aguas o el borde costero. El Estado tiene así el deber de garantizar el respeto del interés público cuando éste se vea amenazado.

Finalmente, la constitución deberá sentar las bases de un régimen jurídico de propiedad de los recursos naturales que, por una parte, permita dar suficiente estabilidad al nuevo modelo de desarrollo que se establezca, pero al mismo tiempo permita la necesaria flexibilidad para que el Estado pueda enfrentar las situaciones dinámicas que los problemas ambientales exigen. Lo anterior no es fácil de resolver. Sin embargo, existen algunas definiciones que desde ya se pueden adelantar. Fundamental resulta eliminar la garantía de propiedad privada sobre los derechos de uso de los recursos naturales de dominio público según lo explicado con anterioridad.⁸⁹ De esta manera el Estado tendrá las facultades suficientes para poder administrar dichos recursos de acuerdo con la finalidad pública envuelta en los recursos naturales de dominio público y considerando los principios ambientales identificados. Por otra parte, no parece necesario definir constitucionalmente la titularidad de cada uno de los componentes o elementos de la naturaleza. Más bien, lo relevante será contar con mecanismos para que el Estado, a través de su órgano legislativo, pueda asignar democráticamente las titularidades que se consideren más adecuadas para la gestión de un determinado recurso natural en un momento determinado. Sin perjuicio de lo anterior, se puede incluir en la constitución la publicación de algunos recursos naturales que desde ya se consideren estratégicos, desde una perspectiva ambiental – como el agua- o económica – como los recursos minerales.

Conclusiones

Una nueva constitución para Chile requiere la incorporación de las bases constitucionales necesarias para lograr una transformación en la protección del medio ambiente y la naturaleza de acuerdo con la urgencia del problema ambiental actual (Kotze, 2015). Es necesario cambiar el modelo de desarrollo vigente de manera de transformarlo en uno que permita, por una parte, al Estado garantizar el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales y el derecho a

⁸⁹ Junto con ello se deberá también establecer las condiciones para hacerse cargo de los derechos adquiridos bajo la vigencia de la Constitución actual.

un medio ambiente adecuado, y por el otro, exija a los distintos actores relevantes asumir los deberes de protección ambiental indispensables para lograr tal objetivo. Incorporar ciertos principios, derechos y deberes ambientales y las bases de un régimen jurídico de propiedad de los recursos naturales que permita la estabilidad para el desarrollo y al mismo tiempo la suficiente flexibilidad para hacerse cargo de las características dinámicas que este tema involucra, son claves y una oportunidad única para nuestro país.

Referencias

Atria, Fernando y Salgado, Constanza, *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

de Armenteras Cabot, Marcos, “La aplicación de la doctrina del Public Trust en Estados Unidos: de la protección de los bienes comunes a la conservación del medio ambiente”, *Daimon Revista Internacional De Filosofía*, (81), 2020, pp. 131 - 143. <https://doi.org/10.6018/daimon.426551>

Galdamez, Liliana, “Constitución y Medio Ambiente. Algunas ideas para el futuro”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año VI, Nº9, Universidad de Chile, Enero-Junio 2018, pp. 72-92. <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/49745>

Guiloff, Matías y Moya, Francisca, «El derecho a vivir en un medio ambiente sano” en Pablo Contreras y Constanza Salgado, *Curso de Derechos Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 702-723.

Hervé, Dominique, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

Hervé, Dominique y López, Gianni, “El Medio Ambiente y el Desafío de una Nueva Constitución” en *La Hoja en Blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución*, Editorial La Pollera, Santiago, 2020, pp. 199-214.

Kotze, Louis, “The Conceptual Contours of Environmental Constitutionalism”, en *Widener Law Review*, Vol. 21, 2015, pp. 187-200.

Derechos de aguas en Constituciones del mundo⁹⁰

Redactado por: Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional UDP, 22 junio, 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las Constituciones los derechos y regulaciones del agua. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. Se clasifican los países de acuerdo al modo en que se expresan los derechos de aguas en las respectivas cartas magnas. Se observa que respecto de los derechos de aguas, las constituciones han establecido diferentes status de protección, desde considerarlos como derecho humano universal con prioridad de uso humano hasta la no mención del tema en el texto constitucional.

Palabras Clave: *Aguas, Derecho Humano, Caudal ecológico, Bien nacional, privatización*

La regulación Constitucional de las aguas

El agua representa un valioso recurso que ha sido conceptualizado como un bien de primera necesidad para la productividad y el desarrollo económico de las naciones. Esto, sin embargo, ha significado una serie de conflictos sobre todo en territorios habitados por comunidades y donde este recurso escasea. De ahí entonces, en un contexto donde estos conflictos se han agudizado en varias regiones del mundo es que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 65/292 “Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”⁹¹. De ahí la importancia de identificar el modo en que los diferentes textos legales constitucionales han expresado la protección de este recurso esencial para el ecosistema.

Para este análisis consideramos 10 países de Sudamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela) y 3 países de Europa mediterránea (Grecia, Portugal, España). De acuerdo con la revisión, se identifica la mención de 4 temas o dimensiones respecto de los derechos de aguas que, sin embargo, no son excluyentes entre sí: como derecho humano y de prioridad de uso humano, como bien de uso público, los derechos respecto de su uso por parte de particulares, y la sustentabilidad del caudal ecológico.

La tabla 1 a continuación muestra el modo en que los países mencionados considera estas dimensiones.

⁹⁰ Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

⁹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución general 64/292: El derecho humano al agua y saneamiento (página: 3). 28 de Julio 2010.

Tabla 1. Ítems de análisis y presencia en constituciones

G	Ítems	PAISES												
		Ar	Bol	Br	Ch	Co	Ecu	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	V e
1	DDHH Universal		X				X						X	
	Prioridad uso humano		X	X		X	X						X	
2	Bien Nacional		X	X			X					X	X	X
	Uso Público		X	X			X					X	X	
	Administración		P/C	P		P	P/C	P	P			P	P	P
3	Derechos a particulares				X									
	Regulación uso part.		X	X		X	X	X	X			X		
	Prohibición privatizar		X				X							
4	Sustentabilidad		X				X						X	X
	Caudal Ecológico		X				X							

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org
P: administración pública. C: administración comunitaria.

Un primer elemento para destacar es que las constituciones revisadas incluyen diferentes niveles y cantidad de regulación sobre el agua. Tenemos a países como Argentina y Paraguay que no hacen referencia alguna a este recurso. Hay países intermedios como Uruguay o Brasil que hacen referencia a algunos elementos importantes como la prioridad para uso humano o el ser un bien nacional. Por el otro lado tenemos a países como Bolivia o Ecuador que incluyen múltiples artículos destinados a regular el uso de este recurso. A continuación, se ofrece un análisis descriptivo tomando como punto de partida cada ítem. Ahí se analiza el significado de dicho elemento, los países que lo incluyen y la forma en que lo hacen.

G1: El agua como derecho humano y prioridades de uso

Bolivia, Ecuador y Uruguay incluyen apartados constitucionales donde refieren explícitamente a que el acceso al recurso hídrico es un derecho humano universal. Para el caso particular de Bolivia, la constitución incluye en su artículo 20, inciso 3 un texto que recita lo siguiente: “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”. Por su parte, la Constitución de Ecuador en su sección 1, artículo 12 plantea “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.”. Finalmente, el artículo 47 de la constitución uruguaya: “El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.”.

El agua como derecho humano está presente en estas 3 constituciones de manera similar. Como veremos más adelante, para el caso particular de Bolivia esto deriva en una prohibición de cualquier tipo de concesión o privatización. Pero en términos jurídicos la consecuencia más inmediata de esta concepción del acceso al agua es el siguiente de los ítems seleccionados: prioridad en el uso humano.

Utilizamos acá el concepto de “uso” y no consumo porque el primero incluye tanto los hábitos de consumo en términos de digerir agua como también el uso de saneamiento. Derivado del agua como derecho humano fundamental entonces aparece tanto en Bolivia, Uruguay y Ecuador la prioridad del uso humano por sobre usos de tipo productivo. Pero este derecho también aparece en las constituciones de Colombia y Brasil. El primero de estos países sigue una línea bastante clara y explícita tal como lo hacen Bolivia, Ecuador y Uruguay, asegurando en su artículo 357 que: “Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia.” Con esto, entonces, la Constitución asegura el acceso humano universal al agua, y sólo una vez que esto se concrete entonces se puede pensar en otros tipos de uso. El Caso de Brasil es menos explícito, acá se habla de prioridad del “uso social” y se da sólo en distritos con problemas económicos o de escasez hídrica. Es un derecho que no operaría en todo el país⁹²

G2: Bien nacional de uso/dominio público

6 países reconocen al agua como bien nacional y, de ellos, 5 hacen hincapié en su condición de uso o dominio público. Entre ellos, Bolivia, Brasil, Ecuador, Portugal, Uruguay y Venezuela. Sólo este último no hace referencia explícita al uso/dominio público.

Ambos elementos (de uso y dominio) hacen referencia al rol que juega en el Estado, de acuerdo con la Constitución, en su regulación. Estos países hacen referencia explícita a que el agua es un bien nacional de uso/dominio público (a excepción de Venezuela) dejando claro que la administración de dicho recurso corre por parte del Estado. En el inciso I del Artículo 26, la Constitución de Brasil por ejemplo declara que “La propiedad de los Estados incluye: aguas superficiales o subterráneas, fluyentes emergentes y en depósitos”. De ahí que será rol de la Unión “establecer un sistema nacional de gestión de recursos de agua y definir criterios para otorgar derechos para su uso” (Art. 21, XIX, Constitución de Brasil). Portugal, en su artículo 84 1.a plantea que pertenecen al dominio público “Las aguas territoriales con sus lechos y fondos marinos contiguos, así como los lagos, lagunas y cursos de aguas navegables o fluctuables, con sus respectivos lechos.” De ahí que las facultades de su regulación pertenezcan al Estado o a las comunidades autónomas. En la misma línea, Uruguay en su artículo 47 n°2 plantea “Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.”

De ahí entonces que en todos estos países la administración del agua sea pública. Acá se agregan 2 países: España y Grecia. Estos, a pesar de que no hacen referencia explícita a que el agua es un bien nacional de uso/interés público, sí plantean que es deber del poder público regular su uso y otorgamiento a privados. Son de particular interés acá los casos de Bolivia y Ecuador, cuyas constituciones plantean que la administración del agua es primordialmente pública, pero también comunitaria. Aunque no se explicita bien a qué refiere, Ecuador reconoce en su Constitución las figuras de lo público, de lo privado y de lo comunitario, de ahí que son estas tres entidades las que son objeto de derechos y deberes en la carta magna. Para el caso de las aguas, en el artículo

⁹² Para más información revisar sección IV, §2°, numeral IV de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

18 se plantea en primer lugar “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos.”. Más adelante, en el mismo artículo se asegura “La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.” De ahí entonces que la administración del agua sea tarea tanto pública como comunitaria, pero no privada. En Bolivia la realidad es parecida: En el artículo 309 se plantea que la administración del agua es estatal, pero se puede canalizar a través de entidades comunitarias: “Administrar los servicios básicos de agua potable y alcantarillado directamente o por medio de empresas públicas, comunitarias, cooperativas o mixtas.”.

G3: Regulación de usos y derechos particulares

La realidad en torno a los usos y derechos de particulares sobre las aguas es diversa. Como muestra la tabla 1 esto aparece en la mayoría de las constituciones revisadas y lo hace en 3 dimensiones: (1) otorgar derechos a privados, (2) regular los usos de particulares (3) prohibir las concesiones o privatización.

Para el primer caso el país emblemático es, precisamente, Chile que en su Constitución hace referencia sólo una vez a la regulación de las aguas y lo hace para asegurar el otorgamiento de derechos de aprovechamiento a privados: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;” (Artículo 19, n°24. Constitución Política de la República de Chile). Para el segundo caso encontramos países europeos y latinoamericanos. Están países como España o Grecia que también hacen alusión sólo una vez a la regulación de aguas, también incluyen lo privado, pero para dar cuenta de que, a pesar de que son bienes concesionables, deben someterse a regulación pública. En la Constitución española, el Estado tiene competencia exclusiva sobre “La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma” dando cuenta entonces del derecho a la concesión a particulares, pero sometida en primer lugar al poder de la comunidad autónoma y en caso de discurrir por más de una comunidad al Estado y poder central. El caso de Grecia es similar: “Se regularán por leyes especiales las materias relativas a la propiedad y la concesión de las minas de metales, canteras, grutas, lugares y tesoros arqueológicos, aguas minerales, corrientes y subterráneas, y de la riqueza del subsuelo en general.” (Art. 18, n°1. Constitución de Grecia).

Para el segundo caso también encontramos a Colombia, cuya Constitución en su artículo 357 – citado más arriba – plantea explícitamente que el uso de particulares y con fines extractivos sólo será posible una vez lograda la máxima del acceso universal al agua. En Brasil se hace referencia a los usos extractivos en territorios indígena, siendo bastante explícito que en estos casos es el Congreso quien tiene las facultades para otorgar permisos de extracción de aguas: “autorizar la explotación y uso de recursos de agua, la prospección y minería de riquezas minerales en en tierras indígenas;” (art. 49, numeral XVI, Constitución República Federativa de Brasil). Algunas constituciones regulan el uso particular de las aguas, pero a la vez prohíben toda forma de privatización o concesión de ellas. Bolivia y Ecuador componen a este grupo que aglomera los puntos (2) y (3) de este apartado de análisis. En su artículo 282, la Constitución ecuatoriana plantea “Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes.” Similar ejercicio realiza Bolivia, cuyo artículo constitucional 20 en su numeral 3 recita: “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no

son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.” Ahora bien, esto no significa que no exista el derecho a usos productivos o particulares, más bien da cuenta que en estos países los usos económicos del agua no pueden estar por sobre el acceso humano a esta. Para el caso de Ecuador: “Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.” (art.318, Constitución ecuatoriana).

G4: Sustentabilidad y usos ecológicos

Al igual que en la mayoría de los ítem acá revisados, respecto a sustentabilidad y usos ecológicos Bolivia y Ecuador son quienes más hacen referencias. Se suma a la lista esta vez Uruguay y Venezuela.

Respecto a usos ecológicos, Bolivia plantea la necesidad de crear servidumbres ecológicas tanto para el caso de tierras como de aguas que estén sobre explotadas. Para el caso de las aguas esto es el símil a lo que en otros textos jurídicos se conoce como caudal ecológico, esto es, asegurar un nivel de agua en la cuenca que permita y garantice la vida natural y el equilibrio ecológico que sostiene. Bolivia lo plantea del siguiente modo “La ley determinará las servidumbres ecológicas y la zonificación de los usos internos, con el fin de garantizar a largo plazo la conservación de los suelos y cuerpos de agua.” (Art.389, II. Constitución de Bolivia). En Ecuador “El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas” recita el artículo 318, haciendo referencia explícita a la figura de los caudales ecológicos.

De acuerdo con la Constitución, la política de aguas de Uruguay está basada en “a gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general.”. Para el caso Venezolano, el artículo 304 recita al respecto: “Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.” En ambas constituciones entonces está la figura del ciclo hidrológico, conceptualizando el agua como un recurso cuya importancia radica incluso más allá del consumo y acceso humano; es constitutiva de la vida en todas sus formas.

Síntesis

La realidad sobre el reconocimiento de derechos y formas de regulación del uso de las aguas en los países seleccionados muestra diversos niveles que van desde casos donde existe mayor densidad en la protección de derechos hasta casos donde no aparece mencionado el tema. Bolivia y Ecuador representan dos países con mayor mención a la protección de derechos de agua. Otro conjunto de países que presentan un nivel intermedio de reconocimiento (Brasil, Uruguay, Portugal, Colombia y Venezuela) pero que tiende a reconocerlo como un bien nacional y a destacar la administración pública del recurso. A continuación, España y Grecia que destacan el tipo de administración y la regulación del uso de particulares. A continuación, se ubica Chile que solo enfatiza la protección de derechos de los particulares, y finalmente Argentina, Paraguay y Perú que no hacen mención al tema en los textos constitucionales.

Tabla 2. Cuadro Resumen. Derechos de agua en Constituciones de países seleccionados.

	A	B	B	C	C	E	E	G	P	P	P	U	V
	r	o	r	h	o	c	s	r	a	e	o	r	e
DDHH y uso prioritario humano		X				X						X	
Bien Nacional y/o uso público		X	X			X					X	X	X
Administración pública/comunitaria		X	X		X	X	X	X			X	X	X
Regula uso de particulares		X	X		X	X	X	X			X		
Protege derechos de particulares				X									
Prohíbe privatización		X				X							
Sustentabilidad		X				X						X	X
Caudal Ecológico		X				X							

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

Además, vimos casos interesantes como el de Brasil o Portugal que declaran el agua como bien nacional de administración estatal y otros, como Ecuador o Bolivia, que suman la figura de la regulación comunitaria como administrador público con competencias similares al estado. Adicionalmente, aparecen los derechos de particulares sobre las aguas, así como también la regulación de los usos productivos. Destaca acá el caso de Chile cuyo único artículo que aparece en la constitución referido a las aguas asegura los derechos sobre particulares, los casos de España y Grecia que dan cuenta de las posibilidades de concesión, pero siempre supeditado al poder público. Finalmente, aparecen nuevamente Ecuador y Bolivia como países en cuya constitución aparece estampada la prohibición a cualquier forma de privatización del agua lo cual, no obstante, no significa que no pueda haber acción privada o usos productivos. Todo ello está, pero tiene mayor regulación estatal. El último apartado habla de la sustentabilidad y usos ecológicos, cosa que aparece poco en las constituciones revisadas. Acá nuevamente Bolivia y Ecuador llevan la delantera, pero se suman Uruguay y Venezuela asegurando la prevalencia de ciclos hidrológicos naturales.

La realidad del reconocimiento de derechos de aguas es divergente en los países. Acá, sin embargo, se revisó únicamente lo que atañe al agua en términos constitucionales. De ahí entonces que es importante mencionar que su regulación no es materia exclusivamente constitucional. Esto quiere decir que, a pesar de la mayor o menor presencia de materias de aguas en la carta magna, existen otros tipos de regulaciones como los códigos de aguas que habría que revisar con mayor profundidad para dar cuenta de la regulación de los usos y derechos en torno al recurso hídrico.

Bibliografía de interés

Atria, F., & Salgado, C. (2015). *La propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.

Banco Mundial (2011). *Chile: diagnóstico sobre la situación de los recursos hídricos*. Santiago.

Banco Mundial (2013). *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Santiago.

Fernández, J (2019). *El agua ¿Bien nacional de uso público? Derechos de aprovechamiento, usos consuetudinarios y propiedad privada de cara a una reforma al Código de Aguas de 1981*. Documento de trabajo ICSO n°54.

INDH. (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2013*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Mathus, M., & Andino, M. (2007). *Uso de las aguas públicas y privadas*. Derecho y administración de aguas (1), 177-220

Naciones Unidas. (2010). 64/292. *El derecho humano al agua y saneamiento.*, (págs. 1 - 3).

Vergara Blanco, A. (1998). *Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los Derechos de Aprovechamiento de aguas*. Estudios Públicos (69), 155-205.

Verges, J. (2010). *Síntesis del diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos: primer borrador. Informe preparado para el diagnóstico de la gestión de los recursos Hídricos*. Santiago.

El agua en la Nueva Constitución

Por: Constanza Salgado Muñoz, PhD en Derecho Universidad de Edimburgo, profesora asistente en UAI

Introducción

El agua es un recurso natural escaso y fundamental. Es fundamental para la vida humana, para la preservación del medio ambiente y los distintos ecosistemas, y para múltiples procesos productivos. Además de esencial, el agua es un recurso cada vez más escaso: su escasez no solo se debe a su multifuncionalidad, sino que también al aumento de la población, y en gran parte, a un desarrollo económico que no ha tenido muchas consideraciones con su sustentabilidad y preservación. El cambio climático, por otra parte, inevitablemente agudizará la escasez hídrica a nivel global, lo que volverá aún más intensa la competencia por el agua.

En este contexto, se hace imprescindible una regulación que sea sensible al problema de la escasez, y no solo considere la dimensión económica de este recurso. Esto exige, como primer paso, repensar el estatus del agua a nivel constitucional.

En esta minuta se aborda el tratamiento que la Constitución de 1980 hace del agua y luego las distintas posibilidades que una nueva constitución ofrece en la materia.

El agua en la constitución de 1980

La Constitución de 1980 toma dos decisiones en relación al agua. El punto de partida se encuentra en la disposición contenida en el artículo 19 N° 23 inciso primero, conforme al cual: “La Constitución asegura a todas las personas: [...] 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”.

Como se puede ver, esta disposición constitucional distingue entre dos clases de bienes: los bienes susceptibles de propiedad privada, cuya libertad de apropiación se encuentra protegida por la constitución, y los bienes que no pueden ser apropiados y, por ende, no son objeto de propiedad privada. Según la Constitución, a esta última clase de bienes pertenecen (1) los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres⁹³ y (2) los bienes que “*deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así*”. La Constitución, sin embargo, no señala qué bienes pertenecen a esta última categoría, ni cuáles son sus características ni cuál es su régimen. Para ello hay que ir a la ley. Conforme al Código Civil, las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, son “bienes nacionales de uso público” o “bienes públicos”, toda vez que “pertenecen a la nación” y, además, “su uso corresponde a todos sus habitantes” (art. 589 CC). En seguida, el mismo Código Civil declara, en su artículo 595, que “[l]as aguas son bienes nacionales de uso público”. Desde la óptica constitucional, esto significa que las calles, plazas, puentes, caminos, y *también el agua* no son bienes privados que puedan ser apropiados (ya que *una ley ha declarado que deben pertenecer a la nación toda*).

⁹³ En esta categoría se encuentran los bienes que no están sujetos a la soberanía estatal, como por ejemplo, el alta mar.

Los *bienes públicos* o *bienes nacionales de uso público* son bienes cuyo titular es el Estado, pero en nombre de la nación. Los bienes públicos, entonces, no son propiedad privada del Estado. Como se trata de bienes que pertenecen a la nación y cuyo uso corresponde a todos sus habitantes, el Estado si bien es titular de ellos (como personificación jurídica de la nación), tiene el deber de gestionarlos de acuerdo al *interés general*. Por esto, la propiedad de la cual el Estado es titular es una propiedad pública, es decir, es una propiedad que pertenece al dominio público. Esto quiere decir que la propiedad que recae sobre los bienes públicos tiene un contenido fundamentalmente distinto al de la propiedad privada, ya que, a diferencia de esta, los bienes públicos están afectos, de manera *directa*, a la realización del interés general (Atria y Salgado 2016; Thompson 2011).

Ahora bien, el que el “uso” de estos bienes “pertenezca a todos los habitantes de la nación”, tal como señala el Código Civil, no significa necesariamente que todos los habitantes deben poder utilizarlos en cualquier momento o que no sea admisible que existan usos exclusivos y excluyentes. En muchos casos es necesario establecer reglas que regulan el acceso y el uso de un bien por razones de orden económico, seguridad en el uso, sustentabilidad u otras razones de diversa índole. Así también, el hecho de que se concedan usos o aprovechamientos privativos sobre dichos bienes no necesariamente pugna, en principio, con su carácter público. Lo importante es que dichos usos o aprovechamientos privados se dirijan a realizar la finalidad pública a la que responde el bien público en cuestión (Atria, Salgado 2016). Sin embargo, como el Estado tiene la obligación continua de administrar los bienes públicos con fines de interés general, éste siempre tiene la autoridad para reasignarlos y modificar las reglas de gestión en respuesta a condiciones cambiantes, nueva información u otras consideraciones relevantes (Thompson 2011).

La regulación legal de las aguas, sin embargo, es inconsistente con su carácter de bien público⁹⁴. Dicha regulación, establecida en 1981 sin discusión pública ni aprobación democrática, buscó conscientemente crear un régimen propietario que permitiera un mercado de derechos de agua. Esto se constata cuando se observan los aspectos esenciales del régimen de los derechos de aprovechamiento. En primer lugar, los derechos de aprovechamiento permiten a sus titulares “usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a las que tienen derecho a su entera libertad” (Vergara 1998, 314). Esto significa que estos derechos pueden ser libremente transferidos, a través de negociaciones típicas de mercado. De hecho, como señala el mismo Vergara, el Código de Aguas “no establece ni una sola línea ni un solo artículo en relación a los ‘efectos colaterales’ de la transferencia” (Vergara 1998). No existe, así, regulación alguna para el mercado de los derechos de aprovechamiento⁹⁵. En segundo lugar, la ley da a las personas total libertad para pedir derechos de aprovechamiento con el objeto de destinar las aguas a las finalidades que deseen. Tal y como señala el artículo 149 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento no quedan en modo alguno condicionados a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio pueden destinarlos a los fines que estimen pertinentes. En tercer lugar, los titulares

⁹⁴ De hecho, la regulación legal de las aguas es diametralmente opuesta a la regulación de otros bienes del dominio público. Obsérvese, por ejemplo, el art. 36 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que señala: “Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos / Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

⁹⁵ No existen, por ejemplo, reglas que pretendan mitigar las externalidades negativas que las transferencias pudieren causar.

de derechos de aprovechamiento de aguas no están sujetos a ningún impuesto o tarifa por la titularidad o uso de las aguas. Por lo tanto, la obtención y utilización de dichos derechos es totalmente gratuita. Finalmente, los derechos de aprovechamiento son derechos perpetuos y no operan causales de caducidad por su no uso o su uso indebido.

Esta estructura regulatoria ha sido puesta, con razón, en cuestión: en ella el agua es un bien de consumo como cualquier otro y el mercado aparece como el único instrumento relevante de gestión de las aguas. Esto es incompatible con el carácter de bien público del agua, que no solo tiene un fin económico, sino que también social, cultural y ecológico⁹⁶. Tal y como señala Carl Bauer, en un párrafo que merece ser citado en toda su extensión: “el modelo chileno de gestión del agua tiene una rama económica fuerte y dos ramas sociales y ambientales débiles, lo que lo hace un modelo desequilibrado. Las ramas sociales y ambientales no pueden fortalecerse sin debilitar la rama económica, lo que, al menos en Chile, es política y constitucionalmente difícil [...] Debido a que el enfoque chileno que gestiona el agua como un bien económico pone todo el énfasis en el agua como un bien privado y como un producto comercializable, es muy difícil reconocer o hacer cumplir los otros aspectos que caracterizan al agua como un bien público” (Bauer 2004, 133)⁹⁷.

En efecto, como se ha visto, la regulación actual se encuentra fuertemente desbalanceada hacia el fin económico, en perjuicio de los otros fines a los que el agua sirve. Por eso, una regulación de las aguas que tenga en cuenta estos otros fines aparece como necesaria. El problema, sin embargo, es que como Bauer señala, esto es política y constitucionalmente difícil. El Estado, como titular de las aguas en nombre de la nación, pareciera no tener la autoridad para hacerlo.

La razón es que la Constitución de 1980 toma una segunda decisión en relación a las aguas. El artículo 19 N° 24, que consagra el derecho de propiedad privada, establece en su inciso final que “[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Esta norma constitucional podría entenderse como redundante. En efecto, tanto el artículo 19 N° 24 como también la generalidad de las constituciones, protegen la propiedad que recae sobre derechos de contenido patrimonial, como indudablemente lo son los derechos de aprovechamiento concedidos bajo la regulación vigente (Guiloff y Salgado 2020). Sin embargo, la propiedad que recae sobre derechos constituidos sobre bienes del dominio público, como es el caso de las aguas, no se encuentra protegida con la misma fuerza que la propiedad que recae sobre bienes del dominio privado. Esto significa que la libertad que tiene el legislador para modificar el régimen de los derechos de aprovechamiento (en busca de la realización del interés general) es mucho mayor que la libertad que tiene cuando se trata de derechos que recaen sobre bienes privados (Atria y Salgado 2016).

El inciso final del artículo 19 N° 24 tiene sentido (y no sería redundante), entonces, si se lo entiende de la siguiente forma: (1) como una declaración de que la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento será protegida en la misma medida que la propiedad sobre bienes privados; (2) como una declaración que impide al legislador modificar el régimen de los derechos

⁹⁶ Si bien la estabilidad de los derechos puede contribuir a un uso eficiente de los recursos, la perpetuidad y la ausencia de obligación de uso efectivo de los derechos no necesariamente producen mayor eficiencia en la utilización del agua. Desde la perspectiva económica, la regulación chilena ha sido criticada porque incentiva el acaparamiento y la especulación.

⁹⁷ En el mismo sentido, Dourojeanni y Jouravlev (1999).

de aprovechamiento no solo respecto a los derechos ya constituidos, sino que también respecto a los que se constituyan en el futuro⁹⁸. Visto desde esta perspectiva, el artículo 19 N° 24 inciso final hace intangible la regulación de 1981, incluso para el legislador. Esta es la razón por la cual puede sostenerse que esta segunda decisión que toma la constitución de 1980 en relación a las aguas en alguna medida niega la primera (contenida en el art. 19 N° 23).

Las distintas posibilidades que ofrece una Nueva Constitución

Una nueva constitución ofrece varias posibilidades en materia de aguas. En primer lugar, la Constitución podría no hacer ninguna explícita mención a la propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas y podría contener una disposición similar a la del artículo 19 N° 23, que como vimos, declara que los bienes que la ley declare como “públicos” no pueden ser apropiados. La nueva constitución, sin embargo, podría no dejar dicha declaración a la ley, sino que consagrar expresamente a las aguas como parte del dominio público. Una declaración constitucional de tal índole, de que el agua es un bien público o de que forma parte del dominio público, supone entender, como se ha señalado, que se trata de un bien o una propiedad que está directa e inmediatamente vinculada al interés general.

Sin embargo, la nueva constitución podría también ir más allá y establecer mandatos específicos al legislador. La constitución tiene fuerza normativa y, por ende, una futura disposición constitucional que incluyera mandatos específicos y principios orientaría o bien dirigiría al Estado en la regulación de las aguas y en las futuras modificaciones legislativas en esta materia.

En este punto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es obligada referencia. En efecto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, el cual se ha caracterizado por procesos participativos de enmienda y reemplazo constitucional, ha incorporado sendas disposiciones en relación al carácter de bien público de las aguas. Así, por ejemplo, la constitución de Ecuador de 2008 declara, en su artículo 318, que “el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria”, y en su artículo 411, que “el Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”. La Constitución de Bolivia de 2007, a su vez, declara en su artículo 349 en concordancia con el artículo 348, que el agua es “de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo” y luego en su artículo 352, que su explotación en determinado territorio “estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada”.

⁹⁸ Es por esto que dicha disposición ha sido invocada constantemente en la discusión pública y legislativa con el objeto de impedir reformas al Código de Aguas que buscaban establecer límites al régimen de los derechos de aprovechamiento más arriba descrito con el objeto de hacer la regulación de las aguas más inmediatamente sensibles al interés público.

Como se puede observar, estas declaraciones constitucionales incorporan mandatos específicos en relación al régimen y gestión de las aguas. Dada la hegemonía neoliberal que ha caracterizado la discusión pública en esta y otras materias, parece conveniente que la disposición constitucional relativa a las aguas incorpore mandatos y principios que aseguren que el agua será tratada como el bien público que es. Así, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, la nueva constitución podría incluir un mandato en relación a (1) su preservación (para fines ecológicos y de consumo humano), (2) su gestión estatal bajo ciertos criterios (como, por ejemplo, de equidad, sustentabilidad, proporcionalidad), (3) la priorización en su otorgamiento y uso, en circunstancias de conflicto o escasez (por ejemplo, para consumo humano, la preservación de ecosistemas). También podría declararse que no existirá propiedad sobre las autorizaciones o derechos de usos privativos y que estos jamás tendrán carácter perpetuo.

Es importante notar aquí que una declaración que incluya mandatos y principios de esta índole es, en principio, disruptiva respecto al orden existente⁹⁹. Como vimos, dada la forma en que están configurados hoy los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, sus titulares gozan de propiedad sobre ellos. La pregunta, entonces, es en qué medida la regulación que modifique el régimen de las aguas en concordancia con la nueva constitución eventualmente podría privar a los titulares de derechos de aprovechamiento del derecho de propiedad que tienen sobre ellos. Por supuesto, la respuesta a esta pregunta dependerá de los alcances de la nueva regulación legal de las aguas. Una respuesta exhaustiva excede también los alcances de esta minuta. Sin embargo, algo debe decirse en relación a las implicancias que una futura modificación a la regulación vigente pudiere tener en relación a los derechos de aprovechamiento. A este respecto, dos consideraciones generales. En primer lugar, una regulación que modifique el régimen de los derechos de aprovechamiento, contemplando, por ejemplo, causales de caducidad (por su no uso o uso indebido), nuevas cargas o condiciones para los titulares de los derechos ya constituidos, limitaciones a la libertad de transferencia de los derechos de aprovechamiento y/o obligación de uso efectivo del agua, no supondría una privación del dominio de los derechos de aprovechamiento, sino solo limitaciones legítimas a dicha propiedad, justificables en atención al carácter público del bien sobre el que estos derechos recaen (Atria y Salgado 2017). Por eso, podría ser pertinente una declaración constitucional que establezca que los derechos de aprovechamiento ya constituidos podrán ser *limitados* en atención al fin de interés general al que el agua está afecta.

En segundo lugar, es importante señalar que una legislación que fuera más allá podría significar la *privación parcial o total* de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento existentes. En este caso, correspondería compensar a los titulares por dicha privación (expropiación). Sin embargo, existen buenas razones para sostener que solo se ha de indemnizar en la medida y hasta el monto en que el titular sea privado de aguas que efectivamente utiliza en sus procesos productivos y por el perjuicio que le causa dejar de utilizarlas. La razón es que, como vimos, los derechos de aprovechamiento recaen sobre bienes del dominio público y estos nunca tienen como fin directo ni menos como fin buscado, el enriquecer a sus titulares. Asimismo, la determinación del monto de la indemnización no necesita ser equivalente al valor de mercado de dichos derechos. Atendido el carácter de bien público, es del todo adecuado pensar que, tal como señala la constitución alemana, la indemnización debiera fijarse considerando, en forma

⁹⁹ Lo que no significa que una disposición constitucional que incluya estos mandatos y principios deroga inmediatamente la normativa legal existente.

equitativa, los intereses de la comunidad y de los afectados¹⁰⁰. Por esta razón, sería pertinente establecer expresamente, a nivel constitucional, que la privación parcial o total de los derechos de aprovechamiento constituidos da derecho a indemnización, pero que esta debe considerar no solo el valor de mercado del bien, sino que también el interés general de la comunidad.

El acceso al agua como derecho

Hemos visto en el apartado anterior que la nueva constitución podría declarar expresamente a las aguas como bien público y que también podría complementar dicha declaración con mandatos y principios que reafirmen lo que ya está implícito en el reconocimiento del agua como bien público. En una importante medida estos mandatos y principios pretenden asegurar la preservación y la priorización del agua para el *consumo humano*. Solo así el Estado podría dar acceso a agua potable a todas las personas.

El acceso al agua es hoy reivindicado como un *derecho*, tanto a nivel constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no consagra un derecho humano al agua de manera independiente, éste se entiende vinculado a ciertos derechos sociales y económicos consagrados en los tratados de derechos humanos. Así lo afirma la Observación General N° 15 de 2002 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según la cual, el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. De acuerdo a la Observación General N° 15, el derecho al agua debe entenderse reconocido como parte constitutiva del derecho a un nivel de vida adecuado y al derecho al más alto nivel posible de salud, ambos consagrados respectivamente en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como indica este documento, el derecho al agua junto al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas, se encuadra en la categoría de los derechos indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado.

Esta posición ha sido formalmente reiterada en 2010, cuando la Asamblea General de la ONU adopta la resolución 64/292 sobre el derecho al agua y al saneamiento, en la cual explícitamente afirma que “[r]econoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. La resolución también reafirma que el derecho al agua y al saneamiento no es un derecho nuevo para el derecho internacional, toda vez que ya existía indisolublemente ligado a otros derechos sociales y económicos, y en especial, como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado.

A nivel constitucional, un número creciente de estados ha incluido en sus constituciones disposiciones que reconocen expresamente el acceso al agua como un derecho. En la mayoría de los casos esto ha sucedido en el contexto de redacción de nuevas constituciones. En esta materia, Sudáfrica es pionera, ya que luego del fin del apartheid, reconoce en su nueva constitución de 1997, que toda persona tiene derecho a acceder a “suficiente alimento y

¹⁰⁰ En este mismo sentido, la constitución sudafricana, establece que "el importe de la indemnización y el tiempo y modo de pago debe ser justo y equitativo, reflejando un equilibrio equitativo entre el interés público y los intereses de los afectados, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes" (art. 25) y la colombiana que la indemnización "se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado" (art. 58).

*agua*¹⁰¹. Lo mismo se observa en las nuevas constituciones de países latinoamericanos, redactadas con alta participación ciudadana durante el siglo XXI. Así, la constitución de Ecuador declara que “*el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida*” (art. 12) y luego reconoce y garantiza a todas las personas “*el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios*” (art. 66). La Constitución de Bolivia, por su parte, declara de manera lapidaria que “*toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación*” (art. 16). Notable es el caso de Uruguay, que luego de un plebiscito en 2004 cuyo objeto era preguntar a la ciudadanía si apoyaba o no una reforma constitucional en materia de acceso al agua, incorpora en la constitución un nuevo artículo que señala que “*el agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales*” (art. 47).

Puede entenderse que el desarrollo social y cultural que los países europeos han alcanzado no haga necesaria una consagración expresa del derecho al agua en sus constituciones. Sin embargo, la herencia colonial que comparte Latinoamérica y África y el crudo neoliberalismo impuesto en Chile durante la dictadura provee de un contexto que hace justificable una consagración expresa del derecho al agua. Siguiendo esta línea, Chile podría reconocer expresamente el derecho al agua ya sea (1) en la disposición que declare el agua como parte del dominio público (2) o como parte de los derechos que supone el derecho a una vida digna (3) o bien de manera independiente. El derecho al agua sea expresamente o implícitamente reconocido, es un derecho social. Es decir, supone prestaciones positivas por parte del Estado que permitan su realización. Qué tipo de prestaciones suponen el derecho social al agua, es algo que en gran parte quedará sujeto a la deliberación democrática.

Bibliografía

1. Atria, Fernando Salgado, Constanza (2016) *La Propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de las Aguas en Chile* (Santiago: Thomson Reuters)
2. Barton H. Thompson (2011) “Water as a Public Commodity”, en 17 *Marquette Law Review*.
3. Bauer, Carl (2004) *Siren Song: Chilean Water Law as a Model for International Reform* (Washington, DC: Resources for the Future)
4. Chirwa, Danwood (2020) “Access to Water as a New Right in International, Regional and Comparative Constitutional Law”, en *The Cambridge Handbook of new Human Rights* (Cambridge: Cambridge University Press).
5. Dourojeanni, Axel y Jouravlev, Andrei (1999) *El Código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad, Serie N° 3, CEPAL*.
6. Guiloff, Matías y Salgado, Constanza (2020) “El derecho de propiedad”, en *Curso de Derecho Fundamentales. Parte Especial* (Tirant lo blanch).

¹⁰¹ Así también, la constitución de Kenia de 2010, declara que todas las personas tienen derecho a “agua limpia y potable en cantidad adecuada” (artículo 43 N°1 d) y la constitución de Uganda de 1995 que establece que se “garantizará que todos disfruten derechos y oportunidades y acceso a educación, servicios de salud, agua limpia y segura, trabajo, vivienda digna, ropa adecuada, seguridad alimentaria y pensiones y beneficios de jubilación (artículo 14 b).

7. Jorge Aranda Ortega (2016) "Entre el mercado y el Derecho Humano: la regulación de las aguas desde la autogestión y desde el proceso administrativo Chile", *Revista de Direito Sectorial e Regulatorio (Brasilia)* 2, N° 1.
8. Vergara, Alejandro (1998) *Derecho de Aguas* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Discapacidad en constituciones del mundo¹⁰²

Por Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional, 25 de junio

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las constituciones las diferentes concepciones, definiciones y medidas en torno a la protección, integración y/o rehabilitación de personas con discapacidad. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. La metodología que sigue esta minuta es inductiva, es decir, de la revisión sistemática de las constituciones infiere categorías y derechos que emergen para agrupar a los países de acuerdo a la presencia o ausencia de ellos.

Palabras clave: *Seguridad social, rehabilitación, integración, prevención, discriminación.*

El derecho de las personas con discapacidad

Existe un largo registro de diferentes conceptualizaciones que han existido en torno a la discapacidad a lo largo de diferentes épocas y en diferentes culturas. Hoy, sin embargo, y a diferencia de épocas anteriores, el paradigma más aceptado en torno a este fenómeno se asocia con el de los derechos: las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las personas sin discapacidad y, en tanto tal, debe existir un cuerpo político que proteja dichos derechos (Atademo & de Souza, 2016). Y es que las definiciones han cambiado, pues se pasó de entender la discapacidad como un término general que abarca deficiencias físicas de la personas a incluir las restricciones que pueden afectar a estos sujetos a la hora de ejecutar acciones o tareas esenciales. Esta segunda dimensión es de tipo social y hace referencia a las características de la sociedad en que se vive¹⁰³. De ahí entonces que la OMS ha hecho un llamado sistemático a evaluar las políticas vigentes y servicios actuales, poner como prioridad la reducción de desigualdades que surgen de la situación de discapacidad y realizar cambios en los marcos político-legislativos. El llamado, entonces, es a los Estados a fortalecer la inclusión de personas con discapacidad.

El acento se ha puesto en temas como el acceso a servicios, integración, rehabilitación y asistencia. A partir de estos antecedentes entonces la presente minuta indagó en este y otros temas ligados a la discapacidad desde una perspectiva constitucional ¿Qué países han incluido a la discapacidad y algunas de sus dimensiones en la Constitución? ¿Qué dimensiones se incluyen? La tabla 1 a continuación muestra las dimensiones encontradas en los cuerpos constitucionales revisados.

Un primer elemento a destacar es que hay sólo dos constituciones que no hacen mención alguna a discapacidad en la Constitución. Es el caso de Chile y Uruguay.

Todos los demás países hacen alguna mención al tema. A continuación, se indaga en profundidad en algunas de ellas.

¹⁰² Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

¹⁰³ Para más información visitar <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>

Tabla 1. Dimensiones de la discapacidad en constituciones

Referencias	PAISES												
	Ar	B o	Br	C h	C o	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	P o	Ur	V e
Discapacidad Mención	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X		X
Seguridad social		X				X							
Cobertura SS			X			X							
Rehabilitación		X	X				X		X		X		
Integración		X	X			X	X		X	X	X		X
Discriminación		X	X			X							
Lenguaje		X											X
Educación					X				X		X		

Fuente: constituteproject.org

Mención a la discapacidad

11 de las constituciones revisadas mencionan algún grado de protección de la situación de discapacidad de los ciudadanos. **Argentina**, por ejemplo, plantea en su artículo 75, n°23, que corresponde al Congreso legislar medidas que “garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. Por su parte, **Colombia** va un poco más allá y utiliza otra nomenclatura. En su artículo 68 plantea que “(...) la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones espaciales del Estado”. **Grecia** plantea que “El Estado velará por la salud de los ciudadanos y tomará medidas especiales para la protección de la juventud, de la ancianidad y de los inválidos, así como para la asistencia a los indigentes.”. Finalmente, **Venezuela** en su artículo 81 plantea que “Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria”.

Cobertura de la discapacidad y rol del Estado

Si bien existe mención de la discapacidad en las constituciones revisados, en términos generales no queda claro cómo se va a llevar a cabo la cobertura de las necesidades de las personas con discapacidad. Tal como muestra la tabla 1, algunas constituciones lo hacen incluyendo a la discapacidad como una necesidad cubierta en la seguridad social. **Bolivia**, por ejemplo, en su artículo 45 numeral 3, indica que “El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales” dando cuenta hacia el final de la discapacidad. En **Ecuador** el foco está puesto en las personas y familiares encargados de cuidar a personas con discapacidad: “Las personas y las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención.” (Art. 49). En **Brasil** se incluye a la discapacidad como una necesidad cubierta por la seguridad social¹⁰⁴ “La seguridad

¹⁰⁴ Para más detalles sobre seguridad social en constituciones revisar minuta “Seguridad social en constituciones del mundo”

social se organizará en forma de régimen general (...) y preverá según lo define la ley: I. cobertura de los eventos de enfermedad, discapacidad, fallecimiento y edad avanzada” (Art. 201).

Para otros países el foco de la discapacidad está en la prevención, tratamiento y rehabilitación, y el actor principal en este cometido es, precisamente, el Estado. La Constitución de **Portugal**, por ejemplo, da un papel primordial al Estado: “El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración, de los ciudadanos discapacitados (...)” (Art. 71[2]). **España**, de forma similar, plantea que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.” (Art. 49). Misma dirección que siguen **Paraguay y Brasil**, cuyas constituciones, en sus artículos 58 y numeral 4 del artículo 203 respectivamente plantean: “El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran.”; “capacitación y rehabilitación de los discapacitados y promoción de su integración en la comunidad”

Discriminación, lenguaje y educación.

Unas cuantas constituciones van incluso más allá y atacan directamente el problema de la discriminación hacia personas con algún grado de discapacidad. Para ello en primer lugar se prohíbe toda forma de discriminación contra personas con discapacidad, para luego ir a problemas más específicos como lo son el lenguaje (de señas por ejemplo) y la educación.

Brasil hace mención directamente a la discriminación laboral que puedan sufrir las personas con discapacidad: “(...) los siguientes derechos se enfocan en los trabajadores urbanos y rurales: XXXI. La prohibición de cualquier discriminación en relación a salario y a criterios de contratación para trabajadores con discapacidades;” (Art. 7[XXXI]). Otros países son más genéricos y apuntan a la discriminación más general. **Bolivia** plantea que “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de (...) discapacidad” (Art. 14 [2]). Similar a lo que ocurre en **Ecuador**, que en su constitución suma a la discapacidad con una serie de situaciones que pueden derivar en discriminación “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad” (Art.11 [2]).

De ahí entonces que en algunos países el Estado ofrece, entre otras cosas, una educación integral que apunta precisamente a la integración de personas con algún grado de discapacidad. **Paraguay** plantea “Se garantizará a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.” (Art. 58). En **Ecuador** “Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: 8.- La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos.” (Art. 47 [8]).

En vista de fomentar la no discriminación y la creación de espacios seguros e inclusivos, algunos países incluyen también políticas de lenguaje. Venezuela, en su artículo 81, plantea que “(...) Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana.”. En la misma dirección **Bolivia** obliga a los medios de comunicación la inclusión de lenguaje alternativo para personas con discapacidad “Los medios de comunicación social deberán contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados.” (Art. 107 [1]).

Síntesis

La presente minuta indagó en las diferentes dimensiones referidas a discapacidad incluidas en 13 constituciones revisadas. Un primer hallazgo es que la gran mayoría de ellas al menos menciona a la discapacidad, sólo dos países, **Chile y Uruguay**, dejan afuera cualquier mención. Un segundo nivel integra a la discapacidad como necesidad cubierta por el sistema de seguridad social. Un tercer nivel obliga a los estados a adquirir un rol más preponderante en la rehabilitación e integración, como lo son los casos de **Portugal, España y Paraguay**. En un nivel más profundo, se atiende el problema de la discriminación hacia personas con discapacidad y se prohíbe toda forma de exclusión arbitraria. Para no quedarse sólo en la prohibición se avanza hacia elementos inclusivos como lo son la educación integral para personas con discapacidad e inclusión de lenguajes especiales en medios de comunicación.

Bibliografía de Interés

Banco Mundial. (2011). Informe mundial sobre la discapacidad 2011.

Dussan, C. P. (2004). Derechos humanos y discapacidad. Universidad del Rosario

Ferreira, P. F. A., & de Souza, G. A. (2016). La persona con discapacidad según las constituciones brasileñas de ayer y de hoy: políticas públicas, derechos y garantías fundamentales. *Revista Via Iuris*, (20), 29-50.

García, H. Á. (2017). La tutela constitucional de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, 1(100), 1027-1055.

Organización Mundial de la Salud (2011). Informe Mundial sobre la Discapacidad

Rodríguez, C. (2004) "Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS." *Revista electrónica de audiología*.

Villacis Defaz, B. D. L. Á. (2016). El Derecho Constitucional de Rehabilitación integral y el buen vivir de las personas con discapacidad visual (Bachelor's thesis, Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho).

Pueblos Indígenas en constituciones del mundo

Redactado por Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional, 15 de julio 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las constituciones diferentes dimensiones sobre reconocimiento de pueblos indígenas. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La metodología que sigue esta minuta es inductiva, es decir, de la revisión sistemática de las constituciones infiere categorías y derechos que emergen para agrupar a los países de acuerdo a la presencia o ausencia de ellos.

Palabras clave: *Pueblos indígenas, reconocimiento, autonomía, autodeterminación, multiculturalismo, intercultural, plurinacional.*

Derechos de los pueblos indígenas

Uno de los grupos que han sido más sistemáticamente excluidos desde la creación misma de los Estados-Nación americanos han sido los pueblos indígenas. Particularmente durante el siglo XIX a medida que los nacientes estado se expandían, lo hacían sobre territorios catalogados como vírgenes, pero que albergaban naciones, sociedad y culturas milenarias. Mediante procesos militares que en muchos casos terminaron con pueblos enteros exterminados, los estados nación americanos se fueron poco a poco consolidando como entes administrativos homogéneos en el contexto mundial. La lucha de los pueblos indígenas proviene, al menos, desde aquel entonces. Pasando desde procesos de exterminio y asimilación hasta la lucha más reciente por el reconocimiento. Una vez caídas gran parte de las dictaduras de finales del siglo XX, América Latina entra en lo que Van Coot (2000) va a denominar un “constitucionalismo multicultural”, esto es, una ola de reformas constitucionales que incluyó el reconocimiento de determinados derechos de los pueblos indígenas. Y esto responde particularmente a dos grandes motivos: (1) en primer lugar la lucha mancomunada de las naciones indígenas del continente que, una vez dejado atrás el paternalismo de los movimientos de izquierda que asimilaban la etnicidad con campesinado, toma una dirección autónoma con miras al reconocimiento. Y (2) de la incipiente presión que algunos estados comienzan a ejercer a partir de la firma de tratados internacionales. Es el caso de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), cuyo convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, empuja a los Estados firmantes a reconocer una serie de derechos. Lo mismo hacen otras acciones como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

De ahí entonces que los países americanos han ido incluyendo diferentes dimensiones de derechos de los pueblos indígenas y les han dado, en algunos casos, rango constitucional. La tabla 1 a continuación muestra un resumen de los principales derechos que aparecen en las constituciones actuales. A continuación, indagamos más en profundidad sobre estos derechos.

Tabla 1. Derechos de Pueblos Indígenas reconocidos en constituciones

Dimensión	Referencias	PAISES									
		Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Pa	Pe	Ur	Ve
Tierras	Protección tierras	X	X	X		X	X	X	X		X
Reconocimiento	Reconocimiento	X	X	X		X	X	X	X		X
	Tipo de Estado*	Un	Pln	Un	Un	Un	In	Plc	Un	Un	Plc
Política	Organización Social Propia		X			X	X	X	X		X
	Sistema de representación		X			X	X		X		X
	Autonomía		X			X	X	X	X		
	Autodeterminación		X	X			X				
	Justicia Indígena		X				X	X			
Cultural	Medicina tradicional		X				X	X			X
	Educación Bilingüe	X	X	X		X	X	X	X		X
	Lengua oficial		X			X	X	X	X		X

Fuente: Elaboración propia en base a datos de constituteproject.org

*Un=Unitario; Pln: Plurinacional; In=Intercultural; Plc=Pluricultural

La protección de las tierras

Una de las demandas principales de los pueblos indígenas ha sido la de las tierras. Políticas de devolución o de protección de propiedad comunitaria han sido algunas de las respuestas de los Estados. Como vemos en la tabla 1, una buena parte de los países de América Latina han incluido en sus constituciones alguna forma de protección a las tierras indígenas. En **Argentina** se asegura la propiedad de tierras indígenas así como también su inalienabilidad “reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos” (Art. 75 [17]). Otras constituciones como en **Brasil** ponen el acento en el rol del Estado como protector del derecho a propiedad de las tierras utilizadas tradicionalmente por pueblos indígenas “Se reconoce la organización social, costumbres, lenguas, credos y tradiciones de los indios, así como sus derechos originales a las tierras que tradicionalmente ocupan. La Unión tiene la responsabilidad de delinear estas tierras y proteger y asegurar el respeto de todos sus bienes.” (Art. 231). En **Perú** se reconoce por un lado la personalidad jurídica de las comunidades nativas a la vez que su propiedad imprescriptible sobre sus tierras: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. (...) [Tienen derecho a] la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.” (Art. 89)

Reconocimiento Constitucional y tipo de Estado

Una de las dimensiones básicas de los derechos constitucionales de pueblos indígenas dice relación con el reconocimiento en genérico. Como vimos en la tabla 1, en Sudamérica todos los países reconocen constitucionalmente a los pueblos indígenas con excepción de Chile y Uruguay. La nomenclatura, sin embargo, varía significativamente, al igual que la serie de derechos que de dicho reconocimiento se desprenden.

La tabla 2 a continuación muestra el fraseo mediante el cual se ha expresado este reconocimiento. En las constituciones de **Perú** y **Colombia** se hace referencia a la diversidad étnica y cultural, en una línea parecida a la de **Argentina** donde se reconoce la preexistencia étnica y cultural. Caso diferente es el de **Paraguay**, donde se reconoce ya no la diversidad étnica, sino que la existencia misma de pueblos indígenas. Similar a lo que hacen **Bolivia** y **Ecuador**, quienes hablan ya no sólo de pueblos o culturas, sino que de naciones. En el caso de **Bolivia**, esta nomenclatura deriva en que se reconozca la condición plurinacional del Estado.

Tabla 2. Reconocimiento de los pueblos indígenas en las constituciones

País	Contenido	Art.
Ar	Corresponde al Congreso: (...) 17.Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.	75
Bo	La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.	3
Br	El Gobierno Nacional protegerá las expresiones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas y las de otros grupos participantes en el proceso de la civilización nacional.	215 (§1°)
Ch		
Co	El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.	7
Ec	Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.	56
Pa	Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.	62
Pe	Toda persona tiene derecho (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.	2 (19)
Ur		
Ve	El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras	119

Fuente: Elaboración propia en base a datos de constituteproject.org

Respecto al tipo de Estado, tal como muestra la tabla 1 en las constituciones revisadas existen 4 tipos de Estado: Unitario, Plurinacional, Pluricultural e Intercultural. Es importante destacar que, si bien es cierto que algunos de estos conceptos tienen una fuerte carga política, estos no se traducen necesariamente en determinados derechos (Fernández & Fuentes, 2018), de hecho, tal como lo muestra de manera descriptiva la tabla 1, el número y tipo de derechos reconocidos por cada uno de este tipo de Estados es relativamente similar. Los casos más emblemáticos de la región son **Bolivia** y **Ecuador**. El primero se reconoce como un Estado plurinacional primero e intercultural, mientras el segundo lo hace como intercultural primero y plurinacional después. En su artículo 1, la Constitución de **Bolivia** señala lo siguiente: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías.”. Por su parte **Ecuador**, también en su artículo 1, indica lo siguiente “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”. Otros como

Paraguay hacen referencia a la característica pluricultural de la nación: “El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe.” (Art. 140).

Derechos Políticos: Autonomía, autodeterminación, representación y justicia

El reconocimiento, sin embargo, en muchos casos no ha sido suficiente para satisfacer las demandas políticas de los pueblos indígenas. De ahí que algunos países, no sólo de América Latina, sino que de varias partes del mundo, han avanzado hacia asegurar en la Constitución algunos derechos políticos importantes, que son mencionados por los instrumentos internacionales antes citados y que corresponden al derecho a la autonomía, autodeterminación (Fernández, 2020) y sistemas de representación (Fuentes & Sánchez, 2018).

La tabla 1 muestra que algunos países como **Ecuador** y **Bolivia** incluyen estos 4 derechos en su carta magna. Otros como **Colombia, Paraguay, Perú** o **Brasil** incluyen al menos uno de ellos. La Constitución de **Bolivia** es un caso emblemático en este y otros asuntos indígenas, esto pues tiene un capítulo especial (cap.7) titulado “Autonomía Indígena Originario Campesina” cuyo artículo 249 plantea que “La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.”. Luego, se desprende una serie de artículos que dan directrices mediante las cuales se formaran estas autonomías indígena campesinas. Uno de ellos tiene que ver, precisamente, con otro de estos derechos, el de la justicia: “Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas: (...) 8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley.” (Art. 304 [I]). En esa misma dirección, en el artículo 2 la misma Constitución plantea el derecho a la libre determinación de los pueblos “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado (...)”

Ecuador pone el acento fuertemente en el derecho a las propias formas de organización social: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (...) Los siguientes derechos: (...) 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral” (Art. 57). **Colombia** asegura el derecho a un sistema de representación especial a través de circunscripciones indígenas “Habrán un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.” (Art. 171). Posteriormente, en el mismo artículo, desglosa las condiciones para dicha circunscripción. Similar caso al de **Perú**, aunque con la diferencia que este país asegura representación en Consejos Regionales y Municipales “La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales.” (Art. 191). **Paraguay** incluye algo referido a la justicia indígena y lo hace a través de la figura del derecho consuetudinario. Este artículo, sin embargo, parece ser únicamente consultivo toda vez que propone únicamente tomar en cuenta dicho elemento: “En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.” (Art. 63).

Otros derechos: Lengua oficial, educación bilingüe y medicina tradicional

Son varios los países que reconocen más de una lengua oficial en su Constitución. En esta muestra en particular, son 6 las constituciones que además del castellano reconocen una o más lenguas indígenas como lenguas oficiales de la nación. Nuevamente, uno de los casos emblemáticos es **Bolivia**, en cuyo numeral I del artículo 5 reconoce la oficialidad de más de 30 lenguas indígenas “Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán (...)”. Similar caso al de **Ecuador**, donde, si bien no se reconoce uno a uno los idiomas, se desarrolla un artículo más general que involucra a las lenguas indígenas del territorio “El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el *kichwa* y el *shuar* son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.” (Art. 2). Con una nomenclatura más simple encontramos a **Perú**, en cuyo artículo constitucional 48 plantea que “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.”. Similar caso al de **Colombia**, donde con un fraseo más simple reconoce como lengua oficial las lenguas predominantes de algunos territorios y de ahí deriva el derecho a una educación bilingüe: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.” **Argentina** no reconoce lenguas oficiales más allá del castellano, sin embargo, sí reconoce y garantiza el derecho a una educación bilingüe: “Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural;” (Art.75 [17]). Similar caso el de **Perú**, cuyo artículo constitucional 17 declara: “El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona.”

Otras constituciones avanzan hacia el reconocimiento de formas tradicionales de medicina indígena. Son los casos de **Ecuador y Bolivia**, pero también de otros países como **Venezuela**. En el último de estos, en su artículo 122 la Constitución reza “Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.”

Síntesis

El reconocimiento constitucional de pueblos indígenas ha sido parte de las recientes transformaciones en América Latina y como se muestra aquí el implica abordar una serie de temas (derechos políticos, culturales, territoriales, jurisdiccionales, etc.), y en cada caso admite una diversidad de formas, conceptualizaciones, fraseos e inclusión de derechos. Algunas constituciones como las de **Bolivia y Ecuador** contienen una gran cantidad de derechos además de los mecanismos para hacerlos efectivos. Otras como **Paraguay, Colombia o Brasil** son algo más moderadas incluyendo algunas de las dimensiones y de forma no tan detalladas. Al otro extremo encontramos a **Uruguay y Chile**, cuya característica principal es que no hacen mención alguna a derechos o reconocimiento indígena. Y frente a esto, precisamente, surge la interrogante respecto a este último país ¿Urgen reformas constitucionales que apunten hacia la inclusión de derechos de pueblos indígenas? La evidencia internacional sugiere que sí, incluir a los pueblos indígenas en tanto naciones dentro del cuerpo jurídico constitucional puede ser un

primer paso para establecer una nueva e inédita forma de relación entre Estados y pueblos indígenas en **Chile**.

Bibliografía de interés

Fernández, J. (2020). *Autodeterminación y Autonomías Indígenas: Entre teoría y praxis*. Santiago: ICSO-UDP.

Fernández, J., & Fuentes, C. (2018). *Reconocimiento de los pueblos indígenas: Qué y cuánto se reconoce en las constituciones del mundo*. Santiago: ICSO-UDP.

Fuentes, C., & Sánchez, M. (2018). *Asientos reservados para pueblos indígenas: Experiencia comparada*. Santiago: UPP-CIIR.

Figueroa-Huencho, V. (2016). Pueblos indígenas y consolidación democrática: desafíos para un reconocimiento constitucional de sus derechos en Chile. *Anales de la Universidad de Chile*(10), 147-169.

Millaleo, S. (2019). ¿Para qué sirve una Constitución? reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 32(1), 29-50.

Van Cott, D. (2000). *Multicultural Constitutionalism: Politics of diversity in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg.



PUEBLOS INDÍGENAS Y NUEVA CONSTITUCIÓN* PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE

Según el Censo de Población del 2017 elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), un total de 2.158.792 personas, que representan un 12,8% de la población total del país, se reconoce como perteneciente a un pueblo indígena en Chile. No obstante ser, luego de los países mesoamericanos y andinos, el país de América Latina de mayor demografía indígena en proporción a su población general ([CEPAL, 2014](#)), los pueblos indígenas en Chile, así como sus derechos, no se encuentran reconocidos en la actual Constitución Política de la República (CPR), impuesta en 1980 por la dictadura de Pinochet.

Los marcos normativos que regulan los derechos indígenas en Chile incluyen la Ley N° 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y la Ley N° 20.249 de 2008 que Crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios. Ello además de instrumentos internacionales como el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), ratificado por el Estado de Chile el 2008 y en plena vigencia desde septiembre de 2009; así como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobadas por el Estado chileno el 2007 y el 2016 respectivamente. Estas últimas, aunque no tienen la misma naturaleza vinculante del Convenio N° 169, avanzan en el reconocimiento de derechos tales como la autonomía y la libre determinación, el derecho al consentimiento libre, previo e informado, y reafirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales de ocupación tradicional.

Los pueblos indígenas son objeto de múltiples formas de discriminación. En el plano político están sub representados en los órganos de elección popular que adoptan decisiones que les conciernen. Así por ejemplo, en el Congreso Nacional cuentan hoy con cinco parlamentarios – electos por partidos políticos y no en representación de dichos pueblos – que se auto identifican como indígenas del total de 198 integrantes en ambas cámaras. La legislación vigente ha limitado severamente la posibilidad de que ciudadanos indígenas se organicen en partidos políticos y por esta vía contar con representación en órganos electivos del Estado en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, como dispone el Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.

En lo económico, los pueblos indígenas se encuentran entre los sectores más pobres del país. Así en la Encuesta de Caracterización Socio- Económica 2017 ([CASEN 2017](#)) entre los años 2006 y 2017 se ha mantenido la tendencia de que la población indígena posee la mayor incidencia de pobreza y pobreza extrema, 14,5% y 4,0% respectivamente, superando en casi al doble al resto de la población nacional no indígena (8,0% y 2,1% respectivamente).

* Elaborada por José Aylwin, Coordinador del Programa de Globalización y Derechos Humanos del Observatorio Ciudadano.

FUNDAMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS PROCESOS CONSTITUYENTES

Si concebimos las constituciones no solo como textos jurídicos, sino también como instrumentos a través de los cuales se construyen acuerdos para hacer posible la convivencia democrática entre tod@s quienes habitan en un determinado Estado, resulta evidente que para cumplir con este segundo objetivo, tales procesos deben contar con la participación de los más amplios sectores en ellos existentes. En el caso del proceso constituyente hoy en desarrollo en Chile, tal como lo han propuesto distintos movimientos, se requiere de mecanismos de representación especial de al menos tres sectores; pueblos indígenas, mujeres e independientes, hasta ahora, sino totalmente excluidos, claramente sub representados en los órganos electivos del Estado.

La participación de los pueblos indígenas en los procesos constituyentes a través de los cuales se elaboran las cartas fundamentales que rigen la vida de los estados tiene fundamentos profundos desde la perspectiva de derechos humanos. Ellos se encuentran en los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos desarrollado desde mediados de Siglo XX. También se encuentran en la normativa internacional específica referida a estos pueblos desarrollada en las últimas tres décadas. De la misma manera, existen importantes fundamentos políticos para dicha participación, en atención a la naturaleza y objetivos de las constituciones, y a la situación de exclusión y de creciente conflictividad que existe entre el Estado y los pueblos indígenas en Chile hoy. A continuación, se desarrollan cada una de estas fundamentaciones.

Fundamentos de derechos humanos

El fundamento primario de la participación de los pueblos indígenas en los órganos electivos, como son los órganos constituyentes democráticos, está determinado por el **principio de igualdad y no discriminación**. Ello teniendo presente que históricamente estos pueblos han estado, ya sea por razones legales, económicas o culturales, excluidos de instancias estatales de toma de decisión de asuntos que les conciernen.

Dicho principio está a la base de la normativa internacional de derechos humanos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (DUDHNU) dispone: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” (artículo 2).

Este principio es garantizado a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) (artículos 2.1 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1.1 y 24). Asimismo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas (CIEDR), ratificada también por el Estado chileno, desarrolla con claridad este principio al definir discriminación racial como “[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” (artículo 1.1).

Este mismo principio está presente en los instrumentos específicos de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, los que han sido ratificados o adheridos por el Estado de Chile.

Tanto el Convenio 169, como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos Indígenas (DNUDPI) y la Declaración Americana sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DADPI), contienen disposiciones que reconocen la igualdad de los pueblos indígenas y de los individuos indígenas con otros pueblos e individuos, así como su derecho a gozar de los derechos humanos sin discriminación¹⁰⁵.

En una línea coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpretó el alcance del principio de igualdad y no discriminación en la participación política de pueblos indígenas en su jurisprudencia en el caso *Yatama vs Nicaragua* (2005)¹⁰⁶. En su sentencia en este caso originado en la denuncia de la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua por la denegación de su reconocimiento como partido político y su exclusión de participar en elecciones municipales del 2000, la Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua por la violación de las disposiciones de la CADH, entre otros de sus artículos 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley). Además ordenó a dicho Estado a adoptar medidas para que los pueblos indígenas “[...] puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización [...]” (parág. 225).

Los instrumentos de derechos humanos garantizan además de manera específica el principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio del **derecho a la participación política**. Tanto el PIDCP como la CADH reconocen que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna distinción, del derecho a “a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.” (artículos 25 PIDCP y 23 CADH).

Otro derecho que fundamenta la participación de los pueblos indígenas y los pueblos en general en los procesos constituyentes es el **derecho de libre determinación**, reconocido en el artículo 1 común del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). En virtud de este derecho, todos los pueblos pueden determinar libremente su condición política, económica y social¹⁰⁷. Cabe señalar que tanto la DNUDPI, como la DADP, reconocen a los pueblos indígenas este derecho en términos análogos a los del PIDCP y del PIDESC¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Así el Convenio 169 dispone: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación” (artículo 3.1). La DNUDPI a su vez dispone: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas” (artículo 2). La DADPI al respecto establece: “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo V).

¹⁰⁶ [Corte Interamericana de Derechos Humanos \(2005\). Sentencia caso Yatama vs. Nicaragua.](#)

¹⁰⁷ En virtud de ese derecho, los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 1 común de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

¹⁰⁸ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (artículo 3 DNUDPI; artículo III DADPI).

Finalmente los instrumentos internacionales han reconocido a los pueblos indígenas el derecho a la **autoidentificación**, tanto individual como colectiva como pueblos. El Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y la DADPI señalan se trata de un derecho fundamental para determinar a quienes se aplican estos instrumentos, y que dicha autoidentificación se debe realizar conforma a la costumbre o prácticas indígenas¹⁰⁹.

Fundamentos políticos

Estos derivan de la naturaleza misma de las constituciones, pues además de ser instrumentos legales o jurídicos, son a la vez declaraciones sociales que expresan los valores de una sociedad, así como instrumentos políticos de distribución y ejercicio del poder ([International IDEA, 2014](#)). Estas dimensiones sociales y políticas hacen de las constituciones instrumentos que permiten abordar, e idealmente establecer cauces para resolver, conflictos de diversa naturaleza – relaciones de poder entre diferentes grupos, clases sociales, diversidades étnicas, culturales o religiosas, geográficas, entre otras– que existen al interior de los estados.

Esta potencialidad de las constituciones es subrayada por el constitucionalista Konrad Hesse al señalar que la Constitución, además de ser el orden jurídico fundamental de la comunidad y establecer los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política del Estado “[c]ontiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal.” ([Hesse, 2011](#)).

Las constituciones son por tanto instrumentos a través de los cuales se pueden construir acuerdos o pactos sociales que tienen por objeto asegurar la convivencia democrática de una sociedad. Tal como señala el constitucionalista [Ghai \(2006, pp.15 y 16\)](#).

“[Como] una expresión de la soberanía popular, un reflejo de la diversidad, y como un vínculo con carácter de contrato social en su sentido amplio que tendrá la versión definitiva de la constitución. Se recurre a ella para desarrollar un consenso en sociedades profundamente divididas y para definir la identidad nacional. Este énfasis refleja la naturaleza de muchas constituciones contemporáneas, a saber documentos producto de la negociación, vías para salir del estancamiento político y étnico, ejercicios para construir y consolidar la paz, resolver conflictos internos, manejar la diversidad y dirigirse hacia lo inclusivo.”

Lo anterior tiene particular pertinencia en países donde los pueblos indígenas han sido históricamente excluidos de los procesos de elaboración de los textos constitucionales, como es el caso de Chile, generando una creciente conflictividad entre el Estado y los pueblos indígenas. La intensidad de este conflicto y los niveles de violencia que ha alcanzado, incluyendo la violencia represiva del Estado y aquella reactiva que ejercen las comunidades, hacen de este, sino el conflicto socio político más grave del país, uno de los más graves.

¹⁰⁹ Así el Convenio 169 dispone: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.” (artículo 1.2). Por su parte la DNUDPI establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.” (artículo 33). De manera similar, la DADPI establece: “La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.” (Art I 2 DADPI).

Teniendo presente la importancia de los procesos constituyentes para arribar a textos que reflejen una visión compartida de Estado, y la inclusión en ellas de las diversidades existentes en su interior, incluyendo por cierto la diversidad de pueblos que habitan en él, es que la participación de pueblos indígenas en ellos constituye una oportunidad única para abordar dicha conflictividad y buscar causas de resolución a los mismos. La experiencia internacional da cuenta de que cuando no existen tales causas consensuados, dicha conflictividad crece y se expresa de manera extrainstitucionales, exacerbando conflictos que se expresan de manera violenta y se tornan inmanejables ([Stavenhagen, 2000](#)).

Asimismo, “el ordenamiento constitucional [...] requiere de adhesión y sostenimiento por la colectividad; su validez está estrechamente vinculado a su eficacia y ésta a la adhesión de los ciudadanos y los diversos sectores que integran la sociedad. Una constitución que carece de sustento y adhesión difundida entre los miembros de la sociedad está destinada a durar poco [...]” ([Nogueira, 2009](#)). Por tanto, la adhesión a las constituciones está estrechamente vinculada a la inclusión de todos los sectores de la comunidad y su diversidad en el proceso de elaboración. Estos procesos constituyentes, se vienen desarrollando de forma creciente a nivel mundial, a través de Asambleas Constituyentes democráticamente electas con la finalidad exclusiva de elaborar el texto constitucional. Por lo mismo son hoy el principal mecanismo para el cambio constitucional en América Latina¹¹⁰.

¹¹⁰ Las Asambleas Constituyente han sido el mecanismo más utilizado en los procesos de elaboración constitucional de los últimos quince años (2000-2015) a nivel global (41% de los casos), seguida por los Congresos Constituyentes (35% de los casos). Un 46% de los 28 cambios constitucionales verificados en América Latina desde 1947 a la fecha se han materializado a través de este mecanismo ([PNUD, 2015](#)).

La nueva constitución y los Pueblos Originarios: un proceso que logre inclusión, pluralismo e igualdad ¹¹¹

Amaya Álvarez Marín¹¹², Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción

Resumen:

Los Pueblos Originarios han sido tradicionalmente excluidos de las constituciones en Chile. Esta situación de invisibilidad se percibe como una situación injusta que el derecho internacional de los derechos humanos ha intentado revertir en el siglo XX, pero que a pesar de ello no han logrado elevar a los pueblos a la condición de titulares de derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional. El actual proceso constituyente es una oportunidad de inclusión en condiciones de igualdad política.

Introducción

Los Pueblos Originarios en el constitucionalismo chileno ha sido una materia postergada e invisibilizada a lo largo de los diferentes textos, y la Constitución de 1980 no ha sido excepción a ello.

Diversos aspectos fundamentales de su consideración como pueblos preexistentes al Estado de Chile, con instituciones y normas propias, derechos colectivos y formas de vida y organización, han sido pasadas por alto, lo cual, de la mano con una política de ocupación territorios llevada a cabo a lo largo de los siglos XIX y XX, y de posterior asimilación forzada en términos políticos y culturales, han dado origen a un vínculo en permanente tensión, sin posibilidad de decidir en condiciones de igualdad la forma de participación y convivencia política dentro del esquema constitucional.

A ello se suma, en el caso de la Constitución de 1980, una falta de deliberación democrática en el origen del texto, en cuya discusión cerrada, por parte del órgano consultivo de la Junta Militar en esta materia (la llamada “Comisión de Estudios para la Nueva Constitución”) los Pueblos Originarios fueron sólo mencionados en una oportunidad en el debate, para efectos de considerarlos como parte integrante de la comunidad nacional y negar la posibilidad de ejercer sus derechos en cuanto pueblos (CENC, 1976).

Este intento de homogeneización de los Pueblos Originarios dentro de la institucionalidad política del país, consagrada en la carta fundamental, se contrapone con enfoques jurídicos que apuntan al abordaje relacional, interdisciplinario y complejo de sistemas normativos, a través del denominado “Pluralismo jurídico”, como forma de dar reconocimiento a normativas e instituciones de pueblos y actores sociales en situaciones de desigualdad y permanente conflicto (WOLKMER, 2006). Situación en la que se encuentran, por cierto, los Pueblos Originarios en el contexto chileno.

¹¹¹ Esta minuta experta se basa en trabajos académicos publicados en materia de derechos fundamentales de Pueblos Originarios con especial atención al caso del Pueblo Mapuche que son debidamente citados.

¹¹² Doctora en Derecho Universidad de York, Canadá. Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Investigadora Asociada del Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM), Proyecto ANID/FONDAP/15130015. Correo electrónico: aalvez@udec.cl

Otro importante desafío a esta idea de homogeneización y desconocimiento a las particularidades y derechos colectivos de los Pueblos Originarios proviene, en las últimas décadas, del Derecho Internacional que lo ha reconocido como sociedades permanentes. Ello porque en un contexto de internacionalización de los Derechos Humanos, la adopción de instrumentos internacionales vinculantes, como el Convenio 169 de la OIT, y el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, han permitido, junto con otros documentos internacionales¹¹³ y desarrollos doctrinarios, la configuración de un conjunto de obligaciones para los Estados (y en particular para el Estado de Chile) en materia de reconocimiento y garantía para los derechos colectivos políticos, culturales y territoriales de los Pueblos Originarios.

La revisión de las deudas históricas en materia constitucional en esta materia, como también la influencia que los mencionados procesos de desafío a la asimilación político-jurídica han tenido en el contexto comparado, nos pueden ayudar a dar ciertas luces sobre algunos de los debates a desarrollar y, al menos en parte, resolver en el marco de un proceso constituyente para la dictación de la nueva carta fundamental en nuestro país.

Tratamiento de los Pueblos Originarios en el constitucionalismo en Chile

La regulación que el texto Constitucional chileno vigente hace de los pueblos originarios, y su falta de reconocimiento, no puede ser entendida de forma independiente a la relación que se ha desarrollado históricamente entre éstos y el Estado de Chile.

Ello encuentra sus más profundos antecedentes en la dinámica de la conquista y colonización de América Latina, en la cual, a escala continental y local, se procedió a una política prolongada de destrucción cultural, abusos y genocidio en contra de los pueblos originarios. La institucionalidad jurídica hispánica implicó una imposición por la fuerza basada en la exclusión de la participación política y el sometimiento a regímenes de trabajo esclavo o en semi-esclavitud (la “Encomienda”) en los territorios invadidos. Las posiciones “intelectuales” que abordan el problema de la invasión desde el punto de vista hispánico, asumieron posturas de directo desprecio por la vida y las sociedades conformados por los Pueblos, o bien, un paternalismo que disminuyó sus posibilidades de ser reconocidos como agentes políticos (ÁLVEZ, 2016).

Sin perjuicio de ello, la relación del Imperio Español en un primer momento y, con posterioridad a la Independencia, con el Estado de Chile, también tuvo oportunidades en que se formularon acuerdos de carácter político que implican un reconocimiento de un estatuto especial y la resolución de conflictos, ante la imposibilidad de una completa asimilación dada la resistencia de estos Pueblos a dicho proceso. Es así como, en el caso del pueblo Mapuche, se impulsaron importantes acuerdos como la Paz de Quilín de 1641, con el Imperio Español, que estableció la frontera entre territorios invadidos y el aquel que se encontraba bajo el control del Pueblo Mapuche en el Río Biobío, y el derecho del pueblo a vivir de forma independiente al sur de este (BENGOA, 2007), y el Parlamento de Tapihue, de 1825, con la nascente República de Chile (CLAVERO, 2008). El desarrollo posterior del constitucionalismo chileno, fundamentalmente en los textos de mayor vigencia (1833, 1925 y 1980) desconocieron sistemáticamente tales acuerdos históricos con el Pueblo Mapuche, y aplicaron, para la generalidad de los Pueblos Originarios, políticas expansionistas y de exterminio directo o solapado, tendientes a despojarlos de sus territorios y recursos en pos de la consolidación del proyecto de Estado-Nación Chilena a partir de mediados del siglo XIX. Para ello se valieron también de principios tales como el *Uti Possidetis*

¹¹³ Entre estos, son especialmente relevantes: la Carta de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.

Jure que suponía el control efectivo del territorio a partir de la emancipación, sin consideración de pactos políticos previamente celebrados.

El siglo XX también sería testigo de una serie de afectaciones en los derechos de los Pueblos Originarios en Chile. Sumado al persistente ánimo de una incorporación forzada y la falta de todo reconocimiento constitucional, el desplazamiento y despojo de tierras en su territorio ancestral se volvió una amenaza constante, proceso que por lo demás, contó con la complicidad del sistema legal y sus operadores (abogados, notarios y Conservadores de Bienes Raíces). A un intento de establecer restituciones comunales de tierras, no exento de dificultades, durante el proceso de Reforma Agraria (CORREA, et al, 2005), la posterior Dictadura Militar respondió con el DL 2568 de 1979. Este impulsó la división de la propiedad colectiva de tierras indígenas en propiedad individual privada, atomizando a las comunidades y cimentando el camino para un proceso de resurgimiento de la resistencia de los Pueblos Originarios.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1980, y una vez terminada la Dictadura Militar, la reorganización del movimiento de reivindicación de los Pueblos Originarios durante la transición, influyó en la adopción de una serie de medidas que desembocaron, entre otras, en la dictación de la Ley 19.253, denominada “Ley Indígena”, y la elaboración del Informe de la Comisión Nacional de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2008). En el ámbito internacional, es destacable también el compromiso adoptado por el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el año 2004, en el caso *Huentao Beroiza y otros vs. Chile* (Petición 4617/02), en el cual, entre otros aspectos, el Estado se comprometió a avanzar en el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios.

Un intento por generar una modificación en esta materia desde la institucionalidad fue en el proceso constituyente en general, e indígena en particular, desarrollado en el período 2016-2018 durante el gobierno de Michelle Bachelet, y que desembocó en un proyecto de reforma constitucional general enviado al Congreso en enero de 2018. Este contemplaba algunas disposiciones con una mención expresa al reconocimiento de Pueblos Originarios, su participación política en el Congreso Nacional mediante representación parlamentaria propia, y sus derechos culturales y lingüísticos (ÁLVEZ, 2020).

La experiencia constitucional comparada. Experiencias regionales y el nuevo constitucionalismo latinoamericano

El derecho comparado, corresponde, entre otras posibles formulaciones, a “*cualquiera fuente de carácter doctrinal, jurisprudencial, legislativo u genérico que tenga su origen en el extranjero y que no constituya una fuente internacional vinculante en el ámbito doméstico*” (ÁLVEZ & VICENTE, 2018). Su uso, puede tener diversas finalidades, tanto para establecer semejanza como diferenciaciones con normas e instituciones jurídicas foráneas, en la medida que dicha comparación sea justificada y útil para comprender y aportar en el desarrollo de las instituciones del derecho interno. (ÁLVEZ, 2013)

En esta oportunidad, de manera breve referiremos a una comparación por contrastación de algunos casos del contexto latinoamericano, en lo referente a la regulación que hacen en su carta fundamental de los derechos de los Pueblos Originarios, su reconocimiento en cuanto naciones, pueblos y/o culturas, y su estatus de participación política en el Estado. La elección de casos latinoamericanos corresponde a la consideración de ciertas circunstancias de base comunes, como lo son un pasado histórico y cultural de presencia de Pueblos Originarios y la invasión y colonización europea, y el desarrollo, con posterioridad a sus procesos de independencia, de sistemas políticos y constitucionales de permanencia irregular, y de ciertas corrientes comunes en las últimas décadas, como es el caso del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Es esta última corriente, la que está constituida por un conjunto de reformas y cambios constitucionales, con contenido complejo y no necesariamente unívoco, llevadas a cabo en diversos países del continente a fines del siglo XX y comienzos del siglo XIX. Algunos autores como Tórtora (2015) circunscriben al movimiento a los procesos de cambio constitucional llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador, por tener comunes aspiraciones de superación de las relaciones coloniales y el objetivo de alcanzar mayor igualdad en el ejercicio de los derechos.

Estos nuevos textos o reformas constitucionales han tenido entre sus elementos a considerar una especial mención respecto de los Pueblos Originarios, dedicando algunas disposiciones constitucionales a su reconocimiento, o incluso, incorporando su cultura y paradigmas como parte central de las bases de la institucionalidad del país.

Gargarella (2013), distingue en los períodos de consagración constitucional de normas relativas a Pueblos Originarios en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano una primera etapa, en la cual, con una clara influencia de instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, se reconoce el carácter permanente de los Pueblos, sus derechos culturales, utilizándose expresiones como el carácter “multicultural” o “pluricultural” del Estado, asumiendo una incipiente tendencia a la aceptación en ciertas materias del pluralismo jurídico. Ejemplo de dicho grupo serían las constituciones de Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Argentina y Bolivia, 1994; Ecuador 1996 (y 1998); Venezuela, 1999; México 2001. Por su parte, el autor señala un segundo grupo ya en el siglo XXI, que en el contexto de nuevos procesos políticos y de reivindicación indígena, y la dictación de documentos internacionales como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de Naciones Unidas del año 2007, profundizaron en la importancia y aseguramiento de derechos políticos, culturales y territoriales a los Pueblos Indígenas. En este grupo se encuentran especialmente, los textos constitucionales de Ecuador (2007) y de Bolivia (2009).

En los últimos casos mencionados, los principios fundantes del régimen se encuentran influidos por la cosmovisión de los Pueblos Originarios, incorporando conceptos como el buen vivir; la consagración de autonomías territoriales indígenas; el reconocimiento a instituciones políticas, jurídicas y elementos culturales y simbólicos; y la consideración de un amplio catálogo de derechos colectivos de los Pueblos Originarios, incluyendo los derechos territoriales, al acceso y administración de sus recursos naturales, a sus aguas y a la gestión de estos de acuerdo a sus costumbres y derecho propio.

Como una de las varias consecuencias de esta especial consideración por las instituciones de los Pueblos Originarios en el constitucionalismo latinoamericano reciente, destacamos el giro en la perspectiva de la regulación básica de la naturaleza y ecosistema, como elementos que no son únicamente objeto de explotación o protección, sino también entidades titulares de derechos. Esto se ha establecido especialmente en el caso de la Constitución de Ecuador (2008), y también como parte de una construcción jurisprudencial a partir del texto de la Constitución de Colombia (1991) (CANO-PECHARROMAN, 2018). Este “constitucionalismo radical ambiental” (BONILLA, 2019) presente en estos textos y vinculado fuertemente a la adopción de perspectivas propias de los Pueblos Originarios, implica un fuerte contraste (al menos en sus principios inspiradores) con las perspectivas antropocéntrica y utilitarista del ecosistema en cuanto recursos apropiables que se presenta en el modelo chileno y el texto constitucional que le da forma jurídica.

Contenidos que podría abarcar la Nueva Constitución en lo relativo a Pueblos Originarios

Los diferentes instrumentos internacionales que abordan el estatus jurídico y derechos de los Pueblos Originarios, sumado a los diversos elementos de reivindicación política y territorial, nos entregan un amplio marco de materias que podrían ser abordadas en la discusión de una Nueva Constitución. De estas materias, trataremos brevemente dos que nos parecen especialmente relevantes y que no debieran ser pasadas por alto en un debate constitucional que incorpore de manera efectiva a los Pueblos Originarios: los derechos territoriales colectivos (incluyendo la propiedad indígena y derechos de entidades naturales presentes en el territorio) y su vínculo con los derechos culturales.

En lo relativo a los derechos territoriales de los Pueblos Originarios, estos son ejercidos por parte de un sujeto colectivo, ya sea de un Pueblo en su conjunto o en sus diversas unidades económicas o sociales propias, comprendiendo la gestión, utilización, goce, disposición y contribución a la conservación de sus territorios, tierras y de los recursos naturales que éstos albergan. Ello atendiendo a la especial relación entre el modo de vida y el desarrollo histórico de los Pueblos vinculado a dichos territorios, asumiendo estos como parte de un todo indivisible que conforman un sistema de vida.

La adopción y reconocimiento de tales derechos territoriales, ya sugerida por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2008)¹¹⁴, forma parte también de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos en nuestro país. Es así como el Convenio 169 de la OIT, en sus artículos 13, 14 y 15, aborda el derecho colectivo al acceso, propiedad y posesión a sus territorios ancestrales. Dichas normas, pese a haber sido adoptadas por nuestro país, han sido consideradas, en el régimen constitucional vigente como “no autoejecutables” siendo necesaria una armonización interna para darle plena efectividad (ÁLVEZ, 2015). Armonización que, por lo demás, no se ha producido, en consideración a la regulación que de estas materias efectúa la legislación interna, promoviendo la actual ley indígena (ley 19.253) la creación de un apéndice al sistema de acceso a la propiedad y recursos tradicional, que no acoge las demandas centrales en materias de reivindicación territorial ancestral y uso de los recursos existentes en ella (AYLWIN & YÁÑEZ, 2013).

Parte del aseguramiento del efectivo ejercicio de los derechos territoriales, pasa también por el reconocimiento y aseguramiento, en el texto constitucional, del derecho de propiedad colectiva de los Pueblos Originarios. Este ha sido reconocido de manera consistente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra el derecho de propiedad en el sistema (ÁLVEZ, 2020). Así, la Corte ha señalado que la propiedad colectiva de los Pueblos originarios constituye no sólo un elemento patrimonial, sino también una base fundamental de su cultura, vida espiritual y supervivencia económica¹¹⁵. Entre las importantes diferencias con las formas de propiedad individual tradicional, que ha sido la desarrollada de forma primordial bajo el régimen de la Constitución de 1980, se encuentra tanto su forma de ejercicio, la integridad de elementos que comprende (más allá de la sola propiedad del suelo, ampliándose a elementos del sistema como aire, agua y otros elementos de la naturaleza), y la obligación del Estado de

¹¹⁴ Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, p. 537.

¹¹⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 79, de 31 de agosto de 2001, párr. 148.

reconocerla, sin contar, necesariamente, con las mismas exigencias formales de registro y título, bastando para ello la posesión ancestral sobre sus tierras (ÁLVEZ & RAMÍREZ, 2019).

Otro elemento relevante en ello es el reconocimiento de la titularidad de los Pueblos Originarios sobre las aguas ancestrales presentes en sus territorios, como elemento de tensión bajo la actual Constitución¹¹⁶, las cuales, al entenderse comprendidas dentro de tales derechos territoriales, deben considerar las formas de uso, gestión y visión de los Pueblos respecto de las aguas, incluyendo usos no extractivos, como aquellos de conservación e incluso espirituales, (ÁLVEZ, 2016) destacándose como un importante punto de contacto entre el reconocimiento de su cultura y la concreción de esta en la gestión del ecosistema.

Todos estos elementos suponen un fuerte desafío a la mirada contemporánea del Estado -Nación colonial y a los principios económicos tendientes a la productividad, el libre emprendimiento económico y la propiedad de los bienes. Sin embargo, creemos que un intento de reconocimiento de los derechos culturales de los Pueblos Originarios que no incorpore la dimensión material del vínculo de estos con su ecosistema y territorio, y que intente neutralizar las legítimas pretensiones de reparación en materia económica y de control de sus propias tierras y recursos, inevitablemente corre el riesgo de aparecer como insuficiente en la tarea de darles un verdadero espacio de participación en igualdad de condiciones dentro del esquema político-jurídico de la Constitución.

Conclusiones

Los Pueblos Originarios han sufrido injusticias intergeneracionales que deben ser abordados en el Proceso Constituyente. Ello supone incluir a los pueblos indígenas bajo estándares de derechos humanos que asegure un plano de igualdad política pero que a la vez abra espacios de autodeterminación para definir libremente su organización política, modelos de desarrollo, derechos territoriales y culturales. Ello supone un ejercicio de pluralismo jurídico que acepte la interculturalidad como valor constitucional que permee el ordenamiento jurídico chileno.

Referencias

ÁLVEZ, Amaya (2013). Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos: Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado. *Revista de Derecho*, (233), pp. 31-52.

ÁLVEZ, Amaya (2015). El agua como parte de nuestro catálogo de derechos fundamentales: la compatibilidad del modelo de mercados con los derechos indígenas. En HENRÍQUEZ, M. & SILVA M. (ed.), *La Constitución Económica*. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile. Pp. 169-196

ÁLVEZ, Amaya (2016). Constitutional challenges of the south: Indigenous water rights in Chile. Another step in the civilizing mission? *Windsor Year Book Access Justice* 33, pp. 87-110.

ÁLVEZ, Amaya & VICENTE, Benjamín (2018). Estudio legal empírico sobre el uso del derecho comparado por parte del Tribunal Constitucional de Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(2), pp. 155-174.

ÁLVEZ, Amaya & RAMÍREZ, José (2019). Debates pendientes sobre la propiedad indígena en Chile: La necesaria armonización del Derecho internacional, constitucional y civil. En *Estudios de*

¹¹⁶ Esta en su artículo 19 numeral 24 inciso final hace una única referencia a las aguas, al señalar que “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo, Editorial Thomson Reuters, Primera Edición. Pp. 915-944.

ÁLVEZ, Amaya (2020). Derechos colectivos indígenas culturales y territoriales. En CONTRERAS, P., SALGADO, C., Curso Derechos Fundamentales, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 987-1020.

AYLWIN, José y YÁÑEZ, Nancy (2013). “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, en AYLWIN, José (coord.); MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y YÁÑEZ, Nancy, Los pueblos indígenas y el derecho, Santiago, LOM Ediciones.

BENGOA, José (2007). “El Tratado de Quilín. Documentos adicionales a la Historia de los Antiguos Mapuches del Sur” Editorial Catalonia.

BONILLA-MALDONADO, Daniel. (2019). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en américa latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*, (42), pp. 3-23.

CANO-PECHARROMÁN (2018). Rights of nature: Rivers that can stand in court. *Resources*, 7(1), 13.

CENC (1976) Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Tomo VI, p. 34.

CLAVERO, Bartolomé (2008). “Reconocimiento Mapuche de Chile: Tratado ante Constitución” (2008) *Revista Derechos y Humanidades* N 13.

CORREA, Martín, MOLINA, Raúl, YÁÑEZ, Nancy (2005). La Reforma Agraria y las tierras mapuche. Chile 1962-1975. Editorial LOM.

TÓRTORA, Hugo (2015). Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista de Derechos Fundamentales*, (13), pp. 109-133.

WOLKMER, Antonio Carlos, 2006: Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho, Traducc. David Sánchez, Sevilla, Editorial MAD.

Gobernanza de las Plataformas Digitales en la nueva Constitución

Juan J. Martínez Layuno, UDP; U. de Stanford, Karla Prudencio Ruiz, CIDE, U. de Stanford, Joaquín Martínez Layuno, U. de Chile), Iniciativa Data Democracia

Resumen:

Las plataformas digitales han aportado un valor indiscutible a la sociedad. Sin embargo, su funcionamiento también ha traído innumerables problemas para las personas y las democracias alrededor del mundo. Esta minuta propone algunas ideas respecto a los principios que podrían guiar la gobernanza de las plataformas en una nueva Constitución, enfatizando el caso de las redes sociales. En particular, el documento explica brevemente la naturaleza arquitectónica de los problemas de las plataformas, destacando la necesidad de articular soluciones globalmente coordinadas, con base en los principios de derecho internacional de los Derechos Humanos.

Introducción: una nueva forma de vivir

Las plataformas digitales han cambiado radicalmente la forma en que vivimos. Al final de la primera década del 2000, todavía era posible distinguir entre una vida “en línea” y una vida “off-line”. Sin embargo, hoy dicha distinción parece tener cada vez menos sentido.¹¹⁷ La gente pasa un promedio de entre 10 y hasta 17 horas diarias en sus dispositivos (Nielsen, 2020; Faleiro, 2020), tiempo que se gasta principalmente navegando dentro de plataformas digitales. Durante estas horas, las personas realizan actividades fundamentales para el ejercicio de su ciudadanía y de sus derechos, por ejemplo, acceden a información, comparten sus ideas, socializan y realizan transacciones. Las personas habitan el espacio digital de forma cada vez más parecida a la manera en la que ocupan el espacio físico.

¿Qué son las plataformas digitales?

Las plataformas digitales pueden definirse como ecosistemas que permiten crear valor a través de la interacción, colaboración o transacción entre distintas personas. Su utilidad radica en que, normalmente a cambio de datos o dinero, estas plataformas eliminan muchos de los costos de transacción que existen en el mundo físico. Adicionalmente, la demanda, el valor y calidad de los servicios que entregan estas plataformas dependen, en gran medida, de que otras personas también las usen (“efectos de red”). Por ejemplo, Facebook o Whatsapp son plataformas digitales que aumentan su valor al aumentar el número de usuarios que pueden interactuar en ellas.

Estas plataformas han aportado un valor indiscutible a la sociedad (Internet Society, 2019). Desde permitirle a las personas llegar a tiempo a sus destinos con aplicaciones como Google Maps, hasta otorgarles la posibilidad de intercambiar bienes o conectar con viejas amistades a través de Facebook. Emprendedores de todo el mundo han podido acercarse a oportunidades, consumidores y expertise global (Internet Society, 2019). YouTube, por ejemplo, permite a ciudadanos de todo el planeta aprender y entretenerse, mientras que Twitter ha permitido a las personas socializar sus demandas y organizarse para informar y protestar. En suma, estos ecosistemas hoy satisfacen un importante rango de necesidades.

¹¹⁷ Especialmente en países que tienen la brecha de conectividad resuelta.

Sin embargo, el desarrollo de estas plataformas, aparejado con la falta de regulación de las mismas, también ha traído innumerables riesgos para las personas y las democracias alrededor del mundo. Estos van desde la difusión de noticias falsas hasta el aumento de hostigamientos y la degradación de la calidad del debate político —por mencionar solamente algunos ejemplos— (Owen, 2019). Por otra parte, derechos humanos básicos, como lo es el derecho a la privacidad, se han visto vulnerados. Así sucede, por ejemplo, con las configuraciones de privacidad iniciales, que por defecto establecen la opción más invasiva en materia de recolección de datos. También ocurre con los términos de uso, que únicamente plantean la opción de “lo tomas o lo dejas” a las personas usuarias para acceder a los servicios. Por otro lado, junto con el aumento de riesgos, han decaído los recursos y las protecciones que tenemos dentro de este ecosistema digital y las nociones tradicionales sobre libre competencia se han vuelto insuficientes para hacerles frente.

Si bien los problemas planteados por las plataformas nos afectan individual y localmente, tanto sus causas como sus efectos son globales. A pesar de esto, internacionalmente faltan regulaciones que comprendan la naturaleza global y compleja de sus problemas (Roberts y Weidenslauffer, 2020; Owen, 2019) y que sean, a la vez, respetuosas de los principios democráticos y la naturaleza libre, abierta y descentralizada de internet. A esto se suma una ausencia de normativas —y legisladores— que comprendan que, hoy en día, las personas son habitantes del ecosistema digital y lo habitan de la misma manera que residen en el mundo físico.

En suma, estas plataformas presentan nuevos retos para los esquemas regulatorios existentes y, por lo mismo, es necesario buscar estrategias innovadoras que nos permitan disminuir los riesgos y aumentar los beneficios sociales de las mismas.

Las plataformas digitales son algo nuevo para los esquemas regulatorios previos

La profesora de Harvard Shoshana Zuboff (2019) explica que las plataformas digitales son algo único en la historia de la humanidad. Por ello, es difícil encontrar parámetros de comparación adecuados, lo que abre enormes desafíos regulatorios. Owen (2019) sugiere partir con la noción de que las plataformas son ecosistemas más parecidos a los centros comerciales que a las plazas de las ciudades. Puesto de esta forma, dan la sensación de ser espacios públicos, pues las personas circulan por ellas publicando contenido sin mayores restricciones. Sin embargo, en última instancia son espacios privados, gestionados acorde al interés de sus propietarios. Vistas así y en línea con Zuboff, las plataformas reúnen cuatro características que dificultan su regulación.

En primer lugar, las plataformas desafían las nociones tradicionales en materia de privacidad de datos, al poseer una infraestructura que, por diseño y por defecto, recopila incluso las más insignificantes interacciones que suceden dentro de ellas (o los *excedentes del comportamiento*, Zuboff, 2019). En este sentido, ejercen una *indiferencia radical*, donde lo que importa no es la calidad del dato individual sino su valor en el agregado para hacer inferencias sobre las personas y sus comportamientos (Zuboff, 2019). Esto supone una recolección intensiva de datos, que se hace a costa de un consentimiento vago, condicionado por un sinnúmero de opciones por defecto y cuyo rechazo implica la exclusión o la negación del servicio¹¹⁸.

Segundo, las plataformas desafían las nociones tradicionales de relación consumidor-cliente, así como también las concepciones tradicionales de la libre competencia. Particularmente, desdibujan los límites entre el cliente y el producto (algo conocido como el problema de los “mercados de precio 0”). Por paradójico que parezca, esto significa que aunque los usuarios

¹¹⁸ Por analogía, esto se parece a que si un usuario rechaza que las compañías escuchen sus conversaciones, estas le denieguen el servicio, impidiéndole acceder a servicios telefónicos

obtienen servicios de las plataformas ellos no son sus clientes. Por el contrario, ellos son un capital dentro de la cadena productiva con capacidad para generar valor a partir de su estadía en la plataforma (Zuboff, 2019). En esta lógica, el usuario es más bien el producto y los clientes suelen ser empresas que pagan por publicidad hiper-dirigida y por los servicios de modelos algorítmicos que orientan la proyección de decisiones productivas futuras.

Una tercera característica es que las plataformas utilizan programas computacionales para maximizar la permanencia de los usuarios dentro de ellas (Tufekci, 2019). En este sentido, las plataformas prometen a sus clientes que el resultado publicitario será el esperado y para esto intentan modificar el comportamiento de las personas. Esto quiere decir que su arquitectura (es decir, a su diseño a nivel de código), permite que una misma plataforma ofrezca contenidos radicalmente distintos –incluso opuestos– a sus diversas personas usuarias. Así, gracias al trabajo de un algoritmo –y no gracias a un debate público o un equipo editorial cuyas orientaciones políticas se conocen– las personas reciben una dieta de información hiper-personalizada (Scott, 2019) y son condenadas a permanecer navegando dentro de una “burbuja de contenidos” (Pariser, 2011). Es decir, reciben sólo la información que el algoritmo determinó que sería de su preferencia, por lo que nunca se exponen a matices ni ideas distintas, lo que empobrece la pluralidad del debate y limita el flujo libre de información. Esto genera graves problemas de desinformación, que no pueden evitarse sin romper con la arquitectura actual sobre la cual determinadas plataformas están construidas.

Finalmente, una cuarta característica hace extremadamente difícil su regulación. El dominio privado de las plataformas y la función que guardan de *gatekeepers* para que las personas accedan a determinados servicios, información o contenidos, es muchas veces contradictoria con la naturaleza descentralizada, abierta y global de Internet. Por ejemplo, la *AppStore* de *Apple* puede bloquear las nuevas instalaciones y actualizaciones del popular juego *Fornite*, inhabilitando a las personas a acceder a contenido de su preferencia y creando distorsiones en el mercado.

En síntesis, el desafío de los constituyentes de regular este nuevo *modus vivendi*, es una tarea sin precedentes. Las plataformas han prosperado gracias a que algunas de sus características guardan coherencia con distintos valores de nuestra Constitución actual (como la libertad de expresión, de asociación o el derecho a desarrollar actividades económicas). Pero la falta de regulación en cuanto a su arquitectura, sin embargo, parece no proteger ni fortalecer la democracia.

¿Qué dice la constitución actual?

La Constitución de 1980 no contempla regulaciones específicas respecto a la gobernanza de las plataformas digitales. En particular, en materia digital, luego de una reforma en el año 2018, solo existe una mención breve en el Artículo 19 número 4, que garantiza a todas las personas el respeto y protección de la vida privada y los datos personales.

Sin embargo, la falta de regulaciones particularizadas no ha dificultado la incorporación de las plataformas en nuestra sociedad ni la ausencia de debates jurídicos al respecto. Por una parte, estas han prosperado dentro de los esquemas regulatorios actuales, usufructuando de las omisiones existentes. Así, estas se han desarrollado en un esquema que asegura libertades civiles tradicionales (tales como la libertad de información) quedando fuera del debate la forma en que las propias plataformas toman decisiones editoriales o cómo privatizan la justicia, al adoptar resoluciones que regulan el discurso cuando existe hostigamiento o extremismo dentro de ellas. Por otra parte, existe jurisprudencia nacional en la cual se discute, por ejemplo, si publicaciones

en redes sociales amenazan derechos como la honra y qué acciones permiten protegerlo (Ortiz y Jofré, 2020)¹¹⁹.

En suma, la Constitución actual carece de menciones específicas respecto a la gobernanza de las plataformas digitales. Sin embargo, parece ser que se ha entendido que algunas de las tradicionales protecciones garantizadas a las personas por la Constitución también aplican a la vida en línea. Muestra de ello es que esta falta de regulación particular no ha supuesto un obstáculo ni para el funcionamiento de las plataformas ni para la existencia de pronunciamientos en algunas materias. No obstante, la omisión no ha sido una buena técnica regulatoria, pues ha ocasionado algunos de los problemas anteriormente expuestos. Por esta razón, la sección siguiente presenta algunas estrategias de regulación en el mundo, enfatizando al igual que las secciones anteriores, el caso de las redes sociales.

¿Cómo han abordado la gobernanza de las plataformas otras comunidades en el mundo?

Si bien la idea de gobernanza de las plataformas es un debate en desarrollo, puede decirse que actualmente existen tres estrategias para abordar este problema. Primero, se encuentra la autorregulación, que consiste principalmente en dejar que la industria tecnológica establezca sus propias pautas normativas, primordialmente a través de condiciones de uso y normas comunitarias. Por ejemplo, como medida de autorregulación, Facebook instauró una Junta de Supervisión (Oversight Board of Content Decisions) para tomar determinaciones respecto a la moderación y eliminación de contenidos.

Una segunda estrategia consiste en la regulación a través de leyes específicas, de rango infraconstitucional. En esta situación, los países generan un entramado normativo *ad-hoc*, con el propósito de imponer cargas y obligaciones a las compañías responsables de las plataformas. Un ejemplo de esto es la norma alemana para la “aplicación de la ley en las plataformas” (NetzDG) que otorga a las propias compañías dueñas de las plataformas, principios mínimos y facultades para regular derechos fundamentales como la libertad de expresión, e incluso aplicar legislación penal, en un controvertido proceso de privatización de la ejecución de leyes (Docquir, 2019).

Una tercera estrategia consiste en las cartas de derechos digitales que han proliferado en los últimos quince años.¹²⁰ Estos documentos, comúnmente tienen la característica de ser no vinculantes y de contener principios con una textura amplia que permite distintas interpretaciones. Además, normalmente son producto de un trabajo coordinado entre múltiples partes interesadas (el estado, sociedad civil y grupos técnicos). Un ejemplo de estos instrumentos son las cartas catalana y canadiense de derechos digitales.

Si bien estos dos documentos carecen de rango constitucional, los principios que enuncian pueden orientar el trabajo de los y las constituyentes. Por ejemplo, la Carta de Barcelona por los Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital, contiene principios para asegurar la transparencia respecto del uso de algoritmos y de los criterios en los que se basan las decisiones autónomas. Por su parte, la Carta Canadiense de Derechos Digitales destaca la importancia de la confianza y del uso ético de datos.

¹¹⁹ Véase por ejemplo Corte Suprema, Roles 20739-2019 y 28880-2019.

¹²⁰ Se pueden observar, por ejemplo, la pionera carta de APC de 2006 o la de EDRI de 2014.

¿Qué debería decir la nueva Constitución al respecto?

Las tres técnicas descritas anteriormente cuentan con importantes virtudes que es importante no soslayar. Crear una nueva Constitución abre la posibilidad de aprender de determinados errores y de adaptar las reglas a las circunstancias específicas y al contexto de cada país. Por un lado, la autorregulación ha demostrado ser deficiente para proteger el cada vez mayor ejercicio de derechos en línea. Asimismo, algo similar sucede con las leyes *ad-hoc* existentes. Por otro, se considera que, si bien las cartas de derechos digitales aciertan en establecer determinados principios abiertos que permiten una mayor adaptación al cambio tecnológico, es necesario que sean vinculantes para asegurar una real protección de los derechos humanos.

De esta manera, con base en los principios de derecho internacional de los Derechos Humanos, una Constitución debería de consagrar una serie de principios abiertos que permitan hacer garantizables una serie de derechos en el ámbito digital. Así, una nueva Constitución podría integrar menciones específicas o acompañando a otros derechos (como actualmente sucede, por ejemplo, con el derecho a la protección de datos a propósito del derecho a la privacidad). Otra opción puede ser una lista de principios amplios. En esta sección se presenta esta segunda opción, integrando importantes elaboraciones previas en la materia (como la carta de Luminare de 2019). Así, una nueva Constitución podría abordar la vida en línea en base a los siguientes principios:

1. Reconocimiento de la condición de persona en el ecosistema digital

Como habitantes del espacio digital, las personas podrán esperar que los derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente sean protegidos sin distinción dentro de este ecosistema.

2. Privacidad como confianza

Las personas pueden confiar que se respetará la intención con la que comparten sus datos. De esta forma, y considerando el contexto en que se comparten, se evitará darles una finalidad que exceda lo que ellas pueden suponer de buena fe.

3. Principio de Debido Proceso y tutela judicial

Según el grado de afectación de los derechos en juego, las personas pueden esperar que las decisiones respecto de sus derechos las hagan instancias controladas por instituciones democráticas sujetas a las normativas y tratados internacionales.

4. Derecho a la seguridad con igual intensidad que en el mundo físico

Las personas pueden esperar estar libres de ser dañadas física o psíquicamente, tanto por otras personas, como por el funcionamiento de cualquier tipo de programa computacional que impacte negativamente en el comportamiento humano.

5. Principio de buena fe

Las personas podrán confiar en que los algoritmos funcionen bajo un principio de buena fe, que respeten normas socialmente aceptadas, y no se aprovechen de vulnerabilidades o desbalances de poder inherentes en las relaciones tecnológicas.

6. Principio de gobernanza local con base global

Las personas podrán esperar que las autoridades adopten regulaciones que se basen en sus contextos y necesidades locales, pero que cuenten con foco global y guiadas por los principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y sus fuentes de interpretación autoritativas.

7. Principio de resguardo de los principios y la naturaleza de la internet

Las personas podrán esperar que regulaciones específicas no modificarán los principios de libertad, neutralidad, apertura y descentralización inherentes a la internet como red de redes.

Conclusión

Crear una constitución es un ejercicio futurista que debe hacerse bajo la idea de que el presente es el pasado. En este sentido, una nueva carta debe ser el espacio para principios flexibles, que permitan que la democracia triunfe en el futuro, pero que se mantengan vigentes cuando la inteligencia artificial y las plataformas digitales con sus algoritmos sean cosa del pasado. Sea cual sea la formulación de estos principios en la futura carta, ellos deben contemplarse. Y fundamentalmente, deben resguardar la seguridad de las personas, así como la posibilidad de controlar cómo la tecnología afecta nuestros derechos y libertades.

Las plataformas son una extensión de nuestra vida física, y se necesita incorporar este nuevo elemento en una carta magna. El hecho de que sean globales implica adicionalmente, que deben gobernarse con un enfoque planetario que enfatice la coordinación internacional. Esto debe hacerse a través de normas que abran oportunidades interpretativas para resguardar, esencialmente, la libertad de las personas, su intimidad e integridad física y psíquica, su autonomía y el derecho a vivir en una democracia pacífica, libre de odio y extremismo.

Referencias

Colegio de Abogados de Barcelona. 2019. Carta de Barcelona por los Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital. Disponible en <http://digitalrightsbarcelona.org/la-carta/?lang=es>

Docquir, P. F. 2019. *Consejo de Redes Sociales (CRS): Llevando los Estándares Internacionales de Derechos Humanos a la moderación de contenidos en las Redes Sociales*. Modelos para la Gobernanza de las Plataformas. Centre for International Governance Innovation (CIGI). Disponible en español en <https://datademocracy.tech/2020/09/28/consejo-de-medios-sociales-cms-llevando-los-estandares-internacionales-de-derechos-humanos-a-la-moderacion-de-contenidos-en-los-medios-sociales/>

Faleiro, S. 2020. *How India became the world's leader in internet shutdowns*. In MIT Technology Review, United States: Massachusetts Institute of Technology. Disponible en <https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1006359/india-internet-shutdowns-blackouts-pandemic-kashmir/>

Gobierno de Canada, 2019. Canada Digital Charter: Trust in a digital world. Disponible en https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/eng/h_00108.html

Internet Society. 2019. *Consolidation of the Internet Economy*. Internet Society Global Internet Report. United States: Internet Society.

Luminate. 2018. *Digital Democracy Charter*. United States: Luminate. Disponible en <https://luminategroup.com/posts/blog/defending-democracy-from-disinformation-polarization-and-tribalism>

Ortiz, L., Jofré, L. 2020. Derecho a la honra en redes sociales: una aparente exclusión de acciones. Estado Diario, artículo disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/derecho-a-la-honra-en-redes-sociales-una-aparente-exclusion-de-acciones/>

Owen, T. 2019. *¿Por qué la gobernanza de las plataformas?*, Modelos para la Gobernanza de las Plataformas. Centre for International Governance Innovation (CIGI). Disponible en español en <https://datademocracy.tech/2020/09/24/introduccion-por-que-la-gobernanza-de-las-plataformas-2/>

Pariser, E. 2011. *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. United States: Penguin Books.

Roberts, R., Weidenslaufer, C. 2020. *Regulación de redes sociales virtuales, experiencia comparada*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN

Scott, B. 2019. *Why Technology Will Shape the Future of Democracy*. Reset.Tech Initiative. Disponible en <https://www.reset.tech/why-technology-will-shape-future-democracy/>

The Nielsen Company. 2020. *The Nielsen Total Audience Report: Special Work From Home Edition*. United States: The Nielsen Company.

Tufekci, Z. 2018. *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*. United States: Yale University Press.

Zuboff, S. 2019. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. United States: Public Affairs.

El Derecho a la Propiedad Privada en la Nueva Constitución

Matías Guiloff Titium
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

Resumen

En esta minuta se describe la regulación del derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980 y luego se formula una propuesta para su consagración en una nueva constitución.

Introducción

La protección de la propiedad privada es objeto de permanente debate en diversas disciplinas. Dependiendo de la concepción que se tenga sobre ésta, ella resulta un medio sumamente funcional para la protección de valores tales como la libertad, la estabilidad, la autonomía y la eficiencia económica, entre otros. Con todo, consagrar su resguardo en términos demasiado rígidos supone un obstáculo a la posibilidad de que una comunidad política pueda ir perfilando sus instituciones y marcos regulatorios en función de las impredecibles circunstancias sociales, económicas y políticas. Es por ello que en contra de los argumentos que sostienen que el derecho de propiedad privada debe ser el que tenga una mayor protección, se puede sostener que, dada la gran cantidad de derechos e intereses sobre los que incide, la institución de la propiedad privada no puede ser consagrada e implementada en términos absolutos.

Esto explica porque algunos países han optado por no consagrar el derecho a la propiedad privada en su constitución, como sucede en Canadá, o bien, lo consagren haciendo explícito que su protección no puede interpretarse como un obstáculo legal a la adopción de determinadas políticas que buscan resguardar el bienestar de la comunidad (Guiloff y Salgado, 2020). Lo anterior deja en evidencia que articular adecuadamente la tensión entre estabilidad y cambio es el gran desafío que enfrenta la protección constitucional de la propiedad privada (Rose-Ackerman, 1988).

Dada esta realidad, se hace necesario una regulación tal, que permita otorgar estabilidad, sin que ello obste a la posibilidad de establecer ajustes cuando las circunstancias lo demuestren necesario. De no hacerse esto último, contrariamente a lo que muchas veces se sostiene, se afecta severamente la posibilidad de crecimiento económico, pues se produce un desacople entre la realidad material y las normas que la regulan (Hirschman, 2013), lo que genera una costosa incertidumbre (Hale, 1927).

En esta minuta se describe la regulación del derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980 y luego se formula una propuesta para su consagración en una nueva constitución.

El Derecho de Propiedad Privada en la Constitución de 1980

Los varios incisos del artículo 19 número 24 de la Constitución regulan diversos aspectos relativos a la protección de la propiedad privada. El primero de ellos establece que mediante esta garantía se protegen diversas especies de propiedad y se refiere al objeto de este derecho: bienes corporales e incorporales. Por su parte, el inciso dos regula la configuración y modificación de este derecho, dejándola en manos del legislador. Posteriormente, los incisos terceros, cuarto y quinto abordan detalladamente la expropiación. Por último, entre los incisos 6 y 10 se regula la titularidad de los recursos minerales y se amparan con el derecho de

propiedad privada las concesiones que permiten la explotación de estos, protección que también se otorga a los derechos de aprovechamiento de aguas en el inciso 11. A continuación se analiza detalladamente la regulación de estos cuatro aspectos.

En cuanto al inciso primero, cabe señalar que en vez de establecer y con ello amarrarse a un concepto determinado de propiedad privada, la constitución actualmente vigente establece que se reconoce el derecho de propiedad privada en sus diversas especies. Esta opción regulatoria implica un reconocimiento a la potestad del legislador de establecer diversos estatutos dominicales, acordes a las características de los recursos sobre los que recaen, tales como, por ejemplo, la propiedad indígena, rural y urbana (Rajevic 1996; Cordero 2008). Como veremos al analizar el inciso segundo, esta potestad tiene como límite el contenido esencial del derecho de propiedad privada, cuyos contornos, no obstante, son lo suficientemente amplios como para que el legislador pueda establecer diversas especies de propiedad.

Una segunda decisión que la Constitución del 80 adopta en este inciso primero es la relativa al objeto de este derecho, estableciendo que ampara tanto bienes corporales como incorporales. Explicar los primeros no resulta difícil, ya que se trata de aquellos que tienen una corporalidad material. Las cosas se complican, sin embargo, al momento de describir los segundos que, en términos sencillos, de acuerdo a la doctrina nacional, consisten en bienes que aunque carecen de la referida corporalidad, tienen un contenido patrimonial (Guiloff y Salgado, 2020). Esto sucede porque surge la necesidad de delimitar cuáles, de entre todas las cosas que tienen un contenido patrimonial (tales como la titularidad de una autorización, concesión o la calidad de sujeto elegible para la obtención de un beneficio), son las que se encuentran protegidas por este derecho. Este punto volverá a ser objeto de análisis en la sección relativa a la propuesta de regulación en una nueva constitución.

El inciso segundo regula la configuración y modificación de este derecho, indicando que esta compete al legislador, aspecto conocido como la garantía de la reserva legal en materia de propiedad. Esta configuración se realiza a través del establecimiento del modo de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad privada. Por su parte, en el lenguaje de la constitución, la modificación o introducción de ajustes a este derecho se realiza mediante la adopción de limitaciones. Estas, por regla general, deben tener como fundamento la función social de la propiedad, la que abarca una serie de elementos que se encuentran listados por la propia disposición (los intereses generales de la nación, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, entre otros).

Además, en tanto limitaciones, deben cumplir con la exigencia establecida en el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política, de no afectar la esencia de este derecho, la que se conoce como la garantía del contenido esencial de la propiedad. Aun cuando existe un gran debate en torno a cuál es este contenido, es posible aseverar para fines didácticos y en consonancia con lo indicado al describir el inciso primero, que esta garantía procura evitar que el legislador establezca una especie de propiedad no susceptible de uso, goce o disposición (Aldunate y Fuentes 1998; Cordero 2006).

Ahora bien, puede ser el caso que al introducir un ajuste a un derecho de propiedad, no obstante que siga siendo posible el uso, goce y disposición del objeto en que este recae, se genere un impacto demasiado severo a su valor. Si esto sucede, no se afecta la garantía del contenido esencial, ni tampoco, como se analizará a continuación, hay una expropiación, aunque el ajuste en cuestión puede ser declarado igualmente inconstitucional, por tratarse de una regulación desproporcionada o una afectación al derecho del igual reparto de las cargas públicas. Este

aspecto se analizará en mayor detalle al describir la propuesta de regulación en una nueva constitución.

La institución de la expropiación es objeto de una detalladísima regulación en la constitución vigente. En conformidad a esta, ella no solo se produce cuando se priva a alguien del bien corporal o incorporal que es objeto del derecho de propiedad privada, sino que también en el caso en que, sin llegar a esta situación, la intervención estatal suponga una privación de los atributos o facultades esenciales del dominio. De acuerdo a la doctrina, estas últimas consisten en las posibilidades de uso, goce y disposición, analizadas en el párrafo anterior, que la propiedad confiere a sus titulares (Aldunate, 2006). En consecuencia, si, por ejemplo, el legislador determinara usar y gozar una clínica sin expropiarla, ello supondría una hipótesis de este tipo de privación. Con todo, en la práctica, la determinación relativa a si se configura o no esta hipótesis suele ser mucho más compleja que la descripción anterior, ya que, se ha argumentado, e incluso el tribunal constitucional ha señalado, que una regulación que afecta parcialmente alguna de las facultades anteriormente descritas implica una privación de ellas (Evans 1986).

Tal como lo hace al regular la configuración de la propiedad, la Constitución también prevé una serie de garantías para la expropiación. Antes de describirlas, y para su mejor comprensión, es necesario explicitar que aun cuando compete únicamente al legislador determinar la clase de bienes susceptibles de ser expropiados para satisfacer una determinada finalidad (así, por ejemplo, derechos de aprovechamiento de agua para asegurar la adecuada provisión del servicio sanitario), siempre es la administración la que luego determina los bienes precisos dentro de la clase que serán objeto de esta medida (en este caso, los derechos de aprovechamiento de aguas específicos).

Habiendo efectuado esta precisión, cabe señalar que la primera de estas garantías consiste en que para llevar a cabo una expropiación, el legislador previamente debe estimar que existe una causa que la justifica, la que puede ser la utilidad pública o el interés nacional. En particular, lo que incumbe al legislador es determinar que ciertas necesidades son exigidas por la utilidad pública (como, por ejemplo, las de construir calles o parques) o el interés nacional (como sucedió en el pasado, cuando se nacionalizó la gran minería del cobre). En tanto, la segunda se refiere al establecimiento de la posibilidad de impugnar ante los tribunales de justicia la legalidad de la actuación administrativa que ordena materializar la expropiación (así, por ejemplo, alegar que no existe declaración de utilidad pública o de interés general que respalde el proceder de la administración o que la administración al implementarla, no se sujetó a los términos de ésta).

Por último, un aspecto de la regulación constitucional de la expropiación que resulta bastante llamativo al analizarse en comparación a la que hacen otras constituciones, es que ella abarca la determinación del monto de la indemnización, así como su forma y oportunidad de pago. En cuanto a la primera, la Constitución determina indemnizar el daño efectivamente causado, con lo que siempre se debe pagar el monto correspondiente al valor de mercado del bien. Luego, en cuanto a la segunda, se prevé que, a falta de acuerdo, la indemnización debe ser pagada en dinero efectivo y al contado. En otras palabras, salvo que el propio afectado lo acepte, el Estado no puede pagar la indemnización en cuotas. Finalmente, en cuanto a la oportunidad, ella solo puede ser con posterioridad al pago total de la indemnización. Se efectuará un análisis más detallado de las implicancias de estas exigencias al realizar la propuesta de regulación en una nueva constitución (Guiloff y Salgado, 2020).

Un último aspecto regulado con alto nivel de minucia en el texto constitucional es el estatuto de los recursos minerales. En ese sentido, se establece que el Estado tiene el dominio de las minas y otros recursos minerales. Sin perjuicio de ello, se señala a renglón seguido que el legislador puede permitir la exploración o explotación de la generalidad de estos recursos mediante las respectivas concesiones y establece los lineamientos básicos para el otorgamiento de estas, preceptuando que este incumbe al poder judicial. Adicionalmente, indica que estas concesiones, así como los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyan en conformidad a la ley, se encuentran amparados por el derecho de propiedad privada.

La regulación del Derecho de Propiedad Privada en una nueva constitución

En las líneas que siguen se describe la propuesta de regulación de este derecho en una nueva constitución. Mediante ella se procura articular el dilema estabilidad/cambio que subyace a la regulación constitucional de la propiedad privada a través de tres orientaciones: el reconocimiento de la base positiva y democrática de la protección de la propiedad privada, la relevancia que tiene una adecuada regulación del derecho de propiedad privada para la sustentabilidad de las instituciones que estructuran a una comunidad política y el necesario pragmatismo que hay que tener, tratándose de un derecho que de manera continua se utilizará estratégicamente para intentar amparar cualquier ventaja de índole económica, sea que el legislador haya decidido otorgarle esa protección o no. Se hará referencia explícita a esta orientaciones cuando se fundamenten los diversos componentes de esta propuesta.

En relación a la propiedad y al objeto en que esta recae, parece positivo y recomendable seguir el criterio que utiliza la constitución actualmente vigente. Como se explicó anteriormente, en vez de establecer un concepto rígido de propiedad al que el legislador deba apegarse cuando quiere proteger con este derecho determinadas posiciones o situaciones, la constitución de 1980 le reconoce a la ley la posibilidad de establecer diversos estatutos propietarios, para lo cual reconoce el derecho de propiedad en sus diversas especies. Por consideraciones democráticas y pragmáticas (que se fundamentan en la rigidez que implicaría someter al legislador a una única modalidad de propiedad, determinada de antemano, desconociendo las circunstancias económicas, sociales y políticas que pueden incidir sobre el régimen regulatorio del uso de un determinado recurso), esta formulación se debiera mantener.

Similar, aunque no idéntica, es la recomendación para la regulación del objeto de este derecho. En la actualidad este abarca bienes corporales e incorporales y, como se ha señalado, la protección de los primeros mediante esta garantía no genera mayores dificultades. Con todo, las cosas son distintas para los segundos: dada la propensión humana a sobrevalorar todo lo que se tiene (Kahneman et al 1991), proteger los bienes incorporales, sin establecer precisiones que permitan diferenciar éstos del amplio elenco de situaciones/posiciones favorables que surgen al amparo de los marcos regulatorios, puede suponer un importante obstáculo para cuando sea necesario introducir ajustes o modificaciones a éstos, con el objeto de brindar una mayor satisfacción de las necesidades colectivas.

Por lo mismo, es necesario introducir una calificación explícita a la protección de los bienes incorporales, la que, nuevamente por consideraciones democráticas, debiera referirse a aquellos bienes incorporales que el legislador haya decidido darles el status de derechos de propiedad privada. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las concesiones de energía geotérmica, cuyos titulares, de acuerdo a la respectiva ley, “tiene[n] sobre la concesión un derecho de propiedad, protegido por la garantía contemplada en el artículo 19 de la Constitución política y por las demás normas jurídicas que sean aplicables al mismo derecho” (artículo 5 inciso 2 de la Ley N° 19.657). De esta manera, se evita que la protección constitucional

de la propiedad privada pueda ser utilizada para bloquear las modificaciones que el tiempo demuestre necesarias a las diversas situaciones y posiciones de contenido patrimonial a las que el legislador no ha decidido otorgarles el status de derechos de propiedad privada.

Por su parte, en lo que concierne a la potestad configuradora que la Constitución le reconoce al legislador para crear posiciones protegidas por el derecho de propiedad privada y someter a ajustes o limitaciones a las existentes, no se estima necesario introducir modificaciones de demasiada significancia. Como se ha indicado, es mediante esta potestad que el legislador establece diversos estatutos o especies de propiedad, sensibles a las circunstancias y necesidades de los distintos recursos cuya explotación debe ser regulada. La consagración de esta en la constitución actualmente vigente parece acertada, en la medida que se encuentra sujeta a las garantías de la reserva legal y del contenido esencial, aun cuando esta última no se establece en el inciso objeto de análisis, sino que en una disposición que regula el régimen aplicable a la regulación de todos los derechos fundamentales (el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política).

La única modificación que parece aconsejable introducir a esta disposición concierne a la especificación de los contenidos de la función social. Actualmente, como se señaló, el artículo 19 Nº 24 inciso 2 detalla los elementos que esta comprende. Ello ha producido que al momento de debatir la introducción de ajustes legales a los regímenes de propiedad existentes, se debatan cuestiones tales como, si este listado de elementos es taxativo o no, de forma tal que no sería posible establecer limitaciones fundadas en otros, aun cuando estos digan relación con las finalidades que se protegen mediante la función social de la propiedad (Guiloff y Salgado 2020), o bien a argumentar si el específico supuesto sobre el que incide en la reforma en discusión se relaciona o no con uno de estos elementos (Evans 1986; STC 334/2001). Como se podrá intuir, estas discusiones pueden desequilibrar el delicado balance entre estabilidad y cambio que la protección constitucional de la propiedad está llamada a resguardar.

Por lo demás, tal nivel de especificidad en la regulación de la función social obedece más bien a un aspecto idiosincrático propio de la evolución de la protección del derecho de propiedad privada en la historia constitucional chilena, que a una técnica asentada en el derecho constitucional comparado. En efecto, la especificación de los elementos de la función social fue necesaria para que se pudiese transitar desde un régimen de inviolabilidad relativa de la propiedad, como el establecido en el texto original de la Constitución de 1925, a otro en que se reconocía que la propiedad podía ser objeto de las modificaciones que requiriera esta función (Evans 1967). En el derecho constitucional europeo continental de países con una tradición legal similar a la chilena, como es el caso de Alemania y España, el texto constitucional se limita a señalar que la propiedad obliga -la consecuencia directa de la función social- o bien que el legislador puede delimitar el derecho de propiedad en conformidad a esta función.

Optar por la alternativa contraria, conllevaría innecesarios -y probablemente irresolubles- debates en torno a cuáles son los elementos que debiera comprender esta función, al momento de discutir el contenido de la nueva cláusula de propiedad, y posteriormente, generaría la oportunidad de dilatar la adopción de reformas que procuran satisfacerla, aduciendo que la finalidad perseguida con la respectiva limitación no se condice con los elementos que esta comprende, al momento de debatirlas en el Congreso. De esta forma, consideraciones pragmáticas (dadas por la previsibilidad de estos debates), democráticas (en cuanto estos elementos limitarían la posibilidad del legislador de introducir los ajustes que las circunstancias demuestren necesarios) y de sustentabilidad institucional (referidas a los costos que, más temprano que tarde, tendría que pagar la comunidad política por no lidiar adecuadamente con

la tensión entre estabilidad y cambio), aconsejan efectuar esta modificación en la manera que se consagra la función social.

Con todo, esto puede generar aprehensiones relativas a los impactos económicos que estas modificaciones, exigidas por la función social, pueden generar. Cómo sucede con cualquier derecho fundamental, de ser esta intervención discriminatoria o bien de una intensidad tal que solo lo deje al derecho afectado nominalmente subsistente, ella puede ser declarada inconstitucional. No parece haber alternativa regulatoria alguna que pueda lidiar mejor con el dilema estabilidad/cambio que atraviesa al derecho de propiedad privada: una regla que estableciera explícitamente el deber de indemnizar las regulaciones que afecten el derecho de propiedad, haría ilusoria la potestad configuradora y tornaría inviable la introducción de los ajustes a un régimen regulatorio que el tiempo demuestre necesarios, a la vez que otra que determinará un umbral a partir del cual el impacto regulatorio debiera ser indemnizado, no solo correría el riesgo de verse superada por los supuestos que se presenten en la realidad, sino que también generaría una serie de costosos debates relativos a la manera en que habría de medirse dicho impacto.

Como se describió antes, la constitución actualmente vigente es extremadamente detallada en su regulación de la expropiación. Este nivel de detalle no resulta conveniente porque rigidiza demasiado las cosas para el legislador, lo que irónicamente sucede con una institución que se fundamenta en la necesidad de reducir los costos en los que, a falta de ella, tendría que incurrir el Estado si tuviera que negociar con cada uno de los ciudadanos a los que sea necesario privar de su propiedad para construir infraestructuras o satisfacer otro interés general de la nación, como es el caso de la expropiación (Merrill, 1986). Ello explica la singularidad de esta regulación desde la perspectiva del derecho constitucional comparado, en el que la regulación constitucional de la expropiación suele ser más bien escueta, limitándose a señalar que nadie puede ser privado de su propiedad sin el pago de indemnización y estableciendo la necesidad de fundamentar dicha intervención en una determinada causa, que puede ser, entre otras, el uso público, la utilidad pública y el interés general.

En razón de lo anterior, es aconsejable establecer una regulación constitucional mucho más sucinta de la expropiación, que contemple solo las garantías básicas. Estas son, la necesidad de una ley, motivada en una causa que la propia constitución determine, y la posibilidad del afectado de impugnar el acto administrativo expropiatorio, de forma tal de dar un adecuado resguardo frente a eventuales errores o excesos en que pueda incurrir la administración al utilizar esta potestad. Lo concerniente al monto de la indemnización, así como su forma y oportunidad de pago, debiese quedar en manos del legislador, de forma tal de no restarle utilidad a esta institución.

Por último, y en lo relativo al estatuto propietario de determinados recursos, no parece para nada aconsejable replicar la técnica regulatoria de prever su regulación en la propia constitución. Dado que se trata de recursos naturales más o menos escasos, y nuevamente para lidiar adecuadamente con el dilema entre estabilidad y cambio, lo razonable es que el legislador cuente con un marco de actuación que haga viable introducir ajustes cuando las circunstancias de explotación de estos recursos así lo aconsejen.

Desde luego, lo anterior no quiere decir que no se puedan configurar usos privativos sobre estos recursos y que no se les pueda otorgar a estos alguna garantía de estabilidad. El punto es más bien que es el legislador, y no el constituyente, el que se encuentra en una mejor posición para evaluar si corresponde o no hacerlo. Con todo, dado que se trata de recursos a través de los

cuales se satisfacen necesidades vitales y de cuya explotación se pueden obtener rentas que ayuden a la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad, es importante que si el Estado decide establecer que estos recursos puedan ser usados de manera exclusiva por privados, establezca condiciones o regulaciones que aseguren la sustentabilidad en su explotación o una retribución adecuada a la comunidad por su utilización. Esto resulta crucial para que dicha utilización, que solo beneficia a algunos (lo que resulta razonable, para prevenir la sobreexplotación de estos recursos), sea percibida como una regulación justa, y no como un privilegio exorbitante, percepción que resulta fundamental para la sustentabilidad en el tiempo de este arreglo institucional.

El establecimiento de un deber del Estado de administrar los bienes comunes en beneficio de la comunidad, no es algo inédito en el panorama constitucional comparado. Es así como la Constitución del Estado de Alaska establece, por ejemplo, que al regular el uso, explotación y conservación de los recursos naturales pertenecientes al Estado, el legislador deberá obrar para lograr el máximo beneficio de los habitantes del Estado (*maximum benefit of its people*). Adicionalmente, y en el mismo sentido, la sección tercera del mismo artículo señala que los peces, animales silvestres y aguas en estado natural, quedan reservados para el uso común del pueblo. Por su parte, la Constitución del Estado de Hawaii indica que todos los recursos naturales públicos son administrados fiduciariamente por el Estado para el beneficio de la gente. Estos ejemplos perfectamente pueden ser usados como referentes para establecer una norma que confiera al Estado un deber de protección sobre los bienes comunes en una nueva Constitución.

Bibliografía:

Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica. 1997. *El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 18).

Aldunate, Eduardo. 2006. *Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*. Revista Chilena de Derecho (Vol. 33, Nº 2).

Cordero, Eduardo. 2008. *De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad*. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 31).

Evans, Enrique. 1986. *Los Derechos Constitucionales, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Evans, Enrique. 1967. *Estatuto constitucional del derecho de propiedad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile

Guiloff, Matías y Salgado, Constanza. 2020. *Derecho de Propiedad*, en *Manual de Derechos Fundamentales. Parte Especial*. Santiago: Editorial Tirant Lo Blanch.

Hale, Robert. 1927. *Value and Vested Rights*. Columbia Law Review (Nº 27).

Hirschman, Albert. 2013. *Political Economics and Possibilism*, en Adelman, Jeremy (editor), *The essential Hirschman*. Princeton: Princeton University Press.

Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack y Thaler, Richard. 1991. Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. *The Journal of Economic Perspectives* (Vol. 5, Nº 1).

Merrill, Thomas. 1986. *The economics of public use*. Cornell Law Review (Nº 72).

Rajevic, Enrique. 1996. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*. Revista Chilena de Derecho (Vol. 23, Nº 1).

Rose-Ackerman, Susan, 1988. *Against Ad Hocery*. Columbia Law Review(Nº 88).

Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 334, de 21 de agosto de 2001, respecto del requerimiento recaído en el proyecto de ley que modifica el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (2001).

Estado Empresario en la Constitución

José Ignacio Muñoz Solís, Profesor de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

Resumen

Dentro de las funciones que cumple la Constitución Política de la República (en adelante, "CPR"), se encuentra la de delimitar la actuación de los órganos del Estado en su relación con los particulares, ya sea en el ejercicio de sus potestades o en su faceta de privado. Así, la CPR regula la iniciativa pública en la actividad económica, es decir, el rol del Estado en su calidad de agente económico, como productor de bienes y servicios.

Para una mejor comprensión de la regulación de la iniciativa pública debemos preguntarnos ¿Cómo debe relacionarse con la iniciativa privada? y ¿Cómo debe ser ejercida por parte del Estado? Por un lado, la iniciativa pública podrá subordinarse a la privada, quedándose con un campo de acción residual, sobre aquello no abarcado por la iniciativa privada, por el contrario, podría existir un régimen de compatibilidad entre ambos.

En ambos casos, resulta esencial regular el ejercicio de la iniciativa pública, en pos del objetivo primordial del Estado, el bien común (artículo 1 inciso cuarto de la CPR), ya sea entendido como la protección y gestión de bienes estratégicos, la regulación de fallas de mercados, asegurar la provisión de bienes y servicios, recaudar ingresos, entre otros.

Regulación de la iniciativa pública y privada en la CPR

En materia de iniciativa privada, no existe discusión sobre el amplio campo de acción que el artículo 19 N° 21 inciso primero de la CPR otorga, el cual se limita únicamente por la seguridad nacional, la moral y el orden público, debiendo respetar en todo caso las leyes que lo regulan (Bauer, 2000).

Sobre la iniciativa pública, se complejiza la situación. El actual artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR dispone que el Estado, para conformar una empresa, deberá ser autorizado previamente por una Ley de Quórum Calificado. Luego, señala que el Estado, en este rol, deberá someterse a las reglas del Derecho Común, salvo que sea exceptuado por una Ley de Quórum Calificado, por motivos fundados.

En términos simples, la norma mencionada obliga al Estado, en su rol empresarial, a:

- 1) Contar, previamente, con un acuerdo amplio en el Congreso, correspondiente a la mayoría absoluta de los miembros de cada sala (artículo 66 de la CPR), y
- 2) Someterse a las mismas normas que los demás partícipes del mercado, salvo acuerdo parlamentario en los términos del numeral anterior, que le permita sustraerse de dichas normas, por motivos fundados.

A primera vista, la norma mencionada tiene un carácter procedimental, en el sentido de constituir reglas que deben cumplirse de manera estricta para habilitar al Estado a desarrollar actividades empresariales. Sin embargo, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha complejizado sustantivamente su entendimiento.

Parte de la doctrina ha desarrollado la idea de que la CPR conlleva implícitamente un principio de subsidiariedad, conforme al cual, por un lado, el Estado no participará en los mercados donde los privados operan de manera suficiente y, por el otro, participará únicamente cuando hay una necesidad social involucrada en la oferta del bien o en la prestación del servicio (Fernandois, 2006).

Para quienes postulan la existencia de este principio, la justificación radica en el rol primordial de los particulares en el mercado, con motivo del reconocimiento y amparo de los grupos intermedios, y en que la CPR permite a las personas desarrollar toda actividad, sin más límites que la moral, el orden público y la seguridad nacional (Fernandois, 2006).

La posición doctrinaria alternativa invita a comprender el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR como una norma que únicamente reitera la forma en que actúan las entidades del Estado, autorizados por ley, estableciendo mayores exigencias de quórum a propósito del importante rol que las empresas del Estado tienen (y han tenido históricamente) en la economía nacional, de manera que la relación entre la iniciativa pública y privada no es una de subordinación, sino de compatibilidad (Vallejo y Pardow, 2008).

Primacía de la iniciativa privada - principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad no tiene un origen determinado (Carro, 1991) ni una interpretación unívoca (Bauer, 2000, Vallejo, 2016). Sin embargo, su aplicación a la iniciativa pública puede encontrar su fuente en las encíclicas *Rerum Novarum* (Vallejo, 2016) y *Quadragesimo Año* (Ruiz-Tagle, 2000), siendo mayormente acogido por partidos políticos asociados al catolicismo y dando un fundamento social al neoliberalismo (Vallejo, 2016).

El objetivo de este principio es resaltar el rol de los particulares en el mercado, por sobre el Estado, declarando incluso que las buenas democracias debían mantener al mínimo el espacio de actuación del Estado empresario, para permitir el desarrollo de las personas (Ruiz-Tagle, 2000, y Usen, 2012).

Como lo ha entendido la doctrina nacional, la subsidiariedad implica que el Estado debe cumplir con ciertos requisitos para actuar como empresa. El primero, de carácter positivo, corresponde a una necesidad social que justifique al Estado ingresar al mercado ofreciendo bienes y servicios. El segundo, de carácter negativo, implica que los privados no se encuentren en el mercado en cuestión ofreciendo los bienes o servicios de manera suficiente (Vallejo y Pardow, 2008). Parte de la doctrina agrega que el Estado debe agotar todo esfuerzo para que los privados realicen la actividad (Fernandois, 2006).

Estos requisitos tienen como efecto poner una camisa de fuerza para el Estado, el cual (para bien o para mal) aun contando con un amplio acuerdo a nivel parlamentario, como exige nuestra CPR, no podrá ingresar a mercados en los que no se verifiquen ambos requisitos (Vallejo y Pardow, 2008).

Dentro del contexto histórico en que se gestó la CPR, resulta lógica su consideración dentro del pensamiento de quienes fueron convocados para su gestión por la dictadura militar chilena, ideológicamente influenciada por las políticas económicas de Estados Unidos. Este principio permitía asegurar una limitación concreta al crecimiento empresarial del aparato estatal. Sin embargo, no fue incluida en la CPR, aun cuando se propuso una ley interpretativa en este sentido que no prosperó (Vallejo y Pardow, 2008).

No obstante, su ausencia en la CPR, la subsidiariedad ha calado hondo en la doctrina y la jurisprudencia (Fernandois, 2000), entendiéndose que el Recurso de Amparo Económico, procedente contra vulneraciones del artículo 19 N° 21 de la CPR, es aplicable cuando se ha vulnerado el principio de subsidiariedad¹²¹.

¹²¹ En este sentido, las sentencias de la Excmo. Corte Suprema de Justicia recaídas en los autos N° de Ingreso 4274 de 2012, 1262 de 2013, 6798 de 2013, 7631 de 2014 y 36599 de 2015 y las sentencias del Excmo. Tribunal Constitucional recaídas en los Roles N° 146 de 1992 y 427 de 2004.

Compatibilidad de la iniciativa pública y privada

Desde la acera contraria, podemos entender el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR como reglas objetivas que debe cumplir el Estado para constituir empresas. Dichas exigencias no se sujetan a conceptos ambiguos, como la necesidad social, sino a la verificación de un acuerdo parlamentario, traducido en un tipo de ley que exige la mayoría absoluta de los miembros del parlamento, la Ley de Quórum Calificado (Vallejo y Pardow, 2008).

Siguiendo esta lógica, debemos tener presente que los recursos del erario fiscal tienen como destino el cumplimiento de los diversos objetivos del Estado, subsumidos en el bien común, y definidos en la manera que los Poderes del Estado determinen; por ejemplo, el Congreso a través de la Ley de Presupuesto.

Así, puede observarse un rol cautelar del patrimonio fiscal en la norma que se comenta, pues al entregar la decisión sobre el rol del Estado empresario al Congreso, se deja en manos de los parlamentarios la decisión sobre invertir recursos de la ciudadanía en la producción de bienes o servicios (Vallejo y Pardow, 2008), de manera que el acuerdo manifestado en la Ley de Quórum Calificado resulta símil a la manifestación de voluntad requerida para formar una sociedad entre privados, manifestado en una escritura.

Pues bien, los privados pueden realizar con su patrimonio lo que estimen conveniente, no así el Fisco, donde quien toma la decisión no percibirá en su patrimonio la pérdida o ganancia. Resulta lógico, entonces, establecer regulaciones para que los recursos fiscales se empleen en el cumplimiento de los objetivos del Estado. Así, el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la CPR se erige como una norma de evaluación y control de las inversiones efectuadas con dineros estatales (Vallejo y Pardow, 2008).

Siguiendo esta lógica, los accionistas que constituyen una sociedad efectúan una inversión, para lo cual sopesaron los riesgos, esperando obtener dividendos, lo que puede nunca ocurrir. El Estado deberá hacer el mismo ejercicio, pues, al igual que los accionistas, está efectuando una inversión. Sin embargo, la evaluación de riesgos y la determinación del retorno esperado recae en un órgano representativo de la ciudadanía, el Congreso.

Así como las personas naturales y jurídicas plasman su decisión de invertir en un documento, la CPR exige al Estado plasmarlo en una Ley de Quórum Calificado.

Este método aseguraría que las inversiones efectuadas con dineros destinado al cumplimiento de los objetivos del Estado no sean destinadas a políticas partidistas, a fines particulares o en beneficio de un grupo al interior del Estado. Los riesgos y las utilidades que genere, monetarias o no monetarias, van a ser evaluadas a la luz de las diversas posturas representadas en las cámaras, asegurando un correcto uso de los fondos fiscales.

El efecto de esta manera de comprender el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la CPR, que escapa de las limitaciones del principio de subsidiariedad, es permitir al Estado optar por participar en mercados aun cuando los privados actúan en el mismo, en tanto haya un amplio consenso político, que aseguren seriedad en la decisión de instaurar una nueva empresa estatal (Bassols, 1992).

Sucede, entonces, que el debate sobre subsidiariedad o compatibilidad del Estado empresario se da a nivel parlamentario, toda vez que será en el Congreso donde se discutirá, al tramitar Ley de Quórum Calificado que exige la CPR, el rol del Estado en la economía.

Repensar el rol del estado empresario

La actividad empresarial del Estado surge como una respuesta a necesidades de diversa índole (Vallejo y Pardow, 2008), de manera que un replanteamiento de esta faceta del Estado requiere entender que su función debe ser eminentemente social.

Como se indicó, el principio de subsidiariedad se erige como una consecuencia lógica y útil a los postulados neoliberales en que un Estado, poco intervencionista, poco partícipe de la economía, debiese centrarse más bien en vigilar que en proveer (Usen, 2012).

Sin embargo, un rol más directo del Estado no resulta contradictorio con un modelo económico de mercado (Usen, 2012). La regulación, la protección de la Libre Competencia, los derechos, entre otros, son manifestaciones de cómo el Estado tiene una función esencial en la economía. En dicho marco, la función empresarial del Estado deviene como una opción adicional para cumplir sus finalidades (Vallejo, 2016).

Pues bien, en mercado nacional altamente concentrado (Sapelli, 2002), y bajo el entendimiento de que la libre competencia debe regir en los mercados, muchos de los cuales cuentan además con reguladores especiales para suplir sus fallas, la garantía del artículo 19 N° 21 de la CPR viene a asegurar dos cosas:

- 1) Que las inversiones efectuadas con recursos públicos son efectuadas de manera consensuada por los diversos partidos políticos, lo cual, en principio, asegura que su finalidad se alinea con los objetivos que debe perseguir el Estado;
- 2) Que los privados se enfrentarán a la empresa estatal como un par más, sin prerrogativas ni privilegios, salvo casos excepcionales, calificados de la misma manera antes indicada.

¿Sería necesario entonces el principio de subsidiariedad? En el marco de una política económica de mercado, el principio de subsidiariedad asegura que la intromisión del Estado sea mínima. Sin embargo, también implica cercenar al Estado de una potente herramienta regulatoria, sometiéndolo a controles jurisdiccionales en base a conceptos ajenos al texto de la CPR, aun existiendo un amplio acuerdo del espectro político y social.

En ese sentido, un sistema económico basado en el mercado debe reconocer la existencia de sus fallas, encaminando su actuar a solucionarlas de manera eficaz y eficiente. Dentro de las diversas herramientas del Estado para solucionar dichas falencias, puede comprenderse la exigencia de una Ley de Quórum Calificado como una manifestación constitucional de que el Estado deberá propender al uso de las herramientas regulatorias por sobre la creación de una empresa. Pero esto dista de la instauración de requisitos doctrinarios ajenos al texto de la CPR. Cumplidos los requisitos del texto constitucional, no resulta acorde con la CPR actual ni con una democracia representativa la limitación que implica el principio de subsidiariedad.

Esta limitación doctrinaria se erige, adicionalmente, por sobre un amplio acuerdo político, permitiendo a los particulares desafiar las herramientas del Estado encaminadas a solucionar problemas inherentes al propio sistema económico que la CPR defiende, primando entonces los intereses particulares por sobre el bien común.

Por supuesto, el Estado es un actor importante en la economía, y al tratarse de la inversión de fondos públicos, decisiones de esta naturaleza no pueden quedar al libre albedrío de políticos de turno. Resulta esencial una regulación clara, exenta de ambigüedades, que asegure el uso de esta herramienta de manera correcta, según los fines propios del Estado.

Abandonar la senda de la subsidiariedad implica retirar trabas ideológicas (Pardow y Vallejo, 2008 y Viera, 2009). Dejar atrás límites que se traducen en un exorbitante poder otorgado a particulares (Ruiz-Tagle, 2000) o a minorías políticas que pueden incluso no estar representadas en el parlamento, a través de la interposición de recursos jurisdiccionales (Vallejo y Pardow,

2008). En definitiva, abandonar la subsidiariedad implica mantener la política pública en su lugar natural, el Congreso, donde los representantes de la ciudadanía deberán decidir sobre la formación de una empresa del Estado (Vallejo y Pardow, 2008).

¿Implicaría esto una proliferación del Estado? ¿Tendremos una AFP Estatal, una Isapre Estatal, más colegios pertenecientes al Estado? ¿Farmacias populares? ¿Inmobiliarias del Estado? No es posible anticipar seriamente una respuesta, pero sí se puede aseverar que, en caso de ocurrir una proliferación de empresas del Estado, será con la aprobación de una mayoría calificada de los representantes de la ciudadanía. Y ¿no es eso lo máximo a que puede aspirar una democracia? Que, en caso de cambiar el paradigma político, social y económico, sea con un importante acuerdo, transversal, que lo estime conveniente. Dogmas fuera, puntos de vista dentro, no queda sino confiar en lo que, entre todos, como ciudadanos de este país, podemos acordar que es conveniente.

Conclusión

En definitiva, la discusión constitucional sobre el rol del Estado empresario debe responder dos interrogantes. Primero, **quién** debe decidir sobre este rol, la entidad constituyente, como una forma de límite a la intromisión estatal, o los Órganos del Estado democráticamente electo, de forma que los votantes manifiesten su cercanía o distancia con el principio de subsidiariedad.

Segundo, deberá decidirse **cómo** se ejercerá la iniciativa pública, es decir, si el Estado solo podrá operar cuando los privados no puedan o no quieran hacerlo, verificada la necesidad social del bien o servicio, o mediante la compatibilidad, que abre el abanico de posibilidades para que el Estado pueda cumplir con su rol social, permitiendo su entrada a los mercados aun cuando los privados ya participen del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Bauer, Carl J, *“Chile: derecho y economía en la Constitución de 1980”*, en La mano visible del mercado – Derecho y Economía, El Otro Derecho, N° 24, Bogotá, 2000;
- 2) Bassols Coma, Martín, *“La Constitución Económica”*, en Revista de Derecho Político, N° 36, Madrid, 1992;
- 3) Carro Martínez, Antonio, *“La Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad”*, en Revista de Administración Pública, N° 126, Madrid, 1991;
- 4) Fermandois Vöhringer, Arturo, *“El orden público económico bajo la Constitución de 1980”*, en Ius Publicum, N° 4, Santiago, 2000;
- 5) Fermandois Vöhringer, Arturo, *“Derecho Constitucional Económico”*, 2° edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006;
- 6) Ruiz-Tagle Vial, Pablo, *“Principios Constitucionales del Estado Empresario”*, en Revista de Derecho Público, N° 62, Santiago, 2000;
- 7) Sapelli, Claudio, *“Concentración y grupos económicos en Chile”*, Revista de Estudios Públicos, N° 88, Santiago, 2002;
- 8) Usen, Vicencio, Alejandro, *“El Estado Empresario”*, en Revista de Derechos Fundamentales, N° 7, Viña del Mar, 2012;
- 9) Vallejo Garretón, Rodrigo, *“La Constitución Económica en Chile: Un ensayo en (de)construcción”*, en Estudios Constitucionales, Vol. 14 N° 1, Santiago, 2016;
- 10) Vallejo Garretón, Rodrigo, y Pardow Lorenzo, Diego, *“Derribando mitos sobre el Estado Empresario”*, en Revista Chilena de Derecho, N° 35, Santiago, 2008;
- 11) Viera Álvarez, Christian, *“Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena”*, en Revista de Derecho Público, N° 71, Santiago, 2009

Sindicación y derechos laborales en constituciones del mundo¹²²

Por: Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional UDP, septiembre, 2020.

Resumen

Esta minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en diferentes constituciones el derecho de sindicación y algunos relacionados como el derecho a huelga y a la negociación colectiva. Se consideran los casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. Se clasifican los países de acuerdo con el modo en que se expresan los derechos mencionados en las respectivas cartas magnas. Se observa una tendencia transversal a reconocer el derecho a sindicación, no ocurriendo lo mismo con el derecho a huelga y a negociación colectiva. No obstante, el trabajo muestra que las constituciones analizadas reconocen el derecho a sindicación con distintos énfasis en lo que se respecta a sus características, regulaciones y restricciones.

Palabras Clave: *Sindicación, huelga, negociación colectiva, trabajo, sindicatos, derechos laborales.*

Introducción

Los diferentes elementos que componen el derecho laboral y sindical han pasado por diferentes etapas y estadios en la historia del actual sistema económico. El sindicato, la negociación colectiva y el derecho a huelga han pasado por diversos estatus legales: desde la prohibición absoluta, pasando por la tolerancia relativa para llegar a los tiempos actuales donde ya son reconocidos como derechos universales de los trabajadores (Rojas, 2017). Así ha quedado ratificado en algunos de los principales instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, por ejemplo, establece en el apartado 4 del artículo 23 el derecho fundamental de toda persona a los sindicatos y a afiliarse para la defensa de sus intereses. Derecho cuyo contenido se fue construyendo a partir de los sucesivos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), particularmente los Convenio n°87 sobre derecho a sindicación (1948) y el 98 sobre protección de sindicación y fomento de la negociación colectiva (1949). Otros convenios importantes son el n°135 sobre los representantes de los trabajadores (1971), el n°151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (1978) y el n°154 sobre el fomento de la negociación colectiva (1981) (Rojas, 2017). Son, en definitiva, estos convenios más toda la historia de la lucha sindical y de derechos de los trabajadores lo que ha empujado una agenda que por estos días sitúa a la sindicación, a la negociación colectiva y al derecho a huelga como derechos fundamentales. Y en tanto tal, en muchos países estos derechos son reconocidos en la Constitución.

En esto último yace el interés de esta minuta. La tabla 1 muestra un resumen de las diferentes dimensiones, y las referencias específicas, que encontramos en las constituciones estudiadas respecto a este tema. Posterior a la tabla se hace una pequeña descripción y análisis respecto a cada uno de estos elementos.

¹²² Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

Tabla 1. Derecho a sindicación, huelga y negociación colectiva en constituciones

Dimensión	Referencias	PAISES													
		Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve	
Derecho a	Derecho a sindicatos	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Sindicación como defensa		X					X				X			
	Derecho a huelga		X			X	X		X		X	X			
	Negociación colectiva			X	X	X		X			X		X		
Características	Independencia		X		X							X			
	Fuero sindical		X	X		X							X		
	Voluntariedad			X	X			X							
Restricciones	FFAA y orden			X				X	X	X	X				
	Partidos				X										
	Servidores públicos					X		X	X		X		X		

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

De los derechos

La tabla 1 muestra que, consistentemente con los tratados internacionales antes citados, todas las constituciones incluidas en este estudio reconocen el derecho de las personas a organizarse en sindicatos. La tabla 2 (en anexos) muestra la forma en que aparece redactado este derecho en cada una de las constituciones. Algunas de ellas incluso van un poco más allá y fundamentan la inclusión de este derecho como un mecanismo de defensa¹²³. **Portugal** por ejemplo plantea esta idea no sólo como fundamento, sino que en tanto responsabilidad de las asociaciones sindicales: “Será competencia de las asociaciones sindicales defender y promover la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores a quienes representen.” (Art. 56 [1]). En una línea similar **España** plantea que “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (Art. 7).

Menos presentes que el derecho a sindicación se encuentran los derechos a huelga y a la negociación colectiva. El primero de ellos sólo aparece en 7 de las constituciones estudiadas, destacan acá algunos casos como el de **Grecia** que plantea que “La huelga constituye un derecho, que será ejercido por las asociaciones sindicales legalmente constituidas, con vistas a la defensa y al fomento de los intereses económicos y profesionales, en general, de los trabajadores.” (Art. 23 [2]) o el de **Paraguay** que plantea en su artículo 98 lo siguiente “Todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen el derecho a recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses. Los empleadores gozan del derecho de paro en las mismas condiciones.” Respecto a la negociación colectiva este derecho es reconocido por 6 de las constituciones, algunos países como **Chile** incluyen este derecho, pero acompañado de una serie de regulaciones respecto a cómo proceder, quiénes tienen el derecho y bajo qué condiciones: “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las

¹²³ Esto es, estas constituciones fundamentan la inclusión del derecho a sindicación a partir de su potencial e importancia para defender a los trabajadores de situaciones de abuso, así como también de obtención de beneficios.

modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.” (Art. 19[1]).

Características derecho a sindicación

Varias de las constituciones acá revisadas incluyen algunas características especiales en las regulaciones del derecho a sindicación. Particularmente, se incluyen la independencia como principio de autonomía política de los sindicatos, la voluntariedad individual de afiliación y el fuero sindical para dirigentes de sindicatos que estén en periodo de mandato.

En lo que a independencia respecta, **Bolivia** plantea que, en términos ideológicos, el Estado debe mantenerse al margen de la organización sindical: “El Estado respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos” (Art. 51). En **Colombia** “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado.” (Art. 39), mientras que en **Portugal** “Las asociaciones sindicales son independientes de la patronal, del Estado, de las confesiones religiosas, de los partidos y demás asociaciones políticas” (Art. 55[4]).

Fuerte énfasis se pone también en la voluntariedad de afiliación. **Chile** plantea en el inciso 19 del artículo n°19 que “La afiliación sindical será siempre voluntaria”. En la misma dirección, **Brasil** plantea que “nadie estará obligado a afiliarse o a mantenerse afiliado a un sindicato” (Art. 8 [5]). **Paraguay** plantea que “Nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato” (Art. 96).

Finalmente, respecto al fuero son 4 los países que reconocen esta característica para los representantes o dirigentes sindicales vigentes en el cargo. Este derecho tiene directa relación con algunos convenios internacionales suscritos, particularmente con el 135 de la OIT en cuyo artículo 1 se plantea “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores (...)”. Al respecto, **Venezuela** plantea que “Los promotores, promotoras e integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones.” (Art. 95). La Constitución de **Colombia** por su parte plantea que “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.”. **Brasil** extiende este fuero a las candidaturas ~~para a~~ dirigencia sindical “un empleado que es miembro de un sindicato no podrá ser despedido desde el momento en que se registre como candidato para liderazgo o posición representativa en el sindicato, si fuere electo, aun como alternativa, no será despedido hasta un año después de la finalización de su mandato, salvo que cometiese una falta grave, provista por ley.” (Art. 8[6]).

Restricciones

Un número no menor de las constituciones acá revisadas plantean algunas restricciones para el derecho a sindicación. En resumidas cuentas, el derecho a sindicarse no es propio de todos los trabajadores, acá las restricciones apuntan en 2 direcciones: por un lado, a la prohibición de afiliación por parte de empleados públicos (en algunos casos magistrados, jueces y/o fiscales, en otros casos Fuerzas Armadas y de seguridad, en otros casos cualquier tipo de empleo público o fiscal), y por el otro, la prohibición de cualquier tipo de actividad ligada a partidos políticos por parte de los sindicatos.

Respecto al primer caso, constituciones como la de **Colombia** plantean la prohibición transversal del derecho a sindicación en la “fuerza pública”: “No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.” (Art. 39). En **España** hay algunas regulaciones más explícitas, por ejemplo, en el inciso 1 del artículo 28 se plantea que “La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos” dando a entender que las restricciones hacia estos grupos estarían condicionadas y que no son necesariamente aplicables a todos los casos. Esta misma Constitución, sin embargo, prohíbe el ejercicio de sindicación en grupos de funcionarios públicos del poder judicial: “Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos” (Art. 127 [1]). Caso similar a lo que ocurre en **Grecia**, donde “Queda prohibida la huelga en cualquiera de sus modalidades a los magistrados y a los agentes de los cuerpos de seguridad.” (Art. 23[2]). Estas restricciones, en particular las que refieren a las Fuerzas Armadas, se ajustan a los convenios internacionales, particularmente al Convenio 87 de la OIT en cuyo artículo 9 plantea que “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”.

El segundo caso atañe exclusivamente a **Chile**, país cuya Constitución establece la prohibición de cualquier tipo de actividad partidista por parte de los sindicatos ligándolo al principio de independencia mencionado anteriormente: “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas;” (Art. 19[19]).

Síntesis

La presente minuta indagó en los derechos laborales de sindicación y algunos asociados en un grupo de constituciones en América Latina y Europa. Los resultados muestran que todas ellas se ajustan a tratados internacionales reconociendo el derecho de los trabajadores a agruparse en sindicatos (Dunning, 1998). Las variaciones vienen dadas por: (1) el reconocimiento o no de los derechos a huelga y negociación colectiva y (2) las características, regulaciones y restricciones que estos derechos tendrán en cada uno de los países. Al respecto, es posible advertir que, si bien es cierto que las constituciones se ajustan tanto a lo planteado por la Declaración Universal de Derechos Humanos como a los múltiples convenios de la OIT, también lo es el hecho de que estos últimos son bastante flexibles y dejan un margen de acción amplio para que los estados regulen de manera particular las relaciones laborales bajo su jurisdicción. Es así entonces como en algunos países las Fuerzas Armadas y funcionarios públicos en general tienen restricciones, e incluso prohibición en algunos casos, a sindicarse, mientras que en otros, al menos a nivel constitucional, no existe este tipo de regulaciones. La evidencia acá expuesta abre la interrogante respecto a las formas de incluir los derechos estudiados en la constitución, y plantea desafíos en torno a la pregunta por las garantías jurídicas del derecho a sindicación en su objetivo de proteger efectivamente a los trabajadores en sus relaciones laborales.

Lecturas de interés

Bellace, J. (2014). La OIT y el derecho de huelga. *Revista internacional del trabajo*, 133(1).

Dunning, H. (1998). Orígenes del Convenio número 87 sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación. *Revista internacional del trabajo*, 117(2).

Organización Internacional del Trabajo (1948). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (num. 87). Disponible [acá](#).

Organización Internacional del Trabajo (1971). Convenio sobre los representantes de los trabajadores (num. 135). Disponible [acá](#).

Organización Internacional del Trabajo (1981). Convenio sobre la negociación colectiva (num. 154). Disponible [acá](#).

Rojas, I (2017). Los derechos de libertad sindical en la Constitución chilena. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(1).

Anexo

Tabla 2. Artículo constitucional referente a sindicación por país

País	Artículo	Art.
Ar	El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) Organización sindical libre y democrática	Art. 14 Bis
Ch	La Constitución asegura a todas las personas: (...) El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley.	Art. 19[19]
Bo	Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo con la ley.	Art. 51 [I]
Br	Las personas son libres de formar asociaciones profesionales o sindicales, observando lo siguiente (...)	Art. 8
Co	Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.	Art. 39
Ec	Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente	Art. 326 [7]
Es	Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.	Art. 7
Gr	Los helenos tendrán derecho a constituir asociaciones o sindicatos de índole no lucrativa con observancia de las leyes del Estado, las cuales no podrán en ningún caso someter el ejercicio de este derecho a una autorización previa.	Art. 12 [1]
Pa	Todos los trabajadores públicos y privados tienen derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa. Quedan exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Policiales.	Art. 96
Pe	El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático.	Art. 28
Po	La libertad de constitución de asociaciones sindicales en todos los niveles.	Art. 55 [2] a
Ur	La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.	Art. 57
Ve	Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse o no a ellas	Art. 95

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos en constituteproject.org

EL TRABAJO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Karla Varas Marchant, Profesora asociada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

En el debate sobre una nueva Constitución para Chile el trabajo ocupará un lugar central, ya que una de las principales causas del descontento ciudadano ha sido la desigualdad reinante en Chile, y resulta que uno de los cómplices de esa desigualdad es el modelo de relaciones laborales, razón por la cual, la oportunidad histórica que tenemos para repensar nuestro texto constitucional es a su vez una oportunidad histórica para fijar las nuevas bases de la protección del trabajo.

INTRODUCCIÓN

Las Constituciones, junto con establecer la forma jurídica del poder político, tienen la misión de plasmar un determinado orden social y económico. En otras palabras, una determinada forma de convivencia (Montoya 2003).

La crisis social y política que se gatilla a partir del alza del pasaje del metro en octubre de 2019, abrió el camino para iniciar en Chile, de forma inédita en nuestra historia, un debate democrático sobre una nueva Constitución.

La oportunidad que representa una nueva Constitución para Chile es especialmente relevante para el mundo del trabajo, ya que permitirá repensar la reconfiguración no sólo de las garantías fundamentales asociadas al trabajo, sino que, ante todo, el rol o espacio que ocuparán los derechos vinculados con el principio de libertad sindical –sindicación, negociación colectiva y huelga- en la Constitución, y la vinculación o nexo que tendrán con los valores fundamentales del texto constitucional, como por ejemplo, la igualdad. ¿Cómo se puede manifestar o expresar esa conexión?

Las proclamaciones constitucionales sobre la igualdad, presentes con distinto signo y alcance tanto en Constituciones liberales, social demócratas o totalitarias, no deben quedar en una mera proclamación formal, sino que debe dotársela de contenido y sentido de manera de plasmar una reacción contra situaciones de desigualdad. No se trata, por tanto, de la igualdad individual y abstracta del liberalismo, sino que de una igualdad social y económica, propia de un Estado Social de Derecho (Montoya 2003).

Pues bien, una de las vías de reacción ante las situaciones de desigualdad es el Derecho del Trabajo, ya que su finalidad esencial es introducir elementos compensatorios en la relación empresario-trabajador. Ese rol de nivelación o igualación, el Derecho del Trabajo lo cumple tanto desde su dimensión individual, introduciendo derechos mínimos irrenunciables que limitan la autonomía del empleador o, como dijera Supiot, que civilizan el poder empresarial (Supiot 1996) y, por sobre todo, desde su dimensión colectiva, permitiendo a los/as trabajadores/as a través de sus organizaciones sindicales y el ejercicio de sus principales medios de acción –la negociación colectiva y la huelga-, la construcción de un contrapoder.

En esta línea, el presente estudio busca contribuir a la reflexión constitucional que se avecina, en particular, al debate sobre los valores, principios y derechos que la Constitución debe consagrar en materia laboral.

EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN: BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA

Desde un ideario liberal, el rol que ocupa el trabajo en las constituciones es reducido, ya que se limita al reconocimiento de la libertad de trabajo e industria y, por tanto, a la elección de la profesión u oficio y a la libertad de acceso a los cargos y empleos públicos (Montoya 2003).

Esa fue la fórmula que siguió la Constitución Política de 1925, con el matiz de que dentro de las garantías constitucionales se incorporó la garantía de protección al trabajo en los siguientes términos: “Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, n° 14: La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización”. Luego en el inciso 3° del mismo numeral el constituyente establecía: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

Fue a partir de la reforma constitucional del año 1970 contenida en la Ley N° 17.398 sobre Estatuto de Garantías Constitucionales, que se da inicio al constitucionalismo laboral, toda vez que del mero postulado libertario se transita al reconocimiento de la protección del trabajo y del principio de libertad sindical, en los términos siguientes:

“Art. 10 n° 14: La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.

Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así;"

Si bien se trató de un reconocimiento limitado de los derechos laborales básicos,¹²⁴ desde la perspectiva de nuestra historia constitucional significó el primer acercamiento a los derechos derivados del principio de libertad sindical, que como indicamos, resultan cruciales para la consecución de la igualdad real o material de los ciudadanos, valor esencial plasmado en los textos constitucionales.

En efecto, la reforma constitucional reconoció el derecho de sindicación –en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena-¹²⁵ el derecho a constituir sindicatos sin

¹²⁴ Libertad del trabajo y su protección y el derecho al trabajo en cuanto toda persona tiene derecho a la libre elección de éste y a una remuneración suficiente. Además, se garantiza que ninguna clase de trabajo o industria esté prohibida.

¹²⁵ Rojas indica que se trató de un reconocimiento parcial y limitado, ya que el constituyente lo circunscribió a específicos niveles de la estructura económica y que corresponden al orden de las actividades o de la respectiva industria o faena, lo que a su juicio y con toda razón, va en contra de la

autorización previa y el de la libertad del sindicato para cumplir sus propios fines. Junto a la garantía constitucional de sindicalización, se consagró de forma expresa y al máximo nivel normativo el derecho de huelga, aunque delimitado a la regulación que de él haga la ley. En cuanto al derecho de negociación colectiva, si bien la reforma constitucional no lo incorporó de forma expresa, éste puede ser derivado del derecho del sindicato para cumplir sus propios fines (Rojas, 2020).

Luego, con la Constitución Política de 1980, aprobada en plena dictadura militar, se sigue la senda del reconocimiento limitado no sólo de los derechos laborales básicos, sino que ante todo de los derechos derivados del principio de libertad sindical. De ahí que resulta crucial el proceso constituyente que se avecina, ya que nos permitirá transitar de la fórmula liberal a la social, incorporando de forma expresa y decidida los derechos laborales básicos, sobre todo los de índole colectiva.

EL CONSTITUCIONALISMO LABORAL

Las Constituciones precursoras del reconocimiento de los derechos laborales básicos –no sólo los de índole liberal- fueron las constituciones de Querétaro (México, 1917);¹²⁶ la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (Unión Soviética, 1918) y la Weimar (Alemania, 1919).

En el ámbito de las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, los derechos laborales se insertan dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, consagrándose, entre otros, el derecho al trabajo, a su libre elección, al goce de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a una remuneración equitativa y satisfactoria, un salario igual por trabajo de igual valor, a una limitación razonable de la jornada de trabajo, disfrute del tiempo libre, vacaciones pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, protección contra el desempleo y el derecho a la seguridad social. En el ámbito colectivo, los instrumentos internacionales consagran los derechos de sindicación, negociación colectiva, huelga, garantías especiales para los representantes de los trabajadores/as, protección contra los actos de discriminación, entre otros.¹²⁷

De esta manera, las garantías constitucionales asociadas al trabajo que suelen consagrarse en los textos constitucionales son variadas. Desde los derechos de índole liberal, como el derecho a la libre elección del trabajo o la garantía de que ninguna clase de trabajo puede estar prohibida, a los derechos laborales de carácter social, como el derecho a una remuneración equitativa o satisfactoria o a una justa retribución, el derecho a un salario igual por trabajo igual o trabajo del mismo valor, el derecho al ingreso mínimo, el derecho a la limitación razonable de la jornada

libertad sindical, ya que la definición de la estructura sindical debe ser entregada a los propios trabajadores/as (Rojas 2020).

¹²⁶ La Constitución de Querétaro constituye una referencia mundial en materia de elevación de los derechos laborales al máximo nivel normativo, calificado como “una auténtica declaración de principios y un código constitucional del trabajo individual y colectivo con alta intensidad y claridad protectoria” (Arese 2017).

¹²⁷ En otros instrumentos internacionales cabe destacar: La Declaración de Filadelfia de 1944, que plasma el principio de que el trabajo no es una mercancía; Carta Internacional Americana de garantías sociales del trabajador de 1947, la que en 39 artículos desarrolla las instituciones esenciales del contrato individual de trabajo, contrato colectivo, el proceso judicial, la institucionalidad fiscalizadora y el derecho a la seguridad social; Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, artículos 22, 23 y 24; Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, artículo 45; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículos XIV, XV, XVI y XXII; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículos 6, 7, 8 y 9; Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de los Principios y Derechos del Trabajo de 1998 y los más de 100 convenios internacionales que establecen principios y derechos básicos en el trabajo.

de trabajo y el consecuente derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, el descanso semanal, las vacaciones pagadas, la prohibición del trabajo infantil, el derecho a la no discriminación en el espacio laboral. En la perspectiva de los derechos de índole colectiva, las constituciones suelen consagrar los derechos de sindicación con alcance universal (trabajadores/as del sector público y privado), garantizando a los trabajadores/as el derecho a constituir sindicatos sin autorización previa, a afiliarse libremente a los mismos, la protección contra la discriminación sindical y el reconocimiento de sus principales medios de acción: la negociación colectiva y la huelga. Finalmente, las constituciones reconocen el derecho a la seguridad social.

La Constitución política vigente consagró los derechos liberales del trabajo –la libertad de trabajo y su protección–,¹²⁸ marginalmente los derechos de carácter social –el derecho a una justa retribución¹²⁹ y la prohibición de discriminación¹³⁰– y de forma restrictiva los derechos de índole colectiva –sindicación,¹³¹ negociación colectiva¹³² y huelga¹³³–. En lo que al derecho de seguridad social se refiere, la Constitución de 1980 se limita a señalar que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas.¹³⁴ De ahí que para el derecho del trabajo el cambio constitucional constituye un paso crucial para la sustitución del modelo, en especial, del modelo de relaciones colectivas de trabajo.

HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La necesidad de una reconfiguración constitucional de las garantías asociadas al trabajo y la posición que ocuparán en la escala de valores del texto constitucional es imperiosa. La Constitución vigente no coloca al trabajo en el centro del orden jurídico y social, y sus garantías, especialmente de índole colectiva, dado los obstáculos que la Constitución consagra, no logran cumplir el rol igualador que por esencia están llamados a realizar.

En efecto, la Constitución Política establece una serie de normas que limitan el accionar de los sindicatos, impidiéndoles alcanzar sus objetivos específicos. En primer lugar, les prohíbe participar en actividades políticas y sus dirigentes no pueden ser candidatos a cargos de elección popular. Su actuar es relegado a cuestiones de índole gremial (dentro de los márgenes de la empresa), viéndose fuertemente restringidas las acciones que se desplieguen hacia el ámbito político.¹³⁵

Por otro lado, el derecho de sindicación y sus principales medios de acción (negociación colectiva y huelga), no son de alcance universal, ya que su ejercicio está reservado únicamente a los trabajadores/as del sector privado.

¹²⁸ Artículo 19 N° 16 incisos 1°, 2° primera parte y 4°.

¹²⁹ Artículo 19 N° 16 inciso 2° parte final.

¹³⁰ Artículo 19 N° 16 inciso 4°.

¹³¹ Artículo 19 N° 19.

¹³² Artículo 19 N° 16 inciso 5°.

¹³³ Artículo 19 N° 16 inciso 6°.

¹³⁴ Artículo 19 N° 18.

¹³⁵ Las organizaciones sindicales no pueden intervenir en actividades político partidista (artículo 19 N° 19 parte final). Si hacen mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados de conformidad a la ley. Los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales son incompatibles con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos (artículo 23). Finalmente, a propósito de las inhabilidades para ser candidatos a diputados y senadores, se señala que no podrán ser candidatos las personas que desempeñan un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal (artículo 57).

No se garantiza de forma plena la autonomía colectiva, ya que la negociación colectiva se circunscribe al ámbito de la empresa¹³⁶ y no hay un reconocimiento explícito del derecho de huelga. La referencia constitucional a este derecho fundamental es únicamente para negar su ejercicio en el ámbito de la función pública y de los servicios esenciales.¹³⁷

Como se puede apreciar, se trata de un modelo constitucional desconfiado del accionar colectivo de los trabajadores/as,¹³⁸ que no confiere un alcance pleno al principio de libertad sindical, pese a que nuestro país ha ratificado convenios internacionales que reconoce a este principio todas sus proyecciones: derecho de sindicalización con alcance universal, autonomía de los trabajadores/as para fijar la estructura y nivel sindical, así como el nivel de negociación colectiva, y ejercicio pleno y efectivo del derecho de huelga.¹³⁹

Otros modelos constitucionales, consagran de forma amplia los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Así ocurre, por ejemplo, con la Constitución Argentina, la que establece que la organización sindical es libre y democrática, garantizándoles el derecho a concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y el arbitraje y el derecho de huelga.¹⁴⁰ La Constitución portuguesa, en tanto, reconoce a los trabajadores/as el derecho de libertad sindical para la defensa de sus derechos e intereses, garantizándoles sin discriminación alguna, los derechos de libertad de constitución en todos los niveles, de inscripción, organización y reglamentación interna, independencia, información y consulta, entre otros. Luego, se consagra el derecho de los sindicatos a la contratación colectiva y a participar en la elaboración de la legislación del trabajo, en la gestión de las instituciones de seguridad social, dar su opinión en los planes económicos y sociales, estar representados en los órganos de conciliación social y participar en procesos de reestructuración corporativa. Finalmente, se consagra el derecho de huelga y la prohibición del cierre patronal, estableciendo que es de competencia de los trabajadores/as definir el ámbito de los intereses que se propongan defender mediante ella, no pudiendo la ley limitar ese ámbito. Además, el texto constitucional señala que será la ley la encargada de definir las condiciones de prestación de los servicios necesarios durante una huelga y asegurará el mantenimiento de los equipamientos e instalaciones, así como los servicios mínimos necesarios para atender las necesidades sociales esenciales.¹⁴¹

¹³⁶ El artículo 19 n° 16 inciso 5 de la Constitución Política garantiza: “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”.

¹³⁷ En el inciso 5° del referido artículo 19 n° 16 la Constitución Política dispone: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

¹³⁸ En palabras de Caamaño, los ideólogos del modelo desvalorizan al sindicato, razón por la cual persiguen su atomización y la pérdida de su capacidad de actuación (Caamaño 2020).

¹³⁹ Entre otros, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Convenios esenciales de libertad sindical de la OIT –Convenios N°s 87 y 98-, sumado a las interpretaciones realizadas por los órganos de control de la libertad sindical: Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

¹⁴⁰ Artículo 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina.

¹⁴¹ Artículos 55, 56 y 57 de la Constitución Política de Portugal.

Las bases para una nueva consagración constitucional de los derechos de índole colectiva de los trabajadores/as, se pueden resumir del siguiente modo:

- a) Alcance universal del derecho de sindicación, tanto para los trabajadores/as del sector privado como público;
- b) Plena libertad de los trabajadores/as para constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, pudiendo determinar libremente su nivel y estructura. La ley no debe inmiscuirse en esa esfera de autonomía propia de las organizaciones sindicales.
- c) Reconocimiento de su autonomía para fijar sus objetivos, fines, programa de acción y reglamentación interna, sin injerencia de ningún tipo.
- d) Reconocimiento de los derechos de información y consulta.
- e) Protección contra los actos de discriminación sindical y el reconocimiento de que los representantes sindicales deben gozar de protección y garantías especiales para el adecuado ejercicio de su cargo.
- f) Consagración del derecho de negociación colectiva, sin restricciones en cuanto a su nivel, el que será determinado autónomamente por las partes (nacional, ramal o sectorial).
- g) Consagración del derecho de huelga con alcance universal (sector público y privado) y con plena autonomía para definir cuáles serán los intereses que se defenderán a través de ella.
- h) Remisión a la ley para fijar las restricciones (jamás la prohibición), a la que deberá someterse el ejercicio del derecho de huelga cuando por sus características, pudiera poner en grave peligro la vida, salud o seguridad de toda o parte de la población.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Arese, César. 2017. "Los derechos humanos laborales en las Constituciones latinoamericanas (El centenario de la Constitución de Querétaro)", en *Revista Latinomericana de Derecho Social* N° 25, UNAM.

Caamaño, Eduardo. 2020. "Derecho de sindicación y nueva Constitución: La necesaria promoción de la libertad sindical y autonomía sindical", en AAVV *Trabajo y Nueva Constitución*, Caamaño, Eduardo y Varas, Karla (coord.). Santiago: Ediciones DER.

Montoya, Melgar. 2003. "El trabajo en la Constitución", en *Revista Foro Nueva Época* N° 0, España.

Rojas, Irene. 2020. "La protección al trabajo en la Constitución", en AAVV *Trabajo y Nueva Constitución*, Caamaño, Eduardo y Varas, Karla (coord.). Santiago: Ediciones DER.

Supiot, Alain. 1996. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Igualdad de género y derechos de mujeres en constituciones del mundo¹⁴²

Por: Juan Esteban Fernández, Laboratorio Constitucional UDP. Septiembre, 2020.

Resumen

¹⁴² Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. Para ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

Esta minuta describe y compara el modo en que trece constituciones de Sudamérica y Europa se refieren a derechos fundamentales de las mujeres, de igualdad de género y no discriminación. Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. Se clasifican los países de acuerdo con el modo en que se expresan los derechos mencionados en las respectivas cartas magnas. Las constituciones observadas reconocen derechos de igualdad de género y no discriminación. Pero también se observan diferencias sustantivas en la forma que se definen estos derechos y respecto al alcance y mecanismos para hacerlos efectivos.

Palabras Clave: *Mujeres, Igualdad de género, Discriminación, violencia de género.*

Introducción

En el presente documento proponemos un análisis de los textos constitucionales en función de la existencia o no de artículos que hagan alusión a determinados elementos que, a la luz tanto de la literatura, de los movimientos feministas y de los tratados internacionales, resultan fundamentales para la consecución de objetivos relacionados a la igualdad de género, la no discriminación, la protección de derechos de las mujeres etc. Y es que existen una serie de instrumentos internacionales que han buscado “igualar la cancha” en torno a desigualdad de género, violencia y discriminación, y para ello emplazan a los Estados a asegurar algunos derechos. La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer de 1948 (de ahora en más CICDCM) plantea y empuja a los países a otorgar a la mujer los mismos derechos civiles que goza el hombre, similar a lo que plantea la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953). La Convención de Belém de Pará (1995) aboga por la prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia contra la mujer. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (de ahora en más CEDAW por su sigla en inglés) – firmado y ratificado por todos los países acá estudiados – plantea en el inciso a) de su artículo n°2 el compromiso de los Estados parte a “Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer (...)”. Así entonces, se va creando un marco internacional que, sumado al fuerte protagonismo de las distintas olas del movimiento feminista, va forjando un panorama en que los derechos de las mujeres, en sus diferentes dimensiones, pasan a ser deberes fundamentales de los Estados (Alvarado, 2007).

Dado este panorama, la pregunta que surge es ¿Cuáles de estos derechos son incluidos por los Estados nacionales en sus constituciones? ¿Y de qué forma? La tabla 1 a continuación muestra un panorama general de la inclusión de derechos ligados a la mujer y a la igualdad de género en las 13 constituciones revisadas. Los derechos encontrados fueron agrupados en 4 dimensiones que se analizan con mayor profundidad a continuación.

Tabla 1. Igualdad de género y derechos fundamentales de mujeres en constituciones

Dimensión	Referencias	PAISES												
		Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
Cuotas	Paridad en cargos políticos	X				X	X					X		
Igualdad y no discriminación	Igualdad de género		X	X		X			X	X				X
	Igualdad ante la ley				X					X				
	Violencia de género		X				X							

	No discriminación					X	X	X	X		X				X	
Económicos, sociales y culturales	Igualdad salarial		X				X		X							X
	Trabajo doméstico															X
	Propiedad						X				X					
	Igualdad marital									X						
Específicos	Maternidad	X	X	X		X	X			X		X	X			
	Post natal		X							X		X				

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

Al igual que las otras minutas comparativas que hemos trabajado¹⁴³, acá nos interesa, en primer lugar, saber si las constituciones asignan un rol particular al Estado en la materia a estudiar. Para el caso particular de los derechos de las mujeres e igualdad de género encontramos que sólo 4 constituciones lo hacen: **Bolivia, Grecia, Paraguay y Portugal**¹⁴⁴. La tabla 2 a continuación muestra los artículos y la forma en que están redactados. Como es posible apreciar, los artículos de estas constituciones parecen ajustarse a los tratados como el de la CEDAW, al plantear la igualdad y no discriminación en términos generales, y también al referirse a ámbitos específicos como el acceso a tierras, remuneraciones, trabajo etc.

Tabla 2: Rol del Estado en materia de igualdad y no discriminación

País	Contenido artículo	Fuente
Bolivia	V. El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado.	Art. 47[V]
	El Estado tiene la obligación de (...) 2. Promover políticas dirigidas a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres en el acceso, tenencia y herencia de la tierra.	Art. 402
Grecia	El Estado debe eliminar las desigualdades existentes, en particular, las que afectan a las mujeres.	Art. 116 [2]

¹⁴³ Disponibles en el link <https://plataformacontexto.cl/category/2>

¹⁴⁴ Esto, sin embargo, no implica que no exista un rol del Estado en las demás constituciones. Interesa en esta sección mostrar el rol explícito que se le otorga al Estado en esta materia y de qué manera se formula en cada Constitución.

Paraguay	El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.	Art. 48
Portugal	Son misiones fundamentales del Estado: (...) h. Promover la igualdad entre hombres y mujeres.	Art. 9 [h]

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

Cuotas y paridad en cargos

Muchas de las convenciones y tratados citados plantean también la necesidad de hacer efectivas las políticas de igualdad y no discriminación a través de mecanismos que aseguren la representación de las mujeres en los espacios de decisión política. Así, algunas de las constituciones acá revisadas incluyen dicho elemento en sus regulaciones. En **Argentina**, por ejemplo, el artículo 37 plantea que “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.” En **Colombia** la representación paritaria debe ser promovida por el Estado: “El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos.” (Art. 65). **Ecuador** va un poco más allá y plantea mecanismos que aseguren la paridad en diferentes espacios del servicio público: “Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.” (Art. 176) “Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia serán elegidos por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social. Se propenderá a la paridad entre mujer y hombre.” (Art. 183). **Portugal** se repite nuevamente en esta materia dando cuenta que “La participación directa y efectiva de los hombres y mujeres en la vida política constituye condición e instrumento fundamental de consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación en función del sexo en el acceso a los cargos políticos.” (Art. 109).

Igualdad y no discriminación

En línea con la CIDCM, muchas de las constituciones que acá revisamos plantean la igualdad entre hombres y mujeres en materia de derechos civiles. Algunas constituciones como la de **Brasil** plantean este derecho en términos más bien minimalistas, “Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos y deberes antes en los términos de esta Constitución;” (Art. 5[1]), similar a lo que hace **Grecia** en su artículo 4: “Los hombres y las mujeres helenos tendrán los mismos derechos y obligaciones.”. Constituciones como las de **Chile** o **Perú** se limitan a asegurar la igualdad de derechos ante la ley, dejando, al menos para el caso de **Chile**, vacíos importantes en cuanto a lo que las convenciones internacionales refiere. Acá la Constitución plantea que “Hombres y mujeres son iguales ante la ley” (Art. 19[2]).

De esta igualdad derivan algunos artículos que hacen referencia implícita a la no discriminación. En muchos de ellos se incluye a las mujeres como parte de un grupo mayor de sectores de la sociedad que requieren protección mayor en cuanto a diferentes formas de discriminación. En

la Constitución de **Perú**, por ejemplo, se plantea que todos tiene derecho a “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.” (Art. 2[2]). Similar a lo que ocurre en **Portugal**, donde “Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.” (Art. 89[5]). Algunas constituciones apuntan las medidas de no discriminación directamente hacia las mujeres, como lo es el caso de **Grecia**, donde “El Estado debe eliminar las desigualdades existentes, en particular, las que afectan a las mujeres.” (Art. 116[2]).

Bolivia y Ecuador tratan en sus constituciones un tema importante en torno a esta temática y que dice relación con la violencia. **Bolivia** plantea que “Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.” (Art. 15[II]). En el mismo artículo, inciso III asigna un rol al Estado en torno a este mismo elemento: “El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional”. **Ecuador** plantea algo similar a lo anterior, asignando al Estado el rol de adoptar “las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes (...)” (Art. 66[3], b).

Derechos económicos, sociales y culturales

Dentro de los hallazgos de esta revisión se encuentran algunos elementos interesantes de analizar y que hacen referencia a derechos económicos, sociales y culturales. Específicamente, encontramos acá la igualdad salarial, el derecho a la propiedad, la regulación del trabajo del hogar y la igualdad marital.

Algunas constituciones revisadas tratan específicamente el tema de las remuneraciones. La Constitución de **Bolivia** por ejemplo plantea que “El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado.” (Art. 48[V]). En la misma línea, **Grecia** plantea que “Todos los que trabajan tendrán derecho, sin tenerse en cuenta su sexo ni otras distinciones, a la misma remuneración por el trabajo de igual valor realizado.” (Art. 22[1]).

Respecto al segundo de los derechos mencionados, ya vimos que **Bolivia** plantea un rol específico del Estado en torno al acceso a la propiedad para las mujeres. **Ecuador**, en una línea similar, plantea que “El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal.” (Art. 324).

Respecto al trabajo del hogar, es nuevamente la de **Paraguay** la que innova contemplando y regulando una nueva dimensión de la equidad de género, “El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. El Estado reconocerá el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.” (Art.88). Un elemento que llama la atención lo aporta nuevamente la Constitución de **Paraguay**, en cuyo artículo 89 se plantea la equidad en torno tanto a derechos como obligaciones entre hombres y mujeres en la formación y desenvolvimiento de la familia: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el

hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones.”. Es a esto último a lo que referimos cuando hablamos de igualdad marital.

Protección de la maternidad

Una de las materias que más suscita acuerdo entre las constituciones revisadas dice relación con la protección de la maternidad, 8 de las 13 cartas magnas revisadas hacen referencia a aquello. **Bolivia**, por ejemplo, plantea que “Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y posnatal.” Art. 45[V]. En una dirección similar, en la Constitución de **Uruguay** se plantea que “La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.” (Art. 42). **Ecuador** va un poco más allá y plantea que el Estado garantiza a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia una serie de derechos de protección¹⁴⁵.

Conclusiones

La revisión de 13 constituciones de América Latina y Europa arroja como resultado una diversidad de elementos referidos a la igualdad de género y derechos de las mujeres que son incluidos. Aunque hay algunas coincidencias importantes, como lo son la protección igualdad, la no discriminación o la protección de la maternidad, hay algunas divergencias que bien vale la pena mencionar y analizar. La inclusión, por ejemplo, de mecanismos para asegurar la presencia y representación de mujeres en espacios de tomas de decisión política, la protección frente a la violencia de género o la equivalencia de remuneraciones por igual trabajo son elementos que no son incluidas por todas las constituciones, y que, a la luz de la evidencia empírica de serios problemas sociales, bien valdría la pena analizar y discutir en miras a una nueva Constitución. Lo mismo sucede con elementos innovadores como lo son la igualdad en el acceso a la propiedad o la regulación del trabajo doméstico.

Lecturas de interés

Alvarado, P. (2007). La protección de los derechos de las Mujeres en la Constitución colombiana. *Revista de Derecho del Estado*, 20, 49-60

Esquemre, M. (2006). Género y ciudadanía, mujeres y Constitución. *Feminismo/s*, 8, 35-51.

Guzmán, D. Molano, P. & Uprimny, R. (2012) ¿Camino a la igualdad?: Derechos de las mujeres a partir de la Constitución de 1991. Sistematización legal y jurisprudencia. Bogotá_ ONU Mujeres Colombia

OEA (1948). Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer. Disponible [aquí](#)

ONU (1953). Convención sobre los derechos políticos de la mujer. Disponible [aquí](#)

¹⁴⁵ El artículo Art. 43 de la Constitución de Ecuador garantiza una serie de derechos entre los que se incluyen (I) el de no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; (II) gratuidad de los servicios de salud materna; (III) protección prioritaria y cuidado de su salud integral y vida durante el embarazo, parto y post parto; (IV) facilidades necesarias para la recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

ONU (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible [aquí](#).

PNUD (2018). Mujeres y política: Claves para su participación y representación. Disponible [aquí](#)

Anexo:

Comentario Analítico

Redactado por: Corporación Humanas

1. Para el feminismo jurídico la incorporación de los derechos humanos de las mujeres a los textos constitucionales obliga a realizar algunas advertencias previas en relación con la necesaria contextualización que requiere el fenómeno jurídico para evitar que se reproduzca el análisis normativo en abstracto y universalista que históricamente ha excluido a las mujeres y el género como sujetos y perspectiva de análisis en y del derecho. Los avances en la inclusión de género en el ámbito constitucional y en el documento en particular, al no prescindir de dicho análisis esconden procesos sociales y políticos, la mayor de las veces invisibilizados, que no son lineales y tampoco necesariamente acumulativos. Se precipitan y se expresan en olas durante las cuales los movimientos feministas logran instalar agendas que no suelen tener, en lo que al derecho refiere, antecedentes en la tradición jurídica constitucional que las avalen, más aún considerando que los procesos constitucionales son momentos excepcionales en la historia normativa de las sociedades. Hay mucho de creación e innovación jurídica en las propuestas que desde el domicilio feminista se hacen que no tienen antecedentes y o que se instalan en los procesos constituyentes mas por el momento histórico que se vive que por los antecedentes jurídicos que lo preceden. Así, de la lectura del documento parece evidente hacer mención a los tiempos en los que las constituciones se adoptan y más que seguir la lógica de comparación entre textos, dar cuenta de aquellas normas en las que emerge un contenido constitucional nuevo como es aquellos referidos a la igualdad material o sustantiva, la economía del cuidado, o la desgenerización de conceptos como familia o maternidad, que apuntan a ampliar la lógica de aproximación al análisis constitucional y a hacerse cargo de los nudos estructurales de la desigualdad de género. Así se entiende además que el feminismo jurídico haya tendido a evitar tendencias minimalistas propias de los textos constitucionales evitando dejar mucho espacio a la interpretación jurídica que, sabemos, tiende a reproducir los marcos interpretativos que reproducen la exclusión.

2. La igualdad como principio y derecho sigue siendo para las democracias modernas el eje y horizonte normativo. En distintos contextos y a lo largo de su desarrollo ha evolucionado desde una igualdad formal, esto es, un enunciado normativo sobre el trato igualitario y sin privilegios del Estado hacia las personas a uno de igualdad sustantiva que se hace cargo de la desigualdad real, en que se desenvuelven los colectivos sistemática y estructuralmente subordinados, que excluyen, limitan o anulan las posibilidades de acceder a bienes materiales y simbólicos, entre ellos, las mujeres. La diferencia entre un concepto formal y uno sustantivo de la igualdad, es que en la primera el rol del Estado y sus instituciones termina con el otorgamiento de igual trato a las personas, en cambio, cuando hablamos de igualdad sustantiva, las instituciones tienen un deber de acción en cuanto a generar cambios en la distribución del poder y de los recursos en una sociedad. Ello con el fin de que las estructuras políticas, jurídicas, económicas y culturales, y sus prácticas no reproduzcan las desigualdades y que se generen las condiciones de autonomía

para el ejercicio de todos los derechos humanos y la concreción de planes de vida que se insertan en una red de interacciones sociales que los sostienen, los enriquecen y proyectan dentro de una comunidad. Así, esta segunda noción de igualdad incorpora necesariamente el establecimiento de libertades pero también de derechos bajo la premisa de que todas las personas tenemos la misma dignidad. Como bien indica el texto, ejemplo de igualdad formal es la Constitución de Chile y ejemplo de igualdad sustantiva es la cláusula de la Constitución de Portugal.

3. El punto anterior enlaza con la pregunta por cuáles son las herramientas que una Constitución prevé para llevar adelante un mandato programático respecto de la igualdad de las mujeres. Para ello resultaría interesante conocer de qué forma los diversos textos constitucionales buscan comprometer al Estado en su conjunto con dicho objetivo, de manera que este permea a todas las instituciones, y que adecúe la legislación de todo rango normativo -desde protocolos e instructivos internos, pasando por decretos, reglamentos, leyes y la misma Constitución- al mismo, guiando al poder público en su actuar. Alternativas para lograrlo son por ejemplo, la incorporación de principios constitucionales transversales sobre igualdad de género, incorporación de una perspectiva de género en el diseño de las políticas pública, la prohibición de la discriminación, el derecho a la una vida libre de violencia y la democracia paritaria; establecer mandatos al poder legislativo; contemplar cláusulas transitorias que le otorguen un horizonte de avance a lo establecido constitucionalmente; propender a la generación de estructuras e instituciones más colectivas que unipersonales, crear organismos con autonomía institucional y participación ciudadana que puedan velar por el avance de los principios transversales establecidos y por la actualización de la política pública en la materia.

4. En relación con los derechos de participación, una de las dimensiones que ha mostrado una tendencia explícita a consagrar la paridad como estrategia para lograr la igualdad de género, resulta relevante señalar que ésta no se limita a la inclusión de las mujeres en el Estado. En este sentido, las observaciones del Comité de la CEDAW, órgano autorizado para fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en dicho tratado, en relación con sus artículos 7 y 8 han avanzado a considerar una idea de participación de las mujeres que no es sólo política sino también social, asumiendo con ello una noción de democracia paritaria que reconoce a la mujer como sujeta política que lucha por su plena integración, no sólo a través de cuotas ni solamente en la institucionalidad.

5. Por último, consideramos que es beneficioso incorporar una perspectiva crítica a la hora de evaluar el establecimiento de cualquier derecho o reconocimiento institucional a nivel Constitucional, en términos de si tal reconocimiento es un avance o no para los derechos humanos de las mujeres. Para atender esa pregunta situada y políticamente, vale considerar que el potencial emancipador de una perspectiva feminista en lo constitucional está en el reconocimiento, integración y dinamización de las mujeres como sujetas políticas, habitualmente excluidas de la institucionalidad y los espacios de poder, no por mera arbitrariedad ni por falta de mérito, sino por las diversas estructuras opresivas en lo político, social, económico y cultural. En aquel sentido, no cualquier incorporación de “la mujer” a los textos constitucionales es beneficiosa, ni siquiera aunque aparentemente traiga beneficios en lo previsional o laboral, tales como los derechos que se derivan de la protección a “la

maternidad". Un buen ejemplo de lo anterior está en la Constitución de Irlanda¹⁴⁶, la que entrelíneas infiere que el rol de la mujer es el cuidado de su familia, en el espacio privado que es el hogar, para indicar que aquel trabajo doméstico aporta a la sociedad a alcanzar el bien común y entregar a las mujeres derecho a ayudas económicas estatales para que la necesidad de un empleo remunerado no las haga descuidar sus obligaciones en el hogar. Algo parecido sucede con la protección constitucional a la familia que puede estar vinculada a una noción ideológica basada en la heterosexualidad y a la institución del matrimonio. Una perspectiva de género en lo constitucional avanza cuando disputa la política de la heteronorma, cuestiona la naturalización de la familia como se comprende actualmente, con la condición de subordinación de la mujer/madre. La Constitución irlandesa de algún modo reconoce el trabajo no remunerado, pero no para alterar la división sexual del trabajo sino al contrario, para reforzarla desde un punto de vista patriarcal. La Constitución paraguaya, tal como se indica, contempla una norma que reconoce el valor del trabajo no remunerado, y en conjunto con otras normas, tal como aquella que señala que mujeres y hombres tienen los mismos derechos y obligaciones en relación a la familia, permiten concluir que aquel texto sí avanza en promover igualdad sustantiva, socializar los cuidados y transformar las estructuras sociales desde una perspectiva feminista.

Hacia una Constitución Feminista: 15 puntos mínimos

Corporación Humanas

¹⁴⁶ Artículo 41. 1°... el Estado reconoce que, con su vida en el hogar, la mujer otorga al Estado un apoyo sin el cual no puede alcanzarse el bien común. 2°. Por consiguiente, el Estado tenderá a garantizar que las madres no estén obligadas, por necesidades económicas, a dedicarse a un trabajo con descuido de sus obligaciones en el hogar. Recuperado de: https://www.constituteproject.org/constitution/Ireland_2015.pdf?lang=es [21/11/2020]

Para que existan condiciones para la concreción de una igualdad de género sustantiva, Chile debe contar con una nueva Constitución Política que considere contenidos mínimos surgidos a partir del reconocimiento de la desigualdad y la discriminación estructural en que se encuentran las mujeres por razones de género, recogiendo la agenda y el debate del movimiento feminista, y buscando la erradicación de todas las formas de violencia. En esa dirección, proponemos 15 puntos mínimos.

1. **Lenguaje inclusivo.** Redactar la nueva Constitución con lenguaje inclusivo, superando el uso y referencias en masculino que se toman por universales y que excluyen el reconocimiento de las mujeres y otros titulares de derechos en el lenguaje. Es decir, no sólo se necesita una constitución que reemplace la palabra “hombre” por “persona” u otros genéricos inclusivos, sino que su elaboración contemple también las realidades diversas que viven hombres, mujeres, disidencias y otros grupos minorizados.
2. **Laicidad del Estado.** Garantizar explícitamente la separación entre Estado e Iglesias, así como la libertad de conciencia y de culto como derechos diferenciados. El reconocimiento de la objeción de conciencia no puede contemplarse ni utilizarse para impedir el ejercicio de derechos de terceros reconocidos por la Constitución o las leyes. Así por ejemplo, los colegios públicos y subvencionados no deberían poder exhibir símbolos religiosos o permitir que se realicen actos o prácticas religiosas.
3. **Principio de cuidados.** Pasar de un Estado subsidiario a un Estado cuidador que amplía su rol social y económico reforzado con los principios de solidaridad, inclusión y justicia de manera expresa, reconociendo el valor de las relaciones de interdependencia social que hacen posible la vida y el buen vivir, y estableciendo el mandato de garantizar el bienestar, dignidad y derechos de todas las personas y las comunidades.
4. **Principio de igualdad sustantiva.** Consagrar de forma expresa la igualdad sustantiva en dignidad, libertad y derechos, estableciendo el mandato al Estado de remover los obstáculos que impidan o dificulten el desarrollo individual y colectivo de grupos históricamente postergados como las mujeres, los pueblos indígenas, las personas migrantes y las diversidades y disidencias sexuales. Ello incluye, por ejemplo, la adopción de medidas de acción afirmativa destinadas a avanzar en la práctica hacia la igualdad real. Asimismo, debe establecerse la prohibición de discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, género, etnia, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, identidad de género; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.
5. **Democracia paritaria y plurinacional.** Establecer el deber de una participación paritaria en todos los espacios de la sociedad y en todos los poderes y niveles del Estado, la promoción de órganos colegiados y su integración paritaria, gabinete de gobierno y elecciones o designaciones a cargos unipersonales, estableciendo un mandato explícito al Estado y sus poderes de transversalización del género en políticas públicas, legislaciones, sentencias y desarrollo institucional. Asimismo, reconocer el carácter plurinacional del Estado en el marco de otorgamiento de grados de autonomía a nivel

territorial e incorporación plena en instancias de representación nacional y el respeto a formas propias de organización.

6. **Distribución del poder.** Definir el carácter del Estado como descentralizado, redistribuyendo el poder político, económico y administrativo en los gobiernos locales y regionales. Establecer una forma de gobierno y de parlamento que tienda a la distribución del poder, que garantice la democracia efectiva sin vetos a las mayorías y que tiendan a modelos representativos de la diversidad social y política. Considerar formas de democracia directa y deliberativas que permitan una expresión activa de la ciudadanía y del mundo social en la política institucional, como plebiscitos, mandatos revocables e integración de organizaciones sociales en la definición de políticas públicas y legislaciones.
7. **Soberanía en el proyecto de vida.** Reconocer el derecho de las personas al libre desarrollo de su personalidad, a la autodeterminación de las personas en relación con sus cuerpos y sus planes de vida y a contar con las condiciones sociales para el desarrollo individual y colectivo para materializarlos. Eso implica garantizar al menos el derecho a una vida libre de violencia -estableciendo instituciones o mecanismos para su tutela efectiva- los derechos sexuales y reproductivos de las personas, el derecho a la identidad de género de toda persona, incluyendo niños, niñas y adolescentes y reconociendo todas las formas de familias, las relaciones sexo-afectivas, así como el derecho a la intimidad.
8. **Derechos sexuales y reproductivos.** Incorporar la dimensión de la sexualidad y la reproducción como ámbito de derechos reconociendo el derecho de todas las personas a la intimidad, a la identidad sexual, la elección de la pareja, a la maternidad voluntaria, a la orientación sexual y la ausencia de actividad sexual coercitiva, así como a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, si de vivir una sexualidad sana, sin riesgos para la salud, y de acceder y obtener la información, educación y medios para hacerlo.
9. **Derecho a cuidar y ser cuidado.** Garantizar el derecho al cuidado de toda persona, desde su nacimiento hasta su muerte, un derecho universal en que el Estado se obliga a proveer los medios para garantizar que este cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad para y entre mujeres y hombres, estableciendo el mandato a la implementación de un sistema nacional e integral de cuidados y el deber de cuidar a quienes cuidan.
10. **Derecho a la salud.** Consagrar en forma expresa que es deber del Estado garantizar el derecho a la salud a través de un sistema universal de protección del derecho a la salud, incorporando la visión de salud de los pueblos originarios, el enfoque de género para la promoción de acciones especiales para la atención de la salud integral de las mujeres, niñas y adolescentes, así como la perspectiva preventiva y el fortalecimiento de la salud mental de la población.
11. **Derecho a la seguridad social y a una renta básica universal.** Garantizar un sistema de seguridad social que proteja a las personas en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia. Para ello se

requiere un sistema previsional con criterios de solidaridad intergeneracional e intergénero, reconociendo las desigualdades estructurales de género en el mercado laboral y la feminización del trabajo doméstico no remunerado. Garantizar el derecho a una renta básica universal.

12. **Derecho a la educación pública.** Garantizar el derechos de todos los niños, niñas y adolescentes a acceder a una educación pública y de calidad, laica, no sexista, democrática e integradora, que reconoce su autonomía progresiva en el desarrollo educativo y garantiza condiciones de respeto, no discriminación y desarrollo integral. Fortalecer la red pública de educación superior y su rol en el desarrollo de conocimiento, ciencias y tecnologías con perspectiva de género y al servicio de la sociedad.
13. **Trabajo digno, renta básica universal y tiempo libre.** Reconocer el valor económico del trabajo doméstico y de cuidados incorporándolo en la formulación y ejecución de las políticas públicas y en las cuentas nacionales. Replantear el modelo de trabajo remunerado en la dirección de hacerlo compatible con las labores de cuidados, para hombres y mujeres, promoviendo la corresponsabilidad. y el derecho al tiempo libre o al tiempo propio.
14. **Modelo de desarrollo sostenible.** Considerar un modelo de desarrollo sostenible, respetuoso de la naturaleza y que reconozca de la emergencia climática que vivimos a nivel global, estableciendo además un mandato para terminar con las zonas de sacrificio. Recuperar la soberanía sobre los bienes comunes, el resguardo de la biodiversidad y reconocer el derecho humano al agua, estableciendo nuevas formas de administración pública de los mismos que sea compatible con la vida y el desarrollo de las comunidades.
15. **Acceso a la justicia y protección de los derechos humanos.** Establecer los mecanismos que permitan asegurar el igual acceso a la justicia incorporando perspectiva de género en formación y desarrollo institucional. Reconocer de forma explícita los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia y la interpretación que los órganos de tratados dan a los derechos, incluido el *principio pro persona*, y el deber del Estado de respetar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Implementar una institucionalidad autónoma y fortalecida que vele por el cumplimiento de los deberes del Estado en esta materia.

Derechos de la Infancia en Constituciones seleccionadas

Redactado por Aníbal Barba, Universidad Diego Portales, noviembre 2020.

Resumen:

La siguiente minuta indaga, desde una perspectiva descriptiva y comparada, en el contenido en torno a los Derechos de Infancia expresados en distintas Constituciones seleccionadas, incluyendo la de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia y México. El objetivo es generar una visión integral y completa de los Derechos de Infancia en esas Constituciones, tomando en consideración las recomendaciones internacionales acordes con la Convención de Derechos del Niño (CDN) y Unicef.

Palabras clave: *Derechos de infancia, Convención de Derechos del Niño, Constitución e infancia.*

Introducción

La Convención de Derechos del Niño es el tratado internacional más suscrito y representa el consenso de los diferentes sistemas jurídicos en lo que respecta a los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los NNA -niños, niñas y adolescentes (Naciones Unidas, 1989). Conforme a este tratado, los países deben reconocer los derechos de los niños y niñas y armonizar sus leyes, políticas y prácticas a las normas de la Convención.

Básicamente, la CDN se rige por 10 principios que son: **El derecho a la igualdad**, sin distinción de raza, religión o nacionalidad; **El derecho a tener una protección especial** para el desarrollo físico, mental y social del niño; **El derecho a un nombre y a una nacionalidad** desde su nacimiento; **El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados**; **El derecho a una educación** y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física; **El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad**; **El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita**; **El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia**; **El derecho a la protección** contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y **El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal** (Naciones Unidas, 1989).

Aunque muchos países -entre los que se incluye Chile y los países seleccionados para este documento- han ratificado este tratado, es importante que estos expliciten Derechos de Infancia en sus Constituciones, pues su indeterminación genera incerteza jurídica. Además, porque el derecho internacional no funciona coactivamente en caso de vulneración de estos derechos, debiendo ser cumplidos por las partes de buena fe (Pferrer, 2003). De modo que no deja de ser relevante que un país suscriptor de la CDN **también garantice Derechos de infancia Constitucionalmente** (Ramirez, 2019).

En vista de lo anterior, la presente minuta indaga en la presencia (o no) de algunos de los derechos mencionados en la CDN en las Constituciones de nueve países de América Latina. La tabla 1 muestra el resumen de los derechos considerados en el análisis y su inclusión en los países seleccionados. Posterior a aquello, se ofrece un análisis más exhaustivo de cada país y su realidad en torno a los derechos de la infancia.

Tabla 1: Dimensiones de los Derechos de la infancia en nueve Constituciones¹⁴⁷

Referencias	PAISES								
	AR	BO	BR	CH	CO	EC	ES	GR	MEX
Derecho al interés superior del niño	x	x	x		x	x		x	x
Derecho a la igualdad	x	x			x				x
Derecho a su desarrollo integral	x	x	x	x	x	x			x
Derecho a la protección	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Derecho de participación		x			x	x			x
Derecho a la seguridad social	x				x	x	x		x

Fuente: elaboración propia a través de los datos extraídos de <https://www.constituteproject.org/>

¿Qué dicen las Constituciones en torno a los Derechos de Infancia?

La Constitución de **Argentina** (1994) reconoce explícitamente la Convención sobre los Derechos del Niño, y la entiende como complementaria a los derechos y garantías por ella reconocidos. La carta fundamental del país establece que entre las atribuciones del Congreso están legislar para promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños. Dictando un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño.

En tanto para **Bolivia** (2009), su Constitución señala que toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural y sin discriminación. Respecto a los adolescentes, menciona que se evitará la imposición a estos de medidas privativas de libertad y que todo adolescente que se encuentre en dicha situación recibirá atención preferente por parte de las autoridades, asegurando el respeto a su dignidad y la reserva de su identidad. En la sección sobre derechos del niño, adolescencia y juventud se establece que se considerará niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad, ellos son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos por esta, y con los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo. Entre sus derechos se establecen: el Derecho a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones. Tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades; Derecho a su desarrollo integral y a vivir y crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Además, se establece que el Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior del niño y adolescente, con preeminencia de sus derechos y primacía en

¹⁴⁷ Todas las constituciones fueron revisadas a través de <https://www.constituteproject.org/> y en caso de querer ahondar en alguna Constitución recomendamos consultar este sitio.

recibir protección y socorro en cualquier circunstancia. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia y se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil. También, sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.

Por otra parte, entre los derechos sociales que se reconocen en la Constitución de **Brasil** (2017), se encuentran la protección de la infancia, la asistencia gratuita a los hijos y personas dependientes desde el nacimiento hasta los seis años en guarderías y centros preescolares, junto con la prohibición del trabajo infantil salvo en condiciones especiales. Asimismo, se establece que los poderes del Estado puedan legislar en materias de protección a la infancia y la juventud, teniendo la asistencia social el objetivo de proteger la infancia y apoyar a niños y adolescentes necesitados. Junto con lo anterior, se establece que la familia, la sociedad y el gobierno tienen el deber de garantizar a los niños y jóvenes, con absoluta prioridad, los derechos a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, libertad y armonía familiar y comunitaria, además de salvaguardarlos contra toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. Además, el Gobierno promoverá programas integrales de asistencia sanitaria para niños y adolescentes.

En el caso de **Chile** (2015), pese a que este país suscribe la CDN, **la Constitución no se define sobre los derechos de la infancia**. Solo hace referencia a la familia, reconociéndola como núcleo fundamental de la sociedad, así como también deber del Estado darle su protección y proponer su fortalecimiento. La carta fundamental declara que los padres tienen derecho a elegir establecimiento para sus hijos y que corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Adicionalmente, esta indica que es obligatorio promover la educación parvularia y asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La Constitución además reconoce el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; y establece disposiciones relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social, las que indirectamente pueden tener implicancias en derechos para niños, niñas y adolescentes.

Para la carta constitucional de **Colombia** (2015), entre los derechos fundamentales de los niños se encuentran: El derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a la alimentación, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión, a tener un nombre y nacionalidad, tener una familia, cuidado y amor. Además, estos serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física, moral o explotación. Gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia- entre ellos la CDN. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Junto con esto, se establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y sobre los adolescentes señala que tienen derecho a la protección y a la formación integral, siendo el Estado y la sociedad los que garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Por su parte, la Constitución de **Ecuador** (2015) establece que los niños y adolescentes recibirán atención prioritaria y especializada. A los jóvenes, el Estado garantizará sus derechos y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público. El Estado reconoce a los jóvenes como actores

estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado además fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas. En cuanto a los niños y adolescentes, el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria su desarrollo integral, asegurando el ejercicio pleno de sus derechos. Se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

En **España** (2011), la Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Declarando el domicilio como inviolable, salvo en caso de flagrante delito. Además, dentro de sus artículos se establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, incluida la CDN.

Por otro lado, la Constitución de **Grecia** (2008), indica que quedan bajo la protección del Estado la familia, en cuanto constituye el fundamento de la conservación y el desarrollo de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia, tomando el Estado medidas especiales para la protección de la juventud.

En **México** (2015), la Constitución señala los siguientes derechos de los niños y adolescentes: Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; Derecho de prioridad; Derecho a la identidad; Derecho a vivir en familia; Derecho a la igualdad sustantiva; Derecho a no ser discriminado; Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; Derecho a la educación; Derecho al descanso y al esparcimiento; Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; Derecho de participación; Derecho de asociación y reunión; Derecho a la intimidad; Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet.

Síntesis

Profundizando con el caso de Chile, y acorde con Unicef (2015), Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño y desde su entrada en vigor se han promulgado una serie de normas orientadas al cumplimiento progresivo de este tratado. No obstante, el desafío de la cobertura y la calidad de los estándares de esta Convención están vigentes, aún en los programas exitosos. Unicef recomienda una institucionalidad pública acorde a la Convención de Derechos del niño, con una legislación afín a sus principios y con un sistema que de garantías de su cumplimiento.

Señala además que en Chile no existe una institucionalidad coherente que cumpla con estos requerimientos, por lo cual sugiere cambiar el `enfoque tutelar` de la infancia hacia una perspectiva de derechos, lo que implica una ley de protección integral que lo valide. El `enfoque de derechos`, afirma el organismo, tiene un valor en sí mismo y debe ser refrendado por el Estado y la sociedad chilena al adherir a la Convención sobre los Derechos del Niño.

De ese modo, los principios normativos del enfoque de derechos de los NNA deben reflejarse tanto en la arquitectura institucional como en la práctica (Unicef, 2015). Ello ocurre en el caso de España con la Ley orgánica 1/1996, cuyo contenido se entiende como un marco jurídico de amplio alcance en la protección de la infancia, que vincula a los diferentes actores relacionados con la protección de los niños: poderes del Estado, entidades de infancia, padres y madres y ciudadanía en general (Unicef, 2015). Por otra parte, en Francia, la Constitución de 1958 reconoce específicamente los derechos sociales de la infancia, asegurando el derecho a la seguridad social de la misma. Países como España, Francia, Costa Rica, Uruguay, Brasil y Ecuador, entre otros, han incorporado en sus Constituciones los Derechos de la Infancia y Adolescencia como una prioridad para las políticas públicas, siendo el Estado el principal responsable de garantizarlos, lo que implica que la responsabilidad final sobre la protección integral de los NNA corresponde al Estado (Unicef, 2015).

En resumen, **si bien la gran mayoría de los países ratifica la CDN, es importante recalcar que la inclusión de los Derechos de la Infancia en la Constitución es esencial.** Ello resguardaría mejor los Derechos del Niño, reconociéndolos como tales, y quedando el Estado y sus instituciones como su garante. Entre los derechos que se debieran reconocer en la carta fundamental y que están expresados en la CDN y en casi todas las constituciones seleccionadas, están **el derecho al interés superior del niño, el derecho a la protección y a su desarrollo integral.** Siendo estos fundamentales para el desarrollo de leyes, instituciones y políticas públicas, así como para evaluar bajo tales principios la implementación y desempeño de las mismas. De ese modo, el interés superior del niño debiera ser la piedra angular de las normas jurídicas, a modo de darles protección a las niñas, niños y adolescentes y respetar sus derechos. Finalmente, siguiendo a Lathrop (2019), urge abordar el desafío de la participación juvenil, ya que las manifestaciones ocurridas en la última década junto con la crisis de la participación política general, reflejan particularmente a los jóvenes como uno de los actores más movilizados y descontentos con la institucionalidad.

Fuentes Bibliográficas:

CNDH. México. Defendamos al pueblo: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes>

Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Unicef. (2015). Los derechos de los niños, una orientación y un límite N°4: “Definiciones conceptuales para un sistema integral de protección a la infancia”. https://www.unicef.org/chile/media/1246/file/definiciones_conceptuales.pdf

Lathrop en Ramirez. F. (2019). ¿Protege Chile los Derechos de los niños, niñas y adolescentes?. Prensa U. de Chile. <https://www.uchile.cl/noticias/158705/protege-chile-los-derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes>

Pferrer. E. (2003). Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno. *Ius et Praxis*. v.9. n.1. Talca 2003. *versión On-line* ISSN 0718-0012

Ramirez. F. (2019). ¿Protege Chile los Derechos de los niños, niñas y adolescentes?. Prensa U. de Chile. <https://www.uchile.cl/noticias/158705/protege-chile-los-derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes>

Cómo se expresa el derecho a la Cultura en diversas Constituciones

Claudio Fuentes S. Profesor titular, Universidad Diego Portales.

Resumen

En este documento damos cuenta del modo en que se expresa el derecho a la cultura en diversas constituciones. En la primera parte se define qué es el derecho a la cultura, y que incluye el derecho de creación, acceso, protección patrimonial y de promoción. Luego, se analizan los contenidos que se explicitan en diversas constituciones. Se observa que las constituciones han puesto un particular énfasis en temas de protección del derecho a la cultura. Además, se muestra que aquellas constituciones que han reconocido a los pueblos originarios contienen un catálogo más extenso de protección y fomento de derechos culturales. En algunos textos constitucionales se explicitan políticas estatales en materia de fomento y protección de derechos culturales.

Palabras claves: Cultura, Derechos culturales, Derecho a la cultura.

¿Qué es el derecho a la cultura?

La declaración de la UNESCO sobre diversidad cultural define cultura como “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias” (UNESCO 2001). De lo anterior se desprende que el derecho a la cultura implica varias dimensiones:

- Creación: poder participar individual o colectivamente de la creación artística y cultural y, por lo tanto, respetar los derechos de propiedad individual y colectiva en relación a tales creaciones.
- Acceso: poder acceder al goce de actividades culturales que enriquecen la vida social. Esta accesibilidad implica la no discriminación, accesibilidad física, económica, y de información (Comité DESC 2009).
- Protección: la responsabilidad de proteger el patrimonio cultural material e inmaterial (tangible e intangible) en una sociedad o grupo social.
- Promoción: incentivar el desarrollo y expresión de la diversidad cultural de una sociedad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha establecido ciertos principios que los Estados deben tener en cuenta a la hora de disponer de servicios culturales para el goce por parte de la comunidad. Ellos son la ya mencionada accesibilidad, aceptabilidad por parte de las comunidades, adaptabilidad de modo de respetar la diversidad cultural y la idoneidad, de modo que sea pertinente a los contextos sociales.

Otro aspecto relevante a considerar es lo que se entiende por patrimonio cultural y natural y sus características. Por patrimonio cultural se entiende “las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores, sabios, así como las creaciones anónimas surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan sentido a la vida, es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de un pueblo: la lengua, los ritos, las creencias, los lugares, y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas” (UNESCO 2012). Se trata

entonces de los bienes tangibles y no tangibles que tienen interés porque contribuyen a definir una identidad cultural y se transforman en una herencia para futuras generaciones.

Se ha establecido además la categoría de patrimonio natural, que involucra “los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico”, además de formaciones geológicas o fisiográficas en zonas limitadas que constituyan el hábitat de especies amenazadas.

Así, se constituye una categoría de patrimonio material, inmaterial y natural (Tabla 1):

Tabla 1. Ejemplos de patrimonio cultural y natural

Patrimonio Cultural		Patrimonio Natural
Material	Inmaterial	
<ul style="list-style-type: none"> • Monumentos • Sitios arqueológicos • Obras de ingeniería • Manuscritos • Documentos • Archivos • Fotografías • Artesanías • Grabaciones • Bienes históricos • Edificios de interés • Complejos urbanos • Otros 	<ul style="list-style-type: none"> • Tradición oral • Artes de espectáculo • Usos sociales • Actos festivos, rituales • Conocimientos y usos con la naturaleza • Otros 	<ul style="list-style-type: none"> • Monumentos naturales • Formaciones geológicas • Zonas de hábitat de especies y animales en peligro extinción • Colecciones que provienen de entorno natural • Otros

Fuente: Unesco 2012, Unesco s/f.

Algunas Constituciones analizadas en este documento avanzan en definir el patrimonio material e inmaterial. Por ejemplo, la Constitución de Brasil señala que: “El patrimonio cultural brasileño incluye bienes materiales e inmateriales, tomados individualmente o en su conjunto, que se refieren a la identidad, acción y memoria de los diversos grupos que conforman la sociedad brasileña, entre ellos: I. formas de expresión; II. modos de crear, hacer y vivir; III. Creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV. obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a manifestaciones artístico-culturales; V. Complejos urbanos y sitios con valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”. Agregando que, “El Gobierno, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño mediante inventarios, registros, vigilancia, decretos de protección de monumentos, expropiación y otras formas de precaución y preservación”.

Análisis comparativo de Constituciones

En el ámbito de la cultura, las constituciones analizadas consideran por lo general cinco tipos de acciones:

- a) Reconocimiento y valoración de la diversidad cultural de la respectiva sociedad, sobre todo en lo concerniente a los pueblos indígenas y afrodescendientes.
- b) Acceso, que se refiere a la garantía de pleno goce del acceso a la cultura y diversidad cultural.

- c) Protección, que se asocia a la responsabilidad del Estado de proteger el patrimonio inmaterial y material cultural, y que incluye una extensa lista de cuestiones que analizaremos más adelante. Ello incluye deberes de protección por parte del Estado y de la ciudadanía.
- d) Fomento, que incluye la responsabilidad del Estado de fomentar ciertas políticas, principalmente de promoción y acceso en el campo cultural.
- e) Acciones de política pública que el Estado debe establecer para cumplir con los objetivos anteriores. Esto puede materializarse a nivel central, regional o de la administración local.

Aunque hemos diferenciado analíticamente estas dimensiones, en los textos constitucionales muchas veces se combinan fraseos que combinan la protección, fomento y garantía de derechos culturales. Observaremos los textos de 12 constituciones seleccionando 10 países en Sudamérica, además de las constituciones de España y Portugal.

Protección de derechos culturales

Respecto de la protección de derechos culturales, se observa una gran variedad de casos, con países que muestran una extensa lista de derechos a proteger (Brasil, Bolivia, Ecuador, Venezuela), países que observan una mención acotada de derechos a proteger (Colombia, Paraguay, Perú, Portugal) y países donde se realiza una mención menor o genérica (España, Chile).

En general, la mayoría de los países tienden a reconocer y proteger el patrimonio cultural (en términos genéricos), la diversidad cultural y proteger el patrimonio artístico y cultural. Países que han realizado un reconocimiento de los pueblos originarios han avanzado en un catálogo más extenso de protección patrimonial material e inmaterial, así como patrimonio natural que incluye: sitios, lenguas, tradiciones orales, manifestaciones del arte popular, paisajes naturales, cultura indígena, cultura afro, y sitios sagrados, entre otros.

Tres ámbitos que son interesantes de destacar en materia de protección son los derechos de propiedad intelectual individual, los derechos de propiedad intelectual colectiva, y lo concerniente a la protección de la memoria histórica de las culturas.

En tres países se define el patrimonio cultural como “inalienable, inembargable imprescriptible” (Bolivia, Colombia y Venezuela).

Tabla 2. Mención a protección de derechos culturales en las Constituciones

Protección de:	Ar	B o	Br	C o	Ch	Ec	Es	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
Pluralidad cultural	✓			✓		✓			✓			
Riqueza cultural y natural				✓		✓						
Patrimonio cultural		✓		✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Autoidentificación e identidad cultural		✓				✓			✓			
Libre creación y circulación	✓									✓		✓
Patrimonio artístico y espacios culturales	✓					✓		✓		✓	✓	✓
Documentos y bienes históricos		✓	✓			✓		✓			✓	
Monumentos		✓	✓									
Paisajes naturales			✓			✓						

Sitios arqueológicos		✓	✓	✓		✓		✓				
Sitios con valor etnográfico o paleontológico						✓		✓				
Expresiones cultura popular		✓	✓			✓						
Cultura indígena		✓	✓	✓		✓						✓
Cultura afro			✓			✓						
Registros, inventarios		✓	✓									
Costumbres, lenguas, credos y tradiciones indígenas		✓	✓			✓						✓
Tradición oral						✓		✓				
Lugares sagrados		✓										✓
Protección derechos de autor												✓
Propiedad intelectual colectiva de saberes		✓										
Manifestaciones de arte e industrias populares		✓										
Patrimonio cultural inalienable, inembargable imprescriptible		✓		✓								✓
Deber ciudadano de protección recursos culturales				✓								
Derecho a conocer memoria histórica de sus culturas						✓		✓				✓

Elaborado por el autor a partir de Constituciones de cada país. Texto analizado según Constitute Project.

Fomento del derecho al acceso a la cultura

La totalidad de las constituciones considera el acceso a la educación como un derecho esencial, y usualmente las constituciones asocian el derecho a la educación con el fomento y acceso a la cultura. Por ejemplo, la Constitución de Colombia señala que “El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”. En tanto, la actual Constitución de Chile indica que: “Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

Algunos textos constitucionales—sobre todo aquellos que reconocen a los pueblos originarios—explicitan el fomento del diálogo intercultural o la interculturalidad y el respeto de los valores culturales.

Tabla 3. Mención a políticas de fomento de políticas culturales en Constituciones

Fomento de:	Ar	Bo	Br	Co	Ch	Ec	Es	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
Respeto de valores culturales			✓			✓			✓			
Diálogo intra e intercultural plurilingüe		✓				✓			✓			✓
Acceso a cultura			✓				✓					
Creación artística					✓		✓					
Patrimonio histórico							✓					
Acceso a educación	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Libertad de enseñanza en su propia lengua y cultura						✓						
Acceso a ciencia. Tecnología, investigación			✓	✓	✓							
Participación de niñas, niños y jóvenes en desarrollo cultural		✓				✓						

Elaborado por el autor a partir de Constituciones de cada país. Texto analizado según Constitute Project.

Políticas de Estado para promover derecho a la cultura.

Algunas constituciones (Brasil, Colombia, Ecuador y Paraguay), establecen políticas específicas para el Estado respecto de la protección y fomento de la cultura. Por ejemplo, a través del deber del Estado de fijar fechas conmemorativas, el deber de fijar tributos para el desarrollo cultural, generar incentivos para el desarrollo de la ciencia, investigación y las artes, establecer el deber de recuperación por parte del Estado de patrimonio que esté en el extranjero, o fijar políticas y planes culturales en el mismo texto constitucional.

Por ejemplo, en el caso de Brasil, la Constitución indica que “La ley establecerá un Plan Nacional de Cultura, de duración plurianual, que busque el desarrollo cultural del país y la integración de acciones públicas que conduzcan a: I. la defensa y valorización del patrimonio cultural brasileño; II. la producción, promoción y difusión de bienes culturales; III. la formación de personal calificado para las múltiples dimensiones de la gestión cultural; IV. la democratización del acceso a los bienes culturales; V. la valorización de la diversidad étnica y regional.”

Por su parte, en la Constitución de Ecuador se menciona la creación de un sistema nacional de Cultura que “tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales”.

Tabla 4. Políticas del Estado específicas en campo cultural establecidas en Constituciones.

Políticas	Ar	Bo	Br	Co	Ch	Ec	Es	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
Establecer fechas conmemorativas			✓									
Establecerá plan nacional de Cultura			✓									
Fijará tributos para desarrollo cultural			✓									
Crear incentivos para ciencia, tecnología y desarrollo cultural			✓	✓		✓						
Crea sistema nacional de cultura			✓			✓						
Creación registro de propiedad intelectual para bienes intangibles de PP.OO.		✓										
Asegurar circuitos de distribución, exhibición y difusión						✓						
Garantizar fondos para ejecución política cultural						✓						
Estado registrará patrimonio								✓				
Estado velará por recuperación de patrimonio en extranjero								✓				

Elaborado por el autor a partir de Constituciones de cada país. Texto analizado según Constitute Project.

Síntesis

En este documento hemos identificado el modo en que el derecho a la cultura se expresa en las constituciones en la mayoría de los países de Sudamérica, de Portugal y España. Observamos que, de acuerdo a estándares internacionales, el derecho a la cultura incluye dimensiones de creación, acceso, protección patrimonial y de promoción. Advertimos una diversidad de casos, indicando que aquellos países que han reconocido a los pueblos originarios desarrollan un catálogo mayor de reconocimiento y protección de derechos culturales, tanto materiales como inmateriales, así como del patrimonio natural.

Además de la protección de derechos de creación, acceso y cuidado del patrimonio (material e inmaterial), resulta interesante observar que algunos textos han avanzado en explicitar los derechos de propiedad intelectual individual y colectiva, la condición de “inalienable, inembargable imprescriptible” del patrimonio cultural, y la inclusión del patrimonio natural

(sagrado o paisajes relevantes), como parte de las definiciones constitucionales. Conviene observar que en los textos constitucionales analizados no se menciona a la cultura digital, que seguramente será parte de las discusiones para incorporar en el caso de Chile.

Anexo: extractos sobre cultura en Constituciones en países seleccionados

País	Descripción
Argentina (1994)	Le corresponde al Congreso “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.
Bolivia (2009)	(extractos) “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: a la autoidentificación cultural” “El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones. “Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país. “El patrimonio cultural del pueblo boliviano es inalienable, inembargable e imprescriptible. Los recursos económicos que generen se regularán por la ley, para atender prioritariamente a su conservación, preservación y promoción. “El Estado garantizará el registro, protección, restauración, recuperación, revitalización, enriquecimiento, promoción y difusión de su patrimonio cultural, de acuerdo con la ley. “La riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental, y la procedente del culto religioso y del folklore, es patrimonio cultural del pueblo boliviano, de acuerdo con la ley”.
Brasil (2017 rev)	(extractos) “La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en conjunto, tienen el poder de: III. proteger los documentos, trabajos y otros bienes históricos, artísticos y de valor cultural, monumentos, paisajes naturales notables y sitios arqueológicos; IV. prevenir la pérdida, destrucción, o cambio de las características de trabajos de arte y otros bienes de valor histórico, artístico o cultural; V. proporcionar medios de acceso a la cultura, educación, ciencia, tecnología, investigación e innovación; “El Gobierno Nacional garantizará el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional y apoyará y otorgará incentivos para la apreciación y difusión de la expresión cultural. §1°. El Gobierno Nacional protegerá las expresiones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas y las de otros grupos participantes en el proceso de la civilización nacional. §2°. La ley establecerá fechas conmemorativas muy significativas para diversos segmentos étnicos nacionales. §3°. La ley establecerá un Plan Nacional de Cultura, de duración plurianual, que busque el desarrollo cultural del país y la integración de acciones públicas que conduzcan a: I. defensa y valorización del patrimonio cultural brasileño; II. producción, promoción y difusión de bienes culturales; III. formación de personal calificado para las múltiples dimensiones de la gestión cultural; IV. democratización del acceso a los bienes culturales; V. valorización de la diversidad étnica y regional.

	<p>“El patrimonio cultural brasileño incluye bienes materiales e inmateriales, tomados individualmente o en su conjunto, que se refieren a la identidad, acción y memoria de los diversos grupos que conforman la sociedad brasileña, entre ellos:</p> <ul style="list-style-type: none"> I. formas de expresión; II. modos de crear, hacer y vivir; III. creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV. obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a manifestaciones artístico-culturales; V. complejos urbanos y sitios con valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico. <p>§1°. El Gobierno, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño mediante inventarios, registros, vigilancia, decretos de protección de monumentos, expropiación y otras formas de precaución y preservación.</p> <p>§2°. Es responsabilidad de la administración pública, según lo dispuesto por la ley, mantener documentos gubernamentales y tomar medidas para ponerlos a disposición de las personas que lo necesiten.</p> <p>§3°. La ley establecerá incentivos para la producción y el conocimiento de los bienes y valores culturales.</p> <p>§4°. Los daños y amenazas al patrimonio cultural serán sancionados, como provisto por ley.</p> <p>§5°. Todos los documentos y sitios que llevan recuerdos históricos de los antiguos escondites de esclavos fugitivos se declaran monumentos históricos.</p> <p>§6°. Los Estados y el Distrito Federal pueden obligar hasta cinco décimas del uno por ciento de sus ingresos tributarios netos del fondo estatal para el desarrollo cultural para financiar programas y proyectos culturales, pero estos recursos no podrán utilizarse para el pago de:</p> <ul style="list-style-type: none"> I.gastos de personal y de nómina; II.servicio de la deuda; III.cualquier otro gasto corriente que no esté vinculado directamente a las inversiones o existencias respaldadas.
<p>Colombia (2015 rev)</p>	<p>(Extractos)</p> <p>“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.</p> <p>“El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.</p> <p>“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.</p> <p>“La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.</p> <p>“El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.</p>

Chile (2018 rev)	“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.”
Ecuador (2015 rev)	<p>(extractos)</p> <p>“Son deberes primordiales del Estado:</p> <p>7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.</p> <p>Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.</p> <p>No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.</p> <p>Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.</p> <p>El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales.</p> <p>“Son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, y objeto de salvaguarda del Estado, entre otros:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales, incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo. 2. Las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos, sitios naturales, caminos, jardines y paisajes que constituyan referentes de identidad para los pueblos o que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico. 3. Los documentos, objetos, colecciones, archivos, bibliotecas y museos que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico. 4. Las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas. <p>Los bienes culturales patrimoniales del Estado serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. El Estado tendrá derecho de prelación en la adquisición de los bienes del patrimonio cultural y garantizará su protección. Cualquier daño será sancionado de acuerdo con la ley.</p> <p>Serán responsabilidades del Estado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador. 2. Promover la restitución y recuperación de los bienes patrimoniales expoliados, perdidos o degradados, y asegurar el depósito legal de impresos, audiovisuales y contenidos electrónicos de difusión masiva. 3. Asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente. 4. Establecer políticas e implementar formas de enseñanza para el desarrollo de la vocación artística y creativa de las personas de todas las edades, con prioridad para niñas, niños y adolescentes. 5. Apoyar el ejercicio de las profesiones artísticas.

	<p>6. Establecer incentivos y estímulos para que las personas, instituciones, empresas y medios de comunicación promuevan, apoyen, desarrollen y financien actividades culturales.</p> <p>7. Garantizar la diversidad en la oferta cultural y promover la producción nacional de bienes culturales, así como su difusión masiva.</p> <p>8. Garantizar los fondos suficientes y oportunos para la ejecución de la política cultural.</p>
España (2011 rev)	<p>“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.”</p>
Paraguay (2011 rev)	<p>“Se arbitrarán los medios necesarios para la conservación, el rescate y la restauración de los objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como de sus respectivos entornos físicos, que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación.</p> <p>El Estado definirá y registrará aquellos que se encuentren en el país y, en su caso, gestionará la recuperación de los que se hallen en el extranjero. Los organismos competentes se encargarán de la salvaguarda y del rescate de las diversas expresiones de la cultura oral y de la memoria colectiva de la Nación, cooperando con los particulares que persigan el mismo objetivo. Quedan prohibidos el uso inapropiado y el empleo desnaturalizante de dichos bienes, su destrucción, su alteración dolosa, la remoción de sus lugares originarios y su enajenación con fines de exportación.”</p>
Perú (2009 rev)	<p>“Toda persona tiene derecho:</p> <p>19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. <p>El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional</p>
Portugal (2005 rev)	<p>Todos tienen derecho al disfrute y creación cultural así como el deber de preservar, defender y valorar el patrimonio cultural.</p>
Uruguay (2004 rev)	<p>“Toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa.”</p>
Venezuela (2009 rev)	<p>“La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.</p> <p>Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural</p>

	<p>de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes.</p> <p>El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.</p> <p>Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.</p>
--	---

Textos revisados en Constitute Project. En paréntesis, fecha de última actualización de texto constitucional en dicha fuente.

Referencias

UNESCO 2001. Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Comité DESC 2009. Declaración del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales sobre el derecho de toda persona a participar de la vida cultural. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en

UNESCO 2012. *Cultura y nuestros derechos culturales. Guía fácil*. UNESCO, Programa conjunto creatividad e identidad cultural.

UNESCO, s/f. *Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo. Sección Patrimonio*. UNESCO.