

1

• *Chile, desigualdad y derechos sociales* •

1

***DERECHOS SOCIALES Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE CHILE:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional***

***DERECHOS SOCIALES Y
EL MOMENTO CONSTITUYENTE
DE CHILE:***

***Perspectivas globales y locales
para el debate constitucional***

Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales

• EDITORES •

Valentina Contreras Orrego · Vicente Silva · Koldo Casla
Pedro Cisterna Gaete · Verónica Delgado Schneider · Magdalena Sepúlveda

• TRADUCCIÓN •

Amy Echeto

• REVISIÓN DE TEXTO •

Verónica Cadavid · Valentina Contreras

• DISEÑO Y COMPOSICIÓN •

Felipe Mery

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0; <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

Cita sugerida: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (2021) Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales. Santiago, Chile: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights. DOI: 10.53110/BVOF9600.

Derechos sociales y el momento constituyente de Chile:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional

Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales

Santiago de Chile, septiembre 2021.

DOI: 10.53110/BVOF9600



• INDICE

sección **A**

EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE CHILE

sección **B**

LOS DERECHOS SOCIALES SON DERECHOS HUMANOS

Introducción **08**

1. Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile. **13**
Roberto Gargarella

2. Los cómplices de ayer, los beneficios de hoy – El nudo de la desigualdad impuesta por la dictadura. **29**
Juan Pablo Bohoslavsky, Karinna Fernández y Sebastián Smart

3. ¿Tiene límites la Convención Constitucional? **45**
Dra. Paulina Astroza Suárez y Dr. Carlos Maturana Toledo

4. La interdependencia de los derechos humanos. **63**
Bruce Porter

5. Constitución, Igualdad y Acciones Afirmativas. **79**
Roberto P. Saba

6. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. **95**
Christian Courtis

7. Política económica y derechos humanos. **111**
Francisca Moya y Constanza Salgado

• INTRODUCCIÓN

Chile vive un momento de esperanza y de potencial transformación que le pone en el foco de atención mundial. Chile tiene la oportunidad histórica de tomarse los derechos socioeconómicos y medioambientales en serio en un proceso político participativo que no deje a nadie atrás.

A pesar de que la Constitución de 1980 le dio una mínima importancia a los derechos socioeconómicos y medioambientales, la interpretación de las obligaciones y estándares internacionales asumidos por el país, tanto en su texto constitucional como en tratados de derechos humanos vigentes, ha ido fijando el contenido normativo de estas obligaciones. Asimismo, el derecho comparado proporciona valiosos ejemplos sobre la forma en que estos derechos podrían articularse en la práctica política y jurídica de Chile.

A nivel global, existe una correlación entre los niveles de desigualdad y los de protección de derechos socioeconómicos y medioambientales. Como criterio general, a menor protección de estos derechos, mayor tiende a ser la desigualdad, y viceversa.¹ A pesar del crecimiento económico, no es casualidad que Chile cuente con una de las tasas más altas de desigualdad de la OCDE, tanto en cuanto a la distribución de ingresos como de la riqueza.²

Desde hace décadas, las demandadas ciudadanas en el país se han centrado en el acceso a estos derechos, incluyendo educación, salud, protección social y vivienda. El imperativo de garantizar estos derechos se hizo evidente en el llamado “estallido social” de octubre 2019 y se vio agudizado por el impacto desastroso de la pandemia en las clases medias y bajas.

Ya en 2015, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas recomendaba a las autoridades chilenas que garantizaran “el reconocimiento integral y la protección jurídica necesaria de los derechos económicos, sociales y culturales en (un) nuevo texto constitucional, asegurando que el proceso de reforma constitucional... se realice de una forma transparente y participativa”.

Ese es precisamente el reto al que se enfrenta Chile en este proceso constitucional iniciado a finales de 2019. Se trata de un proceso histórico, tanto por sus orígenes, como resultado de demandas sociales, como por su inclusividad, ya que reconoce el voto paritario y reserva escaños para pueblos indígenas en la elección de quienes redactarán la nueva Constitución.

A mediados de 2020, la Iniciativa Global por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (GI-ESCR), la Universidad de Concepción, en Chile, y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, en el Reino Unido,

¹ Fukuda-Parr, S., Lawson-Remer, T. y Randolph, S. (2015) Fulfilling Social and Economic Rights. Oxford University Press, Capítulo 7.

² OECD Data (sin fecha) Income inequality. Disponible en: <https://data.oecd.org/inequality/income-inequality.htm> (Consulta: 3 agosto 2021). OECD (2019) Society at a Glance 2019: OECD Social Indicators. OECD Publishing, pp. 98-99.

se reunieron para coordinar conjuntamente este proyecto con el ánimo de proporcionar información y rigor en este momento de ilusión y responsabilidad cívica.

Tiene ante usted una colección de más de treinta capítulos redactados por una cincuentena de autores, aproximadamente la mitad de ellos, chilenos y chilenas, y la otra mitad provenientes de un variado número de países, incluyendo Argentina, Brasil, Colombia, Escocia, Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda y Sudáfrica.

Es esta una mirada internacional y comparada a modelos de reconocimiento constitucional de los derechos socioeconómicos y medioambientales. Las más de treinta contribuciones incluyen estudios jurídicos y multidisciplinarios sobre principios teóricos, el rol de la judicatura y de otros organismos de rendición de cuentas, el contenido de los derechos (seguridad social, trabajo, salud, vivienda, educación, agua y saneamiento, y medioambiente), grupos de especial protección (pueblos indígenas, personas con discapacidad, mujeres, niños y niñas, y adultos mayores), y lecciones derivadas de otros procesos constituyentes. Además de aprendizajes sobre distintos modelos teóricos y prácticos, este libro presenta un análisis plural sobre la posible articulación de los derechos socioeconómicos y medioambientales en el marco jurídico chileno.

La ciudadanía de Chile está llamada a desarrollar un nuevo marco constitucional que contribuya a hacer realidad todos los derechos para todas las personas. El reto va más allá de la mera articulación de instituciones y de la formulación técnica de los derechos. Esta es una oportunidad para repensar el tipo de país y el futuro que se merece la ciudadanía. Confiamos en que esta colección de ensayos contribuirá a la consecución de un debate crítico bien informado.

Septiembre, 2021

Dra. Magdalena Sepúlveda Carmona
Directora ejecutiva de la Iniciativa Global
por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (GI-ESCR).

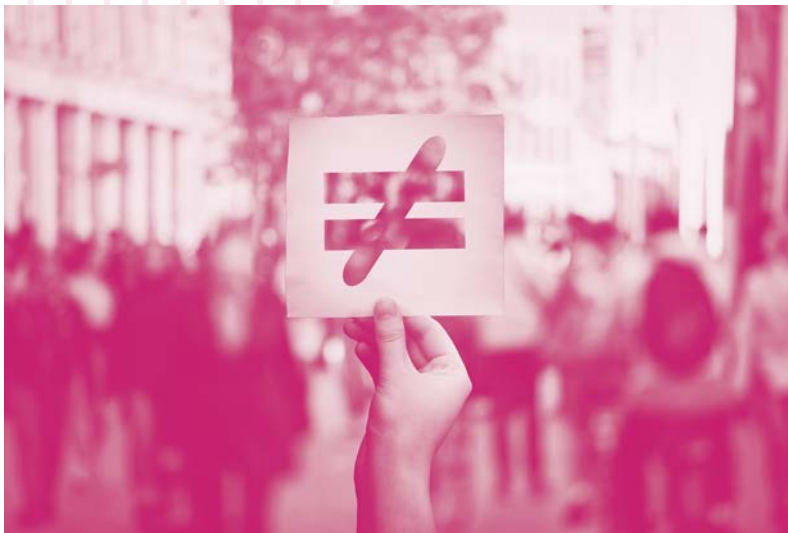
Dra. Verónica Delgado Schneider
Directora del Programa Derecho, Ambiente y
Cambio Climático, Universidad de Concepción.

Dr. Koldo Casla Salazar
Director de la Clínica de Derechos Humanos
de la Universidad de Essex, Reino Unido.

" El momento constituyente en Chile "

A

sección









1

• artículo •

Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile

Roberto Gargarella

DOI: 10.53110/GGHH4058

A. Introducción: Quisiera presentar a continuación algunas reflexiones teóricas, surgidas a partir de interrogantes que nos plantea el constitucionalismo chileno de este tiempo, y que nos llevan a pensar sobre problemas que lo incluyen y lo trascienden. Propondré entonces algunas consideraciones, relacionadas con cuatro “grandes temas” teóricos en el área, que examinaré de manera “situada”, tomando como caso de estudio el cambio constitucional que enfrenta Chile. Los temas incluirán cuestiones como las siguientes: las relaciones entre el constitucionalismo y la democracia; los procedimientos del cambio constitucional; la “sustancia” o contenido del cambio; y el ideal democrático que anima o merece animar tales cambios. En el tratamiento de tales cuestiones, aparecerán diez puntos principales (la validez de las normas de facto; el valor democrático de los plebiscitos; el resguardo de los derechos; etc.), sobre los que me interesará llamar la atención conforme a lo que es el espíritu de este escrito: presentar sólo algunas primeras notas y varios apuntes exploratorios relacionados con los temas que -en estas horas de crisis democrática y cambio constitucional- requieren de nuestro estudio más profundo.

1. La validez de las normas de facto

Cuando examinamos las relaciones entre el constitucionalismo y la democracia en Chile, un primer tema que inmediatamente exige nuestra reflexión se refiere a la validez de las normas de facto. Existe una enorme discusión teórica en torno al tema, que también -necesariamente- ha llegado a Chile, sobre todo a la luz de la Constitución de 1980, promovida por el dictador Augusto Pinochet y aprobada a través de una consulta que muchos expertos consideraron fraudulenta. ¿Tiene la democracia chilena las “manos atadas” por esa (así llamada) “Constitución tramposa”? ¿Puede entenderse que la Constitución de Pinochet sigue constriñendo las posibilidades de acción de las nuevas generaciones? **En los hechos, la discusión sobre el peso y valor de las normas de facto reapareció en tiempos recientes, en Chile, cuando se comenzó a hablar de la necesidad de un profundo cambio constitucional.** Así, por ejemplo, cuando el ex Presidente Ricardo Lagos habló de una “nueva Constitución” aludiendo a la necesidad de “comenzar con una hoja en blanco,” o el constitucionalista FERNANDO ATRIA se refirió a la importancia de “partir de cero” en materia constitucional.³ En principio, ellos hablan de este “nuevo comienzo” (desde “cero” o desde una “hoja en blanco”) para separarse de lo que fueran otros cambios constitucionales anteriores (i.e., la reforma de 2005) y para decir -como afirma explícitamente ATRIA- que lo que ahora se requiere es una “nueva constitución” y no una mera “reforma constitucional.”

Entiendo lo que ellos sugieren, y estoy de acuerdo con lo dicho, pero creo que el problema es mucho más radical, y debe ser tratado radicalmente, de ese modo. Pienso, en línea con el análisis que hiciera en su momento, y para la Argentina, CARLOS NINO, que **las únicas normas válidas, prima facie, son las que surgen de procedimientos democráticos elementales, mientras que las normas de facto, en principio, no gozan de una presunción de validez.**⁴ La preservación de las normas de facto puede justificarse por razones de “paz social y seguridad” (por ejemplo, porque generaríamos un caos innecesario si declarásemos inválidos todos los matrimonios o los alquileres o contratos firmados durante la vigencia de esas normas), pero no porque esas normas tengan un valor intrínseco. De allí que la “prisión” que vino a establecer la Constitución de 1980 no debiera considerarse tal: la democracia no debe sentirse constreñida por el “atenazamiento” que le haya querido imponer una dictadura (un punto al que quiero referirme en el próximo acápite). Resulta sorprendente, en tal sentido, el acuerdo que parece haber en buena parte de la clase política y en parte de la comunidad jurídica chilena, en torno a lo contrario: la validez prima facie de las normas

³ Atria, 2013.

⁴ Nino, 1985.

de facto. Esa validez prima facie es una propiedad exclusiva de las normas que emergen de un proceso de discusión democrático. **En definitiva: se puede y debe pensar acerca de qué forma definir las nuevas normas que organicen la vida en común, y de cómo llegar a ellas, pero no desde la idea de que se trate de un laberinto de difícil salida, y en el que la democracia aparece atrapada, como si hubiese un efectivo valor normativo en la legislación de la dictadura.**

2. El constitucionalismo como “prisión” de la democracia: **Jaime Guzmán**

En 1979, y poco antes de la aprobación de la Constitución pinochetista, su principal ideólogo, Jaime Guzmán, declaró que “La Constitución debe procurar que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque (...) el margen de alternativas que la cancha les imponga a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido como para hacer extremadamente difícil lo contrario”.⁵ Pocas veces, en la historia del constitucionalismo, nos encontramos con un reconocimiento tan abierto y descarnado acerca de lo que aparece como la peor cara que una Constitución puede ofrecernos: la Constitución como “cárcel”, como forma de aprisionar a la democracia, y no como manera de organizarla, hacerla posible, o realizarla. Guzmán, como tantos, confundió la “validez” de una norma -su justificación pública- con su “vigencia”, es decir, con su efectividad o estabilidad, que pudo deberse, como en el caso de Chile y la Constitución de 1980, primero al miedo y a las armas, y luego a la dificultad de modificar la misma. Y lo cierto es que, en la actualidad, no hay ninguna razón filosófica -ninguna buena justificación, para que las generaciones actuales se sientan aprisionadas por la Constitución de la dictadura. Los “enclaves autoritarios” que legó el pinochetismo no debieron considerarse tales, y los pocos que siguen operando en la actualidad (por ejemplo, a través de vetos minoritarios/quóruns agravados) no debieran considerarse como limitativos: es la regla de los iguales -la democracia- la que ha de gobernar y prevalecer, y no (no lo es, no puede serlo, no debe serlo, no hay ninguna buena razón para pensar que lo sea) la voluntad remanente de la dictadura.

“ ”

Pocas veces, en la historia del constitucionalismo, nos encontramos con un reconocimiento tan abierto y descarnado acerca de lo que aparece como la peor cara que una Constitución puede ofrecernos: la Constitución como “cárcel”, como forma de aprisionar a la democracia, y no como manera de organizarla, hacerla posible, o realizarla.

⁵ Guzmán, 1979.

3. Sobre los plebiscitos de aprobación constitucional

La Constitución chilena de 1925 (la que fuera reemplazada, durante la dictadura pinochetista, por la de 1980) había nacido para “reparar” muchos de los problemas que eran propios de la pionera y autoritaria Constitución de 1833 (una de las más estables en la historia del constitucionalismo latinoamericano).⁶ Para lograr su cometido, la Constitución de 1925 fue sometida a un plebiscito (en agosto de 1925), celebrado pocas semanas después de que el proyecto de Constitución fuera concluido (en julio de ese año). El antecedente es interesante para subrayar algunas cuestiones. En primer lugar, la forma de redacción de ese documento constitucional resultó muy elitista: el mismo fue escrito a través de Comisiones designadas siempre

“ ”

Mi opinión es que los demócratas que entendemos a la democracia como una “conversación entre iguales” tenemos razones para resistir (al menos, en principio, y dada su forma habitual y esperada) estos plebiscitos ratificatorios, aún cuando celebremos el gesto o “disposición democrática” que tales consultas populares, en su mejor expresión, nos ofrecen.

por el Presidente Arturo Alessandri (es decir, no se trató de Comisiones electas democráticamente). En segundo lugar, el plebiscito posterior (y, como suele ocurrir con las consultas populares, según veremos), apenas tuvo lugar para incluir algún matiz en relación con el tipo de preguntas cruciales que se presentaban frente a la ciudadanía.⁷

Mi opinión es que los demócratas que entendemos a la democracia como una “conversación entre iguales” tenemos razones para resistir (al menos, en principio, y dada su forma habitual y esperada) estos plebiscitos ratificatorios, aún cuando celebremos el gesto o “disposición democrática” que tales consultas populares, en su mejor expresión, nos ofrecen. Ello así, porque este tipo de plebiscitos constitucionales (tal como suele ocurrir con los plebiscitos sobre textos amplios y complejos, como el Acuerdo de Paz en Colombia o la consulta del Brexit), tienden a someter a la población a una inaceptable “extorsión democrática”. Ilustro aquello en lo que estoy pensando con un ejemplo que se ha con-

⁶ Ruiz-Tagle, 2016.

⁷ El artículo 2º del decreto-ley 462, firmado por Alessandri, dispuso que cada elector recibiría tres cédulas: roja, azul y blanca. La primera decía: “Acepto el proyecto de Constitución presentado por el Presidente de la República sin modificación”; la segunda, “Acepto el proyecto de constitución, pero con régimen parlamentario y la consiguiente facultad de censurar Ministerios y postergar la discusión y despacho de la ley de presupuestos y recursos del Estado” y la tercera, “Rechazo de todo el proyecto”.

vertido en un caso bastante típico en la región (un ejemplo que sobre-simplifica una situación que suele ser mucho más grave y forzada). En 2004, en Bolivia, se sometió a la consideración popular una Constitución de 411 artículos que incluía, entre muchas otras, una cláusula favorable a la reelección presidencial, y varias normas relacionadas con los derechos sociales y multiculturales de los grupos más marginados. Un votante promedio, bien informado o sin mayor información sobre la Constitución, podía rechazar enfáticamente lo primero (la reelección), pero ansiar sin hesitaciones lo segundo (los nuevos derechos). Sin embargo, la consulta popular sólo le permitía aprobar el “paquete cerrado y completo”: todo o nada. De este modo, y para aprobar aquello que más ansiaba, ese votante quedaba “extorsionado” a aceptar lo que más rechazaba. Mucho peor: luego del plebiscito, la reelección que ese votante hubiera querido repudiar sería aplaudida y presentada por las autoridades de turno como un simple producto del clamor de la “soberanía del pueblo” (advuértase que aquí realizamos este ejercicio teniendo en cuenta sólo 2 de esos cientos de artículos plebiscitados como “paquete cerrado”).

4. El procedimiento de creación constitucional y el “reloj de arena

Existe un debate importante acerca del camino procedimental apropiado que debe adoptar la creación constitucional en el contexto de una sociedad democrática. El especialista JON ELSTER⁸ ha ilustrado lo que considera la forma ideal de diseño, con la imagen de un “reloj de arena”: amplio e inclusivo por abajo (i.e., un plebiscito inicial para ver si la sociedad apoya el cambio constitucional); estrecho en el medio (i.e., la escritura de la Constitución a cargo de una comisión de expertos); y amplio otra vez por arriba (i.e., el cierre del proceso a través de un nuevo plebiscito ratificatorio). La modalidad que parece haber ganado peso, en Chile, es una que está en línea con la sugerida por ELSTER, que en parte corrige y en parte mejora el proceso de redacción que culminara con la Constitución de 1925 (i.e., a través del plebiscito inicial, y no sólo final, que se propone ahora; o a través de una comisión redactora más legítima y democrática, es decir, ya no -como en 1925- como producto exclusivo de la voluntad presidencial).

Otra vez, sin embargo, las razones que teníamos para resistir los plebiscitos constitucionales son las que tenemos para encender una luz de alarma sobre las formas “cerradas” de la redacción constitucional, que luego pretenden “abrirse” (en un sí o un no) a la consideración popular. Las objeciones surgen “naturalmente”, tanto si partimos de la idea de democracia como “conversación entre iguales,” como si retomamos lo dicho por Nino en torno a la “validez” del derecho. El hecho es: las normas deben resultar

⁸ Elster y Gargarella, 2018.

de una discusión inclusiva, no por una cuestión antojadiza sino porque, en sociedades multiculturales, marcadas (como diría JOHN RAWLS⁹) por el “hecho del pluralismo” y (como diría JEREMY WALDRON¹⁰) por el “hecho del desacuerdo”. Necesitamos que nuestros arreglos institucionales más básicos queden informados por las necesidades, demandas, y puntos de vista de toda la sociedad. Cualquier comisión -pequeña y/o cerrada; de técnicos o expertos; de especialistas o de políticos- tiende a fracasar en su propósito de reconocer la diversidad y razonabilidad de los reclamos existentes, por más bien intencionados y lúcidos que sean sus miembros. Finalmente, este tipo de dificultades “epistémicas” son las que explican las históricas dificultades que han mostrado los Parlamentos compuestos sólo por hombres (aún empáticos) para lidiar con los derechos de las mujeres; o los Congresos sin representantes de los grupos indígenas, para dar cuenta de las necesidades de los derechos de tales grupos (y de allí, por tanto, la sabiduría del Convenio 169 de la OIT, al exigir la “consulta previa” y directa a los grupos indígenas, cuando se discuten normas que afectan directamente sus intereses).



Necesitamos que nuestros arreglos institucionales más básicos queden informados por las necesidades, demandas, y puntos de vista de toda la sociedad.

D. **Contenido o “sustancia”**

5. Derechos: una carta de derechos “espartana” y conservadora

Toda Constitución moderna aparece dividida en dos grandes secciones: la “declaración de derechos” (o “parte dogmática”), y la “organización del poder” (o “parte orgánica”). Sobre la declaración de derechos presente en la Constitución de 1980 merecen decirse varias cosas. En primer lugar, ella destaca por incluir una de las cartas de derechos más “espartanas” de entre las existentes, en una región que se caracteriza por su constitucionalismo “generoso” y “barroco”, en relación con los derechos que reconoce. En segundo lugar, ella resulta notable, también, por su carácter poco remozado o “antiguo”: la Constitución de 1980 insiste con una declaración de derechos de un estilo que fuera muy propio del siglo XVIII o mediados del XIX. Insiste, esto es, con una “carta” que mira con distancia y recelo la larga lista de derechos sociales, económicos, culturales, y derechos humanos que América Latina adoptó, pioneramente en la historia del constitucionalismo mundial (desde la Constitución de 1917 en México), y que sigue exhibiendo hoy como

⁹ Rawls, 1991.

¹⁰ Waldron, 1999.

uno de sus principales orgullos. De modo similar, la actual Constitución de Chile resalta tanto por la virtual ausencia de herramientas participativas (herramientas que ya no son excepcionales, sino la regla común, dentro del constitucionalismo regional), como por la negación del carácter multicultural del país (como si le avergonzara reconocer los componentes indígenas y plurinacionales que distinguen y dan riqueza al país). En tercer lugar, la declaración de derechos de la Constitución de Chile llama la atención por su carácter deficitario y conservador. En efecto, la Constitución chilena asombra por las trabas que establece a la negociación sindical (por ramas de actividad); la prohibición de la huelga de los empleados públicos; el bloqueo a las prestaciones plenamente públicas en salud; etc. Más todavía, su lista de derechos enumera tales protecciones como si sus redactores se hubieran visto obligados a reconocer intereses fundamentales que el pueblo no merece, por lo cual la Constitución rodea a lista de derechos con restricciones y negativas que pocas constituciones exhiben (un ejemplo: en unos 20 casos, la Constitución usa la idea de “conductas terroristas” para justificar la limitación de derechos).

6. Organización del poder

Dicho todo lo anterior, llegamos al “núcleo duro” de la Constitución, a la organización del poder (a la que en trabajos anteriores me he referido como la “sala de máquinas” de la Constitución ¹¹). En todos mis escritos sobre la materia, me interesó señalar que el gran problema del constitucionalismo latinoamericano, al menos desde comienzos del siglo XX, ha sido el de promover reformas significativas en el área de los derechos (incluyendo las largas listas de derechos sociales y económicos, que siguen ausentes en el constitucionalismo chileno), sin modificar de manera acorde la organización del poder (o, para seguir con la vieja metáfora, “manteniendo cerrada la puerta de la sala de máquinas de la Constitución”). De ese modo, el constitucionalismo latinoamericano comenzó a virar, desde comienzos del siglo XX, hacia un “constitucionalismo con dos almas”: una, la relacionada con los derechos, que comenzaba a relucir nueva, moderna, de avanzada, de perfil social acentuado, y democrática en sus ambiciones; y la otra, relacionada con la organización del poder, que se preservaba con los rasgos elitistas y autoritarios que fueron propios del constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Mi gran temor es que, en este tiempo de cambio constitucional profundo, el constitucionalismo chileno opte por “modernizarse” de la manera implausible, inatractiva, en que lo hiciera todo el constitucionalismo latinoamericano a comienzos del siglo XX. Más precisamente, el gran riesgo es que Chile opte por cometer ahora el “error” que el constitucionalismo

¹¹ Gargarella, 2013.

regional cometió el siglo pasado, abrazando una innovadora modificación en su declaración de derechos, para mantener intocada su vieja, elitista y conservadora organización del poder. Por supuesto, entrecomillo la idea de “error” latinoamericano, porque esa supuesta equivocación se debió a una decisión consciente de los sectores de poder tradicionales, que prefirieron “entregar derechos” como concesiones a las demandas sociales que recibían de parte de los grupos más postergados, como forma de preservar todo lo demás, relacionado con la vieja organización de la maquinaria del poder. Como dijera la jurista ROSALIND DIXON¹², en América Latina, al igual que en otras áreas del mundo, se optó entonces por pensar a los “derechos como sobornos”: si los grupos indígenas, o las minorías sexuales, o los estudiantes, protestaban en las calles, los poderosos les “ofrecían” entonces derechos constitucionales, mientras preservaban inmodificados sus propios poderes. El riesgo que se advierte es ese: una nueva vuelta de los “derechos como sobornos”, mientras la “sala de máquinas” del poder se mantiene incólume, cerrada como lo ha estado desde hace décadas.

La amenaza en cuestión es particularmente seria en Chile, dadas las condiciones de partida: el país no sólo tiene una de las declaraciones de derechos más regresivas de la región, sino que además preserva una organización del poder tan autoritaria como pocas.¹³ Ello así (y sólo para marcar algunos casos salientes), tanto por los modos en que concentra el poder en el Ejecutivo; como por la forma jerárquica y verticalista en que diseña el Poder Judicial (algo asombroso en términos comparativos¹⁴); como por el centralismo que mantiene; o por el insólito lugar que le sigue reservando a las Fuerzas Armadas (un capítulo para las Fuerzas Armadas; un capítulo para el Consejo de Seguridad Nacional). En dicho contexto, se impone una “modernización” de la Constitución, para que alcance el piso mínimo de derechos, garantías y procedimientos democráticos, que son parte ya del acervo del constitucionalismo contemporáneo -un cambio que, insisto, se impone, dado el carácter todavía retrógrado de la organización constitucional. Sin embargo, Chile debe tomar este desafío que le impone su inaceptable “retraso”, como una oportunidad para no “modernizarse” constitucionalmente de la manera impropia en que lo ha hecho toda la región. Chile debe optar por una declaración de derechos -no “barroca”, pero sí- liberal, social y democrática; y debe hacerlo ajustando de modo acorde a toda su organización del poder, para convertirla en una organización, también, al servicio de ideales liberales, sociales y democráticos; un paso que, repito, los resabios del poder concentrado en América Latina han impedido.

¹² Dixon, 2018.

¹³ Bassa et al., 2015.

¹⁴ Correa Sutil, 1993; Couso, 2004; Hilbink, 2007.

7. Democracia

En mi opinión, el tema mayor que subyace a todo cambio constitucional contemporáneo -el hilo que recorre y debe recorrer todo el debate constitucional- es el relacionado con la democracia. *Como sabemos, la relación entre constitucionalismo y democracia no es armoniosa, sino tensa: el constitucionalismo refiere en primer lugar a los límites sobre el accionar mayoritario; mientras que la democracia se afirma en la apelación a la soberanía del pueblo, que reclama primacía.* El devenir político puede ayudar a “aceitar” y facilitar los vínculos entre constitucionalismo y democracia, o puede obstaculizar o enturbiar tales relaciones. Por ejemplo: en la declaración que citábamos al comienzo de este escrito -una declaración enunciada por Jaime Guzmán- encontrábamos un ejemplo extremo de cómo ciertas apelaciones al constitucionalismo (a los límites sobre el accionar mayoritario) podían servir como excusa para “ahogar” a la democracia.

Ahora bien, aunque es cierto que el constitucionalismo pinochetista (en parte todavía presente en la Constitución del 80), se propuso maniatar o sofocar a la democracia -y en tal sentido fue un ejemplo desmesurado de lo que el constitucionalismo no debe hacer- la realidad nos dice que, más allá de Chile, y de manera común, el constitucionalismo tendió a imponer a través de sus reglas, limitaciones demasiado exigentes y no siempre justificadas sobre la democracia. *En buena medida, podría decirse, el constitucionalismo nació y se impuso, desde finales del siglo XVIII, a través de un principio de “desconfianza democrática”.* Así, el profesor brasileño, y docente en Harvard, ROBERTO MANGABEIRA UNGER,¹⁵ se ha referido al tema hablando de (lo que denominó) “el pequeño secreto sucio” del derecho contemporáneo: la “disconformidad con la democracia”. Según UNGER: dicha “disconformidad” ha quedado traducida institucionalmente en un “sinnúmero de instituciones” destinadas a socavar el peso de la regla mayoritaria (i.e.: el control judicial; el Senado; el presidencialismo concentrado y unipersonal; las elecciones indirectas; los mandatos largos; la ausencia de mecanismos más directos y populares de control sobre los representantes; etc.).

“ ”

Como sabemos, la relación entre constitucionalismo y democracia no es armoniosa, sino tensa: el constitucionalismo refiere en primer lugar a los límites sobre el accionar mayoritario; mientras que la democracia se afirma en la apelación a la soberanía del pueblo, que reclama primacía.

¹⁵ Unger, 1996.

D.

Democracia

8. Sociología política

Según entiendo, esa fricción que se ha ido profundizando entre el constitucionalismo y la democracia, y que hoy genera una relación muy tensa entre ambos ideales, reconoce dos fuentes principales (más allá de algunos “excesos brutales”, como los representados por el pinochetismo de Guzmán). La primera de tales fuentes tiene que ver con un cambio en lo que llamaría la “sociología política” del constitucionalismo: **las Constituciones “fundacionales” -que en buena medida moldearon las nuestras- fueron diseñadas pensando en sociedades muy particulares, que ya no son las nuestras**. Más precisamente, el constitucionalismo nació pensando en sociedades relativamente pequeñas, divididas en pocos grupos, internamente homogéneos y compuestos por personas fundamentalmente movidas por el autointerés



Dicho esquema “estalló en el aire”, en estos tiempos caracterizados por la presencia de sociedades muy numerosas, multiculturales, divididas en infinidad de grupos, internamente heterogéneos, y compuestas por personas que, a la vez, son -cada una de ellas- “muchas personas” diferentes (hoy ya nadie se siente identificado con su “mero” carácter de “obrero,” o “gay”, o “vegetariano”, o “izquierdista”: cada uno es muchas cosas al mismo tiempo, y se identifica con todos esos rasgos diversos a la vez).

(i.e., mayorías y minorías; pobres y ricos; deudores y acreedores; no-propietarios y propietarios). De allí que se pensara que, con la incorporación de algunos

pocos actores al escenario institucional (algunos representantes del grupo de los propietarios; algunos representantes del grupo de los no-propietarios; etc.), toda la sociedad podía quedar representada. Dicho esquema “estalló en el aire”, en estos tiempos caracterizados por la presencia de sociedades muy numerosas, multiculturales, divididas en infinidad de grupos, internamente heterogéneos, y compuestas por personas que, a la vez, son -cada una de ellas- “muchas personas” diferentes (hoy ya nadie se siente identificado con su “mero” carácter de “obrero,” o “gay”, o “vegetariano”, o “izquier-

dista”: cada uno es muchas cosas al mismo tiempo, y se identifica con todos esos rasgos diversos a la vez). De allí que, en buena medida, el viejo diseño institucional ya no sirva para albergar y dar cuenta de la infinita variedad propia de nuestras sociedades culturalmente plurales: el “viejo traje constitucional” quedó demasiado chico. Por ello, insistir con la recomposición de ese “viejo traje” nos lleva a un callejón sin salida: no hay vuelta atrás posible, capaz de reparar aquel diseño tan imperfecto, tan propio de otro tiempo.

9. Filosofía pública

El otro cambio radical -el más importante- entre el ayer y el hoy, tiene que ver con la renovación de ideas y supuestos que se ha dado con el correr de los años, tal como sugiriera más arriba. En efecto, nuestras Constituciones nacieron (algunas más -como la chilena- otras menos -como las primeras constituciones revolucionarias francesas-) muy marcadas por un “principio de desconfianza” que fue imponiéndose en las latitudes más diversas, hasta aparecer como rasgo distintivo del constitucionalismo moderno (la idea de la “disconformidad democrática” de la que hablaba UNGER). Un problema al respecto, que ya sugiriera, es que dicha “desconfianza democrática” no quedó como mera retórica de otro tiempo, sino que resultó plasmada en todo un esquema de instituciones (“contra-mayoritarias”) que pasaron a convertirse en marca de identidad del constitucionalismo, de ayer y hasta hoy. El problema mayor, desde entonces, es que ese ideario original de raíz elitista, y plasmado en un esquema institucional todavía vigente, opera hoy en el marco de un contexto por completo diferente, en términos de nuestro modo de pensar compartido -en términos de lo que MICHAEL SANDEL¹⁶ denominara nuestra “filosofía pública”. Hoy, para bien o mal, nos guste o no, lo compartamos o no, tiende a primar un sentir extendido de “empoderamiento democrático”: nos asumimos dueños de nuestro propio destino, y como tales, nos consideramos impropia e injustificadamente limitados en nuestras demandas y decisiones, por un procedimiento legal, y por un cuerpo de representantes, que consideramos indispuerto a tomarnos en serio -indispuerto a considerar y seguir la dirección política que nosotros proponemos-. Aquí reside, entiendo yo, el quiebre mayor: *el sistema institucional aparece preparado para “resistir” nuestras demandas, y poco sensible frente a ellas -poco capacitado para recuperar y procesar nuestros reclamos-*. Este punto es el que parece explicar los “estallidos democráticos” que hoy advertimos en todo el mundo: desde la “primavera árabe” a los “chalecos amarillos”; de los “pingüinos” chilenos a los “caceroleros” colombianos o argentinos: recorre al mundo un sentido compartido de disconformidad con los sectores de poder en general, y con la clase política en particular. Se trata de un “enojo” o “incomodidad” profunda, que “estalla” ante la incapacidad del tejido institucional para receptor o entender siquiera la importancia, el sentido, la extensión o la profundidad de tales reclamos democráticos.

“ ”

el sistema institucional aparece preparado para “resistir” nuestras demandas, y poco sensible frente a ellas -poco capacitado para recuperar y procesar nuestros reclamos-

¹⁶ Sandel, 2005.

10. Constitucionalismo democrático en Chile

A la luz de lo dicho, Chile encuentra una buena oportunidad para adelantarse al constitucionalismo regional, y plasmar, en su Constitución, el tipo de cambios que el resto de los países latinoamericanos se demora en

“ ”

Lo que necesitamos es reconstruir la maquinaria democrática para permitir que aquel viejo esquema, que fuera exitoso en algún momento (i.e., un esquema de “frenos y balances” destinado a canalizar institucionalmente la guerra civil), se transforme en otro, orientado en una dirección diferente (no ya la de evitar la guerra, sino), la de favorecer por fin el diálogo inclusivo, entre iguales.

plasmar. Tales cambios exigen reconocer que en una sociedad de iguales, cada individuo debe ser capaz de vivir su vida como quiere, y cada sociedad debe tener la posibilidad de organizar su vida futura del modo en que considere más apropiado. Y esto último no se logra ni reparando el dañado sistema de “frenos y controles” propio del constitucionalismo; ni agregando nuevos derechos; ni concediendo nuevos plebiscitos; ni copiando del derecho comparado alguna institución saliente (i.e., “defensor del pueblo”, “ombudsman”; etc.). No se trata, en definitiva, de resucitar instituciones “muertas”.¹⁷ Entiéndase: todos los cambios citados pueden ser deseables, justos y necesarios. Pero repito: tales cambios en el constitucionalismo no resuelven nuestro problema mayor, que es democrático. Lo que necesitamos es reconstruir la maquinaria democrática para permitir que aquel viejo esquema, que fuera exitoso en algún momento (i.e., un esquema de “frenos y balances”

destinado a canalizar institucionalmente la guerra civil), se transforme en otro, orientado en una dirección diferente (no ya la de evitar la guerra, sino), la de favorecer por fin el diálogo inclusivo, entre iguales.

La oportunidad es excelente, por la avidez del cambio que existe; por el reconocimiento de la necesidad de cambiar la Constitución; por los niveles de “empoderamiento democrático” que se advierten; por la ansiedad participativa que muestra la ciudadanía; por el excepcional compromiso constitucional que esa ciudadanía ya demostró en años anteriores (desde el “marca tu voto,” a los cabildos constitucionales con más de 200.000 partícipes); por el vigor y dignidad notables que han demostrado los movimientos sociales, y las movilizaciones de ciudadanos autoconvocados. Está la necesidad, está la oportunidad, está la capacidad, está la disposición ciudadana.

Mi temor es que, a pesar de todo, los sectores dominantes vuelvan a imponerse, y la vieja dirigencia vuelva a intentar (ante todo) auto-preservarse. Mi temor es que, en un nuevo ejercicio de ceguera política (...), los sectores conservadores tradicionales vuelvan a hacer un intento de salirse con la suya, apostando a la desmovilización; procurando engañar a una sociedad

¹⁷ Atria, 2016.

a la que ya no se engaña (a través de las luces de colores de los nuevos derechos y las nuevas instituciones); actuando otra vez con el nivel de alienación política y desconexión social que han demostrado sus principales dirigentes en las semanas pasadas; como si todo esto se tratara de una cosa de niños, una aventura adolescente, un capricho social pasajero.

Las señales al respecto no son buenas, y se advierten en cada paso de los dados por el poder constituido, en estos tiempos recientes: la dilación del proceso constitucional hasta abril o mayo, buscando la desmovilización ciudadana; los innecesarios quórum autoimpuestos (de dos tercios), adoptados bajo la excusa del consenso (un piso tan alto que va a dificultar, antes que facilitar, los acuerdos deseados, y que va a ofrecer una herramienta de extorsión habitual a los sectores más conversadores, por más de que hoy se opere sobre una “hoja en blanco”); en el “plebiscito de entrada” y en el de “salida”, a los que se pretende asignar -tramposamente- el carácter de “magia” democrática (quiero decir, el poder de transformar en democrático un proceso que no lo es; y cuando, por las razones que vimos, tales plebiscitos tienden a constituirse en enemigos -antes que en aliados- de los demócratas); en la nueva apuesta por procedimientos elitistas de redacción constitucional (visible también, y no sólo, en el peso de las comisiones técnicas y políticas); en el desaliento o la falta de aliento a los procesos de intervención directa de la ciudadanía (procesos de participación directa como la que pudieron distinguir a los recientes cabildos chilenos;¹⁸ y como los que caracterizaron a los mejores procesos de creación constitucional de nuestro tiempo. Quiero decir, procesos como los desarrollados en Canadá; Islandia; o Irlanda, con puros representantes ciudadanos directos, sin la presencia en algunos casos de partidos políticos, y con la selección realizada a través de mecanismos de “lotería”); en la sobre-abundancia de propuestas de cambio cosméticas o irrelevantes (otra vez: las “luces de colores” de derechos que se cambian, sin cambios en la organización del poder); o en los cambios “gatopardistas” que se ofrecen, para la organización del poder, orientados a “cambiar algo para que todo siga como estaba”.

Quiero decir -y con esto concluyo- la sociedad civil chilena muestra una lucidez y un compromiso constitucional excepcionales, en este momento. Sin embargo, ello se da en un contexto político e institucional agobiante, caracterizado por una dirigencia político-económica regresiva, conservadora, indispuesta a cambiar y que -esto es lo peor de todo- ni siquiera advierte la naturaleza y dimensión de la crisis que enfrenta. Espero que, contra lo que dice la historia, y contra las “tenazas” impuestas por las viejas reglas (el “viejo traje constitucional”), la ciudadanía se mantenga de pie y firme, como lo está hoy, y logre que se tomen en serio sus decentes, sensatos, razonables y a la vez radicales, reclamos democráticos.

¹⁸ Ver al respecto, y por ejemplo: Heiss, Verdugo, Contesse y Muñoz, 2018; Salgado y Lovera, 2015.

• BIBLIOGRAFIA

- Atria, F. (2013),
La Constitución tramposa. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Atria, F. (2016)
La forma del derecho. Barcelona: Marcial Pons.
- Bassa, J., Ferrada, J.C., y Viera, C. (2015),
La Constitución chilena. Santiago: LOM Ediciones.
- Correa Sutil, J. (1993)
‘The judiciary and the political system in Chile’, en Stotzke, I.(ed.), Transition to democracy in Latin America.
New York: Westview Press.
- Couso, J. (2004)
‘The Politics of Judicial Review in Chile’, en Gloppen, S. et al., Democratization and the Judiciary. Londres: Frank Cass.
- Dixon, R. (2018)
‘Constitutional Rights as Bribes’, Connecticut Law Review, 50:769.
- Elster, J., Gargarella, R. et al (2018)
Constitutional Conventions. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013)
Latin American Constitutionalism. Oxford: Oxford University Press.
- Guzmán, J. (1979)
‘El camino político’, Revista Realidad, 1(7):13-23.
- Heiss, C. (2018)
‘Participación política y elaboración constitucional: el caso de Chile’, Derecho y Crítica Social, 4(1).
- Hilbink, L. (2007)
Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lovera, D. (2015)
‘Proceso constituyente en Chile: el plebiscito como transición institucional’, Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Di Tella, 16(2).

- Muñoz, F. (2018)
'Crítica del imaginario histórico del proceso constituyente de Bachelet', *Derecho y Crítica Social*, 4(1).
- Nino, C. (1985)
La validez del derecho. Buenos Aires: Astrea.
- Rawls, J. (1991)
Political Liberalism. New York: Columbia University Press.
- Ruiz Tagle, P. (2016)
Cinco repúblicas y una tradición. Santiago: LOM Ediciones.
- Salgado, C. (2015)
'La Constitución de 1980 y la demanda por una Asamblea Constituyente', *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Di Tella*, 16(2).
- Sandel, M. (2005)
Public Philosophy. Cambridge: Harvard University Press.
- Unger, R. (1996)
What Should Legal Analysis Become?. London: Verso.
- Verdugo, S. y Contesse, J. (2018)
'Auge y caída de un proceso constituyente: lecciones del experimento chileno y del fracaso del proyecto de Bachelet', *Derecho y Crítica Social*, 4(1).
- Waldron, J. (1999)
Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press.



Los cómplices de ayer, los beneficiarios de hoy *El nudo de la desigualdad impuesta por la dictadura*

Juan Pablo Bohoslavsky,
Karinna Fernández y Sebastián Smart¹⁹

DOI: 10.53110/VFIC9767

A. Introducción: El golpe militar de 1973, la consolidación del gobierno dictatorial y las atrocidades que éste cometió, tuvieron como principal propósito crear las condiciones necesarias para la implementación de políticas económicas que solo beneficiarían a una minoría y que, consecuentemente, serían rechazadas por gran parte de la población.²⁰ **La racionalidad de la dictadura fue eminentemente económica y de reconfiguración de las relaciones sociales y laborales.** La fuerte puja redistributiva que comenzó en los setenta en un gran número de países, exacerbada por las implicaciones de la Guerra Fría en la región, se hizo carne en Chile.

En este texto, exploraremos el rol que tuvieron actores económicos cruciales –tanto nacionales como extranjeros– durante la dictadura de Pinochet. Analizaremos, de qué modo y por qué las políticas económicas implementadas durante la dictadura reconfiguraron la fisonomía de la economía en el país, facilitando y profundizando los niveles de desigualdad que aún registra Chile, y buscaremos responder las preguntas sobre por qué y de qué manera la nueva Constitución debería

¹⁹ Lo/as autore/as agradecen por los comentarios al borrador de este texto a Victoria Basualdo. Las opiniones y conclusiones reflejadas en este artículo sólo reflejan las de sus autore/as y de ninguna manera las de las instituciones a las cuales están afiliado/as.

²⁰ Ver Klein, 2008.

B. **Complicidad económica y desigualdad**

desatar este nudo para garantizar la rendición de cuentas, reducir los niveles de desigualdad discriminatoria y asegurar la realización de los derechos económicos y sociales de toda la población en Chile. **La importancia de discutir sobre complicidad económica en Chile y su relación con las injusticias sociales y económicas actuales es mayúscula.**²¹ En primer lugar, el país fue considerado durante muchos años el niño ejemplar de cómo el neoliberalismo y el autoritarismo juntos, producían algo bueno para la sociedad chilena. Segundo, por la rampante corrupción durante la dictadura y la poco estudiada vinculación entre el saqueo sistemático del Estado durante el gobierno dictatorial y los profundos déficits de los servicios estatales en democracia. Tercero, porque la no consideración de la complicidad empresarial, así como la forma en que las políticas económicas contribuyeron a la exclusión social, llevaron a una visión raquítica de lo que son los derechos humanos, marginalizando a los derechos económicos y sociales, todo lo cual se materializó en la constitución de 1980 que ahora se intenta reformar.

Los gobiernos autoritarios padecen de un déficit estructural de legitimidad, con lo que su permanencia en el poder está supeditada al uso equilibrado de dos tipos de recursos: a) asignar recursos económicos de una manera estratégica, procurando comprar lealtades y apoyo de sectores claves de la sociedad; y b) reprimir a la sociedad o conceder de manera oportunista libertades civiles y políticas a fin de minimizar las críticas.²² **Tanto para comprar voluntades como para montar un aparato represivo eficaz se necesitan recursos económicos. ¿Cómo operó esta dinámica de elecciones racionales en la dictadura pinochetista?**²³

En primer lugar, la dictadura de Pinochet obtuvo financiamiento externo masivo gracias a su inmediato alineamiento geopolítico internacional en la lucha contra el comunismo. Esto le garantizó un flujo de fondos suficiente y continuo ²⁴ aún en un contexto de bajo crecimiento, alto desempleo y déficit fiscal.

En el plano interno, los instrumentos y canales a través de los que se asignaron recursos económicos de una manera estratégica, es decir, para granjearse el apoyo de sectores poderosos de la sociedad chilena, incluyeron políticas laborales, tributarias, presupuestarias, industriales, forestales,

²¹ Roht-Arriaza, 2020.

²² Bueno de Mesquita, Smith, Siverson y Morrow, 2003; Wintrobe, 1998.

²³ En un libro que lo/as autore/as de este capítulo editaron recientemente se estudia en detalle esta cuestión del rol de los actores económicos durante la dictadura pinochetista. Ver Bohoslavsky, Fernández y Smart, 2020.

²⁴ Bohoslavsky y Rulli, 2020.

extractivas, bancarias y financieras, urbanísticas, carcelarias, previsionales, monetarias, de comercio exterior y privatización de empresas estatales. El denominador común de dichas políticas fue el beneficio económico otorgado a las élites de Chile y las grandes empresas nacionales y extranjeras, que aumentaban la desigualdad en el país, y que usualmente encontraban un correlato en el rol cómplice o condescendiente de esos mismos beneficiarios con el régimen.²⁵

Claramente los militares disponían de su propia agenda ideológico-política para acceder y mantenerse en el poder: aplastar a la izquierda, restablecer el orden social, reconfigurar las relaciones laborales, despolitizar a la población y aumentar el gasto del sector militar y policial. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que los militares instrumentalizaron a los empresarios para perpetuarse en el poder.

Sin embargo, una mirada más cercana a esa dinámica -por ejemplo, la integración de representantes de sectores empresariales como altos cuadros técnicos al gobierno de Pinochet-, nos indica que es difícil identificar una dirección única de las causalidades: ¿el gobierno otorgaba beneficios económicos a esos grupos empresarios para poder mantenerse en el poder o éstos apoyaban a Pinochet (ya antes el golpe) para que aplicara esas mismas políticas? La respuesta a este interrogante nos puede llevar a repensar quién era cómplice de quién.

La comisión de delitos económicos que beneficiaban tanto a militares, civiles y empresarios fue otra herramienta eficaz de asignación de recursos y compra de lealtades. Esto último se materializó, por ejemplo, en el apoyo político explícito al gobierno (como se evidenció con las cámaras empresariales) o, cuanto menos, en el silencio frente a los delitos de lesa humanidad que se estaban cometiendo. La complicidad de periodistas, medios de comunicación, think tanks y académicos también se explica, no sólo por los claros alineamientos políticos e ideológicos, sino también por los beneficios materiales que recibían.²⁶

“ ”

¿el gobierno otorgaba beneficios económicos a esos grupos empresarios para poder mantenerse en el poder o éstos apoyaban a Pinochet (ya antes el golpe) para que aplicara esas mismas políticas? La respuesta a este interrogante nos puede llevar a repensar quién era cómplice de quién.

²⁵ La noción de cómplices económicos sobre la cual este texto fue escrito excede en mucho a los casos de corrupción y enriquecimiento ilícito de los que dio cuenta el escándalo del banco Riggs. Se trata, tal como lo explicara la Comisión Internacional de Juristas en 2008, de las contribuciones que “hacen posible, tornan más fácil o mejoran la eficiencia” en la comisión de delitos (Comisión Internacional de Juristas, 2008, pp. 9 y ss.).

²⁶ González y Undurraga, 2020.

Sin duda, la radical y –luego del golpe– rápida transferencia de riqueza nacional a favor de la clase empresarial y en detrimento de la trabajadora, que se tradujo en un aumento brutal de la desigualdad económica y social, fue el resultado de la imposición de la política económica neoliberal.²⁷ El descontento se contuvo con violencia estatal extrema contra los/las representantes sindicales y con un fuerte debilitamiento del poder de negociación colectiva de los/las trabajadores/as lo cual se tradujo, obviamente, en un deterioro de sus condiciones laborales (incluyendo el salario).

Claramente,

*“los elevados niveles que Chile muestra hoy en términos de desigualdad tienen su origen en un contexto político altamente represivo y como resultado de una transformación radical del sistema económico. En el nuevo entramado institucional instaurado por la dictadura, quienes tomaron decisiones de política lo hicieron en un sentido que distribuía en forma regresiva tanto los perjuicios como los beneficios económicos que se derivaban de situaciones coyunturales y transformaciones estructurales”.*²⁸

El crecimiento de la desigualdad no se debió al libre juego de la oferta y la demanda sino a fuertes políticas económicas, sociales y criminales (represión del movimiento sindical), entre las que resaltan la obstaculización legal y la represión violenta de las demandas laborales y protestas sindicales, la privatización (y mercantilización) de servicios y empresas claves de la economía con fuertes implicaciones sociales (como la salud y la educación) y un plan de políticas monetaria, financiera y presupuestaria con efectos regresivos, en particular en contextos de crisis.²⁹ Entre los costos sociales que generó la creciente desigualdad en Chile se encuentran el aumento del desempleo y la caída del salario real. A su vez, la merma en el gasto social coadyuvó a la desaceleración de las mejoras que en materia educativa y de salud habían caracterizado al período 1940-70. Aquellas reformas estructurales implementadas durante el pinochetismo explican las fuertes resistencias que aún encuentran los gobiernos democráticos y el movimiento sindical al intentar que Chile deje de figurar entre los países más desiguales del mundo.

El caso de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) es paradigmático.³⁰ La privatización del sistema previsional chileno llevado a cabo

²⁷ Ahumada y Solimano, 2020.

²⁸ Rodríguez Weber, 2020.

²⁹ Ibíd.

³⁰ Rulli, 2020.

en 1980 sin posibilidad alguna de diálogo social y participación político-sindical de los trabajadores, benefició y fortaleció a la élite económica chilena vinculada a los grupos financieros internacionales que establecieron las AFP. El único sector de trabajadores que no fue obligado a ingresar a ese nuevo sistema fue el de las Fuerzas Armadas. El altísimo costo fiscal estatal que implicó la transición de un sistema a otro, las altas comisiones cobradas a los/as afiliados/as, la limitada y desigual cobertura de la población, la notable rentabilidad de las AFP, el tímido desarrollo del mercado de capitales que la reforma trajo consigo y la concentración del mercado de las AFP, constituyen algunos de los legados más onerosos de la dictadura y explican en gran medida la desigualdad económica y social actual en el país.³¹

Por su parte, **el modelo extractivista chileno, tal como se lo conoce hoy, se origina durante el pinochetismo y continúa, en esencia, hasta nuestros días.**³² Esos actores económicos ingresaron al negocio minero con Pinochet y se fortalecieron a lo largo de las últimas décadas, lo cual explica la estrecha relación que aún hoy existe entre extractivismo, captura de instituciones estatales y apropiación concentrada de la renta en dicho sector.

La dictadura pinochetista llevó adelante un amplio e inédito proceso de privatización de tierras y empresas estatales, operando en un gran número de sectores de la economía y resultando evidente la regresión respecto del periodo previo de mayor participación del Estado en la economía, pasando de 596 empresas estatales al inicio de la dictadura a sólo 49 en 1989.³³ Entre 1974 y 1975 se restituyeron empresas que habían sido intervenidas por el gobierno democrático, entre 1976 y 1981 se subastan múltiples empresas a cargo de CORFO. Luego, a partir de la crisis de 1982, comienza el llamado capitalismo popular, esto es, la venta de paquetes accionarios de las empresas estatales más importantes a fin de apalancar el mercado de capitales, la reprivatización de los bancos y de los fondos de pensiones.

Este proceso de privatizaciones generó una enorme concentración de la propiedad y del ingreso, y un desfinanciamiento del Estado, todo lo cual ha contribuido a los actuales índices de desigualdad.³⁴ Las privatizaciones estuvieron plagadas de irregularidades, groseros conflictos de interés y actos de corrupción que perjudicaron al erario público y beneficiaron a grupos económicos concentrados cercanos al gobierno y a funcionarios públicos civiles y militares. La conquista violenta del aparato estatal y la consiguiente opacidad en el manejo de fondos públicos, la libertad de prensa cercenada y la inexistencia de contrapoderes del Estado hicieron posible este masivo

³¹ *Ibíd.*

³² Smart, 2020a; Stillerman, 2021, pp. 263-289.

³³ Smart, 2020b.

³⁴ *Op Cit.*, Ahumada y Solimano, 2020.

En esa línea, también debemos poner atención sobre la profundidad, amplitud e implicaciones sociales, económicas y políticas de la erosión de los derechos laborales y de la actividad sindical.³⁶ El régimen pinochetista impuso -en un contexto fuertemente represivo contra la clase trabajadora- cambios legales que atentaron permanentemente contra el derecho sindical. Denominador común de estos cambios fue la erosión de los derechos colectivos de los trabajadores. El llamado “Plan Laboral” de 1979 implicó la descentralización y debilitamiento de las negociaciones colectivas a nivel de empresas. Se establecieron instrumentos para garantizar que las huelgas no paralizaran la actividad económica, promoviendo la atomización de los gremios aún dentro de una misma empresa y la despolitización sindical con una reducción de su campo de negociación y alcance. Los pilares de esa reforma (anti)sindical se han mantenido prácticamente intactos hasta la fecha, incluso luego de la reforma de la ley 20.940 de 2016.³⁷

La degradación del derecho colectivo del trabajo fue acompañada por el socavamiento de los derechos individuales que determinaban las condiciones de trabajo, flexibilización de indemnizaciones por despido y jornada laboral, entre otras medidas acompañadas de la fuerte e impune persecución de los y las líderes/sas sindicales. **La represión y esta política laboral resultan consistentes y complementarias con la imposición de un modelo económico neoliberal que implicaba la exclusión de la mayoría de la población y el enriquecimiento de grupos empresarios concentrados.** La desregulación del mercado del trabajo y el debilitamiento de la actividad sindical reflejado en la constante baja en la tasa de sindicalización en el país, fueron uno de los legados más enraizados de la dictadura hacia la democracia.³⁸

La política urbanística represiva del gobierno de Pinochet para el desarrollo de Santiago se basó en la expulsión, segregación y violencia como instrumentos para aumentar el lucro de grupos económicos concentrados y asegurar de manera exclusiva a las personas más acaudaladas el acceso a las tierras más valiosas de la ciudad.³⁹ A través de medidas impositivas y políticas públicas con objetivos de control social desde la configuración del espacio de transformación urbanística, que fueron implementadas mediante la fuerza del aparato represivo estatal cuando fue necesario, el urbanismo represivo encontró su lugar en la fisonomía de Santiago.

El espacio inmobiliario fue entregado abiertamente al mercado, generando ingentes rentas para los desarrolladores a costa de desplazar violentamente a miles de residentes pobres hacia tierras periféricas y (si tuvieron

³⁶ Marzi, 2020.

³⁷ Op. Cit., Vergara y Winn, 2020.

³⁸ Winn, 2004.

³⁹ Op. Cit., Vergara Perucich, 2020.

suerte) casas precarias sin acceso a servicios básicos. Todo lo cual alimentó aún más la segregación socio-económica de la ciudad en la que el componente horizontal, democrático y de solidaridad ha sido marginal.⁴⁰

El modelo minero nacional impuesto por la dictadura tiene aún hoy negativas implicaciones sociales, culturales y en materia de recursos naturales para las comunidades locales en el norte de Chile.⁴¹ La plataforma legal e institucional forjada durante el pinochetismo y reforzada en democracia, que mercantiliza ampliamente la extracción de minerales y el uso del agua, ha facilitado las presiones del sector minero sobre las comunidades del norte para poder explotar sus recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneas. Cabe aludir al caso de la minera Sociedad Química y Minera (SQM) en el Desierto de Atacama, empresa que acumuló negocios (y poder) durante la dictadura pero que no mermó en democracia, y que durante muchos años fuera administrada por un yerno de Pinochet.⁴²

También se debe mencionar la contra-reforma de la industria forestal llevada adelante por el gobierno de Pinochet y cómo este modelo afecta de manera adversa, aún en el presente, a los derechos del pueblo mapuche, el medioambiente y los indicadores sociales y económicos de las regiones involucradas.⁴³ Las grandes empresas forestales prestaron apoyo a la gestación del golpe y luego a la dictadura, con la expectativa de que la política sectorial de Allende, orientada a la gestión estatal de los recursos forestales, fuera revertida. También la industria forestal proveyó de funcionarios públicos de alto nivel al régimen. Todo ese apoyo redundó en una posterior expansión fenomenal de su propiedad sobre territorios de ocupación tradicional del pueblo mapuche y en una generosa financiación a través de subsidios y exenciones estatales.⁴⁴

Los grandes conglomerados forestales también se beneficiaron al adquirir las empresas estatales privatizadas a un valor muy menor que el de mercado. Algunas de estas empresas se vieron involucradas en crímenes de represión contra trabajadores que se desempeñaban en ellas. Mientras la protesta social del pueblo mapuche frente a la persistencia de este modelo forestal ha ido creciendo en los últimos 20 años, encontrando apoyo en organismos regionales e internacionales, la criminalización y represión contra sus miembros se ha intensificado.

“ ”

El espacio inmobiliario fue entregado abiertamente al mercado, generando ingentes rentas para los desarrolladores a costa de desplazar violentamente a miles de residentes pobres hacia tierras periféricas y (si tuvieron suerte) casas precarias sin acceso a servicios básicos.

⁴⁰ Ibíd.

⁴¹ Olmos Herrera, 2020.

⁴² Ibíd.

⁴³ Aylwin, 2020.

⁴⁴ Ibíd.

C.

Complicidad, derechos económicos y sociales, y la nueva constitución

Las causas que llevaron al proceso constituyente que estamos viviendo son varias y probablemente todas ellas tienen algún grado de relación con las desigualdades anteriormente expresadas. El informe de la Alta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la visita que hiciera a Chile entre octubre y noviembre de 2019,⁴⁵ señala dentro de su contexto como causa principal del descontento social precisamente la desigualdad socioeconómica y los obstáculos en el disfrute de los derechos económicos y sociales.

En este contexto, el 18 de octubre de 2019 marcó un hito fundamental en la historia de los derechos humanos en Chile. Mientras los grupos económicos, representados por la SOFOFA, insistieron en que “no vieron venir” este grado de movilizaciones, el gobierno decidió utilizar una fuerza estatal sin precedentes desde la dictadura y declarar abiertamente que estaba en “guerra contra un enemigo poderoso”. Es precisamente en un contexto de graves y masivas violaciones de derechos humanos que se generó el acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución del 15 de noviembre 2019, que **situó a Chile ante un hecho histórico: por primera vez en la historia del país se escribirán colectiva y democráticamente las reglas en las cuales se desarrollará la vida democrática del país.**

El acuerdo para escribir una nueva constitución se dio en un clima de descontento social ante las desigualdades enraizadas y de violencia perpetrada por agentes del Estado. Es por ello que el proceso constituyente en el que Chile se ha embarcado no puede separarse de las demandas sociales planteadas durante las masivas movilizaciones ni tampoco de la búsqueda de verdad, justicia y reparación en los casos de violaciones (y complicidades) pasadas y presentes a los derechos humanos.

“ ”

Así, se requiere que quienes redacten la nueva constitución asuman como uno de sus objetivos principales el reconocimiento expreso y la realización de los derechos económicos y sociales.

Así, se requiere que quienes redacten la nueva constitución asuman como uno de sus objetivos principales el reconocimiento expreso y la realización de los derechos económicos y sociales. El modelo subsidiario implementado en la actual

Constitución sitúa a temáticas como la salud, educación, protección social, agua y recursos naturales, entre otros, como bienes de mercado, con los conocidos efectos adversos sobre los derechos humanos. Por su parte, la Constitución nada dice respecto, por ejemplo, de la vivienda adecuada. De

⁴⁵ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2021.

esa manera, parece prioritario el reconocimiento expreso de los derechos económicos y sociales en la nueva constitución en línea con los estándares jurídicos internacionales; lo que implica, por ejemplo, reconocer la prohibición de discriminación y de regresión en materia de derechos económicos y sociales, la obligación de movilizar recursos para su progresiva realización y la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

Un cambio de foco en el modelo económico, centrado en la reproducción social y los derechos humanos antes que en las ganancias de unos pocos, significaría, por ejemplo, reconocer la función social de la tierra, la vivienda, el agua y los bienes comunes o recursos naturales, entre otros. En materia urbana y de recursos naturales, por ejemplo, implicaría implementar políticas activas de intervención del mercado del suelo y de ordenamiento territorial. En materia de agua significaría reconocer no sólo su uso humano prioritario, sino que ésta cumple otras funciones, incluidas funciones culturales y de preservación de los ecosistemas. En materia de pensiones significaría generar un modelo solidario que rompa con los lazos entregados al mercado financiero para asegurar pensiones altas a un selecto grupo de cotizantes. En el ámbito fiscal, asegurar que el sistema tributario tienda hacia una crecientemente progresividad. En el campo laboral, robustecer y garantizar la vigencia de los derechos laborales individuales y colectivos. En definitiva, la eliminación de los nudos de la desigualdad que hemos detallado debería conformar el marco de acción o los límites que establezca la Constitución para la consagración de los derechos económicos y sociales.

Sin embargo, el sólo reconocimiento de estos derechos no sería suficiente. Es necesario concebir formas eficaces para su realización. La consagración de un catálogo de derechos sin formas que permitan su implementación sería papel mojado. Así resulta fundamental que la nueva Constitución discuta sobre mecanismos de participación democrática y transparencia que permitan imponer un marco para el diseño de políticas sociales y económicas con incidencia directa sobre los derechos sociales y económicos.



Un cambio de foco en el modelo económico, centrado en la reproducción social y los derechos humanos antes que en las ganancias de unos pocos, significaría, por ejemplo, reconocer la función social de la tierra, la vivienda, el agua y los bienes comunes o recursos naturales, entre otros.

Más allá de los debates acerca de si y en qué medida y dirección es posible reformar las instituciones contramayoritarias en el país,⁴⁶ **podemos pensar en la consagración de mecanismos que faciliten la participación popular en las decisiones económicas y de ese modo limitar, o mejor aún, dar contenido a las políticas públicas.**

Se podrían generar, por ejemplo, mecanismos de presupuestos participativos y con enfoque de derechos, y evaluaciones participativas y transparentes de impacto de las políticas económicas sobre los derechos, de manera que garanticen la democratización del poder y de las decisiones que, como hemos visto, se encuentran fuertemente concentradas. Del mismo

“ ”

podemos pensar en la consagración de mecanismos que faciliten la participación popular en las decisiones económicas y de ese modo limitar, o mejor aún, dar contenido a las políticas públicas.

modo, asegurar que los sindicatos pueden representar de manera eficaz a los/las trabajadores/as⁴⁷ fortalecería el diálogo entre actores de desigual peso, con el conocido efecto positivo sobre la igualdad en el país.⁴⁸

Se debe señalar que en 2019 el Estado chileno votó afirmativamente la resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁴⁹ sobre los “Principios Rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos”.⁵⁰ Su materialización y desarrollo en la nueva Constitución implicarían un paso transcendental en su implementación. Su materialización y desarrollo en la nueva Constitución implicarían un paso transcendental en su implementación.

Otra cuestión clave es el establecimiento de normas e instituciones que prevengan, minimicen y sancionen el abuso de posición dominante en

⁴⁶ Gargarella, 2020.

⁴⁷ La actual constitución de Chile incluye el derecho a la negociación colectiva, pero establece 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 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]).

⁴⁸ Visser, Hayter y Gammarano, 2015.

⁴⁹ Resolución Gargarella, 2020. A/HRC/RES/40/8.

⁵⁰ Experto Independiente en Deuda y Derechos Humanos ONU, 2018.

el mercado. Esto no sería más que tomarse la defensa de la competencia en serio. Para lograr este objetivo, es imprescindible exigir la rendición de cuentas de cómplices económicos de la dictadura que lograron forjar sus posiciones actuales gracias a los cambios operados durante ese período del terrorismo de Estado. En esa línea, debería establecerse la limitación de operar en el país y/o de contratar con entes estatales a aquellas empresas y empresario/as que sean encontrados cómplices con el régimen de Pinochet. Además, debería explorarse un sistema de verificación de antecedentes a fin de evitar que cómplices económicos de violaciones de derechos humanos ocupen cargos públicos,⁵¹ en particular en las áreas en las que registraron sus comportamientos cómplices.

En definitiva, el proceso constituyente no puede ignorar las desigualdades que llevaron al descontento social ni las graves violaciones a derechos humanos que ha experimentado Chile. Para desatar las desigualdades de hoy es necesario que la nueva Constitución ancle el modelo económico en los derechos humanos, lo cual exige que el Estado reduzca las desigualdades extremas, movilice recursos para asegurar los derechos económicos y sociales de todo/as, y exija la rendición de cuentas de los cómplices de la dictadura que aún gozan de los privilegios de la concentración de recursos que encuentran su origen en las políticas y medidas del régimen dictatorial.

La fisonomía del sistema político, económico y social delineada e impuesta por la dictadura que, en muchos aspectos, constituye aún hoy un pesado lastre para la sociedad chilena, interpela claramente a cómo el pasado, presente y futuro se encuentran intrínsecamente conectados. La desigualdad económica de hoy, con todas sus implicaciones políticas, sociales, políticas y culturales, encuentra su origen en el período más violento de la historia del país y se proyecta como una sombra sobre su futuro. No es casual así que la Constitución Chilena de 1980 sea una de las más regresivas en la región en términos de reconocimiento de derechos económicos y sociales. El informe que elaborara Antonio Cassese en 1978 como Relator Especial de las Naciones Unidas, que explicó el impacto de la ayuda y asistencia económica extranjera en el respeto de los derechos humanos en Chile, concluye, por un lado, que la mayor parte de esa asistencia recibida por el régimen contribuyó a reforzar y mantener en el poder un sistema que aplicaba una política de violación sistemática de derechos humanos. Y por el otro, que para obtener la asistencia económica, el régimen debía asegurar una “economía sana”, lo que implicaba una política de redistribución

D.

Conclusiones

⁵¹ Maye-Rieckh y De Greiff, 2007.



Reconocer el más alto estatus jurídico a los derechos económicos y sociales, fortalecer el rol de los sindicatos en la promoción de esos mismos derechos, así como democratizar la generación y distribución de recursos en el país para asegurar la realización de aquéllos derechos, son pasos que se encuentran intrínsecamente vinculados a la rendición de cuentas de los cómplices beneficiarios del pinochetismo

de la riqueza en perjuicio de la mayoría de la población. Se trata de una relación causal de ida y vuelta: la asistencia económica refuerza

el régimen y facilita la comisión de crímenes de lesa humanidad, y a su vez el modelo económico impuesto a sangre atrae las inversiones dada la alta rentabilidad asegurada gracias a la “paz social y laboral”.

La concentración de la riqueza del periodo de Pinochet y su avance hacia la instauración de

una sociedad neoliberal de mercado son rasgos que se extienden y consolidan a partir de 1990. La economía política de la democracia supeditada al régimen económico instaurado originariamente durante el pinochetismo, ha sido crecientemente desafiada por un número de actores/actoras no beneficiado/as por ese esquema.⁵² Son estos mismos actores quienes concentran el poder económico y político y que a su vez ofrecen, mediante herramientas de mercado, un desigual acceso a los derechos económicos y sociales.

Reconocer el más alto estatus jurídico a los derechos económicos y sociales, fortalecer el rol de los sindicatos en la promoción de esos mismos derechos, así como democratizar la generación y distribución de recursos en el país para asegurar la realización de aquéllos derechos, son pasos que se encuentran intrínsecamente vinculados a la rendición de cuentas de los cómplices beneficiarios del pinochetismo puesto que permitirían retrotraer una de las consecuencias más perniciosas de la dictadura: la desigualdad extrema. De todo esto debería dar cuenta la nueva Constitución.

⁵¹ Ahumada, Miguel y Andrés Solimano “The Chilean economic model and its subordinate democracy” en Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force ed. Juan Pablo Bohoslavsky, Fernández, Karinna y Smart, Sebastián (Lexington Books, 2020).

• BIBLIOGRAFIA

ACNUDH, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (2021)

Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25423&LangID=S> (Consulta: 23 de enero 2021).

Aguirre Briones, A. (2017)

Los grupos económicos chilenos en perspectiva histórica: entre la industrialización sustitutiva de importaciones y el neoliberalismo 1938–1988. Tesis doctoral: Universitat de Barcelona.

Ahumada, M. y Solimano A. (2020)

‘The Chilean economic model and its subordinate democracy’ en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.

Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) (2020)

Pinochet's Economic Accomplices. An Unequal Contry by Force. Londres: Lexington Books.

Bohoslavsky, J. P. y Rulli, M. (2020)

‘Unraveling the financial assistance to the Pinochet’s regime’ en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.

Bueno de Mesquita, B., Smith, A., Siverson, R. y Morrow, J. (2003)

The Logic of Political Survival. Massachusetts: MIT Press Books.

Cassese, A. (1978)

Study of the Impact of Foreign Economic Aid and Assistance on Respect for Human Rights in Chile.
Documento No. E/CN.4/Sub.2/412, Vols. I a IV.

Comisión Internacional de Juristas (2008)

Corporate Complicity & Legal Accountability.
Ginebra, vol. I. ISBN: 978 92-9037-133-1.

Experto Independiente en Deuda y Derechos Humanos ONU (2018)

Principios Rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos.
Documento no. A/HRC/40/57, 19 de diciembre.

- Gargarella, R. (2020)
'Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile',
Nueva Sociedad, 285(enero-febrero). Disponible en:
<https://nuso.org/articulo/diez-puntos-sobre-el-cambio-constitucional-en-chile> (Consulta: 29 julio 2021).
- González, M. y Undurraga, T. (2020)
'Experts and intellectual complicity in the Chilean dictatorship'
en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's
Economic Accomplices An Unequal Country by Force.
Londres: Lexington Books.
- Klein, N. (2008)
La Doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre.
Buenos Aires: Paidós Ediciones.
- Marzi, D. (2020)
'Union law: Anti-unionism as a neoliberal victory' en Bohoslavsky,
J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic
Accomplices An Unequal Country by Force.
Londres: Lexington Books.
- Maye-Rieckh, A. y De Greiff, P. (2007)
Justice as Prevention: Vetting Public Employees in
Transitional Societies.
Nueva York: Social Science Research Council.
- Memoria Viva (sin fecha)
Empresa Elecmetal. Disponible en: <https://www.memoriaviva.com/empresas/elecmetal.htm> (Consulta: 3 de agosto 2021).
- Olmos Herrera, C. (2020)
'Autonomy in times of economic complicity: mining expansion
and water practices in northern Chile' en Bohoslavsky, J.P.,
Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices
An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.
- Rodríguez Weber, J. (2020)
'Promoting and ensuring inequality: the distributive consequences
of the dictatorship' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart,
S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country
by Force. Londres: Lexington Books.
- Roht-Arriaza, N. (2020)
'The belated centrality of the economic dimension in transitional
justice: a case study' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart,
S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country
by Force. Londres: Lexington Books.

- Rulli, M. (2020)
 'A cat with no bell. The privatization of the Chilean pension system during Pinochet's dictatorship' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.
- Smart, S. (2020a)
 'Extractivism as a policy: From its dictatorial origins to its democratic continuity' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.
- Smart, S. (2020b)
 'Privatization and repression: Two sides of the same coin' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.
- Stillerman, J. (2020)
 'Class Conflict and the Ascent of Globalized Business Groups Under Chile's Dictatorship: A Case Study of the Copper Manufacturing Industry' en Basualdo, V., Berghoff, H., Bucheli, M. y Grieger, M. (eds.), Big Business and Dictatorships in Latin America: A Transnational History of Profits and Repression. Palgrave Macmillan.
- Vergara, A. y Winn, P. (2020)
 'The employers do what they want with us: Unions and workers under the Pinochet dictatorship' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.
- Vergara Perucich, F. (2020)
 'Pinochet's repressive urbanism: the violent neoliberalisation of space in Santiago' en Bohoslavsky, J.P., Fernández, K. y Smart, S. (eds.) Pinochet's Economic Accomplices An Unequal Country by Force. Londres: Lexington Books.
- Visser, J., Hayter, S. y Gammarano, R. (2015)
 'Trends in Collective Bargaining Coverage: Stability, Erosion or Decline?', Labour Relations and Collective Bargaining Issues, Brief 1.
- Winn, P. (2004)
 Victims of the Chilean Miracle. Workers and Neoliberalism in the Pinochet Era, 1973–2002. Duke University Press.
- Wintrobe, R. (1998)
 The Political Economy of Dictatorship. Cambridge: Cambridge University Press.



¿Tiene límites la Convención Constitucional?

Dra. Paulina Astroza Suárez⁵³ y

Dr. Carlos Maturana Toledo⁵⁴

DOI: 10.53110/WWZR8382

A. Introducción: La instauración de un nuevo orden constitucional es siempre un tema crítico que produce un fuerte impacto generándose un período de incertidumbre inicial y un proceso posterior de ajuste al nuevo sistema, no exento de dificultades y dudas, de avances y retrocesos. Esta afirmación cobra aún más relevancia en nuestros días en que la Constitución ha dejado de ser un simple código político, una carta de navegación de escasa significación jurídica y se ha transformado en una verdadera norma jurídica, con alto valor normativo, pese a su frecuentemente menor densidad prescriptiva. Los desarrollos legislativos, las prácticas políticas y las decisiones de los tribunales han ido dotándola de una vigencia real y efectiva, a veces hasta insospechada para sus redactores. Además, la opinión pública y la ciudadanía están cada día más involucrados en la res publica, manifestándose y presionando por cambios en los Estados que incluyen, en muchos casos, su texto constitucional.

Este trabajo pretende concentrarse en los posibles límites del poder constituyente originario con un análisis en particular del artículo 135 de la Ley N° 21.200 de reforma constitucional. Abordaremos el concepto de poder constituyente y derivado, la dimensión interna e internacional y sus consecuencias, para concluir respondiendo la pregunta de inicio de nuestro análisis.

⁵³ Abogada, Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, Profesora de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Concepción (Chile), correo electrónico pastroza@udec.cl.

⁵⁴ Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Concepción (Chile), correo electrónico camatura@udec.cl.

B.

Constituyente originario y constituyente derivado

El poder constituyente es el poder de generar normas constitucionales, sea que se trate de la creación de una nueva Constitución o de reformar una existente. Como señala DALLA VIA, citando a SPOTA, “el poder constituyente es el poder político que se juridiza al normarse”, agregando que “la sanción de la Constitución representa el momento del tránsito desde lo político a lo jurídico”.⁵⁵

El poder constituyente es un poder muy particular, en cuanto no se encuentra sometido a otro poder jurídico. En los sistemas de Constitución escrita, el poder constituyente se clasifica en poder constituyente originario y derivado, constituido o instituido. Esta distinción resulta esencial para el desarrollo posterior de este trabajo, particularmente en el análisis de los efectos recíprocos de uno sobre otro, según las formas en que se expresan en un momento determinado y, además, relacionándolo con la dimensión internacional de la cuestión.

Se dice que actúa el poder constituyente originario cuando da origen a una nueva Constitución, sea que se trate de una primera Carta en sentido histórico o de una que reemplace a otra preexistente. Cuando actúa el constituyente originario, el texto surge como un acto fundacional que, en un sistema democrático encuentra su fuente de legitimidad en el soberano y no en una Constitución anterior. El poder constituyente derivado, constituido o instituido se limita a modificar una carta fundamental existente.

En consecuencia, **el poder constituyente originario tiene la capacidad de crear una nueva Constitución, cuyo contenido no resulta predeterminado, limitado ni condicionado por el texto fundamental anterior**, el cual, además, no se configura como la fuente de legitimidad del nuevo proceso constituyente.

Lo anterior resulta válido aún cuando la convocatoria al constituyente originario conste o se incorpore en el texto constitucional vigente, en la medida en que dicho poder constituyente mantenga su plena competencia para fijar una nueva Carta Fundamental, sin restricciones de fondo.

Existe una diferencia sustantiva entre ambos poderes que se puede apreciar en los límites de uno y otro. Mientras el poder constituyente originario, en sus aspectos formales o procedimentales, “puede moverse con espontaneidad, no forzado por la vigencia de una regla obligatoria que le imponga el procedimiento, los requisitos y trámites a que haya de ajustarse para llegar a promulgar el documento normativo”,⁵⁶ el poder constituyente

⁵⁵ Dalla Via, 2004, p. 308.

⁵⁶ Silva, 1997, p. 102.

derivado “constituye un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y materiales”,⁵⁷ que sólo puede actuar, válidamente, en la forma fijada por el propio código fundamental.⁵⁸



El poder constituyente originario puede regular la forma de actuación del poder constituyente derivado. A partir de esa constatación, resulta natural preguntarse si el poder constituyente derivado puede, a su vez, hacer lo mismo respecto del originario.

La respuesta que surge casi espontáneamente, desde la teoría jurídica, es que no, que el poder constituyente instituido no puede regular ni menos limitar al poder constituyente originario, pues este último es manifestación de la soberanía y no reconoce en el orden interno otro poder jurídico de igual o superior jerarquía que lo pueda constreñir a un marco normativo determinado. Lo anterior, como se dijo, no obsta a que el constituyente originario pueda establecer reglas de procedimiento para la convocatoria y/o actuación del constituyente originario.

Ahora bien, la historia nos demuestra que, por la naturaleza esencialmente política de los procesos constituyentes, en ocasiones el constituyente derivado ha intentado delimitar la capacidad de decisión del constituyente originario, con distintos resultados según el país y el momento.

Finalmente, debemos recordar que soberano y poder constituyente, particularmente constituyente originario, no se confunden. El poder constituyente originario es una de las maneras en que se expresa el soberano. Cuando se elige una asamblea para redactar un texto constitucional, el poder constituyente originario está radicado en esa asamblea, particularmente si está compuesta por representantes elegidos por la ciudadanía e independientemente de una eventual intervención del soberano mediante la ratificación posterior.

la historia nos demuestra que, por la naturaleza esencialmente política de los procesos constituyentes, en ocasiones el constituyente derivado ha intentado delimitar la capacidad de decisión del constituyente originario, con distintos resultados según el país y el momento.

⁵⁷ Nogueira, 2012, p. 132.

⁵⁸ La existencia de límites materiales al poder constituyente originario e, incluso, al poder constituyente derivado, es un tema más complejo y que no podemos abordar en esta oportunidad.

C.

¿Límites al poder constituyente originario?

El cambio constitucional en sistemas democráticos en funcionamiento se genera normalmente en situaciones de crisis o de fuerte presión sobre el sistema político. El cauce normativo para la actuación del constituyente originario puede incorporarse a la propia Constitución vigente o bien implementarse al margen de ella.

De incorporarse la convocatoria al constituyente originario en la Constitución vigente, como ha sido el caso de Chile,⁵⁹ debe uno preguntarse **¿qué limitaciones pueden imponerse al redactor de la nueva Constitución? ¿Cuáles de estas limitaciones, impuestas por el constituyente derivado, resultarán obligatorias para el constituyente originario?**

La respuesta a estas interrogantes va a depender fundamentalmente de factores políticos, y no jurídicos.

Debemos tener presente que el cambio constitucional en un sistema democrático en funcionamiento también genera una situación de obligada convivencia entre el órgano llamado a ejercer el poder constituyente originario y los órganos establecidos, particularmente los poderes legislativo y judicial, convivencia que se ha demostrado compleja y que, en más de una ocasión, se ha resuelto por la definitiva imposición del órgano constituyente.

D.

Situación chilena

Es difícil establecer una fecha precisa de cuándo se produjo el “momentum constituyente” que formó la voluntad de redactar una nueva Constitución. El 18 de octubre de 2019 comenzó lo que se ha llamado el “estallido social”. **En aquellos días “estalló” la rabia y el malestar acumulados por décadas en una sociedad que aparecía ante el mundo como el “modelo de América Latina” frente a la inestabilidad política, corrupción, pobreza y desesperanza de los demás países de la región.** Al mismo tiempo que en Chile ha habido grandes avances en su desarrollo económico, político y social desde el fin de la dictadura, se fue incubando en el seno de la sociedad un descontento cada vez más profundo. Ese descontento –que luego pasó a malestar y en muchos casos a ira– se dirigió contra la clase política, los abusos del poder en todas sus dimensiones, los actos de corrupción y la falta de canalización de las demandas ciudadanas por un trato digno. Las condiciones de vida de una parte importante de la población han provocado la segregación de la sociedad chilena lo que ha tenido como consecuencia que millones de chilenos no disfrutaran del crecimiento económico, como

⁵⁹ Además de lo ya señalado sobre el cometido del constituyente originario, debe agregarse, como se argumentará posteriormente, que las limitaciones incorporadas al artículo 135 de la Constitución en realidad no tienen efecto jurídico alguno, son simplemente normas programáticas que no obligan a la Convención Constitucional.

sí lo han hecho otras personas dentro del mismo país. También influyeron la concentración del poder económico, los casos de financiamiento ilegal de la política (hasta ahora no totalmente esclarecidos y con poca voluntad política de llegar hasta el fondo del tema en los casos denunciados), unos partidos políticos cada vez más distantes de sus bases y de la ciudadanía y percibidos como grupos de privilegiados protegiendo sus cuotas de poder.

El 15 de noviembre de 2019, la mayoría de los partidos políticos, con excepción del Partido Comunista y de algunos integrantes del Frente Amplio, firmaron el “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”. Se abrió una vía institucional para responder a las demandas ciudadanas, cual válvula de escape a la tensión acumulada. Se decidió reformar la Constitución y llamar a referéndum para preguntar si se estaba o no de acuerdo con una nueva Constitución. Chile comenzó una ruta constituyente con características particulares: partidos políticos presionados por la ciudadanía, gobierno desbordado y perdiendo el control, violencia en las calles y el deseo mayoritario por una salida pacífica a través de un nuevo pacto constitucional. El contenido del “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” se tradujo en un conjunto de reformas constitucionales y legales que encausaron este proceso.

Lo que nos interesa examinar son las normas que se introducen en la Constitución vigente para regular el funcionamiento de la Convención Constitucional (CC). Estas reglas configuran limitaciones sustantivas y procedimentales para la actuación del constituyente. Destaca lo establecido en relación con la finalidad y competencia de la Convención Constitucional y con los contenidos que se plantean como inmodificables.

En relación con lo primero, el artículo 135 de la Constitución prescribe que “La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes”. Se acota la función de la CC a la sola redacción de un nuevo texto constitucional, agregándose que no podrá modificar la Constitución actual, la cual seguirá vigente durante todo el tiempo de su funcionamiento.

Se trata de anticipar eventuales conflictos entre la CC, por un lado, y el Gobierno y el Congreso Nacional, principalmente, por el otro. Lo más complejo se plantea con la caracterización que el constituyente derivado pretende hacer de la CC. En efecto, en la misma norma antes citada se dispone que “En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitu-

“ ”

Se abrió una vía institucional para responder a las demandas ciudadanas, cual válvula de escape a la tensión acumulada.

ción y las leyes determinan y también por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución”.

Es decir, y en una primera lectura, le queda prohibido a la CC, que va a ejercer el poder constituyente originario, ejercer la soberanía. Como esta conclusión resulta absurda, debemos entender que la norma sólo viene a reforzar, con una mala técnica legislativa, la limitación antes señalada, esto es, la obligación de la CC de avocarse únicamente a la redacción de la nueva Carta Magna, sin poder ejercer atribuciones que corresponden a otros órganos derivados. Pero en la función de elaborar una nueva Constitución, la CC va a ejercer el poder constituyente y, en consecuencia, la soberanía.

“

la norma sólo viene a reforzar, con una mala técnica legislativa, la limitación antes señalada, esto es, la obligación de la CC de avocarse únicamente a la redacción de la nueva Carta Magna, sin poder ejercer atribuciones que corresponden a otros órganos derivados.

Complementando lo expuesto, se agrega 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”.

Caben dos alcances en relación con las normas recién transcritas. En primer lugar, debe recordarse que lo esencial de las reformas comentadas que se contienen en la Ley N° 21.200 de 2019 se definieron en el acuerdo del 15 de noviembre de 2019 que, en nuestra opinión, tiene el carácter de un acuerdo constituyente. Con posterioridad, una Comisión Técnica, creada en el mismo Acuerdo, dio la redacción definitiva al texto que el Congreso Nacional aprobó como reforma constitucional. Los partidos suscribientes se obligaron a sancionar la propuesta de la Comisión Técnica como un todo y así lo hicieron en el Congreso. En segundo lugar, en ese mismo Acuerdo se reconoce el carácter constituyente del órgano llamado a redactar la nueva Constitución lo que ayuda a despejar dudas sobre la materia, dada la trascendencia que, en el proceso constituyente, tiene este acuerdo político inicial. En efecto, los numerales 5, 6, 8 y 11 del texto del acuerdo se refieren al órgano llamado a redactar la nueva Constitución como “órgano constituyente”, de manera que no resulta posible obviar ese carácter atribuido a la CC por el acuerdo político que definió la institucionalización del proceso constituyente chileno. Además, a los integrantes de la CC la propia Constitución vigente los denomina “convencionales constituyentes” y no “convencionales constitucionales”.

Cabe agregar que, si bien se impone a la CC la obligación de respetar ciertos principios que la Ley Fundamental vigente considera esenciales

-el carácter republicano del Estado, el sistema democrático, el respeto a los tratados internacionales y a las sentencias judiciales firmes-, lo cierto es que no se consagra ningún mecanismo para impugnar los preceptos de la nueva Constitución que, eventualmente, atenten contra esta obligación. De este modo, será finalmente la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio la que deberá evaluar si se ha transgredido o no el deber de la CC de respetar estos contenidos básicos y, más allá de eso, aprobar o no lo obrado. Lo expuesto lleva a concluir que la prohibición impuesta a la CC, en el sentido de no afectar los bienes jurídicos mencionados, en la práctica carece de toda eficacia jurídica, ya que no se consagran mecanismos para velar por su observancia.

En los aspectos procedimentales también hay limitaciones importantes al futuro actuar de la CC. La norma principal se encuentra contenida en el art. 133 de la Constitución, en sus incisos tercero y cuarto, que disponen “La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio”. “La Convención no podrá alterar los quóruns ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos”. Es decir, el quórum para aprobar los artículos de la nueva Constitución está predeterminado por el constituyente derivado de la Constitución de 1980, hoy vigente, sin que, en teoría, pueda ser alterado por un nuevo acuerdo alcanzado en el seno de la CC.

De este modo, y viendo las experiencias comparadas, en los extremos pueden darse dos escenarios una vez instalada la CC. El primero de ellos es el acatamiento completo a las normas establecidas en la Constitución vigente, lo que supondría una “coexistencia pacífica” entre dicho órgano y los poderes constituidos. **El segundo, y por cierto de mayor complejidad, es el rechazo de una mayoría sustantiva de los convencionales a las normas sobre procedimiento, especialmente quórum y/o competencia.**

Partiendo de la base que en un sistema democrático resulta positiva la existencia de un marco normativo predefinido para la actuación del constituyente originario, en la medida que sea razonable y prudente, desde un punto de vista puramente teórico nos parece evidente que la CC puede reclamar una mayor autonomía respecto de su funcionamiento, en cuanto ejerce el poder constituyente originario y éste no puede ser regulado por el poder de reforma de la Constitución vigente.

Sin embargo, qué rumbo va a tomar la CC y cuáles van a ser los efectos de sus decisiones, va a depender esencialmente de factores políticos, no jurídicos y dentro de ellos van a tener especial influencia los resultados de la próxima elección de convencionales constituyentes y el contexto político y social que acompañe el funcionamiento de la CC.

Una mayoría calificada de convencionales que impulsen un proyecto de cambio sustantivo del modelo constitucional puede, en determinadas condiciones políticas y sociales, cuestionar la legitimidad democrática de las

E.

Alternativas frente al cuestionamiento de las normas de funcionamiento fijadas en la Constitución vigente

Aunque resulte poco probable, siempre es posible pensar un escenario donde las fuerzas sociales y políticas partidarias de un cambio más radical del sistema imperante, cualquiera sea su orientación ideológica, fuercen una salida extra sistema. Esa alternativa no es posible analizarla con motivo del presente trabajo, por lo que dejaremos planteada la hipótesis, confiando, por cierto, en que nuestro proceso constituyente no se oriente por esos derroteros.

Descartado lo anterior, ante un eventual conflicto entre las decisiones de la CC y el marco regulatorio fijado por la Constitución actual debemos revisar los mecanismos jurídicos definidos para enfrentarlos y resolverlos. En esto llama la atención el sistema establecido, tanto por lo que incluye como por lo que excluye.

En efecto, según el artículo 136 de la Constitución debe tenerse presente una distinción básica inicial. Hay materias que pueden ser objeto de impugnación y otras que están excluidas de esta posibilidad. Sólo se puede reclamar en contra de infracciones a las reglas de procedimiento aplicables a la CC, sea que estén fijadas en la propia Constitución o que hayan sido definidas por el órgano constituyente. Por el contrario, no procede reclamación alguna “sobre el contenido de los textos en elaboración”, es decir, no es posible impugnar las decisiones de la CC en relación con los preceptos que se discuten para ser incluidos en la nueva Carta Fundamental ni en su etapa de elaboración ni una vez aprobados.

Las reclamaciones, cuando procedan, van a ser de conocimiento de “cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada”.

Es novedoso este mecanismo porque, sabido que al interior de la Corte Suprema existen distintas corrientes de pensamiento, como es lógico en un sistema democrático, la generación aleatoria para cada caso particular de la comisión que la resolverá, no hace más que aumentar la incertidumbre respecto de la decisión final y facilita la emisión de fallos contradictorios.

“ ”

el resultado de la reclamación que se interpusiera dependería, en buena medida, de que el sorteo arrojará una mayoría de ministros progresistas o una mayoría de ministros conservadores.

De este modo, y volviendo a un tema central de estos comentarios, si la CC una vez instalada decidiera modificar el quorum de aprobación de los nuevos preceptos constitucionales, fundado en su carácter de constituyente originario, el resultado de la reclamación que se interpusiera dependería, en buena medida, de que el sorteo arrojará una mayoría de ministros progresistas o una mayoría de ministros conservadores.

Para terminar este punto, debemos dejar constancia que la legitimación activa en la reclamación corresponde exclusivamente a los convencionales

constituyentes, en un número que no baje de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la CC.

Para una apreciación más general del sistema de control definido para la CC, conviene detenerse en ciertas exclusiones que la Constitución vigente ha considerado de manera expresa y que se hacen cargo de conflictos y cuestionamientos que han estado presentes en nuestra historia reciente.

Señala el artículo 136 de la Constitución que “Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención”, fuera de lo establecido, por ese mismo precepto, en materia de reclamaciones.

Además, se prescribe que las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, en el procedimiento de reclamación, “no se admitirá acción ni recurso alguno”.

Con lo anterior, queda claro que el Tribunal Constitucional establecido en la Constitución de 1980 no puede controlar la actividad de la CC, una decisión que viene a reforzar la concepción de la CC como constituyente originario.

Se refuerza esta exclusión cuando, al prescribir que el procedimiento de reclamación ante la Corte Suprema se regulará en un auto acordado dictado por ese mismo tribunal, se agrega que dicho auto acordado no puede “ser objeto del control establecido en artículo 93 número 2 de la Constitución”, es decir, no puede ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

También queda claro que, contra las decisiones de la CC, no procede el recurso de protección.

F.

¿Y qué pasa con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes?

El análisis que hemos realizado debe ser complementado necesariamente con la dimensión internacional. Al estar Chile inserto en el mundo y siendo uno de los principios rectores de su Política Exterior el respeto por el Derecho Internacional (DI), cabe preguntarse cómo hacer compatibles los cambios necesarios al tipo de Estado y país que tenemos, y el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales.

Ya hemos señalado que el artículo 135 menciona como límite a “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. También hemos dicho que en el ámbito interno esta limitación, en la práctica, jurídicamente no es posible hacerla cumplir por los órganos internos, pudiendo la CC adoptar normas que afecten los compromisos internacionales actualmente vigentes para nuestro país.

Ahora bien, para un mejor desarrollo de este tópico debemos distinguir distintas situaciones que podrían presentarse, algunas más hipotéticas que otras, y de las cuales es importante tener en cuenta las consecuencias y riesgos que implican en el ámbito internacional.

Lo primero es plantearse una casi imposible situación en que la CC decidiera dar por terminados uno o más tratados internacionales de manera unilateral, sin acuerdo con la o las otras partes del instrumento o no cumpliendo con lo establecido en él. Estimamos que esta situación vulnera el DI al que está sometido nuestro país como miembro de la comunidad internacional y como parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Dicho tratado –conocido como el “tratado de los tratados”– establece en su artículo 27 que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Además, el artículo 26 de la misma Convención consagra uno de los principios básicos del Derecho de los Tratados, el llamado “pacta sunt servanda”, “lo pactado obliga”. De no existir este principio normativo el DI perdería su esencia de ordenamiento jurídico de carácter obligatorio para todos los Estados y demás sujetos del DI, transformándolo en meras normas morales o de cortesía internacional. Por lo tanto, su violación por parte de la CC –órgano del Estado, según ya lo hemos visto– generaría responsabilidad internacional para Chile del cual debería responder ante los Estados parte de los tratados vulnerados. No es difícil imaginar las consecuencias no sólo jurídicas sino políticas que un acto de vulneración de este tipo generaría en la comunidad internacional, y la incertidumbre y desprestigio internacional que implicaría para la imagen de Chile frente a sus socios internacionales. Los tratados sólo pueden terminar de la forma en que lo establezca el propio tratado y, si nada dice o es incompleto, supletoriamente aplicamos las normas de la Convención de Viena de 1969. No podemos argumentar en el exterior que, al tratarse del poder constituyente originario, supremo en lo interno, sea fundamento válido para desligarnos lícitamente de nuestras obli-

gaciones internacionales. En el plano internacional, prima el DI por sobre el Derecho interno, incluso cuando actúa el poder constituyente originario. Lo anterior lo entendemos incluyendo a todo tipo de tratados, sin hacer distinción entre tratados sobre derechos humanos y otro tipo de tratados como los de libre comercio, inversiones, cooperación, de límites, entre otros.

Una segunda situación hipotética es que la CC decidiera mandar a los órganos pertinentes (Congreso y Presidente de la República) a terminar con uno o más tratados según lo establecido en el DI. En este evento, se abren dos caminos posibles: que efectivamente los órganos constituidos cumplan con dicho mandato, sin violar sus obligaciones internacionales y realizarlo cumpliendo con lo que dice el propio tratado sobre retiro o denuncia, o lo que dice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Una segunda posibilidad es que el poder constituyente derivado, con nueva conformación y correlación de fuerzas políticas, logre el quórum necesario para derogar dicho mandato y los tratados sigan en vigencia.

Una tercera situación más discutible, pero al mismo tiempo más probable, es que cambios en la normativa constitucional o legal derivada de la nueva Constitución entren en colisión con obligaciones internacionales impuestas por tratados internacionales vigentes. Pensemos en cambios en materia tributaria, de incentivo a las inversiones, en mayores exigencias medioambientales, etc. En este punto nos parece que sí se debe distinguir respecto de qué compromisos internacionales se trata puesto que no es lo mismo incumplir obligaciones relacionadas con derechos humanos que otro tipo de compromisos. Dada la importancia que en el DI contemporáneo han ido adquiriendo los derechos humanos, siendo algunas normas incluso de carácter de ius cogens (imperativas del DI), estimamos que sí existe un límite que se impone en el Derecho interno, no debiendo violarse por parte del constituyente originario los compromisos internacionales en esta materia. En este evento, puede sostenerse que los tribunales nacionales, frente a un caso llevado a su conocimiento, deberían dar primacía al DI de los derechos humanos.⁶⁰ En otro tipo de tratados es más discutible. De ocurrir, serían los Estados o particulares extranjeros perjudicados con este incumplimiento quienes podrían recurrir a las instancias jurisdiccionales respectivas

“ ”

Los tratados sólo pueden terminar de la forma en que lo establezca el propio tratado y, si nada dice o es incompleto, supletoriamente aplicamos las normas de la Convención de Viena de 1969.

⁶⁰ La forma de resolver un conflicto entre una norma del DI de los Derechos Humanos y una norma constitucional es todavía discutida en Chile, y depende de la tesis que se sostenga en relación con la jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos. En todo caso, no es una materia que podamos desarrollar en esta ocasión.

para hacer valer sus derechos por violación a los tratados que los amparan. En esta eventualidad, una instancia jurisdiccional podría dar razón a dichos terceros haciendo responsable internacionalmente al Estado de Chile por violación al DI, teniendo que responder éste, por ejemplo, a través de indemnizaciones (que suelen ser millonarias). Otra posibilidad es que la instancia jurisdiccional estime que no existe dicho incumplimiento y que, por tanto, Chile no respondería internacionalmente. Ante esta posibilidad, es necesario ser claros respecto de lo que podría implicar modificar la legislación incumpliendo lo establecido en tratados internacionales. No sólo porque se deja al propio Estado la posibilidad de verse expuesto internacionalmente y pagar grandes sumas de dinero, que en definitiva pagamos todos, sino que también merma la confianza de socios en el exterior respecto de la voluntad real de Chile de ceñirse a lo comprometido a través de tratados internacionales. Esto no es gratis y los costos son jurídicos, económicos y políticos.

Por último, ¿qué pasa con los compromisos adquiridos por Chile a través de acuerdos en forma simplificada? La norma habla de “ratificados” por Chile y los acuerdos administrativos o simples no cumplen con esta etapa. La CC ¿no tiene límite expreso sobre ellos? Recordemos que muchos acuerdos y compromisos se adquieren por la potestad reglamentaria del Presidente de la República a través de estos tratados. Estimamos que, al ser jurídicamente tratados y tener el mismo valor jurídico de los formales, lo explicado respecto a éstos es aplicable a los acuerdos en forma simplificada con la salvedad que, al estar dentro de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por su naturaleza no deberían referirse a derechos humanos.

“ ”

No sólo porque se deja al propio Estado la posibilidad de verse expuesto internacionalmente y pagar grandes sumas de dinero, que en definitiva pagamos todos, sino que también merma la confianza de socios en el exterior respecto de la voluntad real de Chile de ceñirse a lo comprometido a través de tratados internacionales. Esto no es gratis y los costos son jurídicos, económicos y políticos.

El proceso constituyente chileno actual, si bien se desencadena por un fuerte impulso social, como un proceso desde la base, finalmente se institucionaliza, con la incorporación a la Constitución de las reglas básicas del mismo. **La CC va a ejercer el poder constituyente originario. Pese a su regulación en la Constitución vigente, no es un órgano constituido sino un órgano constituyente.** Dependiendo de los resultados de la elección de convencionales constituyentes y del momento político y social que se viva en el país es posible que, una vez instalada la CC, se produzca un cuestionamiento a las normas definidas por la actual Constitución para su funcionamiento, particular -aunque no exclusivamente- en relación con el quorum para adoptar acuerdos y con su esfera de atribuciones y los límites impuestos.

Solo los Ministros de la Corte Suprema, de acuerdo al procedimiento de reclamación fijado por la Constitución, pueden efectuar un control sobre el proceso de elaboración de una nueva Carta Fundamental encomendado a la CC. Este control, en todo caso, no puede extenderse a los contenidos debatidos y acordados por la CC. El mecanismo jurídico definido para conocer y resolver conflictos como los mencionados precedentemente, por el carácter aleatorio introducido en la generación del órgano llamado a decidir cada una de las reclamaciones, hace muy difícil prever el sentido en el que se interpretarán las normas constitucionales y la mayor o menor autonomía que se reconocerá al órgano constituyente.

Finalmente, la CC, al ser un poder constituyente originario, en principio, es supremo y no tiene límites. La duda cabe cuando el constituyente derivado le establece expresamente limitaciones en el artículo 135. En lo interno, estimamos que es un tema más político que jurídico y dependerá mucho de la correlación de fuerzas al interior de la CC. Al no haber una forma jurídica de solucionar una posible colisión con esos límites, quedará a la situación de hecho que se viva durante la etapa deliberativa. Sin embargo, desde una dimensión internacional, se debe tener en cuenta que tenemos compromisos internacionales no solo establecidos en tratados internacionales, también derivados de la costumbre internacional y, sin importar de qué norma se trate la que entra en conflicto con el DI, prima este último, pudiendo dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Chile ha manifestado tradicionalmente en sus principios rectores el respeto del DI y, por lo tanto, deben tenerse presente los riesgos a los cuales se somete en caso de violación.

• BIBLIOGRAFIA

Dalla Via, A. (2004)

Manual de Derecho Constitucional. Buenos Aires: LexisNexis.

Nogueira, H. (2012)

Derecho Constitucional Chileno, T. 1.

Santiago: AbeledoPerrot Thomson Reuters.

Silva, A. (1997)

Tratado de Derecho Constitucional, 2ª. ed., T. 1.

Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

• Listado de legislación nacional e internacional

· Constitución Política de la República de Chile de 1980.

· Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

B

sección

*" Los derechos sociales
son derechos humanos "*







La interdependencia de los derechos humanos

Bruce Porter ⁶¹

DOI: 10.53110/MNLW8384

A. Introducción: Una carta constitucional de derechos es más que la suma de sus partes. Es un conjunto de derechos interrelacionados, interdependientes y que se refuerzan mutuamente, unidos por temas comunes y valores fundamentales, un texto en el sentido del latín original *textus*, algo que se teje, se une, se trenza. En Canadá, los tribunales han acogido la constitución bajo la metáfora de un “árbol vivo”; un conjunto de derechos enraizados en una base firme de normas y valores acordados, pero que se ramifican en muchas direcciones, enriquecidas por el contexto nacional y local, como respuesta a las voces no representadas, las demandas no resueltas y los desafíos emergentes para crecer y madurar con el tiempo. ⁶²

Los derechos humanos constitucionales deben aplicarse a todos los ámbitos de la gobernabilidad, incluida la legislación y la política social y económica. Esto es fundamental para el Estado de Derecho y la universalidad de los derechos humanos. **Por lo tanto, la cuestión de la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en una nueva constitución no debería ser visto como una cuestión de añadir nuevos derechos o ampliar garantías de derechos humanos a un nuevo territorio, sino más bien como una cuestión sobre la naturaleza de los derechos humanos que serán protegidos y a quiénes éstos protegerán.**

⁶¹ MA en la Universidad de Sussex, director general del Social Rights Advocacy Centre, miembro de Maytree. Este capítulo extrae parte de su contenido del capítulo ‘La interdependencia de los derechos humanos’ en Dugard et al., 2020.

⁶² Ver, por ejemplo: *Quebec (Attorney General) vs. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32.



Por lo tanto, una constitución moderna debe incluir los DESC no como objetivos aspiracionales del gobierno o directivas de la política social y económica, sino como derechos que dan voz y que puedan ser reclamados.

Lo que está en juego es si quienes sufren privaciones y marginación social y económica podrán confiar en que la nueva constitución reconocerá sus derechos a la dignidad, seguridad e igualdad, o al contrario, serán relegados a la condición de "náufragos constitucionales".⁶³

La violación del derecho al alimento, vivienda, agua, sanidad o salud también priva a aquellos que tienen derecho a la vida, igualdad, seguridad y dignidad. Las vulneraciones de derechos humanos no son categorías herméticas y los derechos humanos no pueden ejercerse aislada-

mente. Negar el acceso a la justicia por la violación de los DESC sería negar la protección equitativa de los derechos a la vida, igualdad, seguridad y dignidad de aquellos titulares de derechos que se encuentran en desventaja, a aquellos que más necesitan y dependen de la protección de los derechos humanos como fuente de voz y empoderamiento en una democracia constitucional. Las violaciones de los derechos humanos suelen experimentarse como violaciones tanto de los DESC como de los derechos civiles y políticos, y sólo pueden entenderse y abordarse adecuadamente como tales. **Garantizar el acceso a la justicia tanto para los DESC como para los derechos civiles y políticos como interdependientes e indivisibles es fundamental para la integridad, la universalidad, la inclusión de los derechos constitucionales y para garantizar que el texto constitucional responda a la experiencia vivida por quienes reclaman sus derechos.**

Por lo tanto, una constitución moderna debe incluir los DESC no como objetivos aspiracionales del gobierno o directivas de la política social y económica, sino como derechos que dan voz y que puedan ser reclamados. La comprensión moderna de la interdependencia exige que los derechos económicos y sociales sean incluidos como derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los derechos civiles y políticos, garantizando el acceso a la justicia y reconociendo la indivisibilidad de derechos, como el derecho a la vida, dignidad, no discriminación e igualdad. La inclusión constitucional de los DESC significa que aquellos que están marginados social y económicamente, oprimidos o desprotegidos, serán reconocidos de manera igualitaria como titulares de derechos y capaces de reclamar sus derechos como verdaderos integrantes de una democracia constitucional renovada.

⁶³ Jackman, 2010, pp. 297-328

Los DESC fueron incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) como derechos humanos “indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”⁶⁴ y están igualmente sujetos al “derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes”.⁶⁵ Sin embargo, **con la posterior división de los derechos de la DUDH en dos pactos en la década de 1950, los DESC pasaron a ser derechos de "segunda generación"**, objetivos aspiracionales de los gobiernos y principios directivos de la política socioeconómica y el desarrollo, en lugar de ser derechos que deben ser reclamados, adjudicados y que requieren un recurso efectivo. Aquellos que argumentaban que los DESC no debían ser reconocidos como justiciables, apuntaban a las distintas formulaciones de las obligaciones que las diversas convenciones utilizaban para darles efecto doméstico. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) obliga a los Estados a adoptar “las medidas oportunas (...) que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos”, a asegurar el acceso a la “autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente” y a proporcionar un “recurso efectivo”. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),⁶⁶ compromete a los Estados a la progresiva aplicación de los DESC “por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” y “hasta el máximo de los recursos de que disponga”.⁶⁷

El hecho de que muchos componentes de los DESC deban realizarse a lo largo del tiempo y que las obligaciones de los Estados deban evaluarse en el contexto de los recursos disponibles y de los medios apropiados, se consideró –en los primeros años de los dos pactos– como una justificación para negar el acceso a la justicia a quienes reclamaban estos derechos. **La separación de las dos categorías de derechos se basó en dudosas distinciones entre derechos positivos y negativos, entre derechos que requieren una asignación de recursos significativa y derechos que no la requieren, o entre derechos que se aplican a la política social y económica y derechos que se aplican a otras áreas de gobierno.** Ninguna de estas distinciones resiste un análisis serio, ya que se aplican a ambas categorías de derechos, pero el impacto histórico de la separación de los derechos humanos fundamentales en dos categorías y su legado es devastador. Significó que, a ciertos tipos de demandantes, aquellos particularmente desfavorecidos y marginados debido a privaciones socioeconómicas, se les negó el acceso a la justicia o la participación significativa en los sistemas nacionales e internacionales de derechos humanos y en los principales movimientos de derechos humanos.

⁶⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), artículo 22.

⁶⁵ *Ibíd.*, artículo 8.

⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

⁶⁷ *Ibíd.*, artículo 2(1).

B.

La interdependencia de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos en el Sistema de la Organización de Naciones Unidas (ONU)

Lamentablemente, el propio sistema de derechos humanos de la ONU perpetuó esta discriminación estructural contra categorías completas de titulares de derechos. El PIDCP fue adoptado en 1976 con un procedimiento de denuncia opcional. Por otra parte, El PIDESC fue suscrito sin tal procedimiento de denuncia, confiando únicamente en los exámenes periódicos de cumplimiento de los Estados que, hasta la década de los noventa, adoptaron la forma de conversaciones entre expertos en desarrollo económico y los Estados Parte, sin ningún compromiso significativo con las organizaciones de la sociedad civil o con los titulares de los derechos.

El impulso para una comprensión reunificada e inclusiva de los derechos humanos y una recuperación de la arquitectura holística original de los derechos plasmada en la DUDH, comenzó con la Declaración y Programa de Acción de Viena (Declaración de Viena) suscrita en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993. Un elemento central de la Declaración de Viena fue la famosa afirmación de que:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.⁶⁸

Ese mismo año, un revitalizado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) adoptó un "procedimiento de petición informal", que permitía las presentaciones orales y escritas de las organizaciones de la sociedad civil que representaban a los titulares de derechos durante el período de revisión de los Estados Parte. El CDESC también comenzó a centrarse más intensamente en la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia de los DESC⁶⁹. En su Observación General N° 9 de 1998 sobre la aplicación interna del PIDESC, el CDESC aclaró que el acceso a recursos judiciales efectivos debe garantizarse para los DESC al igual que para los derechos civiles y políticos, y que cualquier distinción entre estas dos categorías con respecto a su justiciabilidad sería contraria a la indivisibilidad de los derechos humanos y “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.⁷⁰ El Comité explicó que el orden jurídico internacional requiere que los tribunales interpreten el derecho interno de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el principio de interdependencia, incluidas las interpretaciones de los dere-

⁶⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, pár. 5.

⁶⁹ Porter, 1999.

⁷⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998, pár. 10.

chos civiles y políticos, como el derecho a la igualdad, “de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁷¹

El 10 de diciembre de 2008, en el 60º aniversario de la DUDH, la Asamblea General de la ONU puso fin a la negación discriminatoria del acceso a la justicia a los demandantes de DESC mediante la adopción del Protocolo Facultativo del PIDESC (PF-PIDESC). El presidente de la Asamblea General describió su importancia:

“Al adoptar este proyecto de protocolo opcional, la Asamblea General derribará los muros divisorios que levantó la historia y unirá, una vez más, lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamó hace 60 años como un conjunto singular de derechos humanos. El protocolo opcional proveerá el mismo grado de protección a los derechos económicos, sociales y culturales que desde 1976 ha existido para los derechos civiles y políticos. Ello hará justicia a los objetivos de los fundadores de la Organización, que eran garantizar para todos una vida libre de temor y de miseria”.⁷²

La jurisprudencia emergente en el marco del PF-PIDESC ha dejado claro que las violaciones de los DESC suelen constituir también violaciones de los derechos civiles y políticos y éstos deben “leerse conjuntamente” con otros derechos humanos. En un caso relativo al desalojo de una familia con hijos al finalizar un contrato de alquiler, el CDESC reconoció que “las obligaciones de los Estados partes con relación al derecho a la vivienda deben ser interpretadas conjuntamente con todas las otras obligaciones de derechos humanos”, incluidos los derechos de los niños y niñas y sus familias a ser protegidos.⁷³ En un caso que involucraba el derecho a la salud de las mujeres, el CDESC afirmó que el derecho a la salud sexual y reproductiva está “íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”.⁷⁴ En el análisis de un caso sobre los requisitos de las pensiones que afectaban excesivamente a las mujeres, el CDESC sostuvo que el derecho a la seguridad social debe ser “leído conjuntamente” con el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad de la mujer.⁷⁵

⁷¹ *Ibíd.*, pág. 14 y 15.

⁷² Asamblea General de Naciones Unidas, 2008.

⁷³ Ben Djazia et al. vs. España, 2017.

⁷⁴ SC y GP vs. Italia, 2019, pág. 8.1.

⁷⁵ Trujillo Calero vs. Ecuador, 2018.

El CDESC también ha destacado que los DESC son interdependientes con garantías procesales aplicadas a los derechos civiles y políticos. Como señala Sandra Liebenberg, el énfasis del Comité en los derechos de participación como componentes de los DESC es coherente con la comprensión moderna de la "democracia deliberativa", en la que la participación de los titulares de derechos en la toma de decisiones garantiza sus derechos humanos, mejora la calidad y la legitimidad de la democracia.⁷⁶

La interdependencia de los derechos civiles y políticos con los DESC también ha sido reconocida en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en particular con respecto al derecho a la no discriminación en virtud de los artículos 2 y 26 del PIDCP y el derecho a la vida del artículo 6 del PIDCP. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido desde

“ “ ” ”

Así, se puede exigir a los Estados que garanticen “el acceso sin demora de las personas a bienes y servicios esenciales, como los alimentos, el agua, el alojamiento, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento (...)”, así como medidas “destinadas a promover y facilitar condiciones generales adecuadas, como (...) los programas de viviendas sociales”.⁷⁹

hace mucho tiempo que las violaciones de las obligaciones positivas de proporcionar prestaciones sociales en virtud del PIDESC también pueden violar las obligaciones de garantizar la no discriminación en virtud del PIDCP.⁷⁷ También en su recientemente adoptada Observación General N° 36 sobre el derecho a la vida en el artículo 6 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la vida incluye “el derecho a (...) disfrutar de una vida con dignidad”⁷⁸ que requiere medidas “para abordar las condiciones generales en la sociedad que podrían terminar por suponer amenazas directas a la vida o impedir a personas disfrutar de su derechos a la vida con dignidad”. Por lo tanto, las violaciones del derecho a la vida pueden incluir “la privación de tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas” y “el hambre

y la malnutrición generalizadas y la pobreza extrema y la falta de vivienda”. Así, se puede exigir a los Estados que garanticen “el acceso sin demora de las personas a bienes y servicios esenciales, como los alimentos, el agua, el alojamiento, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento (...)”, así como medidas “destinadas a promover y facilitar condiciones generales adecuadas, como (...) los programas de viviendas sociales”.⁷⁹ La Observación General también reconoce la interdependencia del derecho a la vida y el derecho al medio ambiente sano.⁸⁰

⁷⁶ Liebenberg, 2018, p. 623.

⁷⁷ Broeks vs. Países Bajos, 1984; también en Zwaan-de Vries vs. Países Bajos, 1984.

⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, 2019, párr. 3 y 26.

⁷⁹ Ibíd., párr. 26.

⁸⁰ Ibíd., párr. 26 y 62.

El Comité de Derechos Humanos ha aplicado este nuevo y más sólido enfoque de la interdependencia en casos individuales. Ha clarificado en su jurisprudencia que, en virtud de los artículos 6 y 26 del PIDCP, los Estados tienen obligaciones positivas de proporcionar atención médica esencial a los migrantes irregulares⁸¹ y que un Estado puede vulnerar el derecho a la vida si no toma las medidas adecuadas para hacer frente a la degradación del medio ambiente o al cambio climático.⁸²

La comprensión de la interdependencia también ha evolucionado en los sistemas regionales de derechos humanos, con un grado significativo de polinización entre el sistema internacional (ONU) y regional. El Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos, en particular, ha desempeñado un papel destacado en este sentido. Es importante en la redacción y posterior interpretación de la nueva Constitución de Chile aprovechar y contribuir a la jurisprudencia emergente sobre la interdependencia dentro del Sistema Interamericano.

Los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al igual que en el sistema internacional, fueron inicialmente integrados dentro de un marco unificado de derechos humanos, pero posteriormente fueron relegados a una categoría y estatus separados, basados en distinciones relacionadas con la justiciabilidad. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en 1948, contemporánea de la DUDH, reconoce a los DESC en igualdad con los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos a la salud (como medidas sociales relativas a la alimentación, la vivienda y el vestido), educación, trabajo, seguridad social, cultura y a la propiedad (en la medida en que satisface las necesidades esenciales de una vida decente y contribuye a mantener la dignidad de la persona).⁸³ Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en 1969, incluye una gama de derechos civiles y políticos, pero sólo hace referencia a los DESC como un compromiso para la realización progresiva de “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”,⁸⁴ en su artículo 26.

C.

La interdependencia en el Sistema Interamericano

⁸¹ *Nell Toussaint vs. Canadá*, 2018.

⁸² Para un mayor análisis sobre la interdependencia en el sistema internacional de derechos humanos, véase Scott, 1999, p. 633; Yamin, 2005, p. 1220; Ratjen y Satija, 2014, pp. 111-133 y también Cismas, 2014, pp. 448-472.

⁸³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, artículos XI, XII, XIV, XVI, XIII, XXIII.

⁸⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 26

El Protocolo de San Salvador⁸⁵ suscrito en 1988, prevé un número limitado de DESC, sujetos a informes periódicos sobre los progresos realizados, que se presentan a un Grupo de Trabajo. El Protocolo incluye una declaración de interdependencia, haciendo notar “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena (...)”.⁸⁶ La jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para examinar las peticiones en las que se alega la violación de los derechos contemplados en el Protocolo, se limita a los derechos sindicales y de educación, aunque la interdependencia con otros derechos del Protocolo puede ser invocada en la interpretación de las disposiciones de la CADH.⁸⁷



El Protocolo incluye una declaración de interdependencia, haciendo notar “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana,

A la luz de esta historia y del limitado alcance del Protocolo de San Salvador, la adjudicación de los DESC bajo la CADH se ha basado significativamente en su interdependencia con los derechos civiles y políticos. La Corte IDH ha desarrollado el concepto del derecho a la vida como el derecho a una vida digna (vida digna) que, como se ha señalado anteriormente, se ha incorporado a la interpretación del derecho a la vida en virtud del PIDCP. El concepto se describió por primera vez en el caso Villagrán Morales et al. (“niños de la calle”) vs. Guatemala, en el que la Corte IDH afirmó que el derecho a la vida “no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.⁸⁸ Desde entonces, la Corte IDH ha aplicado el principio de vida digna en otros casos, incluyendo va-

rios relacionados con las reclamaciones de los pueblos indígenas sobre los derechos a la alimentación, vivienda y la cultura en sus tierras ancestrales. En el caso Sawhoyamaya vs. Paraguay, una comunidad indígena fue desplazada de sus tierras y abandonadas al lado de una carretera sin vivienda, agua potable, saneamiento ni acceso a la atención médica.⁸⁹ El Tribunal

⁸⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988.

⁸⁶ *Ibíd.*, Preámbulo.

⁸⁷ *Ibíd.*, art. 19. Jorge Odir Miranda Cortez et al. vs. El Salvador, 2000, pág. 284.

⁸⁸ Villagrán Morales et al. vs. Guatemala, 1999, pág. 144.

⁸⁹ Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006.

consideró que estas condiciones constituían una violación del derecho a una vida digna y aprovechó la ocasión para explicar la importante transformación que se había instituido en la jurisprudencia del Tribunal sobre el derecho a la vida, considerado anteriormente como un derecho negativo:

“En sentencias notables, la Corte llamó la atención sobre la otra cara del derecho a la vida, que es, contemplada desde distinta perspectiva, el otro rostro de los deberes del Estado: ya no sólo de abstención, que frena el arbitrio o modera el castigo, sino de acción, que crea condiciones para la existencia digna. En este sentido, el derecho a la vida recupera su condición primordial como oportunidad para la elección del destino y el desarrollo de las potencialidades; va más allá de ser derecho a la subsistencia: lo es al desarrollo, que se instala en condiciones propicias”.⁹⁰

La Corte IDH también ha logrado una importante protección de los DESC a través de la interdependencia de éstos con el derecho a la propiedad. Al igual que con el derecho a la vida, esto se ha logrado interpretando el derecho no sólo dentro de un marco de derechos negativos, como protección contra la interferencia del Estado, sino también como un derecho sustantivo a la tierra, vivienda, agua, alimentos y otros DESC.⁹¹ La interpretación del derecho a la propiedad por parte de la Corte IDH se ha basado sustantivamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁹² A partir de su decisión en Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua⁹³ la Corte IDH ha destacado que el derecho a la propiedad debe respetar los estrechos vínculos de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales, sus tradiciones de propiedad colectiva y garantizar la salvaguardia de su cultura. En Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, el Tribunal consideró que las leyes de Surinam violaban el derecho a la propiedad al no garantizar los derechos colectivos de los pueblos Kaliña y Lokono de acceso a un río que era esencial tanto para su vida cultural como para su supervivencia.⁹⁴

⁹⁰ Ibid., pár. 18.

⁹¹ Para un resumen de esta jurisprudencia de la Corte IDH, véase Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015, pár. 129–132.

⁹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007.

⁹³ Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001.

⁹⁴ Op. Cit., Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname, pár. 152-160.

A pesar de la protección relativamente débil de los DESC en la Corte IDH, la jurisprudencia vigente, sobre la base de la interdependencia de los DESC, establece un fundamento interpretativo sobre el que se pueden adjudicar las reclamaciones de estos derechos en referencia a un marco unificador de derechos humanos fundamentales vinculados a la igual dignidad y basándose en el derecho internacional de los derechos humanos, incluidos el PIDESC y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta jurisprudencia proporciona un marco interpretativo para la aplicación del principio de interdependencia en las constituciones nacionales.

D.

Inclusión constitucional mediante la interdependencia: El camino a seguir

Muchas de las violaciones sistémicas más críticas de los derechos humanos se encuentran ahora en los cruces de las dos categorías de derechos, constituyendo violaciones superpuestas de los DESC y de los derechos civiles y políticos. Las violaciones de los DESC relacionadas con la desigualdad socioeconómica sin precedentes, la erosión de los programas sociales, la captura corporativa de la vivienda, la tierra, los servicios y la emergencia climática han surgido junto con nuevos ataques a la democracia y la libertad de expresión, la criminalización y el aumento del racismo y la xenofobia.

No sólo los DESC sino también los derechos civiles y políticos se han visto perjudicados por la separación de las dos categorías de derechos humanos indivisibles. Se calcula que un tercio de las muertes en el mundo están relacionadas con la pobreza, lo que compromete claramente el derecho a la vida de los grupos que se ven afectados de forma desproporcionada. Sin embargo, el hecho de que los Estados no tomen medidas para proteger y valorar estas vidas no ha sido impugnado de forma efectiva como violación del derecho a la vida. El derecho a la no discriminación de las minorías raciales y étnicas no se ha aplicado eficazmente a través de su interdependencia con el derecho a la vivienda para solventar las desigualdades raciales y étnicas sistémicas vinculadas a la falta de vivienda, la marginación y el desplazamiento en las ciudades. Las garantías de igualdad para las personas con discapacidad rara vez se han aplicado para desafiar los niveles inaceptables de desempleo entre las personas con discapacidad o el creciente número de personas con deficiencias intelectuales, de salud mental y físicas que viven sin hogar. Las regulaciones para refugiados y solicitantes de asilo no han proporcionado una protección significativa a un número cada vez mayor de migrantes expulsados de sus hogares por la pobreza o la pérdida de sus medios de subsistencia. Estas violaciones de los derechos humanos se sitúan en un territorio en gran medida descuidado y desconocido entre las dos categorías de derechos y no han suscitado respuestas basadas en los derechos humanos ni en la administración de justicia ni en las prioridades políticas de los gobiernos.

Dado que los tribunales y los organismos de derechos humanos están cada vez más dispuestos a escuchar las reclamaciones de los DESC y a aplicar las normas de derechos humanos a las circunstancias sociales y económicas en las que viven las personas, la razonabilidad de los programas y las políticas ya no se evalúan únicamente en relación con las preocupaciones y la lógica de los gobiernos, como en años anteriores, cuando rara vez se escuchaba a los demandantes de derechos. Las Cortes han reconocido que los titulares de derechos deben ser escuchados para proporcionar una base contextual y evaluar lo que constituye una respuesta razonable a las circunstancias en las que viven. Los demandantes experimentan la "interseccionalidad" del racismo estructural o la colonización con las violaciones de los DESC, lo que permite que los tribunales reconozcan la indivisibilidad e interdependencia de los DESC con los derechos civiles y políticos como una experiencia de vida directamente vinculada con los intereses de la dignidad en el corazón de los derechos humanos.

La innovadora decisión de la Corte Constitucional colombiana en el caso T-025⁹⁵ proporciona un ejemplo del rol que el reconocimiento de la interdependencia ha jugado en la nueva adjudicación y reparación de las reclamaciones de derechos sociales. El recurso amplio, progresivo y participativo del tribunal para las violaciones de los derechos a la salud, vivienda, educación y asistencia social ha sido aplaudido como un avance en el desarrollo de los recursos para la obligación de realizar progresivamente los DESC. Sin embargo, la capacidad del tribunal para abordar estas cuestiones sistémicas como una situación inconstitucional se basó en la constatación de la interdependencia de los DESC con los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos a la vida, a elegir el lugar de residencia, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, y a la protección y reunificación de la familia.⁹⁶

Otro caso pionero en la jurisprudencia de los DESC fue la decisión del Tribunal Supremo de la India en el caso *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India and Others*,⁹⁷ en el que se abordaba una hambruna generalizada en un contexto donde los excedentes de grano se pudrían en almacenes. El Tribunal emitió una serie de órdenes progresivamente más amplias e innovadoras que salvaron miles de vidas y acabaron dando lugar a una legislación nacional para aplicar el derecho a la alimentación. Estos recursos expansivos se basaban en el reconocimiento histórico del Tribunal Supremo de la India, que se remonta a 1981, de que el derecho a la vida incluye el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que ello conlleva.⁹⁸

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, resolución T-025, 2004.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *PUCL vs. Union of India and Others*, 2001.

⁹⁸ *Francis Mullins vs. The Administrator Union*, 1981.

Conclusión

Hay mucho que ganar tanto para los derechos civiles y políticos como para los derechos económicos, sociales y culturales en la afirmación de una arquitectura unificada de derechos en la que ambas categorías sean justiciables y se entiendan como indivisibles e interdependientes.

El paradigma de los derechos negativos que ha dominado la práctica de los derechos civiles y políticos y que no ha logrado desafiar los crecientes patrones de desigualdad y privación socioeconómica, puede transformarse a través de un compromiso constructivo con la práctica de los DESC para ser más eficaz en la lucha contra la desigualdad sistémica y las violaciones del derecho a una vida digna. Al mismo tiempo, la defensa y la adjudicación de los DESC pueden mejorar abordando la forma en que las violaciones sustantivas de los mismos están vinculadas a patrones sistémicos de discriminación, marginación y restricciones a la participación democrática.



Un paradigma más inclusivo de los derechos humanos, basado en la interdependencia y que sitúe los DESC en igualdad de condiciones es fundamental para abordar los actuales desafíos socioeconómicos y políticos, muchos de los que son producto de la privación de una ciudadanía basada en los derechos humanos y del acceso a la justicia por parte de los grupos más marginados.

Un paradigma más inclusivo de los derechos humanos, basado en la interdependencia y que sitúe los DESC en igualdad de condiciones es fundamental para abordar los actuales desafíos socioeconómicos y políticos, muchos de los que son producto de la privación de una ciudadanía basada en los derechos humanos y del acceso a la justicia por parte de los grupos más marginados. La inacción de los gobiernos ante la pobreza, la vivienda inadecuada y el hambre se basa en gran medida en la idea de que, a pesar de los efectos de estas privaciones sobre los derechos humanos fundamentales, deben considerarse como opciones de política social de los gobiernos y no como violaciones de derechos humanos que deben abordarse urgentemente. La privación del acceso a la justicia de los demandantes de derechos sociales ya no puede debatirse como una cuestión mera-

mente académica sobre la justiciabilidad de una determinada categoría de derechos. Debe abordarse como un imperativo moral y jurídico para garantizar la igualdad de dignidad y derechos, así como un imperativo pragmático para garantizar que los derechos constitucionales modernos respondan a los nuevos retos sistémicos en materia de derechos humanos.

La creación de un texto constitucional unificado e inclusivo, basado en la interdependencia e indivisibilidad de los DESC y los derechos civiles y políticos, puede sentar las bases tanto de una práctica de los derechos humanos revitalizada y transformadora, como de una sociedad más inclusiva en la que todas las personas sean iguales en dignidad y derechos.

• BIBLIOGRAFIA

• Artículos y libros

- Arbour, L. (2008)
'Human Rights Made Whole', Project Syndicate, 26 de junio.
Disponble en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/human-rights-made-whole> (Consulta: 22 agosto 2021).
- Asamblea General de Naciones Unidas (2008)
66ª sesión plenaria. Miércoles 10 de diciembre de 2008 a las 16.30 horas Nueva York. Documento No. A/63/PV.66.
- Cismas, I. (2014)
'The Intersection of Economic, Social, and Cultural Rights and Civil and Political Rights', en Riedel, E., Giacca, G. y Golay, C. (eds), Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges. Oxford: Oxford University Press.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998)
Proyecto de Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto*. Documento No. E/C.12/1998/24.
- Comité de Derechos Humanos (2019)
Observación general núm. 36. Artículo 6: derecho a la vida. Documento No. CCPR/C/GC/36.
- Dugard, J. et al. (eds.) (2020)
Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Jackman, M. (2010)
'Constitutional Castaways: Poverty and the McLachlin Court', Supreme Court Law Review, 50:297-328.
- Liebenberg, S. (2018)
'Participatory Justice in Social Rights Adjudication', Human Rights Law Review, 18(4): 623.
- Porter, B. (1999)
'Notes from Canada', ESR Review, 2(1), pp. 2-9.
- Ratjen, S. y Manav, S. (2014)
'Realizing Economic, Social, and Cultural Rights for All', en Riedel, E., Giacca, G. y Golay, C. (eds), Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges. Oxford: Oxford University Press.

Scott, C. (1999)

‘Reaching Beyond (without Abandoning) the Category of Economic, Social and Cultural Rights’,
Human Rights Quarterly, 21:633-660.

Yamin, A. (2005)

‘The Future in the Mirror: Incorporating Strategies for the Defense and Promotion of Economic, Social, and Cultural Rights into the Mainstream Human Rights Agenda’, Human Rights Quarterly, 27(4):1200-1244.

• Casos

Ben Djazia et al. vs. España (2017)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Documento No. E/C.12/61/D/5/2015.

Broeks vs. The Netherlands (1984)

Comité de Derechos Humanos. Comunicación 172/1984.
Documento No. CCPR/C/29/D/172/1984.

Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (2006)

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Constitucional de Colombia (2004)

Sentencia T-025/2004. Disponible en:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> (Consulta: 22 agosto 2021).

Francis Corallie Mullin vs. The Administrator, Union (1981)

Corte Suprema de la India. 1981 AIR 746, 1981 SCR (2) 516.
Disponible en: <https://indiankanoon.org/doc/78536/>
(Consulta: 22 agosto 2021).

Jorge Odir Miranda Cortez et al. vs. El Salvador (2000)

Comisión Interamericana de -derechos Humanos. Caso 12.249,
Informe No. 29/01. Disponible en: https://www.escri-net.org/sites/default/files/CIDH_-_Informe_Admisibilidad_Miranda_Cortez.html (Consulta: 22 agosto 2021).

Nell Toussaint vs. Canadá (2018)

Comité de Derechos Humanos. Comunicación 2348/2014.
Documento No. CCPR/C/123/D/2348/2014.

People's Union of Civil Liberties (PUCL) vs.
Union of India and Others (2001)

Corte Suprema de la India. Writ Petition (civil) 196 of 2001.
Disponible en: <https://indiankanoon.org/doc/411836/>
(Consulta: 22 agosto 2021).

Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015)

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

Fondo, Reparaciones y Costas.

Quebec (Attorney General) vs.

9147-0732 Québec inc. (2020)

Corte Suprema de Canadá. 2020 SCC 32. Disponible en:

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/18529/index.do>

(Consulta: 22 agosto 2021).

SC y GP vs. Italia (2019)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Documento No. E/C.12/65/D/22/2017.

Trujillo Calero vs. Ecuador (2018)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Documento No. E/C.12/63/D/10/2015.

Villagrán Morales et al. vs. Guatemala (1999)

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Fondo.

Zwaan-de Vries vs. The Netherlands (1984)

Comité de Derechos Humanos. Comunicación 182/1984.

Documento No. CCPR/29/D/182/1984.



Constitución, Igualdad y Acciones Afirmativas

Roberto P. Saba ⁹⁹

DOI: 10.53110/TSVE8946

A. Introducción: Las acciones afirmativas, que pueden ser implementadas tanto por el Estado como por particulares, brindan un trato preferencial a aquellas personas que, como consecuencia de su pertenencia a un grupo de individuos, resultan ser víctimas de actos, omisiones y prácticas –intencionales o no– que las colocan en situación de subordinación y exclusión sistemática, estructural e histórica. Estas acciones, que se consideran parte del género de las políticas de trato preferente, han sido impugnadas por sus críticos por contradecir el mandato constitucional o convencional de igualdad ante la ley. Desde esta perspectiva, las políticas de trato preferente ignorarían la noción de razonabilidad y no arbitrariedad en el trato que exige el principio de igualdad. Por su parte, aquellas voces que las han defendido desde la discusión pública, el activismo político, la legislación o las sentencias judiciales, han articulado diferentes argumentos justificatorios dirigidos a demostrar que esas políticas se sostienen en base a otros principios que también deben ser ponderados, así como también a una noción de igualdad compatible con ellas.¹⁰⁰

La gama de teorías propuestas por los defensores de las políticas de trato preferente en general, y de las acciones afirmativas en particular, es amplia. Una de ellas, las vinculan con la finalidad o justificación de instituciones específicas cuyos roles requieren que los miem-

⁹⁹ Abogado (UBA), Master y Doctor en Leyes (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

¹⁰⁰ Rosenfeld, 1991.

bros que las componen reflejen la diversidad de la comunidad en la que operan. Consideremos el caso, a modo ilustrativo, de los Parlamentos. Estos órganos, centrales en todo régimen democrático de gobierno, adquieren su justificación a partir de ciertos supuestos de teoría política. La concepción deliberativa de la democracia, por ejemplo, entiende que este régimen es moralmente preferible a otros por ser epistémicamente superior respecto de procesos de toma de decisión en los que no participan todos aquellos que resultarán afectados por los acuerdos que se alcancen o las decisiones que se tomen. La superioridad epistémica de la democracia surge a partir del hecho de que los individuos que forman parte del proceso deliberativo de toma de decisiones sean los mismos que resultarán alcanzados por la decisión. De este modo, el sistema garantiza que los que participan de ese proceso conozcan la mayor variedad posible de puntos de vista, la más amplia diversidad de razones públicas aplicables y la mayor cantidad de información disponible. En las democracias modernas, esta deliberación amplia de la que participarían todos los miembros de la comunidad no es posible sino por medio de la representación política, sobre todo en los Parlamentos, por lo que éstos deben reflejar del modo más fiel posible la diversidad de individuos que forman parte del colectivo representado. A mayor diversidad dentro del Parlamento, mayores serán las probabilidades de que las decisiones que se tomen sean mejores y más elevada será la presunción de validez de esas decisiones.¹⁰¹

“ ”

La superioridad epistémica de la democracia surge a partir del hecho de que los individuos que forman parte del proceso deliberativo de toma de decisiones sean los mismos que resultarán alcanzados por la decisión.

Veamos un ejemplo. Durante décadas, en muchos países, no se les ha reconocido a las mujeres sus derechos políticos. Más tarde, cuando lograron ese reconocimiento, una compleja combinación de factores y prácticas individuales y colectivas han conducido a que, incluso contando con el derecho a ser elegidas para representar a sus votantes en el Parla-

mento, no llegarán a ocupar más que un minúsculo número de bancas. La ausencia de mujeres en los Parlamentos, entonces, puede ser considerada, desde el punto de vista de la teoría democrática, como un serio déficit que socava su superioridad epistémica, una de las razones centrales por las que consideramos que el sistema democrático de gobierno es mejor que otros sistemas políticos.

¹⁰¹ Ver Nino, 1997, Capítulo 5.

Sin la intervención del Estado forzando por medio de regulaciones de cumplimiento obligatorio la incorporación de mujeres al Parlamento, éste funcionaría imperfectamente arrojando decisiones de menor calidad y legitimidad. De este modo, desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa, podrían justificarse las políticas de trato preferente respecto de las mujeres u otros grupos sistemáticamente excluidos del ámbito legislativo, sobre la base de que en la medida que se remuevan los obstáculos que impiden que un grupo importante de la comunidad política participe del proceso parlamentario, se evitará en consecuencia el empobrecimiento de la deliberación y disminuirá el riesgo de tomar malas o peores decisiones.

Un caso equivalente es el de las instituciones educativas, como las escuelas, colegios o universidades. Desde la perspectiva de algunas teorías pedagógicas, podría defenderse la tesis de que el proceso educativo resulta enriquecido cuando el alumnado que asiste a las aulas refleja la misma diversidad que se encuentra presente en la comunidad.¹⁰² Es a partir de esas perspectivas pedagógicas que se podría abogar por políticas de trato preferente que aseguren la presencia en clase de un colectivo de alumnos y docentes ampliamente diverso. A mayor diversidad en las aulas, mejor educación. En el caso de las universidades, se ha dado otro argumento, no contradictorio con el anterior, pero diferente, según el cual estas instituciones no sólo capacitan a las personas en el ejercicio de una profesión determinada, sino que son también los canales por medio de los cuales se forman los liderazgos de una sociedad. Si determinados grupos de la comunidad no acceden a las universidades, como ha sucedido en muchos países con las mujeres hasta tiempos recientes, o con las personas afrodescendientes aún hoy en algunos países, entonces los integrantes de esos colectivos se verán impedidos de contar con líderes sociales, profesionales, políticos, empresariales o culturales en los cuales verse reflejados o, incluso, en quienes confiar o con quienes establecer una relación de empatía. Las acciones afirmativas pueden ser entonces, en estos contextos, el vehículo por medio del cual se generan las condiciones para producir liderazgos sociales que de otro modo no existirían.¹⁰³

Como lo demuestran los ejemplos de los parlamentos y de las instituciones educativas, las acciones afirmativas –y las políticas de trato preferente en general– podrían justificarse en los fines o roles que esas instituciones poseen y en las razones que justifican su propia existencia. Esta tesis,

“ ”

Las acciones afirmativas pueden ser entonces, en estos contextos, el vehículo por medio del cual se generan las condiciones para producir liderazgos sociales que de otro modo no existirían.¹⁰³

¹⁰² Gutmann, 1987, Capítulo 2.

¹⁰³ Dworkin, 2003. Ver también Dworkin, 2012.

sin embargo, si bien ofrece buenas razones, aunque no excluyentes, para implementar políticas de trato preferente respecto de grupos de personas que encuentran severas dificultades para acceder a esas instituciones, no es una tesis apropiada para justificar esas mismas acciones afirmativas en ámbitos que no sean del mismo tipo que los señalados, como por ejemplo sucede con las relaciones de empleo.

Otra de las tesis que se han propuesto para justificar las políticas de trato preferente, se relaciona con los mandatos derivados de la justicia compensatoria. Algunos grupos de personas en diversas sociedades han recibido un trato histórico por parte del resto de la comunidad que los ha colocado en forma permanente y sistémica en una situación de desventaja que caracterizamos como estructural. Ese trato es muchas veces antiguo, como sucede generalmente con los pueblos originarios, las personas cuyos ancestros han sido víctimas de un régimen de esclavitud, o aquellas que han visto sus vidas afectadas por generaciones por el predominio de un régimen de patriarcado. Esos tratos han ocasionado daños severos y muchas veces permanentes sobre las personas afectadas, y las acciones afirmativas o las políticas de trato preferente podrían ser justificadas sobre la base de constituir una forma de compensación a los actuales miembros del grupo por aquellos daños pasados que tienen impacto sobre el presente.¹⁰⁴ Las acciones afirmativas serían así un modo de devolverles a esas personas algo de lo que les fue arrebatado.

Si bien estas teorías justificatorias de las políticas de trato preferente, proponen sólidos y también controversiales argumentos a su favor, intentaré articular en este breve ensayo una tesis diferente, no necesariamente contradictoria con ellas, pero basada en otras razones. Ofreceré aquí una justificación de las acciones afirmativas en el principio de igualdad que se encuentra presente en todas las constituciones de las democracias liberales y en los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a la mayoría de las naciones del planeta. El argumento que propongo en las siguientes páginas, además de ser diferente de los señalados precedentemente, tiene un alcance más amplio que el que relaciona las acciones afirmativas exclusivamente con los fines buscados por algunas instituciones particulares. Por otra parte, si bien incorpora como relevante el dato de los daños ocasionados a un grupo en el pasado, no entiende el trato preferente como una compensación, o al menos no solamente, sino como una estrategia tendiente a remover los obstáculos actuales que definen la suerte de los individuos que forman parte de ese grupo en el presente y que formarán parte de él en el futuro.

¹⁰⁴ Sandel, 2009, Capítulos 7 y 8. Para una posición relacionada con los daños ocasionados, pero no favorable a la justificación basada en la noción de compensación tradicional, ver Ficus, 1992.

Además de ofrecer una sucinta justificación de la acción afirmativa sobre la base de una cierta visión de la igualdad, me propongo aquí proponer la conveniencia de que una Constitución comprometida con el ideal de la igualdad haga expresa su comprensión de que este valor no solo se asocia con el principio de no discriminación, sino también con el de no sometimiento de grupos, lo cual resulta ser el fundamento de las acciones afirmativas. En la experiencia constitucional comparada, la ausencia de esta manifestación explícita en la norma fundamental, ha conducido a que las acciones afirmativas deban descansar para su justificación legal en una interpretación del texto constitucional que, al reconocer el principio de igualdad, desprenda de él no sólo el deber de trato no arbitrario, sino el de dismantelar todas aquellas condiciones que generan o perpetúan situaciones de desigualdad estructural. Como esa interpretación no es evidente, el hecho de que la Constitución la reconozca en su propio texto, ofrecería mayores garantías para su implementación.

Dos concepciones acerca de la igualdad de trato ante la ley compiten tanto en el discurso de expertos y juristas, como en el de aquellos que no lo son. La primera de ellas se asocia con la intuición extendida de que la igualdad exige un trato no-arbitrario o, según la jurisprudencia de los tribunales de la mayoría de los países que se rigen por un sistema de democracia liberal, un trato denominado “razonable”. Esta concepción de la igualdad rechaza cualquier trato diferente entre las personas, ya sea por parte del estado o incluso, en algunos casos, también proveniente de particulares, que se base en una distinción arbitraria, entendiendo por tal a aquella en la que el criterio utilizado para justificar ese trato no guarda una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Por ejemplo, si el estado establece requisitos para el ingreso de estudiantes a las universidades públicas, no debería imponer como condición de admisión la categoría “ser varón”, pues éste no es un criterio razonable para seleccionar alumnos universitarios dado que no se observa una relación de funcionalidad entre el requisito –el sexo de las personas– y el fin de la regulación estatal –supongamos, seleccionar estudiantes idóneos para emprender estudios superiores–.

La segunda concepción acerca del principio de igualdad constitucional se vincula con la noción de no-subordinación de grupos e impugna aquellas estructuras sociales que se asemejan a un sistema de castas, utilizando el lenguaje del Juez William J. Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su opinión en el fallo *Plyler v. Doe*¹⁰⁵ de 1982. Allí el magistrado

A.

Acciones afirmativas e igualdad

¹⁰⁵ *Plyler v. Doe*, 1982, Corte Suprema de Estados Unidos, Reporte 457 U.S. 202.

interpreta la Enmienda XIV a la luz de una visión de la igualdad ante la ley que la entiende desde la óptica de la no-subordinación y que tiene por objeto impedir la creación o perpetuación de situaciones de desventaja de grupos que conduzcan a la cristalización o conformación de una estructural social de “castas”.¹⁰⁶

Las acciones afirmativas y las políticas de trato preferente han sido tanto repudiadas por considerárselas contrarias al principio de igualdad, como exigidas en virtud del mismo principio. La explicación del surgimiento de argumentos tan disímiles radica en que ambos parten de nociones de igualdad que, aunque no son contradictorias, son diferentes y, a veces, pueden entrar en tensión mutua. Aquellos que impugnan las acciones afirmativas en virtud de la aplicación del principio de igualdad lo hacen a partir de la asimilación de este principio con el mandato de no-discriminación, mientras que los que las consideran requeridas por ese principio, lo comprenden como expresión del requerimiento de no subordinación de grupos. Si interpretamos el principio constitucional de igualdad de modo tal que no se limite excluyentemente a la noción de trato no arbitrario, sino que contenga también la noción de no subordinación, entonces las acciones afirmativas, lejos de ser contrarias al principio, serían requeridas por éste.

Las acciones afirmativas y las políticas de trato preferente han sido tanto repudiadas por considerárselas contrarias al principio de igualdad, como exigidas en virtud del mismo principio. La explicación del surgimiento de argumentos tan disímiles radica en que ambos parten de nociones de igualdad que, aunque no son contradictorias, son diferentes y, a veces, pueden entrar en tensión mutua. Aquellos que impugnan las acciones afirmativas en virtud de la aplicación del principio de igualdad lo hacen a partir de la asimilación de este principio con el mandato de no-discriminación, mientras que los que las consideran requeridas por ese principio, lo comprenden como expresión del requerimiento de no subordinación de grupos. Si interpretamos el principio constitucional de igualdad de modo tal que no se limite excluyentemente a la noción de trato no arbitrario, sino que contenga también la noción de no subordinación, entonces las acciones afirmativas, lejos de ser contrarias al principio, serían requeridas por éste.

Un ejemplo de acciones afirmativas en el ámbito universitario lo constituye el establecimiento de cuotas para ingresantes que provengan de un grupo sistemática e históricamente excluido de la educación superior. Esas cuotas exigen no sólo la idoneidad o el cumplimiento de ciertos requisitos asociados con ella, sino también la pertenencia al grupo que padece una situación de desigualdad estructural, para poder ser admitido. En un contexto de vacantes limitadas para ingresar a una universidad, los individuos

¹⁰⁶ Para un análisis de este fallo, ver Saba, 2016, pp. 59-61.

favorecidos por la política de acción afirmativa estarían accediendo a lugares en las aulas que algunos consideran les corresponderían a aquellas personas que, en una comparación de antecedentes o en evaluaciones homogéneas, por ejemplo, obtuvieron mejores calificaciones. El hecho de que una persona idónea para desempeñarse correctamente en la posición buscada pertenezca al grupo favorecido por la política de trato preferente, le daría prioridad sobre aquellas personas también idóneas que, incluso con mejores antecedentes o calificaciones, no accederían a esa vacante. En otras palabras, el criterio de “mayor idoneidad” o “mejores antecedentes”, podría eventualmente ser derrotado por la aplicación del principio de igualdad como no subordinación. Es por este motivo que algunos individuos que, a pesar de ser mejor evaluados que aquellos que son los mejores evaluados del grupo sojuzgado, no serían admitidos.

Desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, las acciones afirmativas estarían en conflicto con la exigencia de razonabilidad que obliga a que la distinción en el trato se funde siempre en criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, esos tratos preferentes serían exigidos constitucionalmente para desmantelar una estructura de castas contradictoria con el principio de igualdad constitucional.

La noción de igualdad que expresan las constituciones liberales es compleja y no se agota excluyentemente en la premisa de la no-arbitrariedad del trato desigual. La concepción de la igualdad como no subordinación exige que aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente tratados de forma más desventajosa no reciban un trato que, a pesar de no ser arbitrario, genere efectos que hacen que les resulte imposible desarrollar autónomamente sus planes de vida como consecuencia de la situación de desventaja estructural que padece el grupo al que pertenecen. Al ser esta situación de desventaja estructural contradictoria con el ideal de la igualdad, el mandato constitucional exige acciones estatales tendientes a desmantelar las condiciones estructurales que la provocan. A diferencia de la noción de igualdad como no-arbitrariedad, esta concepción de la igualdad como no-subordinación se asocia al impe-



Desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, las acciones afirmativas estarían en conflicto con la exigencia de razonabilidad que obliga a que la distinción en el trato se funde siempre en criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, esos tratos preferentes serían exigidos constitucionalmente para desmantelar una estructura de castas contradictoria con el principio de igualdad constitucional.

rativo de que ningún grupo de personas puede ser sometido, excluido o sojuzgado por otro grupo de personas o por prácticas colectivas, públicas y privadas, que los colocan en esa situación de desventaja sistémica. Mientras la igualdad como no-arbitrariedad se asocia al rechazo del trato arbitrario, el prejuicio y el favoritismo injustificado, la igualdad como no sometimiento o no-subordinación se vincula con el imperativo moral que se opone a la instalación de un sistema de castas. Las políticas de trato preferente, de las que son un ejemplo las acciones afirmativas, entrarían en conflicto con la primera noción de igualdad al punto de que resultarían incluso inadmisibles. Sin embargo, esas mismas políticas de trato preferente serían exigidas por la segunda concepción de igualdad con miras a dismantelar las causas que contribuyen a la cristalización de la estructura social que coloca a algunos individuos en situación de desventaja estructural.

El principio de no discriminación supone que la obligación constitucional de trato igual está definida exclusivamente por la relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de funcionalidad.¹⁰⁷ Como lo he tratado de demostrar en otro trabajo,¹⁰⁸ el principio de no discriminación no refleja correctamente –o, al menos, de un modo completo– la aspiración igualitaria expresada en las cláusulas constitucionales referidas a la igualdad ante la ley. El principio de no discriminación –y el requerimiento de razonabilidad que lleva implícito en el sentido de la relación de esa funcionalidad que debe existir entre medios y fines–, asume que no es relevante tomar en cuenta la situación que afecta de hecho a aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria, o de los más básicos servicios públicos, por el sólo hecho de ser miembros de ese grupo. **El principio de no discriminación lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad real de oportunidades y de no-sometimiento o subordinación de grupos. Si no se dan estas condiciones, la aplicación del principio de no discriminación no es apropiada y puede ser incluso la causa, aún sin que medie intención, de la perpetuación y reforzamiento de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural.**

El objeto de las normas protectorias de la igualdad, cuando son interpretadas exclusivamente como garantía contra la arbitrariedad del estado o de particulares, y que encontramos en las constituciones y tratados internacionales, es el de evitar tratos irrazonables que sean el resultado de una distinción injustificada. De este modo, se busca evitar que el trato en cuestión se funde en prejuicios o estereotipos. El principio de no discriminación, construido sobre el estándar de razonabilidad, se funda sobre la idea

¹⁰⁷ Post, 2003, p. 18.

¹⁰⁸ Op. Cit., Saba, 2016.

de que la neutralidad en el trato, en el sentido de no arbitrariedad, se logra por medio del ocultamiento o no consideración de aquellas condiciones o características de los individuos que no sean relevantes para alcanzar el fin buscado.¹⁰⁹

Por su parte, en cambio, la noción de igualdad como no subordinación atiende al fenómeno de la desigualdad estructural que padecen ciertos grupos. Para esta perspectiva, lo que sucede de hecho, por ejemplo antes del momento en el que llevamos a cabo tratos no arbitrarios –como acaece en los casos de una selección ciega de ingresantes a la universidad–, no es un dato en absoluto irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor trascendencia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley entendido como contrario a la desigualdad estructural que padecen los integrantes de grupos sistemáticamente subordinados.¹¹⁰ Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en la política, por ejemplo, no sólo no sería contrario al principio de igualdad, sino que sería requerido por éste, mientras que ello resultaría inadmisible desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. El criterio “ser mujer” sería insostenible para hacer distinciones que provoquen su exclusión de todas o algunas actividades relevantes, como por ejemplo la política, mientras que esa categoría sería constitucionalmente requerida para brindarles a las mujeres un trato preferente justificado dirigido a dismantelar los obstáculos que se interponen en su acceso a esas actividades.¹¹¹ Algunos ven en esta última afirmación una paradoja, pues se busca la igualdad por medio de un trato diferente basado en un criterio no funcional con el fin de la regulación como el sexo. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio del sexo no puede ser jamás utilizado para perpetuar situaciones de exclusión, y debe, en cambio, ser usado para revertirlas y dismantelaras. Es por este motivo que no estarían justificados los tratos preferentes dirigidos a personas que no forman parte de grupos en situación de desigualdad estructural. Finalmente, como lo relevante es lo que sucede de hecho y no la intención de que esos efectos tengan lugar, no es prerrequisito para que el Estado desarrolle acciones afirmativas que existan normas de derecho positivo que provoquen esa exclusión o segregación.

¹⁰⁹ Ver Jay, 1999, p. 19.

¹¹⁰ Sobre una idea similar crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males “más profundos” como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, ver Young, 1990; especialmente el Capítulo 7, “Affirmative Action and the Myth of Merit”, pp. 192-225.

¹¹¹ Bader Ginsburg, 1974, p. 89.

E. **¿Cómo plasmarse estas distinciones en una Constitución?**

Es usual encontrar en el derecho comparado norma antidiscriminatorias que enumeran categorías que se consideren prohibidas o sospechosas. Estas categorías serían inadmisibles sobre la base de que no estaría justificado recurrir a ellas para justificar tratos desiguales. Estos listados de categorías prohibidas se encuentran comúnmente en leyes antidiscriminatorias,¹¹² en constituciones, o en los tratados internacionales de derechos humanos¹¹³ y han sido defendidos por parte de la doctrina.¹¹⁴ Sin embargo, la enumeración de categorías prohibidas es generalmente expresión del principio de igualdad como no discriminación y resulta problemática o insuficiente para la aplicación del principio de igualdad como no subordinación, y la consecuente instrumentación de medidas de acción afirmativa.

El problema central de estructurar la prohibición de discriminación exclusivamente en torno a clasificaciones y categorías prohibidas, fundada sobre la base de una noción de igualdad como trato no arbitrario, es justamente que esa herramienta no es eficaz para enfrentar los problemas derivados de situaciones de desigualdad estructural que es necesario dismantlar también a partir del mandato constitucional de igualdad ante la ley.¹¹⁵ *La noción de que la igualdad en el trato se logra exclusivamente por medio de la prohibición del recurso a ciertas categorías para justificar tratos diferentes supone la negación de la relevancia de lo que de hecho sucede, asumiendo una noción de neutralidad entendida como ceguera frente a las desigualdades estructurales que contribuye a que la segregación y exclusión de ciertos grupos se perpetúen.* La prohibición de recurrir a criterios irrazonables para hacer distinciones en el trato entre personas, no contribuirá a que los grupos históricamente subordinados dejen de serlo. El principio de no discriminación y el concepto de categoría prohibida, rechazan o consideran irrelevante la existencia misma de los grupos y, en consecuencia, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales y la consiguiente exigencia constitucional de dismantlar situaciones de exclusión y segregación que afectan a sus integrantes.

Las categorías más usualmente identificadas como prohibidas, como la raza, la nacionalidad, el sexo, las ideas políticas o las creencias religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para justificar ninguna distinción o diferencia que el Estado o los particulares deseen hacer para lograr ningún propósito legítimo. Sin embargo, ellas no se corresponden necesariamente con la protección de un grupo estructuralmente desigual. *Las categorías prohibidas o sospechosas, así entendidas, son “simétricas” en el sentido de que se aplican, por ejemplo*

¹¹² Ver, por ejemplo, la Ley Nacional Número 23.592 de Argentina, art. 1

¹¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1.

¹¹⁴ Gullco, 2007.

¹¹⁵ Op. Cit., Saba, 2016.

en el caso del sexo, tanto a varones como a mujeres, o, en el caso de la raza, a afrodescendientes y caucásicos, sin tomar nota de la situación de desigualdad estructural que los miembros de un grupo de determinada raza o de determinado sexo pueda estar padeciendo. La prohibición de tratos diferentes simétricos se convierte en un obstáculo para la justificación de tratos preferentes dirigidos a los miembros de un grupo en situación de desventaja estructural. La consecuencia práctica de la aplicación de estos criterios con efectos simétricos, es que la categoría “ser mujer” sería tan prohibida como la categoría “ser varón” en cualquier caso, pues no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado lo que convierte a la categoría en prohibida, sino su irrazonabilidad palmaria. En cambio, pueden existir tratos basados en categorías que resulten ser en principio prohibidas –como el sexo– que se justifican en el hecho de que el grupo beneficiado por ellos –por ejemplo, las mujeres– se encuentra padeciendo una situación de desigualdad estructural.

El trato preferencial basado en una categoría vedada desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, se realiza con miras a revertir o dismantlar la situación de desigualdad estructural que lo perjudica. Así, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, “ser varón” o “ser mujer” serán categorías prohibidas sólo en la medida en que sean utilizadas para perpetuar la situación de subordinación de la mujer. Este recurso a la categoría del sexo de las personas, que resulta impugnado desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, será requerido por la noción de igualdad como no subordinación de grupos. El argumento que aquí presento no objeta los listados de categorías prohibidas en todos los casos. La irrazonabilidad palmaria de las categorías listadas justificaría la prohibición de recurrir a ellas para evitar tratos arbitrarios, pero el establecimiento de un listado de categorías prohibidas no es el instrumento requerido para combatir la perpetuación de situaciones de desigualdad estructural que una Constitución podría ordenar dismantlar.

De este modo, estaríamos ante dos estrategias diferentes para atacar dos problemas distintos vinculados con la aplicación del principio de igualdad constitucional. Si lo que se desea evitar son los tratos discriminatorios entendidos como arbitrarios, entonces los listados de categorías prohibidas son la herramienta adecuada. Sin embargo, si lo que se quiere es honrar el principio de igualdad como no subordinación, entonces será necesario identificar grupos específicos en situación de desventaja sistémica, o estándares que permitan identificar a esos grupos, y habilitar la acción estatal tendiente a dismantlar aquellas condiciones que producen la situación de

desigualdad estructural. Esta última es la estrategia adoptada, por ejemplo, por el art. 75, inc. 23 incluido en la reforma constitucional que tuvo lugar en Argentina en 1994.¹¹⁶ Esta cláusula no solo hace una original referencia a estos grupos, de los que da cuatro casos ilustrativos, sino que asocia su situación de desventaja con la necesidad de lograr una igualdad “real” de oportunidades por medio de acciones afirmativas o de tratos preferentes. Estos grupos, en virtud del principio de igualdad constitucional, podrán recibir un trato desigual al que se le brinda al resto de las personas, y no deberán ser tratados del mismo modo, como si no fueran estructuralmente desiguales. En suma, deberán ser tratados con preferencia a fin de dismantelar la situación de desigualdad estructural que los afecta. Este es el fundamento de los tratos preferenciales en general y de las acciones afirmativas en particular, tal como lo ordenó el constituyente de 1994 en la reforma argentina.



El derecho a ser tratado igual exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también demanda que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistémico, ese Estado no actúe como si ellas no existieran.

Una estrategia diferente fue articulada en la Constitución de los Estados Unidos. En ella no hay un reconocimiento expreso en su texto del principio de no subordinación. La referencia a la igualdad ante la ley en esa norma no incluye ninguna alusión a los tratos preferentes y, en consecuencia, la única forma de identificar la facultad constitucional de implementarlos surgiría

a partir de la interpretación del principio de igualdad expresado en términos más abstractos y genéricos en la Enmienda XIV. Esta falencia de la ingeniería constitucional ha contribuido a alimentar la controversia acerca de si las acciones afirmativas son contradictorias con la norma constitucional o si, por el contrario, resultan requeridas por ella. Esta discrepancia radical se dirime, en última instancia, en la interpretación de la Enmienda que realiza la Corte Suprema en el marco de un caso concreto, con la con-

¹¹⁶ Art. 75, inc. 23 de la Constitución de la República Argentina: “Legislar y 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 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. 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.”

siguiente inestabilidad e incertidumbre que ello acarrea. En términos de diseño constitucional, resulta más efectivo, en lugar de descansar en una eventual interpretación del principio que recepte la noción de igualdad como no subordinación, que sea el propio texto constitucional el que haga explícito su reconocimiento. La referencia en esta cláusula al objetivo de lograr una igualdad “real” de oportunidades –como diferente de una mera igualdad de oportunidades–, por un lado, y el reconocimiento de grupos en situación de desventaja estructural –de los que se pueden dar ejemplos no taxativos– por el otro, daría cuenta de una toma de partido del constituyente por una noción de igualdad que prohíba los tratos arbitrarios, pero que incorpore también la dimensión de la igualdad que se opone a la conformación o perpetuación de una estructural social de castas.

El derecho a ser tratado igual exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también demanda que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, ese Estado no actúe como si ellas no existieran. La neutralidad y ceguera estatal respecto de aquellas condiciones que poseen las personas –por ejemplo, ser mujer o afrodescendiente– que no sean relevantes para hacer distinciones legítimas, no puede requerirse cuando existen situaciones de desigualdad estructural. A fin de que el Estado pueda cumplir con su deber de asegurar la igualdad, debe tomar nota de esas situaciones e implementar las medidas correspondientes dirigidas a su dismantelamiento. La razonabilidad de medio a fin se aplicará sólo en condiciones de igualdad real de oportunidades, las cuales no existen cuando un grupo es sojuzgado o es sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos relevantes para el desarrollo de la autonomía personal, como el mercado laboral, la política o la educación. Si este último fuera el supuesto, entonces el Estado estaría habilitado, o incluso obligado, a implementar acciones positivas que tengan por objeto dismantelar los obstáculos que impiden la igualdad real de oportunidades. Desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, de existir grupos sojuzgados, no es posible aplicar el principio de razonabilidad como si esas situaciones de exclusión y sometimiento no existieran.

Un diseño apropiado de la cláusula constitucional referida al principio de igualdad puede contribuir a disipar, o al menos a disminuir, las controversias habituales que surgen respecto de la compatibilidad entre el principio de igualdad y las acciones afirmativas. Una correcta explicitación de las dos caras de la igualdad en el texto constitucional –como no arbitrariedad y como no subordinación– puede proveer a la norma fundamental del ordenamiento jurídico de una antídoto frente a posibles críticas dirigidas al que es quizá el más poderoso instrumento que conozcamos en el presente en la lucha contra la desigualdad estructural: las acciones afirmativas.

• BIBLIOGRAFIA

- Rosenfeld, M. (1991)
Affirmative Action & Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry. Yale University Press, New Haven.
- Nino, C. (1997)
La Constitución de la Democracia Deliberativa. Gedisa, Barcelona.
- Gutmann, A. (1987)
Democratic Education. Princeton University Press, New Jersey.
- Dworkin, R. (2003)
'The Court and the University', The New York Review of Books, 15 de mayo. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/2003/05/15/the-court-and-the-university/>
(Consulta: 27 julio 2021).
- Dworkin, R. (2012)
The Case Against Color-Blind Admissions. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/>
(Consulta: 27 julio 2021).
- Sandel, M. (200)
Justice. What's the Right Thing to Do? New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Saba, R. (2016)
Más allá de la igualdad formal ante la ley.
Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Post, R. et al. (2003)
Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law. Durham: Duke University Press.

- Jay, M. (1999)
‘Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law’
en Douzinas, C. y Nead, L. (eds.), Law and the Image.
The Authority of Art and the Aesthetics of Law.
Chicago: The University of Chicago Press.
- Young, I. (1990)
Justice and the Politics of Difference.
Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Bader Ginsburg, R. (1974)
Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination.
St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Gullco, H. (2007)
‘El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino’
en Gargarella, R. y Alegre, M. (coord.), El derecho a la igualdad.
Aportes para un constitucionalismo igualitario.
Buenos Aires: Lexis Nexis.



La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios

Christian Courtis ¹¹⁷

DOI: 10.53110/SLJO4538

A. Introducción: El presente trabajo introduce el tema de la prohibición de regresividad y los principales problemas de interpretación que ella plantea.¹¹⁸ La cuestión resulta relevante para la reforma constitucional chilena en la medida en que la plena incorporación de derechos económicos, sociales y culturales a la nueva constitución debe ser cualificada por el principio de progresividad, en línea con el PIDESC y con otras constituciones que emplean un lenguaje similar. En tal sentido, **la prohibición de regresividad constituye una garantía contra la afectación de los niveles ya otorgados de estos derechos**. En este artículo me dedicaré a la identificación de los parámetros en materia de prohibición de regresividad desarrollados a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que Chile es parte, y ofreceré algunos criterios para su interpretación y aplicación.

¹¹⁷ Funcionario del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹¹⁸ Este artículo recoge y actualiza las ideas presentadas en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires: Editores del Puerto-CE-DAL-CELS, 2006). Parte del trabajo está basado sobre lo escrito en Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 92-116.

B.

La prohibición de regresividad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Para empezar, es útil distinguir dos nociones posibles de regresividad. Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado la situación de las personas en relación con un punto de partida elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas.

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la restricción de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior. Parte de este artículo se dedicará a ofrecer algunos criterios para la aplicación de esta noción.

El art. 2.1 del PIDESC establece que “(c)ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) expresa en su Observación General N° 3 que “(el) concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes”.¹¹⁹

“Sin embargo el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d’être* del Pacto, es decir, el esta-

¹¹⁹ Comité DESC, Observación General N°3 (“La índole de las obligaciones de los Estados partes”), pár. 9.

blecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta”.¹²⁰ De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.¹²¹ El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos “deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.¹²²

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la citada Observación General N°3, “(m)ás aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.¹²³



La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”.

¹²⁰ Comité DESC, Observación General N°3, cit., párr. 9.

¹²¹ En el mismo sentido: Corte IDH, 2009, párr. 103, caso Acevedo Buendía y otros v. Perú.

¹²² Comité DESC, Observación General N°3, cit., párr. 2.

¹²³ Comité DESC, Observación General N°3, cit., párr. 9 (énfasis agregado).

Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad

I. Noción general

Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes, y eventualmente la Constitución,¹²⁴ imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

La prohibición de regresividad puede ser entendida como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país.¹²⁵ En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección –y por ende, las posiciones

“ ”

la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes, y eventualmente la Constitución,¹²⁴ imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹²⁴ La prohibición de regresividad no es ajena al derecho constitucional. Ver: Hesse, 1978, pp. 86-87. Para otros ejemplos, ver las contribuciones reunidas en Courtis, 2006. Ver también: Uprimny y Guarnizo, 2006, y otros ejemplos jurisprudenciales comparados en Nolan, Lusiani y Courtis, 2014, pp. 121-145.

¹²⁵ Parafraseo la “cláusula Basso”, que define las tareas del Estado social en la Constitución italiana (art. 3, Constitución italiana).

consolidadas no susceptibles de derogación– también tienden a ampliarse progresivamente.

Es importante agregar aquí que la consideración preferente de las personas que están en peor situación puede constituir una fuente de modulación de la prohibición, en la medida en que, como se verá, el interés en la estabilidad absoluta de las posiciones jurídicas de quienes están en mejor situación puede ser contrabalanceado por la necesidad de asegurar la satisfacción de necesidades básicas de quienes están en peor situación. Como veremos, las alegaciones estatales en este sentido requieren de una alta carga justificatoria.

II. Prohibición de regresividad y razonabilidad

Este tipo de obligación no resulta extraño a la tradición jurídica iberoamericana: responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, incorporado o inferido a partir de casi todas las Constituciones de la región¹²⁶ y reflejada también en pactos internacionales de derechos humanos.¹²⁷ De allí que parte del desarrollo teórico que propongo para la obligación de no regresividad sugiera recurrir a fuentes como la doctrina y jurisprudencia elaborada a partir del principio de razonabilidad.¹²⁸

¹²⁶ Ver, por ejemplo, Constitución de la Nación Argentina, art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; Constitución Política de Chile, art. 19.26: “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia”; Constitución ecuatoriana, art. 18: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. El principio ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia constitucional de la región.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 30 y 32.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 5.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.3 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 4; Protocolo de San Salvador, art. 5.

¹²⁸ Una razón ulterior para vincular los desarrollos constitucionales e internacionales consiste en la mutua alimentación de los criterios constitucionales y de los provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos en esta materia. Al respecto, ver Guillermo Moncayo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)* (Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2007), 53-75.

Puede afirmarse que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo: de acuerdo con la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente a criterios materiales –por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera. Un mismo derecho puede ser susceptible de varias reglamentaciones razonables, en tanto **el principio de razonabilidad excluye las reglamentaciones irrazonables, permite que el legislador o el Poder Ejecutivo elijan, entre las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política.**

La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal: aun siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes.

III. Criterios para determinar la regresividad

Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. **El juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, poniendo en evidencia de modo concreto que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida.**

En cuanto a los parámetros para realizar tal comparación, es útil recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma más favorable para el trabajador.

Cuando se trata de resolver conflictos entre cuerpos normativos diversos, sobre la base del principio de la norma más favorable al trabajador, la doc-

trina iuslaboralista distingue dos criterios básicos: el de la acumulación y el del conglobamiento. El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que hay en ellas que resulte más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que, tras la comparación, se aplica sólo la norma que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado “conglobamiento por instituciones”, en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas “relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo”, aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas.¹²⁹

El análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, ya que permite, simultáneamente, circunscribir el análisis de regresividad al contenido concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y evaluar una institución completa, respetando la necesidad de análisis sistemático en mayor medida que el método de la acumulación.

IV. Inversión de la carga probatoria, estándar de juicio y límites de la prohibición

¿Cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una norma regresiva? La regresividad ¿constituye per se una razón de inconstitucionalidad o de invalidez a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos? De acuerdo con el esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la permisibilidad de la legislación propuesta. Analizaré a continuación los dos elementos que configuran este cuadro: la inversión de la carga probatoria y el estándar de juicio que debe emplear el juez ante la articulación por parte del Estado de una defensa de la validez de la norma impugnada; tema que introduce la cuestión de los límites de la prohibición de regresividad.

La inversión de la carga de la prueba no es ajena a la tradición del derecho constitucional ni a la del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Suprema de los Estados Unidos¹³⁰ desarrolló esta idea en

¹²⁹ Este último criterio es el que adopta la Ley de Contrato de Trabajo argentina. Ver Goldín, 1986, pp. 934 y ss.

¹³⁰ Cfr. Linares, 1989, p. 213.

el marco del cuestionamiento de normas alegadamente discriminatorias: una vez demostrada por el demandante la existencia de una discriminación normativa a partir del empleo de una de las denominadas categorías sospechosas,¹³¹ la carga de la prueba de justificar la distinción de trato pasa a quien efectuó la distinción. En el plano internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha empleado esa noción en casos de alegada discriminación,¹³² y en el mismo sentido lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³³

Si se traslada el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho reiteradamente que

“(a)l igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”¹³⁴ (énfasis agregado).

y que

“(s)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que (...) disponga el Estado Parte”¹³⁵ (énfasis agregado).

¹³¹ Ver Tribe, 1988, pp. 1465-1553.

¹³² Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos: E.B. v. Francia, 2008, pár. 74; D.H. y otros v. República Checa, 2007, pár. 177; Serife Yigit v. Turquía, 2010, pár. 71, entre otros.

¹³³ Ver, por ejemplo, Corte IDH: Atala Riffo y niñas v. Chile, 2012, pár. 124-125 y Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, 2015, pár. 257.

¹³⁴ Cfr. Comité DESC, Observación General N°14 (“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, pár. 32), entre otras.

¹³⁵ Ver Cfr. Comité DESC, Observación General N°13, pár. 45, entre otras, y Declaración “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo al Pacto”, 21 de septiembre de 2007, pár. 9.

En cuanto al estándar de evaluación de la justificación estatal, en línea con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado escrutinio estricto (strict scrutiny): la carga de demostración por parte del Estado es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. **El estándar es aplicable, entre otros casos, al empleo de categorías sospechosas en caso de discriminación: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un “interés imperioso” (compelling interest) que justifique la medida adoptada.** En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada.¹³⁶ Este mismo estándar ha sido aplicado por la Corte Europea de Derechos Humanos –en casos de discriminación,¹³⁷ de restricción de derechos,¹³⁸ y de revisión de legislación retroactiva que afecte disputas judiciales pendientes en las que el Estado es parte¹³⁹ – y por la Corte Interamericana –en casos de discriminación¹⁴⁰ y de restricción de derechos-,¹⁴¹ exigiendo para la justificación de tales medidas una fundamentación rigurosa y de mucho peso.

Aplicando este esquema al caso de la regresividad: acreditada ésta por parte del actor, cabe al Estado la carga de demostrar la estricta necesidad de la medida. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“(s)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno

¹³⁶ Ver Tribe, 1988, p. 1453.

¹³⁷ Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos: Abdulaziz, Cabañes y Balkandali v. Reino Unido, 1985, pár. 78; Fretté v. Francia, 2002, pár. 34; S.L. v. Austria, 2003, pár. 36; Karner v. Austria, 2003, pár. 37.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos: The Sunday Times v. Reino Unido, 1978, pár. 59, entre muchos otros.

¹³⁹ Ver Corte Europea de Derecho Humanos: Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis v. Grecia, 1994, pár. 49; y Áćimović v. Croacia, 2003, pár. 23.

¹⁴⁰ Ver Corte IDH: Atala Riffo y niñas v. Chile, 202, pár. 124; y Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, 2015, pár. 257.

¹⁴¹ Ver Corte IDH: Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención)”, 1985, pár. 46; Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2004, pár. 121-122 y Ricardo Canese v. Paraguay, 2004, pár. 96.

del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte”¹⁴² (énfasis agregado).

La carga argumentativa del Estado es alta. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado:

a) **La medida regresiva sólo puede justificarse si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas** y si ha logrado demostrar que existen razones de peso para preferir aquélla (“el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas”¹⁴³);

b) **La medida “deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.**¹⁴⁴ Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto;¹⁴⁵ y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone, incluyendo los que provengan de la cooperación internacional, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida.

c) **Las medidas regresivas deben ser temporales:** “(c)uando un Estado parte trata de introducir medidas regresivas, por ejemplo en respuesta a una crisis económica, tiene que demostrar que esas medidas son temporales, necesarias, no discriminatorias y que respetan al menos sus obligaciones básicas”.¹⁴⁶

¹⁴² Cfr. Comité DESC, Observación General N° 13, pár. 45, entre otras.

¹⁴³ Cfr. Comité DESC, Observación General N° 13, pár. 45, entre otras.

¹⁴⁴ Comité DESC, Observación General N° 3, pár. 9, entre otras.

¹⁴⁵ En sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró en un caso que la modificación del régimen pensionario de un número limitado de beneficiarios para mejorar el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los demás beneficiarios no constituye una regresión prohibida por el artículo 26 de la Convención. Ver Comisión IDH, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras v. Perú, Informe No. 38/09, 2009, pár. 141-147.

d) Las medidas regresivas no pueden derogar el contenido mínimo esencial de los derechos establecidos en el PIDESC: “(l)a adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud (...) constituye una violación del derecho a la salud”.¹⁴⁷ Dicho en otros términos, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación de goce de derechos del Pacto hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación del Pacto, sin que pueda ser justificada por el Estado.

La Observación General N°19 sobre el derecho a la seguridad social ordena y agrega algunos criterios que el Comité considerará en caso de que el Estado alegue la necesidad de las medidas regresivas. Estos criterios reflejan el contenido de una carta enviada por el presidente del Comité a los Estados partes del PIDESC, referida a la compatibilidad de las medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis económica y financiera desatada en el año 2008.¹⁴⁸ De acuerdo con este documento, cuando el Estado pretenda defender medidas regresivas adoptadas, el Comité examinará detenidamente:

“a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si en el examen de las medidas y alternativas propuestas hubo una verdadera participación de los grupos afectados; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

¹⁴⁶ Comité DESC, Observación General N° 23, pár. 52, entre otras.

¹⁴⁷ Comité DESC, Observación General N° 14, pár. 48. En el mismo sentido, “(c)abe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables” (pár. 47).

¹⁴⁸ Ver Comité DESC, Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fSUS%2f6395&Lang=en (Consulta: 28 julio 2021).

De lo dicho se desprende que la prohibición de regresividad es una prohibición prima facie, que exige al Estado, en caso de pretender que se avale una medida regresiva, una carga particularmente gravosa de justificación. Ante la demostración de la adopción por el Estado de una medida de corte regresivo, se presume su invalidez y la carga de la prueba de su permisibilidad se traslada al Estado. El estándar de juicio para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva es alto. Así, en principio, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten niveles mínimos esenciales del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que puede acudir el Estado para justificar la medida regresiva son taxativas y limitadas. El Estado sólo puede justificar su adopción cuando se conjuguen estos tres factores: cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, incluyendo la evaluación independiente y la participación de los grupos afectados, cuando el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos del Pacto –en especial, cuando la restricción del derecho de quienes pertenecen a grupos que se encuentran en mejor situación esté destinada a satisfacer las necesidades de quienes no logran cubrir por sí mismos el contenido mínimo esencial de los derechos en juego-, y cuando la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles, aun los provenientes de la cooperación internacional.

Pueden observarse aquí algunas similitudes importantes con el juicio de razonabilidad: el Pacto fija al Estado una limitación absoluta –el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar la “naturaleza” o “sustancia” del derecho-, y le exige, para poder justificar la medida, la demostración de un fin legítimo –la mejora del estado de goce de la totalidad de los derechos establecidos por ese instrumento-, de razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida –la evaluación cuidadosa de alternativas, y la consideración del máximo de los recursos disponibles antes de adoptar la medida-. A ello puede agregarse, en línea con los requisitos generales de permisibilidad de la restricción de derechos humanos, el examen de la proporcionalidad de la medida adoptada. Para ello, resulta útil el empleo de un juicio de ponderación –tal como el propuesto por Robert Alexy –, a través del cual evaluar la proporcionalidad del sacrificio del derecho restringido en comparación con la importancia del objetivo perseguido, que como hemos dicho, sólo puede ser la mejora del estado del goce de la totalidad de los derechos del Pacto para quienes se encuentren en peor situación.

• BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002)
Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2019a)
‘Los derechos fundamentales, la ponderación y la racionalidad’, en Alexy, R., Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Lima: Palestra, pp. 107-117.
- Alexy, R. (2019b)
‘Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural’, en Alexy, R., Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Lima: Palestra, pp. 163-180.
- Courtis, C. (2006)
Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto-CEDAL-CELS.
- Goldín, A. (1986)
‘Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo’, en Derecho del Trabajo, XLVI-B, Buenos Aires, pp. 934 y ss.
- Hesse, K. (1978)
Grnzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg-Karlsruhe: CF Müller.
- Linares, J. F. (1989)
Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires: Astrea.
- Moncayo, G. (2007)
‘Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino’, en Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005). Buenos Aires: Ed. del Puerto, pp. 53-75.

¹⁴⁹ Ver Alexy, 2019, pp. 107-117 y 163-180.

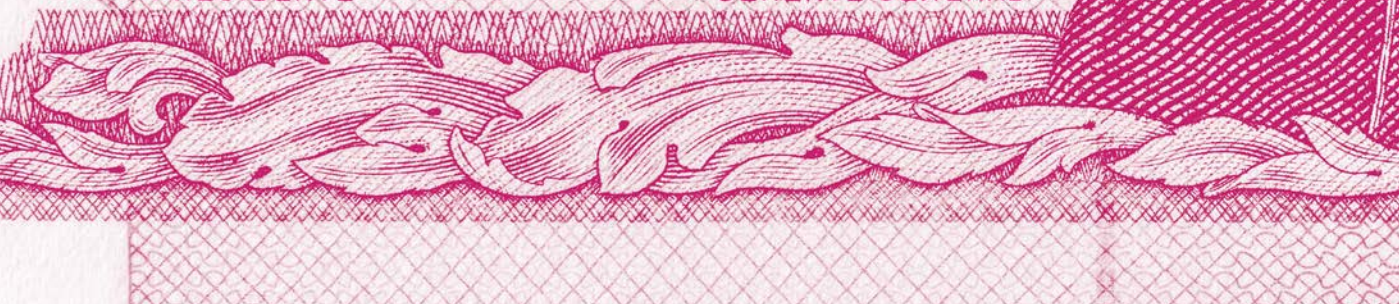
- Nolan, A., Lusiani, N. y Courtis, C. (2014)
‘Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights’, en Nolan, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*.
Cambridge: Cambridge University Press, pp. 121-145.
- Tribe, L. (1988)
American Constitutional Law.
Nueva York: Foundation Press, 2da. ed.
- Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2006)
¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana.
Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia.
Disponible en: <https://www.dejusticia.org/es-posible-una-dogmatica-adecuada-sobre-la-prohibicion-de-regresividad-un-enfoque-desde-la-jurisprudencia-constitucional-colombiana/> (Consulta: 28 julio 2021).

BANCO CENTRAL DE CHILE



[Signature]
PRESIDENTE

[Signature]
GERENTE GENERAL



Política económica y derechos humanos

Francisca Moya¹⁵⁰

& Constanza Salgado¹⁵¹

DOI: 10.53110/HORF6492

A. Introducción: La noción de constitución económica es generalmente usada para referirnos al marco social y político que configura la economía en un país. Este marco se puede encontrar consagrado en normas establecidas en la constitución o bien por su interpretación doctrinaria o jurisprudencial. El presente trabajo busca analizar la Constitución de 1980 para identificar y entender su contenido económico, y cómo éste ha configurado la política económica chilena en las últimas cuatro décadas. Con este objetivo, este trabajo está dividido en tres secciones, además de esta introducción. En la sección b nos referimos al concepto de constitución económica buscando aclarar los distintos usos que éste ha recibido. Sobre esta base, revisamos los elementos más característicos de la noción de constitución económica en el derecho comparado y proponemos una clasificación en base a estos elementos. Luego, en la sección c, describimos los elementos económicos que pueden encontrarse en el texto constitucional de 1980 y explicamos cómo la doctrina hegemónica fue mucho más allá del texto constitucional generando una cultura interpretativa que veía en ella una constitución neoliberal. Esta cultura interpretativa a su vez contribuyó a proteger el modelo económico impuesto por la dictadura durante la década de los 80'. Finalmente, en la sección d, proponemos para la nueva Constitución chilena una constitución económica abierta, que, a diferencia de la Constitución de 1980, permita a la deliberación pública democrática elegir la política económica a aplicar.

¹⁵⁰ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, LLM en Derecho Público por la London School of Economics and Political Science (LSE), y doctoranda en derecho por la Universidad de Glasgow.

¹⁵¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, LLM por la Universidad Católica y doctora en derecho por la Universidad de Edimburgo. Profesora Asistente de la Universidad Adolfo Ibáñez.

I. El concepto de constitución económica

• Los usos normativo y descriptivo del concepto

Al revisar el concepto de constitución económica, lo primero que es relevante considerar su utilización por la doctrina en diferentes sentidos a lo largo del tiempo. **En muchos casos, la noción de constitución económica se usa de manera normativa para referirse a desarrollos teóricos que plantean cómo debe ser la relación entre la constitución y el orden económico.** En general, se relaciona también con las primeras nociones del concepto, desarrolladas a comienzos de la década del 20 durante la discusión de la constitución de Weimar, proceso en el cual fue fundamental la colaboración de HUGO SINZHEIMER y su propuesta de incorporar un órgano destinado a promover la democracia económica, que representara consejos locales de producción.¹⁵² Con el tiempo, esta perspectiva de constitución económica -como democracia económica- se desvaneció, dando paso a una forma de entender la constitución económica desde los postulados de la escuela Ordoliberal.

En efecto, después del término de la segunda guerra mundial, la idea de constitución económica se convirtió en un elemento crítico del pensamiento económico y jurídico ordoliberal y fue muy influyente en el desarrollo de Alemania durante los años siguientes. El pensamiento ordoliberal era contrario a la idea de que los problemas de la economía se resuelven espontáneamente o mediante la evolución de la historia. Por el contrario, el derecho tenía un rol protagónico que cumplir.¹⁵³ Por lo mismo, la constitución era un instrumento de política económica que debía crear las condiciones en las que los agentes económicos pudieran desarrollar sus intereses y promover el interés común.

Adicionalmente, la noción de constitución económica también se usa de manera descriptiva, para dar cuenta de cómo efectivamente se ha dado la relación entre la constitución y el orden económico, y cómo se ha construido el marco social y político que configura la economía en un país. En su uso descriptivo, la constitución económica de un país se refiere a las instituciones, normas y desarrollos interpretativos de un determinado contexto constitucional. Al respecto, es bueno tener en mente que si bien gran parte de este contenido se puede encontrar en el texto de la constitución y en la legislación que la complementa, otras veces, este es producto de las inter-

¹⁵² Dukes, 2014 y Nörr, 1996. Recientemente y en nuestro país, véase: Muñoz, borrador no publicado.

¹⁵⁵ Vanberg, 2001.

¹⁵⁴ Gerber, 1994.

pretaciones propuestas por la doctrina o la jurisprudencia.¹⁵⁵ El presente trabajo usa la noción de constitución económica principalmente en un sentido descriptivo.

• La constitución económica es un fenómeno reciente

La constitución económica es un fenómeno relativamente reciente, tanto en su faz normativa como descriptiva, y se relaciona con la expansión del constitucionalismo durante el siglo XX. El crecimiento del constitucionalismo, señala LOUGHLIN, ha implicado la expansión del alcance de la constitucionalización,¹⁵⁶ expresándose en el orden económico en nuevos derechos, y también en la regulación constitucional de nuevas instituciones y reglas que veremos en la siguiente sección.

En una reciente publicación, GERAPETRITIS¹⁵⁷ ha explicado la evolución de la relación entre las constituciones y el orden económico distinguiendo tres periodos: el Constitucionalismo “puro”, que comenzó durante el siglo XVII y se extendió hasta el periodo entreguerras propio del siglo XX;¹⁵⁸ el Constitucionalismo Económico, que se manifestó durante el siglo XX, principalmente después de la segunda guerra mundial, y un tercer periodo de Nuevo Constitucionalismo Económico producido luego de la irrupción de la crisis económica de 2008. Respecto de la primera etapa, GERAPETRITIS plantea que la constitución fue relativamente indiferente a la economía y “no se comprometió con una visión económica específica del Estado” y que, por Es durante la segunda fase denominada Constitucionalismo Económico, plantea el autor, cuando la gran mayoría de los textos constitucionales a nivel comparado comenzaron a incorporar diversos elementos relativos a la regulación del orden económico.¹⁵⁹

“ ”

La constitución económica es un fenómeno relativamente reciente, tanto en su faz normativa como descriptiva, y se relaciona con la expansión del constitucionalismo durante el siglo XX.

¹⁵⁵ Como explicaremos más adelante (3.3), algunos autores en nuestro país parecieran voluntariamente confundir ambas formas de usar el concepto, pretendiendo describir un contenido supuestamente consagrado en la constitución cuando más bien están planteado su particular opinión sobre como debiera regularse una determinada materia.

¹⁵⁶ Loughlin, 2010.

¹⁵⁷ Gerapetritis, 2019.

¹⁵⁸ Esta fecha de comienzo del constitucionalismo parece temprana en comparación con lo propuesto por Loughlin: “[e]sta concepción llegó a delinearse sólo a finales del siglo XVIII y principalmente como consecuencia de las Revoluciones Americana y Francesa” (Op. Cit., Loughlin, p. 47. La traducción es nuestra).

¹⁵⁹ Prosser, 2014.



hay quienes sostienen que las constituciones y el propio constitucionalismo desde su origen tuvo un contenido económico. Ello, en la medida en que a través de el se protegió la noción de legalidad, la defensa de la estabilidad del sistema jurídico y, especialmente, la protección de la propiedad privada.

Por ejemplo, durante las últimas décadas, más de 90 naciones han regulado constitucionalmente la existencia de los bancos centrales y su función como instituciones de política monetaria. También se han incorporado reglas referidas a la economía de mercado, las empresas públicas, la libre competencia y la política fiscal. Finalmente, la tercera fase de Nuevo Constitucionalismo Económico, se inició con la crisis financiera de 2008 y se caracteriza por una radicalización de la importancia de la protección del funcionamiento de la economía, tanto en la redacción e interpretación de las constituciones nacionales en desmedro de la soberanía de las comunidades políticas, o países miembros si se trata de la Unión Europea.

Con todo, la supuesta indiferencia de la primera etapa del constitucionalismo en relación a la economía es una idea controvertida. Al respecto, COUSO¹⁶⁰ plantea que la carencia u omisión de regulación de la estructura económica exhibida por las primeras constituciones de Europa y América se debe a la hegemonía social, cultural y política de la economía de mercado durante el siglo XIX, y que a las élites políticas no sintieron la necesidad de atrincherar en la constitución el modelo capitalista de libre mercado. Por otra parte, hay quienes sostienen que las constituciones y el propio constitucionalismo desde su origen tuvo un contenido económico. Ello, en la medida en que a través de el se protegió la noción de legalidad, la defensa de la estabilidad del sistema jurídico y, especialmente, la protección de la propiedad privada. Estas ideas, propias del constitucionalismo, tuvieron desde siempre una orientación liberal, cimentado la distribución del poder y funcionando como la base del nuevo orden económico y político en el que vivimos. Refiriéndose específicamente a la idea de los derechos, MENKE Y TURNER señalan que “sin la forma jurídica del derecho subjetivo el capitalismo no existiría”,¹⁶¹ como tampoco existiría sin su consagración en la constitución y protección frente al poder estatal.¹⁶²

Así, *la novedad del contenido económico en las constituciones no es tal si se considera la regulación constitucional del derecho de propiedad desde esta perspectiva.* Por lo mismo conviene incorporar una distinción respecto del sentido en que se entiende la idea de constitución económica. En sentido amplio, es posible plantear que la gran mayoría de las constituciones

¹⁶⁰ Dukes, 2014 y Nörr, 1996. Recientemente y en nuestro país, véase: Muñoz, borrador no publicado.

¹⁶¹ Menke y Turner, 2020 (La traducción es nuestra).

¹⁶² Pistor, 2020.

han tenido (o tienen) un cierto contenido económico, en la medida en que contemplan la protección de la propiedad privada y con ello adscriben a una determinada forma de entender el funcionamiento de la economía. Por otro lado, en un sentido estricto, y más útil como categoría para los fines de este trabajo, la noción de constitución económica puede servir para identificar la forma en que la economía de un país es configurada por el nivel constitucional, y los principios, reglas e instituciones relevantes que están involucradas en ello.

II. Elementos de contenido económico en las constituciones

Si bien la forma en que las constituciones aportan a configurar el orden económico de las naciones es extraordinariamente diverso, **es posible enlistar de manera general un número de elementos que se pueden encontrar en los textos constitucionales en el derecho comparado**. Estos son: la forma que adopta regulación de la propiedad privada; la configuración y justiciabilidad de los derechos sociales; la regulación constitucional de la relación entre el Estado y los privados, a través de la competencia y el libre mercado; la regulación constitucional de la política monetaria y de la política fiscal, entre otros. Por cierto, es bueno señalar que estos elementos generalmente no concurren conjuntamente, sino que sólo algunos de estos temas están expresados. Según la forma y contenido de estos elementos es posible clasificar el contenido económico de las constituciones, como veremos a continuación.

La regulación constitucional de la propiedad privada es un elemento presente en casi todas las constituciones, y con estructuras relativamente comunes. La constitucionalización de la propiedad, en tanto declaración de compromiso con la propiedad privada y la economía de mercado, influye sobre muchos de los elementos que se consideran más adelante. Con todo, la relevancia y valor que cada texto constitucional da al derecho de propiedad privada no es siempre el mismo: se juega en su consagración y forma, y en la extensión del poder de la propietaria y los límites que ésta debe respetar. Límites como el bien común, la protección del medio ambiente, la propiedad de otros, o nuestra criolla limitación impuesta por la “función social” son ejemplos de ello. La protección constitucional del derecho de propiedad no es, en todo caso, un fenómeno espontáneo. Como ha señalado ALLEN,¹⁶³ la inclusión de cláusulas relativas a la propiedad privada ha sido promovida, muchas veces, mediante algo más que consejos, por diversas organizaciones financieras internacionales.

¹⁶³ Allen, 2000.

Un segundo elemento que también debe considerarse en este listado, es si una constitución considera o no derechos sociales. Es difícil sopesar no solo la forma en que influyen en la economía y el grado en que lo hacen. Los derechos sociales pueden convivir con diversos modelos económicos y su reconocimiento constitucional ha resultado ser compatible con modelos económico sociales neoliberales.

Un tercer grupo de temas que caracterizan el contenido económico de las constituciones es la regulación constitucional de la relación entre los actores económicos, mediante el fomento a la competencia y regulación antimonopolios, la protección del libre mercado, y la protección de los derechos del consumidor o usuario de servicios públicos o publicados. Este tipo de cláusulas han sido especialmente frecuentes en las constituciones de países que pertenecieron a la Unión Soviética, como una forma de reafirmar un compromiso con el libre mercado.

La política monetaria y la política fiscal también son elementos propios del contenido económico de las constituciones. El primer caso es generalmente expresado mediante la creación de entidades públicas especialmente dedicadas a estas materias, generalmente denominadas Bancos Centrales y “resguardadas” de los vaivenes de la política contingente.¹⁶⁴ En segundo lugar, la preocupación por la política fiscal y la deuda pública también ha ido siendo cada vez más importante en el nivel constitucional. La gran mayoría de las constituciones del mundo se refieren a la elaboración de los presupuestos nacionales, generalmente como una forma especial de debate legislativo. Desde hace ya varias décadas, países han ido incorporado límites constitucionales al gasto fiscal con la intención de controlar el endeudamiento del fisco, bajo argumentos de justicia intergeneracional y protección de los mercados internacionales de bonos soberanos y su riesgosa interdependencia.

III. Algunas categorías de clasificación

Como decíamos anteriormente existe una gran dispersión en la forma en que las distintas constituciones desarrollan o no los elementos mencionados en la sección anterior. Ello hace difícil proveer categorías generales que aporten al análisis o que permitan clasificar las constituciones en el derecho comparado. Un esfuerzo reciente en esta línea lo ha hecho GERAPETRITIS,¹⁶⁵ planteando que las constituciones de los países miembros de

¹⁶⁴ La protección de la “independencia” de instituciones con atribuciones en materia económica ha sido debatida latamente por la doctrina en economía y ciencia política. Para un panorama general véase Walsh, 2010; Berger et al., 2001, pp. 3-40; Mcnamara, 2002, pp. 47-76. En Chile véase: desde la economía, Céspedes y Valdés, 2006; desde el derecho, Ferrada, 2003, pp. 151-166.

¹⁶⁵ Gerapetritis, 2019.

la Unión Europea pueden ser clasificadas en tres categorías: constituciones orientadas al libre mercado y la competencia; constituciones de economía mixta o social de mercado, y constituciones de composición abierta.

Las de la primera categoría, constituciones orientadas al libre mercado y la libre competencia, se caracterizan por adoptar de forma explícita, y a veces también implícita, el lenguaje de la preservación de la competencia o de la salvaguardia de las prácticas antimonopolio o equivalentes, como es el caso de Austria, Bulgaria e Irlanda. En otros casos, estas normas se refuerzan con principios del libre mercado como en los textos constitucionales de antiguos Estados socialistas de Europa oriental, como Rumania, Hungría, y Lituania. En este caso, las constituciones declaran de manera casi pomposa que se garantizará la integridad del espacio económico, la libre circulación de bienes, servicios y recursos financieros, el apoyo a la competencia y la libertad de la actividad económica.

El segundo prototipo de constitución económica son las denominadas “mixtas”. Esta categoría permite clasificar a constituciones que combinan referencias a la economía de mercado y estado social. En estos casos, el Estado normalmente mantiene una parte significativa de la planificación económica, la control y monopolio de la moneda y el crédito y la competencia para intervenir en secciones sectoriales/geográficas. La diferencia entre estas constituciones y las de composición abierta descritas más abajo, está dada porque en las mixtas el margen de los gobiernos para elegir qué política económica aplicar es menor, pues se deben respetar los pilares de la economía de libre mercado. Las constituciones de países como Portugal, España, Italia, Polonia y Eslovaquia están incluidas en esta categoría.

En tercer lugar, GERAPETRITIS identifica lo que denomina constituciones de composición abierta. Las constituciones de composición abierta se caracterizan por ser constituciones que no contienen definiciones específicas acerca cuál es el modelo económico nacional prevaleciente, por lo que permiten un amplio margen al Gobierno político un cuanto a la aplicación de programas económicos diversos. En este sentido, son las que presentan un mayor nivel de neutralidad. Con todo, ello no significa que estas constituciones sean de carácter mínimo o carezcan de todo contenido relativo a la economía pues bien pueden, por ejemplo, contener aspectos relativos a la regulación de la actividad financiera en el territorio nacional como es el caso de la constitución de Grecia.

Considerando la conceptualización y clasificaciones propuestas, en la siguiente sección analizaremos el caso chileno y sus particularidades.

“ ”

Las de la primera categoría, constituciones orientadas al libre mercado y la libre competencia, se caracterizan por adoptar de forma explícita, y a veces también implícita, el lenguaje de la preservación de la competencia o de la salvaguardia de las prácticas antimonopolio o equivalentes,

Como señalamos, la constitución económica puede entenderse como el marco jurídico-político que configura la economía en un país, y que se encuentra consagrado en Constitución o bien deriva de su interpretación. El caso de Chile es muy interesante en esta materia. **La Constitución de 1980 no es sólo un texto con normas, sino que también y especialmente en materia económica, el resultado de interpretaciones que se volvieron canónicas, las cuales impusieron límites a la intervención del Estado en materia económico y social ahí donde el texto nada decía.**

I. El texto constitucional de 1980

Hasta la Constitución de 1980, las constituciones chilenas mantuvieron un relativo silencio en materia económica. Por contraste, el texto constitucional de 1980 efectivamente contiene normas económicas y que hasta antes de 1980 no existían.

Si bien las constituciones anteriores consagraban el derecho de propiedad, éstas no contenían los elementos típicos que caracterizan las constituciones económicas que podemos encontrar hoy en el derecho comparado y que enunciamos más arriba (sección 2.2). La Constitución de 1980 incorporó varios de estos nuevos elementos: reguló aspectos básicos de la tributación y de las cargas públicas estableciendo, entre las más importantes, la igual repartición de las cargas públicas, la prohibición de tributos manifiestamente injustos o desproporcionados y el principio de no afectación (art. 19 N° 20); aspectos de la política monetaria, al consagrar el carácter autónomo de ese órgano a nivel constitucional, así como también la prohibición de financiar gasto público o préstamo con créditos directos o indirectos (art. 108 y 109), y consagró también normas que regulan la relación entre el Estado y los privados, al establecer la protección de los grupos intermedios y de su “adecuada” autonomía (art. 1), el principio de no discriminación en materia económica (19 N° 22), la libertad para adquirir toda clase de bienes que la ley no declare expresamente como de uso público (19 N° 23) y la libertad de emprendimiento (19 N° 21). Respecto de los derechos sociales, fue la Constitución de 1925 la que los incorporó por primera vez lo que luego se mantuvo en la Constitución de 1980.

Si tomamos las categorías propuestas por GERAPETRITIS y si nos detenemos exclusivamente en el texto constitucional, puede sostenerse que la Constitución de 1980 claramente se asemeja a una constitución orientada al libre mercado y la libre competencia. **La Constitución de 1980, sin embargo, va más allá si uno atiende a la interpretación que la doctrina tradicional hizo de este conjunto de reglas.** Como veremos en las siguientes secciones, la doctrina derivó principios que imponían límites a la intervención del Estado en materia económica y social ahí donde el texto no los establecía. Ahí donde el texto entregaba libertad al legislador democrático, las interpretaciones de la doctrina la restringieron.

II. La cultura interpretativa de la Constitución de 1980

La doctrina tradicional no se ha limitado a describir estas reglas y a clasificarlas según ciertos criterios, sino que deduce de ellas (1) un orden organizador de la economía, el orden público económico, con un contenido determinado cuyo eje sería el libre mercado y la libertad de emprender; y (2) un principio de subsidiariedad, que, entendido a la chilena, consagra un modelo de Estado abstencionista en materia económico-social.

Como hemos visto, no hay referencia expresa al principio de subsidiariedad ni al concepto de orden público económico en la Constitución de 1980. Sin embargo, ambos conceptos no sólo estuvieron presentes, sino que tuvieron centralidad en la discusión de los redactores de la constitución.

• El Orden Público Económico

El primer concepto clave en la cultura interpretativa económica de la constitución vigente es el de orden público económico. Este concepto ha sido acuñado por la doctrina tradicional, basándose en un conjunto de las normas económicas que establece la constitución y en el principio de subsidiariedad (cuyo contenido veremos en la siguiente sección). Según FERNANDOIS -su más importante articulador- este no es un concepto neutro, ya que bajo la Constitución de 1980 ese orden económico “tiene un contenido concreto, cuyo eje es la libertad de emprender”.¹⁶⁸ Para esta doctrina, la intervención del Estado frente a la libertad económica debe ser excepcional, no bastando invocar razones de interés general.

Lo notable es que este orden público económico, no expresamente establecido en el texto constitucional, es usado a su vez para interpretar todas las normas de la constitución en su luz,¹⁶⁹ desdibujando el análisis jurídico riguroso del contenido de estas normas de acuerdo a su significado lingüístico.¹⁷⁰ Así, FERNANDOIS Y GARCÍA, sostenían, por ejemplo, en un trabajo

¹⁶⁶ Tomamos prestado el término de Vallejo, 2016. Las particularidades relativas a la forma en que el principio de subsidiariedad ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia nacional son explicadas más adelante en esta sección.

¹⁶⁷ Entre los más importantes, véase Soto, 1986; Bertelsen, 1987; Navarro, 2000 y Fernandois, 2010.

¹⁶⁸ Fernandois, 2010, p. 29. Vale la pena notar que la idea de que el Orden Público Económico no es neutral está presente a lo largo del todo el libro.

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, según Fernandois, la función social de la propiedad contenida en la Constitución de 1980 debía interpretarse a la luz de este orden económico, debiendo el legislador ser “extraordinariamente respetuoso con el dominio privado, por así exigirlo el principio de subsidiariedad y la primacía de la persona humana” (Ibíd., p. 314).

¹⁷⁰ Ferrada, 2000, p. 49.



El concepto central de la constitución económica según la cultura interpretativa es, sin embargo, el principio de subsidiariedad.

publicado en una prestigiosa revista nacional de derecho, que la libertad de trabajo consagrada en la Constitución debía ser interpretada a la luz del Orden Público Económico.¹⁷¹ Bajo este orden, ellos reclamaban que una regla legal que estableciera que los trabajadores que trabajaban por día tenían derecho al pago proporcional por el día semanal de descanso, era contraria a la constitución. La Constitución, según ellos, protege la voluntad de las partes

contenida en el contrato de trabajo, y esa voluntad debía primar frente al estándar que fijaba el legislador con el objeto de proteger, como es evidente, a los trabajadores del desigual poder de sus empleadores.

El orden público económico, protege así la libertad de emprender y la libre contratación, las clásicas libertades que el liberalismo de laissez-faire invocaba para oponerse a la intervención estatal reguladora. La apelación a este orden a la hora de interpretar las reglas constitucionales da énfasis exclusivo a la dimensión económica de las libertades constitucionales. Así, la libertad de trabajo, la libertad sindical, la libertad de enseñanza, deben entenderse como libertades económicas que antes que empoderar a sus titulares para realizar los fines a que estas libertades sirven, limitan la regulación estatal.

• El principio de subsidiariedad

El concepto central de la constitución económica según la cultura interpretativa es, sin embargo, el principio de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad, en su comprensión original, viene de la tradición intelectual católica, que posteriormente desarrolla en la encíclica *Quadragesimo Anno* como una tercera vía frente al liberalismo clásico. Esta afirma un principio de no intervención del Estado en el ámbito económico y social, y frente al socialismo y comunismo, que reclama para el Estado el dominio absoluto en ese ámbito. Según este principio, las sociedades mayores deben dejar espacio para que las sociedades menores desarrollen todas las actividades que pueden realizar adecuadamente. Las sociedades mayores, como el Estado, deben intervenir en estas actividades sólo cuando las comunidades más pequeñas no pueden hacerlo de manera satisfactoria. Así, entre el Estado y el individuo están las comunidades de diverso tamaño, y el principio de subsidiariedad reclama que no sean absorbidas mientras éstas realicen sus actividades adecuadamente. Este principio ha tenido recepción en la

¹⁷¹ Fermandois y García, 2010.

¹⁷² *Ibíd.*

Unión Europea como principio de distribución de competencias entre la comunidad europea y las comunidades nacionales. El principio de subsidiariedad opera aquí como un principio de descentralización político administrativa,¹⁷³ el cual como bien señala VALLEJO, busca que “las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones ubicadas lo más cerca posible de todos los potenciales afectados por las mismas”.¹⁷⁴

En ambos contextos, como principio de organización social y de descentralización político administrativa, el principio de subsidiariedad tiene una faz negativa y una positiva: un mandato de abstención y un mandato de intervención, los cuales se gatillan dependiendo si las sociedades o comunidades menores están realizando sus actividades de manera satisfactoria. Este principio, contiene entonces un estándar normativo: el carácter satisfactorio, suficiente o adecuado de su actuación. Este es un estándar evaluativo que no admite una aplicación mecánica, sino que requiere de un juicio político interpretativo, de carácter contextual, que se pregunte cuándo o en qué contextos una comunidad menor está cumpliendo determinada tarea adecuadamente.

Como señalamos, la Constitución de 1980 no consagra expresamente en su texto el principio de subsidiariedad. Sin embargo, la doctrina tradicional basada principalmente en interpretaciones originalistas ha entendido que la Constitución contiene un principio de subsidiariedad. Este principio se estructura en base a una dicotomía entre mercado y Estado, como un mandato de no intervención al Estado en el caso de que los individuos decidan emprender en algún ámbito. Así, el principio de subsidiariedad no ha sido visto como una tercera posibilidad, frente a liberalismo del *laissez faire* y el socialismo, sino que ha sido reducido hacia un extremo neoliberal.

Como ya señalamos, esta interpretación tiene anclaje en las ideas que orientaron el actuar refundacional de la dictadura en materia económica y social. Desde muy temprano el principio de subsidiariedad se encontraría incorporado en el programa de la dictadura militar. En efecto, de acuerdo a su declaración de principios de 1974, el respeto al principio de subsidiariedad es clave para la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria y es de hecho el barómetro principal que mide el grado de libertad de una sociedad, no importa cuán extendidos estén los derechos políticos.¹⁷⁵

Una comprensión más propiamente neoliberal se irá gestando en la medida en que dicho ideario se va incorporando en el pensamiento del gremialismo chileno, el que desde el inicio de la dictadura es la principal fuerza

¹⁷³ Loo, 2009; Vallejo, 2016.

¹⁷⁴ Vallejo, 2016, pp. 247-290.

¹⁷⁵ Declaración de principios del Gobierno 1974.

política articuladora del régimen militar.¹⁷⁶ De hecho, como señala Cristi, la interpretación idiosincrática del principio de subsidiariedad permite al gremialismo conciliar lo inconmensurable: el atomismo liberal hayekiano y el organicismo conservador de Vásquez de Mella.¹⁷⁷ Posteriormente, el principio de subsidiariedad es permanentemente invocado en la Comisión Ortúzar durante la redacción de la Constitución de 1980, principalmente por Jaime Guzmán, el líder e ideólogo del gremialismo. En palabras de Guzmán, el principio de subsidiariedad es el principio estructurante de la relación Estado – mercado,¹⁷⁸ que mandata al Estado a abstenerse en lo económico y social si es que hay iniciativa privada. Este principio es nuevamente entendido como el barómetro de la libertad, una libertad que se entiende en términos de libertad económica. Parafraseando la declaración de principios de 1974 de la dictadura, Guzmán afirmaría durante el proceso de redacción de la nueva constitución que “la clave de la libertad está en la vigencia del principio de subsidiariedad, antes que en el respeto a las libertades políticas”.¹⁷⁹ Aun así, este principio no quedó consagrado en el texto constitucional.

III. La cultura interpretativa y la protección del modelo económico-social chileno

El principio de subsidiariedad entendido a la chilena, es decir, como principio neoliberal, fue uno de los principales soportes ideológicos sobre los que la dictadura conscientemente construyó el nuevo modelo económico y social chileno, en los inicios de la década de los 80': un modelo de Estado abstencionista en materia económica, en que éste solamente interviene en los casos en que no hay iniciativa privada, y por tanto no crea valor ni orienta el modelo de desarrollo, sino que lo deja exclusivamente en manos del mercado. Sin embargo, el lugar donde ha sido más evidente su operación como principio neoliberal es con respecto a los derechos sociales:¹⁸⁰

¹⁷⁶ Kowalczyk, 2019; Cristi y Ruiz Tagle, 2015.

¹⁷⁷ Cristi y Ruiz Tagle, 2015, p. 211.

¹⁷⁸ Mansuy, 2016.

¹⁷⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, 1973.

¹⁸⁰ La configuración y límites de los derechos sociales y su prestación ha sido un tema donde ha habido mucha más disputa legislativa y judicial que respecto de la actividad empresarial del Estado. Desde el retorno a la democracia, la creación de nuevas empresas públicas ha sido casi inexistente. A saber, considerando las empresas supervisadas por el Subdepartamento de Empresas Públicas de la Dirección de Presupuestos, en los últimos treinta años solo se ha creado una empresa realmente nueva y no continuadora de una empresa o servicio público anterior: Foinsa-Desarrollo País (Fondo de Infraestructura S.A.). Lo anterior puede relacionarse tanto con las restricciones establecidas en el texto de la Constitución de 1980 a la creación de empresas públicas, como con las restricciones que la cultura interpretativa le puso al modelo económico chileno.

en la configuración de un sistema en que los derechos sociales se entienden como derechos a prestaciones focalizadas que atienden principalmente a personas de bajos ingresos, en contraste a las personas de ingresos medios y altos, que pueden satisfacer sus necesidades básicas adquiriéndolas en el mercado. Por esta vía el Estado asegura el mercado –que de acuerdo al principio de subsidiariedad tiene primacía-, y ofrece subsidios mínimos para entrar a él o directamente bienes y servicios básicos a los sectores de más bajos ingresos que no son capaces de acceder a esos bienes y servicios por sí mismos.

En parte importante la forma en que el Estado aseguró los mercados en estas áreas, fue convirtiendo las cargas públicas de los sectores de más altos ingresos en cargas destinadas al pago privado por estos servicios (en cargas privadas). Así, si bien todos tienen la obligación de cotizar para salud, el sistema permite destinar esa cotización a contratar seguros individuales de salud con instituciones privadas con fines de lucro; todos tienen obligación de cotizar para previsión social, pero esa cotización se transforma en un ahorro individual, por lo que cada uno recibe pensiones de acuerdo a lo que pudo ahorrar a lo largo de su vida laboral. La llegada de la democracia no cambiaría en lo fundamental dicha institucionalidad económica y social. Si bien el acceso se expandió, se mejoró la calidad de los servicios públicos, y la pobreza disminuyó, el sistema sigue siendo hasta el día de hoy en gran parte el mismo que el diseñado por la dictadura.

La Constitución de 1980 se ha mostrado especialmente fecunda en la protección de ese modelo, que, desde la década de los 80', es el estatus quo en Chile. Por una parte, ello se debe a que sus reglas autoritarias no solo impusieron trabas a la expresión institucional del pueblo,¹⁸¹ sino que también terminaron neutralizando el poder político,¹⁸² y por otra a que se generó una cultura interpretativa que veía en ella un principio de subsidiariedad y un orden público económico de contenido neoliberal ahí donde el texto constitucional nada decía. Durante las pasadas tres décadas la doctrina progresista dio lecturas democráticas al texto constitucional y denunció la distorsión con que se había leído el principio de subsidiariedad en Chile.¹⁸³ Sin embargo, no logró hegemonía: la interpretación tradicional, aunque disputada, siguió siendo el canon en la materia y preservó la mirada normativa

¹⁸¹ Atria, 2015.

¹⁸² Atria, Salgado y Wilenmann, 2017, pp. 81 y ss.

¹⁸³ Entre varios, véase: Vallejo y Pardow, 2008; Viera, Bassa y Ferrada, 2016; Vallejo, 2016. Cabe señalar que incluso intelectuales de derecha como Mansuy y Herrera en sus escritos han reconocido que Guzmán distorsionó el principio de subsidiariedad, y que, frente a la amenaza del comunismo, abogó por los principios directamente opuestos. Véase Mansuy, 2016, pp. 503-52; y Herrera, 2015.

que tenía la dictadura acerca de cuál debía ser la relación entre la constitución y la economía.

De esta forma, cada vez que se buscó modificar transformadoramente las reglas que configuraban el sistema de derechos sociales, la constitución se invocó como límite. En 2007, durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, el ejecutivo presentó un proyecto de ley en materia educativa que, entre otras cosas, contenía dos importantes cambios al sistema entonces vigente: primero, limitaba considerablemente la posibilidad de selección de estudiantes por parte de los establecimientos educacionales y segundo, prohibía los fines de lucro en la provisión de educación. La derecha, que era minoría en ambas cámaras, rechazó ambas propuestas. Pero como dichas materias eran consideradas de carácter orgánico, debían ser aprobadas con 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, por lo que era necesario obtener los votos de los sectores más conservadores. Adicionalmente, también se debía superar el control del Tribunal Constitucional que había construido una doctrina en que la libertad de enseñanza era similar a una libertad económica.¹⁸⁴ Al respecto, Fernandois sostuvo ante el Congreso, como experto constitucional, que la prohibición de la selección infringía “el derecho de cada establecimiento para seleccionar a sus alumnos conforme a sus propios idearios educativos (...). Prohibida la selección, el ideario educativo pierde buena parte de su significación práctica”.¹⁸⁵ Respecto a la prohibición de lucro, señaló que “ella priva al sostenedor de la facultad constitucionalmente reconocida para dotarse de la organización técnica y económica que estime más conveniente”.¹⁸⁶ Bajo tales argumentos, la derecha exigió eliminar estas dos reglas para dar los votos que el proyecto requería para ser aprobado.

La Constitución de 1980 fue así un límite a la voluntad transformadora contenida en el proyecto de ley. A través de los enclaves autoritarios en forma de quorums supramayoritarios y de la cultura interpretativa se protegió el modelo neoliberal de la dictadura. La constitución de 1980, a la luz de su interpretación y de las prácticas políticas asociadas a la misma, es una constitución económica orientada al libre mercado y la libre competencia, con un fuerte carácter neoliberal. Como señala Couso, la constitución de 1980 representa el epítome de lo que es una constitución neoliberal en el contexto latinoamericano, la cual se caracteriza por extender el mercado a todas las esferas de la vida y por aislarlo de la política democrática de manera radical.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional, roles 410 y 423.

¹⁸⁵ Historia de la Ley N° 20.370, p. 234.

¹⁸⁶ Ibid, p. 340.

¹⁸⁷ Véase: Couso, 2017, p. 353.

Durante el año 2021 Chile está enfrentando un proceso constitucional inédito para sus 200 años de historia independiente. Por primera vez, la nueva constitución política se discute en una asamblea paritaria con representantes electos democráticamente. Este proceso dará origen a un nuevo texto constitucional que derogará a la constitución que fue impuesta por la dictadura, a través de fraude y violencia.¹⁸⁸

Este proceso de cambio constitucional no se encontraba planificado, sino que fue puesto en la agenda como resultado del quiebre institucional y crisis social manifestado en las diversas protestas que experimentó el país durante la revuelta social de 2019. Esa crisis social tiene su origen, o al menos uno de sus orígenes, en la profunda desigualdad e inequidad que nuestra sociedad ha acumulado por décadas. La Constitución de 1980, que hoy se pretende reemplazar, no sólo no ayudó a combatir la desigualdad, sino que permitió su profundización. En ese sentido, la nueva Constitución que emerja de este proceso tendrá como principal desafío enfrentar dicha desigualdad. **Chile necesita de una constitución que tenga dentro de su relato central reducir esta desigualdad tan arraigada, porque esa desigualdad nos impide reconocernos como iguales, y este déficit de reconocimiento hace imposible la salud de nuestra democracia.**

Una constitución que se haga cargo de esta fisura y busque repararla no puede ser una constitución mínima, pero sí una constitución de composición abierta. Como vimos en la sección 2.3, las constituciones de composición abierta se caracterizan por ser constituciones que no definen el modelo económico nacional prevaleciente. Es importante notar que, a diferencia de la constitución mínima que algunos han planteado como ideal, la composición abierta es perfectamente compatible con la idea de una constitución que pueda asegurar un piso mínimo de igualdad a todos los integrantes de la comunidad política a través, por ejemplo, de la consagración de derechos sociales. **Sin embargo, es necesario señalar que con derechos sociales no basta. Como han señalado lúcidamente DIXON Y SUK,** se requieren también otras instituciones que ayuden a reducir la desigualdad o al menos no la fomenten. Es necesario avanzar en la profundización de la democracia, por ejemplo, ampliando mecanismos de democracia directa que permitan diversificar la atención legislativa.

Una constitución de composición abierta permitirá que sea la comunidad política de cada periodo la que decida cómo enfrentar los diversos desafíos que se presenten, y cómo implementar distintos acuerdos y modelos de política económica. Es importante notar, sin embargo, que para ello no sólo es necesario un texto nuevo, sino que también una nueva cultura interpretativa que no pretenda aislar la economía y la forma de provisión de derechos sociales de la deliberación democrática.

¹⁸⁸ Fuentes, 2013.

¹⁸⁹ Dixon y Suk, 2018.

D.

Política económica y nueva constitución

• BIBLIOGRAFIA

- Comisión Constituyente (1973)
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.
Vol. I, sesión 16ª, de 13 de noviembre.
- Allen, T. (2000)
The right to property in Commonwealth constitutions.
Cambridge University Press, 11.
- Atria, F. (2015)
La Constitución Tramposa. Santiago: LOM.
- Atria, Salgado y Wilenmann (2017)
Democracia y Neutralización. Santiago: LOM.
- Bertelsen, R. (1987)
‘El Estado empresario en la Constitución de 1980’,
Revista Chilena de Derecho, 18:115-125.
- Berger, H. et al. (2001)
‘Central bank independence: an update of theory and evidence’,
Journal of Economic surveys, 15(1):3-40.
- Boyd, D. (2011)
The environmental rights revolution: a global study of
constitutions, human rights, and the environment.
Vancouver: UBC Press.
- Cea, J. L. (2008)
Derecho constitucional chileno. Santiago: Ediciones UC, Tomo II.
- Céspedes, L. F. y Valdés, R. (2006)
‘Autonomía de bancos centrales: La experiencia chilena.’
Documentos de Trabajo, Banco Central de Chile, 358(1).
- Couso, J. (2017)
‘The “economic constitutions” of Latin America: between free
markets and socioeconomic rights’ en Ginsburg, T. y Dixon,
R. (eds.), Comparative Constitutional Law in Latin America.
Edward Elgar Publishing, pp. 343-359.
- Cristi, R. y Ruiz Tagle, P. (2015)
El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder
constituyente. Santiago: LOM.
- Dixon, R. y Suk, J. (2018)
‘Liberal constitutionalism and economic inequality’,
University of Chicago Law Review, 85 (2).

- Dukes, R. (2014)
 The Labour Constitution the Enduring Idea of Labour Law.
 London: Oxford University Press.
- Fernandois A. y García, J. F. (2010)
 ‘Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la Ley 20.281 sobre sueldo base)’, *Revista Chilena de Derecho*, 37(2010): 343-376.
- Fernandois, A. (2010)
 Derecho Constitucional Económico. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Ferrada, J. C. (2000)
 ‘La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas,’ *Revista de Derecho*, 11(2000): 47-53.
- Ferrada, J. C. (2003)
 ‘La autonomía del Banco Central de Chile: Reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria,’ *Revista Chilena de Derecho*, 30(1):151-166.
- Fuentes, C. (2013)
 El Fraude. Santiago: Huede.
- Gerapetritis, G. (2019)
 New Economic Constitutionalism in Europe.
 London: Bloomsbury Publishing.
- Gerber, D. (1994)
 ‘Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the “new” Europe’, *The American Journal of Comparative Law*, 42(1):25-84.
- Herrera, H. (2015)
 ‘Notas preliminares para una lectura no dogmática del principio de subsidiariedad’, en Ortúzar, P. (ed.), *Subsidiariedad: más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 97-112.
- Kowalczyk, A. (2019)
 ‘Transnational Capitalist Classes and the State in Chile’, *New Political Economy*, pp. 1-16.

- Loo, M. (2009)
‘La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile’, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33(2009):391-426.
- Mcnamara, K. (2002)
‘Rational fictions: Central bank independence and the social logic of delegation’, *West European Politics*, 25(1):47-76.
- Mansuy, D. (2016)
‘Notas sobre política y subsidiariedad en Jaime Guzmán’, *Revista de Ciencia Política*, 36:503-521.
- Loughlin, M. (2010)
‘What is Constitutionalisation?’ en Dobner, P. y Loughlin, M. (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*. Oxford University Press, pp. 47-69.
- Menke, C. y Turner, C. (2020)
Critique of rights. Cambridge: Polity.
- Muñoz, F. (sin fecha)
Sobre el concepto original de constitución económica y su aplicabilidad al caso chileno, Borrador no publicado.
- Navarro, E. (2000)
‘El estado empresario a la luz de la Constitución de 1980’, *Revista de Derecho Público*, 12(2000):32-47.
- Nörr, K. (1996)
‘On The Concept Of The “Economic Constitution” And The Importance Of Franz Böhm From The Viewpoint Of Legal History’, *European Journal of Law and Economics*, 3(4).
- Pistor, K. (2020)
The code of capital: How the law creates wealth and inequality. Princeton: Princeton University Press.
- Prosser, T. (2014)
The Economic Constitution. Oxford: Oxford University Press.
- Soto, E. (1986)
‘Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad’, *Revista de Derecho Público*, 39:33-49.
- Vallejo, R. y Pardow, D. (2008)
‘Derribando mitos sobre el Estado empresario’, *Revista Chilena de Derecho*, 35:135-156.

- Vallejo, R. (2016)
‘La constitución económica chilena: un ensayo en
(de)construcción’, *Estudios Constitucionales*, 14:247-290.
- Vanberg, V. (2001)
The constitution of markets: Essays in political economy.
London: Routledge.
- Viera, C., Bassa, J. y Ferrada, J. C. (2016)
‘Una aproximación a la idea de “constitución económica” y sus
alcances en la constitución chilena’, *Boletín mexicano de
derecho comparado*, 49:1-37.
- Walsh, C. (2010)
‘Central Bank Independence’, en Durlauf, S.N. y Blume, L.E. (eds),
Monetary Economics. The New Palgrave Economics Collection,
Palgrave Macmillan.

